

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 18

Nº 1 - Julho de 2013



Pedro Lessa
Jurista, Ministro do
Supremo Tribunal Federal
Político e Professor


EMARF



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 18
Julho de 2013

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

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

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2013 - volume 18, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

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

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Marcus Abraham

EQUIPE DA EMARF

Jaderson Correa dos Passos - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Carlos José dos Santos Delgado

Carlos Roberto de Assis Lopes

Cidinéia Carvalho dos Reis

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luciana Villar

Luzinalva Tavares Marinho Joaquim

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

Espírito Santo

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

Conselho Editorial

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Professor Adjunto de Direito, Advogado no Rio de Janeiro e no Paraná, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Advogada, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense, Professor, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Advogado, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Advogado, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Procuradoria de Justiça - MPRJ, Assessoria de Recursos Constitucionais, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Procurador de Justiça aposentado, Advogado, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Poul Erik Dylrund, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Advogado, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Saete Maria Polita Maccalóz, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargadora Federal, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Vice-Presidente:

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Corregedor-Geral:

Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargadora Federal LANA REGUEIRA

Desembargador Federal GUILHERME COUTO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

SUMÁRIO

O ESTRANGEIRO, O INIMIGO E O DIREITO PENAL	11
André R. C. Fontes	
O ESTADO (DEMOCRÁTICO) DE DIREITO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO HISTÓRICO E JURISPRUDENCIAL DO ESTADO DE DIREITO E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	23
Daniel Capecchi Nunes	
INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E SEGURANÇA JURÍDICA – UMA EXPERIÊNCIA NA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA – ESTUDO DE CASO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF 101	61
Debora Lacs Sichel	
O DIREITO À PRIVACIDADE E OS VALORES DA PERSONALIDADE	69
Douglas Santos Andrade dos Reis	
DA POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	121
Fabiana Lima Carvalho	
ARENDT - A REVOLUÇÃO NA MODERNIDADE	135
Fernando Quintana	
CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A CRISE DA JUSTIÇA: ASSUNTO DE CIDADANIA, ASSUNTO DE TODOS.....	149
Humberto P. Guedes Jr.	
A FUNÇÃO SOCIAL DAS FUNÇÕES SOCIAIS.....	193
Paulo Fernando de Mello Franco	
POLÊMICAS NA HERMENÊUTICA INCIDENTE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DO PODER DE CONTROLE: A HIPÓTESE DO EXERCÍCIO DO PODER MINORITÁRIO	225
Pedro Marcos Nunes Barbosa e Vinícius de Novais Gertulino	

ASPECTOS REFERENTES ÀS FONTES DO DIREITO NO EGITO E NA MESOPOTÂMIA	269
Renata Marques Osborne da Costa	
A ANUÊNCIA PRÉVIA, PELA ANVISA – PATENTES FARMACÊUTICAS	289
Ricardo Luiz Sichel	
INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE DEVERES ANEXOS	299
Rodrigo da Guia Silva	

O ESTRANGEIRO, O INIMIGO E O DIREITO PENAL

André R. C. Fontes - Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

O curso do desenvolvimento das relações entre os povos seguiu longos caminhos. A peculiaridade de cada etapa pode ser medida de várias maneiras. Uma delas, certamente, seria pela recepção dos estrangeiros, nos respectivos territórios nacionais.

Influenciados pela ideia de grupo e, amiúde, pelo não reconhecimento de outros, como um de seus pares, as desavenças marcaram a história humana. Primeiro entre nômades, depois entre nômades e sedentários, e depois entre os sedentários. Noutra perspectiva, entre os sedentários agricultores e pastores – afinal o pasto organizado dos cultivadores seria o ambiente perfeito para os rebanhos. O certo é que as guerras eram plenamente reconhecidas e, nos mais variados períodos, não se conseguiu estabelecer qualquer diferença entre guerreiros e população civil.

Nas transformações dos acontecimentos, os estrangeiros foram passados, inicialmente, pelo fio das lanças e espadas dos soldados, para, em algum momento, tornarem-se prisioneiros convertidos em escravos. Entre um período e outro, um longo tempo correu, e igualmente um substancial aporte humanista, em favor da vida, justificou a utilidade da mão de obra dos vencidos, sob o argumento de que a morte não poderia ser o único objetivo da guerra. Por detrás das novas ideias, aqueles que eram marcados pelos saques e violações, e que tinham muitos dos feridos, enfermos e

incapazes abandonados à sua própria sorte, eram subjugados e integrados, na economia da época, ao que chamamos hoje de despojos de guerra.

O passo do homem às regras da civilidade ainda segue com sobressaltos, mas, ao emergirem as formas de reconhecimento da intangibilidade da pessoa humana, seja pelas leis dos Estados, seja pelas práticas internacionais, descobre-se, de um modo evidente, em todos nós, o sentimento de que o ser humano é o centro da racionalidade. É o que torna a liberdade, a integridade física e a dignidade da pessoa humana verdadeiros marcos, para os quais concentram-se o enorme complexo de todo o conjunto de categorias e conceitos da atualidade.

Ao estender-se o conhecimento dos direitos do homem, à ética e ao direito dos Estados, as sociedades cercam-se de leis mais gerais para atender ao desenvolvimento da personalidade do homem, e de sua capacidade mínima de comer, beber, vestir-se e habitar, e depois fazer política, ciência, arte, religião e todas as formas particulares de melhor atender às suas necessidades, sem que essas premissas se circunscrevam ao seu aspecto estritamente individual.

Numerosas são as escolas de pensamento, concepções e tendências para prover o homem dos meios necessários à sua sobrevivência. Os fatores sócio-econômicos serão determinantes para definirmos muitas ou todas essas questões. A linha fundamental que domina os movimentos de instinto e de solidariedade vai do direito à justiça, ou da ética à humanidade.

O tempo das garantias da inviolabilidade do homem, dos conceitos jurídicos que as acompanham e dos regimes legais que impõem a sua proteção inclui concepções que estão submetidas à ideia de que aos Estados se impõe a exigência de tutela pelo direito. E uma das formas de atuação protetora da pessoa humana é o Direito Penal.

A ideia do Direito Penal como instrumento de conciliação dos interesses na sociedade antagônica não é nova, e nunca deixou de ser praticada. O Direito Penal concentra no seu campo de proteção aquilo que é mais caro à sociedade, seus interesses mais sensíveis, seus bens mais expressivos.

Desde os primeiros momentos da fase mais intensa e atual da globalização, afloraram certos conflitos culturais que se manifestam de

maneira mais clara e direta na forma de racismo e xenofobia. A integração do estrangeiro aos países de destino resulta em embates, de um lado por numerosos problemas de convivência, mas, por outro, resultam da origem, etnia, condição física ou mental ou mesmo da fé professada.

Nas condições do fenômeno da globalização e da expansão multiculturalista, a afluência de imigrantes estrangeiros inicia uma nova versão de hostilidade, a que indagamos se não seria num retorno aos tempos da relação de inimigo.

A raiz de uma ação do Estado, fundada na condição de estrangeiro, marcado por características que venham a identificar com um grupo, de torná-lo pessoa perigosa, alguém que, presumidamente, se afasta da forma permanente de agir em consonância com o direito, ou mesmo que se comportará certamente de modo fiel à vida em sociedade é uma questão central e particularmente sensível aos povos modernos.

Encontramos na literatura especializada uma espécie de certidão de batismo de todos os acontecimentos relacionados ao chamado Direito Penal do inimigo: o ataque às torres gêmeas, em Nova Iorque, no dia 11 de setembro de 2001. Se se configuram como manifestações de Direito Penal do inimigo uma reação prévia àquele indivíduo que não pode ver-se admitido no estado de cidadania, o marco histórico de sua aplicação se vê há muito manifestado. Seriam exemplos a morte de uígures pela República Popular da China, de adeptos da seita Baha'i na República Islâmica do Irã, em regimes autoritários, e mesmo por democracias reconhecidas, como os Estados Unidos da América no assassinato preventivo de muçulmanos, e de palestinos pelo Estado de Israel.

Parte considerável dos autores estabelece critérios já bem definidos do que poderiam ser as características do Direito Penal do inimigo e, dentre as mais importantes, encontramos a ideia de que a punição não seria um *posterius* do crime, mas uma atitude preventiva, uma medida de segurança. O agente não é punido de acordo com a culpabilidade, mas, sim, devido a sua periculosidade. É que toda medida contra um inimigo é sempre preventiva, dirigida ao perigo futuro, *in potentia*, e não como *actum*. Essa prospectiva visionária talvez seja a mais marcante das características, porque ao combater o perigo, adianta-se ao que seria uma reação certa aos

indiscutíveis crimes que serão praticados, e que justificam uma pronta reação, porque é o que se espera do sujeito perigoso que exteriorizará o fato punível, e que, portanto, exige uma intensa e desproporcional atitude do Estado, uma atitude preventiva, tal como se faz com o inimigo, porque de inimigo se trata!

Esses indivíduos representam um perigo para o Estado, porque certamente agirão *in actu* em algum tempo, mesmo que não tenham ainda delinqüido. Espera-se que o agente aja, porque dele nenhuma garantia haverá de que outro comportamento se espera. Dessa forma, deve-se tomar a guerra como paradigma, de modo que o agente, como um inimigo, jamais se conduzirá como pessoa que atua com fúria e boa-fé, mas, sim, será fonte de perigo, a fonte de perigo suprema e que se deve evitar.

Ao examinarmos criticamente as premissas do Direito Penal do inimigo não encontramos nenhuma novidade se considerarmos a experiência autoritária em nosso país. A busca de uma legitimação política para atos violentos, a agressão, tortura e outros abusos como forma de combater o terrorismo justificou a famigerada *doutrina da segurança nacional*, que a ditadura militar utilizou como fonte de todos os atentados contra o povo brasileiro, é o melhor exemplo.

O traço característico dado a todo aquele que era contrário ao governo que os militares conspiradores criaram com o golpe militar de 1964 era o de inimigo do Estado. E eram chamados de subversivos, comunistas, vermelhos, e terroristas, dentre outros, porque se recusavam a se submeter ao governo constituído. Eram nomes ou termos que os enquadrava de forma genérica e indistintamente na qualidade de “marxistas”, como, aliás, ocorreu com Rafael Trujillo, na República Dominicana, com grupos de defesa de direitos humanos (são exemplo *As mariposas*), como também na Argentina, no Uruguai, no Chile, no Paraguai, na Nicarágua, e como o fez, igualmente, Adolf Hitler ao identificar o marxismo com toda forma de subversão e, para isso, valer-se de associações religiosas ou fraternidades, como, por exemplo, o judaísmo e a maçonaria. Os países comunistas, por sua vez, justificam as suas agressões como reação aos agentes do capitalismo. Pois bem, o tratamento dispensado a todo dissidente da ditadura militar brasileira era o de agente subversivo, similar ao que hoje vemos ser classificado pelos EUA de *combatentes inimigos*, daí mencionarmos a experiência nacional dessa forma de atuação do Estado.

A esses que discordavam da ditadura militar atribuía-se a condição de *inimigos internos*, aos quais deveriam ser submetidos a um regime de guerra, de guerra interna, porque sua condição de terroristas os qualificava como destinatários de uma estratégia de guerra. Não obstante agirem em segredo, em quartos de tortura, ignorado pela opinião pública e veementemente negado pelo governo e pelos políticos a ele ligados, os inimigos do Estado eram retirados das suas casas, do seu trabalho, das ruas e de outros locais em que viviam e submetidos às diretivas que os manuais de tortura, dentre os quais disseminados pela Agência Central de Inteligência, dos EUA, que divulgados internamente, e mais tarde aos países vizinhos do Brasil, que também sofreram golpes militares. Em todos eles, o tratamento dessas pessoas como inimigos redundou em qualificá-los como não-pessoas, tal como hoje impõe o Direito Penal do inimigo.

Nas condições em que empregavam suas ações ignominiosas e violentas, não exitavam em escolher suas vítimas, sem muita informação ou critério. São conhecidos os casos de pessoas mortas por engano, ou porque supostamente sabiam onde se encontravam aqueles que eram perseguidos pelas forças de segurança. Ainda hoje, as dificuldades de identificação do local de destino ou mesmo do próprio cadáver constituem a tônica desses acontecimentos. Sempre que questionados a respeito do uso indevido das Forças Armadas contra um nacional durante a ditadura, o argumento é de que estavam todos militarmente unidos contra o governo constituído. E nenhum parlamentar ou mesmo o Presidente da República, o Comandante-chefe das Forças Armadas do Brasil, após a Constituição de 1988, eleito democraticamente, conseguiu reverter esse estado de coisas.

Cumprе assinalar que essa oposição do bem e do mal que justifica as ações violentas do Estado são simplificações da figura do inimigo, e que segue o que chamaríamos de modelo de oposição amigo-inimigo concebido pelo jurista, politólogo e filósofo alemão Carl Schmitt, que associava o raciocínio de guerra (amigo-inimigo) ao seu modelo político, tanto nas relações internacionais, como nas relações internas.

Deve-se ter em conta que, no presente, em nome da emergência, da dissolução do Estado de Direito, do medo que assola a população, a fórmula do tratamento criminal como inimigo seja acompanhada da privação das garantias constitucionais dos réus ou da negação das convenções de guerra,

como a de Genebra. A despeito de sua manifesta inconstitucionalidade, por violar os princípios jurídicos norteadores da ação do Estado, que deve obediência às leis e à Constituição, a fórmula do Direito Penal do inimigo insere no Direito Penal figuras estranhas ao seu aperfeiçoamento, e vias que se afastam de sua essência interna e do conhecimento das suas multifacetárias propriedades e relações. A decisão complexa e difícil de identificar quem é o inimigo é uma dessas perplexidades.

O regime do Direito Penal do inimigo se vale de instrumentos mais próximos ao Direito Penal tradicionalmente reconhecido, denominado, por contraposição, de Direito Penal do cidadão, e que atua por meio de formas mais razoáveis e proporcionais, que não aparentam estar associadas à figura do Direito Penal do inimigo. São algumas delas, por exemplo, a descrição vaga dos crimes e uma flexibilização do agravamento das penas, a criminalização de condutas sem um interesse ou bem jurídico definido, a redução dos direitos dos acusados e das suas garantias processuais, bem como o abuso da tutela penal cautelar.

Ao nos referimos à redução dos direitos dos acusados e às suas garantias, são-lhe inerentes todas as formas que o Estado empregue para impedir que o sujeito pratique crimes fora do cárcere, e estar fora do cárcere é algo que não deve ocorrer. E enquanto estiver preso, ou eliminado, haverá a prevenção dos delitos que ele poderia praticar. É dessa forma que o perigo será eliminado, pelo maior tempo possível.

O dinamismo de nosso tempo carece de precedentes na história da humanidade. E a torrente de movimentação do homem não encontra paralelo na civilização. A grandiosa transformação ocorrida em todas as esferas da vida humana, as mudanças incessantes do mapa político do mundo, fazem com que as forças sociais alterem-se extraordinária e profundamente. E as relações entre povos e pessoas chocam-se pelas mais diversas e contraditórias opiniões. Os problemas gerados por essas relações atingem particulares significados. Para se fazer uma apreciação correta e exata de todas essas considerações, e dar uma resposta a todos os complexos problemas na luta entre as diferentes pessoas, é que surge um rótulo político, ou uma instituição jurídica sensacionalista: o Direito Penal do inimigo.

A oposição manifesta e atual de vínculos multiformes e complexos que entrelaçam ideais e teorias faz com que, a essência do denominado

Direito Penal do inimigo seja voltado às minorias. A despeito de vivermos num ambiente de diversidade cultural, com a afirmação das chamadas identidades coletivas, do ponto de vista penal pode-se suscitar uma única questão: a da vulnerabilidade de certas formas de identidade humana.

A complexidade das relações sociais modernas tem nos levado a concluir que um direito geral à tolerância entre os povos e culturas seria a *prima ratio* da convivência e da civilidade. Prescrições jurídicas que culminem na reação à cultura e à religião de cada indivíduo são categorias no Direito Penal do inimigo inerentes à culpabilidade, de forma a alcançar todo aquele culturalmente estranho a certa convivência.

Uma afirmação em torno da culpabilidade é aqui feita como juízo de reprovação pessoal e individual na fórmula de um dado ordenamento jurídico contra o autor de um fato típico e ilícito. Um caráter formal, que certamente pouco nos explicará acerca dos fundamentos e das condições do juízo de reprovação.

A substituição de penas privativas de liberdade por medidas de segurança de expulsão, a proibição de entrada no território nacional ou medidas de internação constituem outras formas de atuação, estabelecidas no Estado como maneira de desencadear um poder punitivo dominante, voltado a proteger a sociedade daquele que seria o inimigo herético e incontrolável. E a única maneira aceitável num Estado democrático de Direito, de um Estado que se conduz por leis, agir contra aqueles que não são reconhecidos como cidadãos, que não vivem em regime de civilidade, é aplicar-lhes um Direito Penal diferenciado, o do inimigo.

O estrangeiro talvez seja o mais característico alvo nas democracias ocidentais desse pretense Direito Penal, que nega e contradiz toda a evolução do pensamento repressivo. É que, uma vez radicado nesses países, agrupam-se e formam-se as conhecidas minorias, não obstante protegidas e integradas formalmente como nacionais e cidadãos. A essência do Direito Penal do inimigo nas sociedades ocidentais é o estrangeiro, especialmente aquele que, por fatores sócio-culturais ou étnico-religiosos, venham a ser considerados, grosseira e caricaturalmente, estranhos ao grupo. O uso de chapéu, solidéu, túnicas ou véu são bons exemplos disso.

Dada a heterogeneidade marcante nos países ocidentais, encontramos neles mesmos, entre seus nacionais, figuras tradicionalmente sujeitas

a um Direito Penal voltado para aniquilar o inimigo. Entretanto, nas democracias, as lutas internas entre minorias e governos converteram-se em novas formas de movimentos de transformação social, e a maneira como resolvem suas questões tornou-se cada vez mais política e civilizada. É o caso das leis raciais nos EUA, das leis contra a população aborígine da Austrália e das questões indígenas no Brasil.

Os principais campos de incidência do Direito Penal do inimigo seriam, em princípio, os países autoritários. Todavia, o papel do Direito Penal nesses países é secundário, transferindo-se das leis para as autoridades, geralmente no comando das forças de segurança, os mesmos objetivos de exclusão e eliminação dos inimigos do Estado a que se propõe o Direito Penal do inimigo. São exemplos o Sudão, a Somália e o Zimbábue.

São os países desenvolvidos os que aumentam o rol dos usuários do Direito Penal do inimigo, nas suas mais variadas formas. O acréscimo das excentricidades deriva da criatividade justamente de povos cultos e amadurecidos. A supremacia interna do poder do Estado, e a vitória das formas coercitivas sobre grupos de dissidentes e minorias constituem fórmulas que, se algum dia representaram uma expressão arcaica ou embrionária do Direito Penal do inimigo no território do país, hoje constituem a maneira suprema de agressão contra os grupos de fora. Nos EUA, a vitória nas “guerras” contra os povos indígenas e no Brasil a “guerra” contra os dissidentes no período da ditadura militar são evidências de afirmações de verdade não muito difícil de estabelecer na formação e prognósticos do Direito Penal do inimigo. A prática histórica e social de outras épocas confirma integralmente a veracidade das afirmações do Direito Penal do inimigo. Na contemporaneidade, não é a força contra esses grupos que determina a verdade, como de fato na época ocorreu, na filosofia de agressão do Direito Penal do inimigo é a sua verdade que determina a força!

Os brasileiros não ficam de fora desse contexto, nem mesmo como vítimas. E não citaremos a morte de Jean Charles de Menezes na Inglaterra, ou de Roberto Laudísio Curti, na Austrália, que por si só, expressariam o lado externo do Direito Penal do inimigo. A estrutura de alguns dos países vizinhos ao Brasil já registra um Direito Penal voltado para os brasileiros, e que não é dirigido aos seus nacionais. Dois exemplos são marcantes: o Suriname e o Paraguai.

A prisão de brasileiros no Suriname e no Paraguai obedece a regras diferenciadas daquelas aplicadas aos seus nacionais. A Bolívia parece seguir o mesmo caminho, ao dar tratamento injusto aos agricultores brasileiros, especialmente nos departamentos fronteiriços com o Brasil. No espectro de prisioneiros com ou sem julgamento encarcerados nos dois primeiros países mencionados, ou seja, Suriname e Paraguai, figuram os brasileiros em maior número. E a intervenção do Ministério das Relações Exteriores e, também da Seção do Paraná, da Ordem dos Advogados do Brasil, relativamente aos presos no Paraguai, não têm sido suficiente para afastar os desvios aceitáveis que diferem a lei penal de um país para outro, a despeito de toda ajuda econômica e cooperação oferecida pelo Brasil.

A direção que se dá ao Direito Penal do inimigo é sempre variada, mas se consideramos a seletividade que lhe é própria, e que pretensamente visa a resguardar o *status* de cada povo, eliminam-se os indesejados e ampliam-se os campos de segurança preventiva, por meio do Direito Penal. A infinita manifestação do Direito Penal do inimigo encontra, no nosso tempo e no espaço dito ocidental, a figura do estrangeiro; o estrangeiro como principal destinatário. É indispensável considerar o estrangeiro como o principal destinatário, porque é isso que supostamente contribui para uma espécie de coesão dos grupos dominantes, em uma só comunidade.

Tudo isso prescreve o lugar especial e o significado do problema do componente orgânico ou das partes integrantes do Direito Penal do inimigo na legislação de cada país. Precisamente a essência das suas premissas, como concepção jurídica e política do Direito Penal, a despeito, e além de atentar contra as teses, os princípios, a expressão verdadeira da natureza do homem, do Estado e de toda a civilização moderna e de suas leis de desenvolvimento, o Direito Penal do inimigo não é portador de razão, ou de verdade, mas, sim, de uma grande frustração. Não é uma solução, mas uma daquelas profecias milagrosas que mais seriam rotuladas como fábulas do que uma forma de visão ou base da correta predição do futuro.

É sobre a base dessas palavras, contrárias ao Direito Penal do inimigo, que podemos assinalar um fenômeno jurídico aparentemente novo em certa medida e falsamente característico para o estado de espírito da sociedade contemporânea. Na verdade, como toda forma de legitimar a agressão e violência, o Direito Penal do inimigo não é novo, e como tudo

que viola as bases da dignidade humana não pode ser característico da sociedade moderna.

O nosso percurso histórico serviu para aperfeiçoar o Direito, e, em especial, o Direito Penal, cuja prática analisa e sintetiza toda objetividade do processo civilizatório. E nesse mesmo plano de ideias devemos lembrar que a luta contra os que atentam contra a sociedade organizada pelo uso do terror não pode significar um medo ante a verdade a ser enfrentada, a verdade que ameaça o poder, tampouco a criação de um poder que ameaça a verdade.

A verdadeira compreensão do complexo labiríntico do processo de conhecimento do mundo implica verificar as verdadeiras e efetivas vias que conduzem a revelação da essência interna das coisas, e ao descobrimento das leis do movimento e aperfeiçoamento do homem. A luz que ilumina o conhecimento das leis e a prática como um importante fator do progresso são as forças poderosas que convertem poder em ação nos objetivos mais profundos da humanidade, e no qual o ser humano encontra-se na sua parte mais central.

Medidas encaminhadas ao direito para superar a diversidade e o multiculturalismo, realizadas sobre a base de um direito repressivo, que parece retomar a ideia de controle da fé da idade média, da degeneração da raça do nazismo ou do mais puro inimigo, o estrangeiro, ou seja, o que não é do grupo ou da comunidade, e que sofre os efeitos do direito punitivo aniquilador, aproximam-se, cada vez mais, daquilo que um dia existiu, e que foi a única ordem vigente, a de que o inimigo é o estrangeiro.

BIBLIOGRAFIA

BLAINEY, Geoffrey. Uma breve história do mundo. 2ª Ed., Trad. de Tibério Novaes e Rodrigo Dubal. São Paulo: Fundamentos, 2011.

CENTONE, Salvatore. Diritto Penale dell'immigrazione. Turim: Giappichelli, 2010.

COSTA, Rodrigo de Souza. Terrorismo: algumas anotações; in, Direito Penal Internacional Estrangeiro. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CURI, Francesca. Lo straniero nel diritto penale del lavoro e dell'impresa. Bolonha: Bononia, 2011.

GRACIA MARTIN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.

- GAUDEREAULT-DESBIENS, Jean-François. A concorrência das tradições jurídicas. Trad. de Procópio Abreu. Curitiba: Juruá, 2011.
- JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do inimigo. 4ª Ed. Trad. de André Luís Callegari e Nereu Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- JAVIER, Mariano; BALLESTEROS, Martin. Extranjería y cooperación judicial internacional. MADRI: Wolters Kluwer, 2010.
- MAIR, Lucy. Introdução à Antropologia Social. 6ª Ed., Trad. de Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. El extranjero frente al derecho penal. Barcelona: Bosch, 2008.
- ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no Direito Penal. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

O ESTADO (DEMOCRÁTICO) DE DIREITO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO HISTÓRICO E JURISPRUDENCIAL DO ESTADO DE DIREITO E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Daniel Capecchi Nunes - Estudante de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Resumo: O presente artigo trata do significado político dos princípios, mais especificamente dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito, fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro. Em uma primeira parte, o artigo tratará das várias mudanças sofridas pelo conceito de Estado de Direito até alcançar sua forma de Estado Democrático de Direito. Posteriormente, será examinada a aplicação de ambos os princípios pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de uma análise quantitativa e qualitativa das decisões da Corte. Por fim, concluir-se-á com uma análise fundamentada nas visões de Hannah Arendt de liberdade e lei.

Palavras-Chave: Estado Democrático de Direito, Estado de Direito, Supremo Tribunal Federal, Princípios.

I. INTRODUÇÃO

A) Os Princípios em Sua Dimensão Política e Judicial

A palavra grega αρχή, que em português poderia ser traduzida como

“princípio”, tem dois significados principais: o primeiro deles é o de começo, o de início, o de algo que inicia sua trajetória e o segundo é o de um valor regente, de uma fonte valorativa que inspira determinada atividade (ARENDE. 2011b. p.272). Essa ambiguidade, que se reproduz no português, revela que o que consideramos “princípios” tem um duplo papel de atuação em nossa cultura política: o primeiro deles é o de fundação de nosso espaço político e o segundo é o de permanecer sendo um guia para nossa atuação e conformação nesse espaço.

Essa pequena digressão etimológica demonstra que a palavra “*princípio*” tem também uma dimensão política. Essa dimensão ultrapassa o significado que é dado pelos estudos mais modernos da Teoria dos Princípios, os quais distinguem as normas em dois tipos, quais sejam: regras e princípios. Para essa corrente mais moderna, não há que se falar, do ponto de vista da natureza normativa, em superioridade hierárquica ou valorativa dos princípios. Assim:

“um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.”
(DA SILVA, 2003, p. 613).

Tal evolução das discussões sobre a natureza normativa dos princípios resultou no corriqueiro esquecimento da sua dimensão política. Assim, se por um lado a valiosa discussão da natureza jurídica dos princípios se prolifera e se fortalece no âmbito da doutrina nacional, por outro a sua percepção em um sentido político-valorativo, é quase inexpressiva. Isso porque, para grande parte dos doutrinadores que estudam a teoria dos princípios, a distinção entre princípios e regras não está ligada a uma maior ou menor valoração e sim, como já foi dito, a uma determinada forma normativa (DA SILVA, 2011b).

Daí a relevância de estudar os princípios não só em sua esfera normativa, mas também em sua esfera descritiva e política, de valores que, muito embora juridicizados, tem um valor cultural e simbólico. Nesse sentido, surge a importância de avaliar o tratamento dado aos princípios, por exemplo, por parte da mídia, dos discursos políticos, da opinião de populares ou da **aplicação pelos tribunais**; estudos desse tipo possibilitariam a percepção de como os cidadãos - e as instituições -

compreendem sua própria existência enquanto entes políticos que compõe uma república, um espaço comum.

Vale ressaltar a valiosa crítica de Vírgilio Afonso da Silva, que nos informa que algumas normas que valorativamente encararíamos como princípios seriam, na verdade, regras – é o caso por exemplo da Anterioridade da Lei Penal. Contudo, por outro lado, o surgimento de mecanismos que justifiquem a aplicação de normas com conteúdo mais amplo, com uma dimensão de peso, características dos princípios, justifica um estudo político em seu recorte político. Portanto, é possível realizar o estudo de uma categoria de princípios de forma dupla, considerando-os tanto num recorte epistemológico normativo, como num recorte axiológico. (DA SILVA, 2011a, p. 30)

Obviamente, não desejamos reduzir a importância das análises normativas, porém, afirmamos que tais análises não devem – e não podem – representar a extinção de outras análises e de outros significados que permeiam a palavra “princípio”. É preciso ir além, os princípios também devem ser analisados em sua dimensão de significado político, em seus campos de atuação, em sua existência prática, como valores que delimitam e norteiam a vida do cidadão na exuberância de sua existência política.

A relevância desse tipo de estudo não poderia começar por outros caminhos que não a análise daquele princípio que está no primeiro artigo de nossa Constituição: o Estado Democrático de Direito. Consagrado pelo constituinte em tão prestigiosa posição, o Estado Democrático de Direito está, desse modo, - no se refere a nossa Constituição - **em** seu princípio e sendo, talvez, **o seu mais importante** princípio. Assim dispõe o texto da Norma Fundamental:

*“Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:*

[...]”

B) A Importância dos Estudos Sobre o Estado Democrático de Direito e de Sua Aplicação pelos Tribunais

Muito mais do que um instrumento de retórica, a relevância dada

pelo poder constituinte originário ao Estado Democrático de Direito em nossa Constituição demonstra, em seu pano de fundo, o desejo de evitar o retorno a um período obscuro da história política, social e jurídica de nosso país.

Apesar dessa relevância dada pelo constituinte originário, o estudo aprofundado do tema ainda não gerou tantas árvores frondosas em nossa literatura jurídica, como seria de se esperar; de fato, o tema ainda não recebeu a devida atenção. A situação é mais agravante no que concerne a sua relação com o poder judiciário em geral. O estudo desse aspecto do Estado Democrático de Direito tem uma importância fundamental, principalmente porque, em nosso país, as instituições autoritárias conviveram de perto com a fachada da normalidade legal. Conforme nos ensina o Prof. Anthony W. Pereira em parte de um de seus trabalhos:

“Os processos judiciais nos regimes militares [do Brasil e do Cone Sul] eram coerentes com o estado de direito em aparência, embora nem sempre em substância. Nesses tribunais faltava aos juízes independência, imparcialidade e inamovibilidade; as leis eram vagas, a ponto de permitir a punição de, praticamente, qualquer tipo de comportamento; leis eram aprovadas e, então, aplicadas de maneira retroativa aos acusados; pessoas eram processadas mais de uma vez pelo mesmo crime; os réus eram condenados com base apenas em confissões extraídas sob tortura ou em suas próprias declarações sobre suas convicções políticas; os juízes, repetidamente, faziam vista grossa ao sistemático descumprimento da lei pelas forças de segurança” (PEREIRA, 2010, p. 54).

Assim, muita embora se saiba que, ao ascenderem ao poder, os regimes autoritários e totalitários, inclusive no caso brasileiro, precisem romper com a legalidade, não necessariamente a relação posterior entre os regimes e seus poderes judiciários será conflituosa. O caso da ditadura brasileira, por exemplo, é marcado por uma convivência relativamente pacífica entre o poder judiciário e o poder ditatorial - afirmamos isso sem desvalorizar o papel de juízes, promotores, advogados e outros serventuários da justiça que se opuseram frontalmente aos desmandos do regime.

Como se verá adiante, o presente estudo pautar-se-á, de início, em uma breve análise histórica do desenvolvimento do conceito de Estado de Direito e, posteriormente, na análise da aplicação do mesmo na

jurisprudência brasileira. O órgão judicial utilizado para aferir essa aplicação será o Supremo Tribunal Federal e o recorte temporal da pesquisa será o período de aproximadamente sete anos, entre 1º de janeiro de 2005 e 1º de maio de 2012.

Desse modo, motivados pela compreensão da necessidade de proteger e assegurar as garantias de um regime constitucional e interessados em aferir como a sua aplicação vem se dando no contexto posterior a Constituição de 88, procuramos fazer um breve estudo que demonstrasse a posição da mais alta corte do país no que se refere ao Estado de Direito e ao Estado Democrático de Direito, focando-nos nos sentidos atribuídos pela corte a ambos os princípios ao aplicá-los.

Não pretendemos esgotar o tema ou sequer aproximar-nos disso, o que desejamos é fazer uma análise propedêutica embaçada na realidade prática do Tribunal. Dessa maneira, quiçá, poderemos incentivar futuros pesquisadores a se esmiuçarem mais profundamente sobre o assunto, formulando análises críticas de um tema tão corriqueiramente olvidado.

II. O ESTADO DE DIREITO COMO FENÔMENO CONTEMPORÂNEO

Apesar de suas raízes históricas que brotam desde a Grécia Antiga, a discussão envolvendo o Estado de Direito é precipuamente contemporânea. Contemporânea no sentido de estar intrinsecamente ligada às revoluções liberais burguesas, que tiveram como cenário histórico os séculos XVII e XVIII (BARROSO, 2010, p. 5). Sendo fruto dos processos de derrocada do *anciens régimes*, com seu aparato absolutista, e do de ascensão da classe burguesa e do liberalismo – com todos os seus progressos e limitações. Esse Estado de Direito liberal e burguês é parte fundamental de toda construção política ou jurídica contemporânea, sendo um marco de fundação e de crítica para a elaboração de novos paradigmas. Numa brilhante síntese:

“El Estado de Derecho es, así, decíamos, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos (Rex=lex), buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y

propiedades – no taxation without representation – y que, a su vez, ampliando coherentemente el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad.” (DÍAZ, 2003, p. 145)

Avançando no sentido histórico, pode-se dizer que o surgimento do Estado de Direito é o pretense resultado da luta pela liberação da opressão das restrições dos direitos individuais, personificada, no caso da revolução americana, pela coroa inglesa e, no caso da revolução francesa, pela monarquia absolutista de Luis XVI.

José Afonso da Silva (DA SILVA, 2005, 112-113), numa tentativa de sistematizar o conteúdo do Estado de Direito, conceitua-o por meio de três características básicas, quais sejam: a submissão ao império da lei - ato emanado formalmente pelo poder legislativo representante do povo-cidadão -, cuja fundamental decorrência é a igualdade formal de todo cidadão diante da lei; a divisão de poderes em judicial, legislativo e executivo e, por fim, a enunciação e a garantia dos direitos fundamentais.

Na mesma direção, entretanto numa perspectiva mais analítica, Brian Z. Tamanaha defende que o Estado de Direito se fundamenta, na perspectiva liberal, em quatro pontos: a liberdade política, que consiste no poder dos cidadãos de criarem suas próprias vidas; a liberdade legal, que representa o dever das forças governamentais de tomar as decisões baseadas nessas leis criadas pelos cidadãos e liberdade pessoal, que consiste na existência de um campo de autonomia que não pode ser invadido pelas leis. Esses quatro pontos são combinados por meio da utilização de alguma forma de preservação institucionalizada da liberdade, em geral através da separação de poderes e de um poder judiciário independente. (TAMANAHA, 2009, p. 36)

Do ponto de vista material, a existência desse novo Estado serviria como um claro contraposto ao antigo Estado absolutista de feição mercantilista, sendo uma poderosa garantia das novas necessidades econômicas do período de surgimento do capitalismo, ainda em sua face mais primitiva e agressiva (HOBBSAWM, 2011, p. 98-99). O império das leis, a garantia dos direitos fundamentais e a divisão de poderes criavam o ambiente de segurança e liberdade propício para que a iniciativa privada pudesse florescer (ARENDR, 2003, p. 143).

Essa perspectiva formal de Estado conviveu durante muitos anos com uma realidade completamente adversa; se por um lado todos os homens eram juridicamente iguais, as condições econômicas e sociais do Estado Nacional, geraram graves inconsistências e confrontos no seio do Estado de Direito. Assim, na primeira metade do século XX, as exigências dos novos tempos e das crises econômicas, as críticas sociais e políticas e a própria condição de miséria da maior parte das populações, exige que o Estado assuma uma postura proativa. Tal mudança de perspectiva transformou um Estado que antes era apenas de Direito, num Estado Social de Direito. (COELHO, 2011, p. 202-203).

O Estado Social de Direito, sem negar sua base liberal, tinha um compromisso com a superação dos vícios do liberalismo individualista puro, tendo por principal meta a correção das injustiças econômicas e a afirmação da igualdade como um novo conceito essencial para a própria legitimidade e validade do Estado e do Direito. A lei já não tinha um caráter de garantia meramente formal, porém surge um dever legal de transformar a realidade.

Contudo, tal fórmula para solucionar os problemas do Estado de Direito não se mostrou plenamente eficaz. De modo que a decadência do Estado Social de Direito é um processo que, para José Afonso da Silva, alicerça-se em duas críticas fundamentais. Em primeiro plano, o vácuo semântico que possui a palavra “social”, nela Estados completamente diversos se abrigaram, como, por exemplo, a Alemanha Nazista e a Inglaterra de Churchill. E em segundo plano, a cristalização da estrutura capitalista que tem no Estado Social de Direito uma maquiagem para seus problemas. A manutenção dessa forma de Estado evitaria que mudanças realmente substanciais acontecessem, permitindo que uma “ditadura do capital” velada permaneça (DA SILVA, 2005, p. 114-116). Inocêncio Mártires Coelho, na mesma direção de José Afonso da Silva, defende que a principal causa para decadência do Estado Social de Direito é sua própria incapacidade de solucionar as questões do Estado Liberal, não superando suas injustiças e servindo apenas como uma forma de perpetuá-lo através de uma “capa” (COELHO, 2011, p. 209). Vale ressaltar que para o Prof. Paulo Bonavides, em posição contrária às críticas ao Estado Social, defende que tal Estado, muito embora enfraquecido por pressões ideológicas e de interesses contraditórios ou hostis, assume um papel de impulsionador

da modernidade, um verdadeiro renovador das instituições estatais. (BONAVIDES, 2004, p. 368)

No intuito de superar essa concepção insuficiente de Estado Social de Direito é que surge o fenômeno contemporâneo do Estado Democrático de Direito. Suprindo as faltas desse e possibilitando a transição de um Estado neocapitalista (Welfare State) para um Estado verdadeiramente democrático, não só no sentido de acesso à vida pública, mas também num sentido de democratização da sociedade, cujo principal objetivo é consagrar a dignidade humana. Seu norte axiológico é a pretensão de ver o homem não só como uma personalidade abstrata, jurídica, mas como um ente concreto que tem necessidades reais. Para Inocêncio Martins Coelho, tal Estado somente alcançará seu fim por meio do pluralismo, da solidariedade e de uma democracia aberta e participativa (COELHO, 2011, p. 207-209).

O Estado Democrático de Direito tem como seus princípios fundamentais: a legalidade, que agora ganha um sentido não só formal, mas substancial, de uma lei que deve realizar a igualdade e a justiça, preocupando-se com as condições sociais do seu contexto histórico; o princípio da constitucionalidade, que consagra uma constituição cujo caráter é verdadeiramente normativo, vinculando todos os poderes da república; um sistema de direitos fundamentais; o princípio da justiça social, que pretende realizar uma democracia social e cultural; o princípio da igualdade; o princípio da divisão de poderes e, por fim, o princípio da segurança jurídica (DA SILVA, 2005, p. 121 -122).

III. O ESTADO DE DIREITO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão sobre o conteúdo do Estado de Direito, conforme já foi discutido, não tem um caráter meramente retórico em um país como o Brasil, no que concerne ao tema, entre nossas peculiaridades e onde o movimento de judicialização da política é uma realidade (BARROSO, 2009, p. 68). Devido ao nosso sistema híbrido de controle de constitucionalidade, o entendimento que se tenha do conceito de Estado de Direito vinculará diretamente desde os juízes monocráticos até mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal..

A análise far-se-á através de uma percepção quantitativa das ações de

controle de constitucionalidades iniciadas nos últimos sete anos (entre 2005 e 2012), envolvendo o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito – expressão consagrada por nosso texto constitucional. Após essa análise quantitativa, faremos uma análise de mérito das decisões e do conteúdo jurídico que a corte atribui ao princípio, com o intuito de sistematizar uma posição jurisprudencial no que concerne ao tema.

Nessa seara, é importante fazer a distinção entre as duas principais matrizes de concepção contemporânea do fenômeno do *Rule of Law*. Tal divisão decorre do fato de que os aspectos semânticos do conceito são variados – nas palavras de Hart, o Direito possui uma “textura aberta” (HART, 2009, p. 161-201). Assim, essa textura aberta permite que o vocábulo “Estado de Direito” adquira vários significados. Conforme a classificação de Brian Z. Tamanaha é possível classificar as interpretações do Estado de Direito em duas correntes principais. *In verbis*:

“The basic distinction can be summarized thus: formal theories focus on the proper sources and form of legality, while substantive theories also include requirements about the content of the law (usually that it must comport with justice or moral principle). While the distinction is informative, it should not be taken as strict – the formal versions have substantive implications and the substantive versions incorporate formal requirements. [...]” (TAMANAHA, 2009, p. 92)

As teorias formalistas (*formal theories*), não obstante suas várias vertentes, têm como foco central analisar, como seu próprio nome indica, aspectos formais da composição da lei. Dentre esses aspectos figuram como principais: a possibilidade de saber se a lei foi sancionada por figura competente; se seu texto tem a clareza necessária para as pessoas conhecerem os limites das próprias ações; se a lei tem um efeito temporal prospectivo e, finalmente, se o princípio democrático da participação é respeitado - participação pura e simples, sem análise valorativa. Um bom exemplo de teoria formalista, cuja maior preocupação é a participação democrática, é a desenvolvida por John Hart Ely em seu livro “Democracia e Desconfiança” (ELY, 2010, p. 243-246).

As teorias substancialista, por sua vez, defendem que as leis devem possuir algo além da forma; em seu conteúdo deve haver determinados conceitos de justiça material para que elas sejam efetivamente

consideradas leis. Alguns exemplos de características categorizadas como substancialistas são aquelas que, por exemplo, acreditam na necessidade de proteção e respeito aos direitos individuais ou acreditam na proteção do princípio democrático - num sentido muito próprio, que agrega outros valores além da vontade da maioria - e, até mesmo, aquelas que defendem a natureza fundamental dos direitos sociais. É importante recordar que todas essas características podem se somar e uma não necessariamente exclui a outra. Um exemplo de corrente da teoria substancialista é a da Integridade Política, desenvolvida por Ronald Dworkin, cujo sentido ultrapassa a simples aplicação isonômica da lei, exigindo a adequação a outros valores morais subjacentes (DWORKIN, 2006, p. 250-251).

Além disso, como nos informa o Prof. Brian Z. Tamanaha em sua última citação, ambas as visões carregam algo da outra em si. É que tanto as teorias formalistas têm aspectos substancialista, quanto as teorias substancialista têm aspectos formalistas. Assim, tal divisão, muito embora extremamente útil para o desenvolvimento de nosso estudo, não possui possibilidade de ser considerada absoluta. Sendo apenas uma pequena distinção teórica.

IV. METODOLOGIA DE PESQUISA

A busca foi feita através do sistema de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, usando como palavras chaves “Estado de Direito” e “Estado Democrático de Direito”. As decisões pesquisadas foram filtradas conforme determinados critérios de inclusão e exclusão. Sendo considerados os acórdãos que i) foram julgados pelo pleno do tribunal, ii) foram lavrados no espaço de tempo entre 01 de janeiro de 2005 e 01 de maio de 2012 e iii) trataram das chaves de pesquisa em suas ementas. Foram excluídos os acórdãos que contivessem as chaves fora das ementas como, por exemplo, os votos complementares, fundamentações divergentes ou contrárias.

Foram encontradas 22 decisões envolvendo as duas chaves, sendo encontradas 11 na busca pela chave “Estado de Direito” e 11 na busca pela chave “Estado Democrático de Direito”, dentre as quais três citavam os dois vocábulos simultaneamente. Desse modo, o total de decisões diferentes é

19. Para fins de explanação simplificada, contabilizamos os que tratavam de ambos os vocábulos na parte referente à chave “Estado de Direito”.

A pesquisa será dividida em três partes. Nas duas primeiras partes, trataremos dos resultados quantitativos envolvendo a busca pelas chaves de pesquisa, assim, usaremos gráficos para demonstrar os resultados. Posteriormente, numa terceira parte, apresentaremos os principais casos de aplicação das chaves de pesquisa.

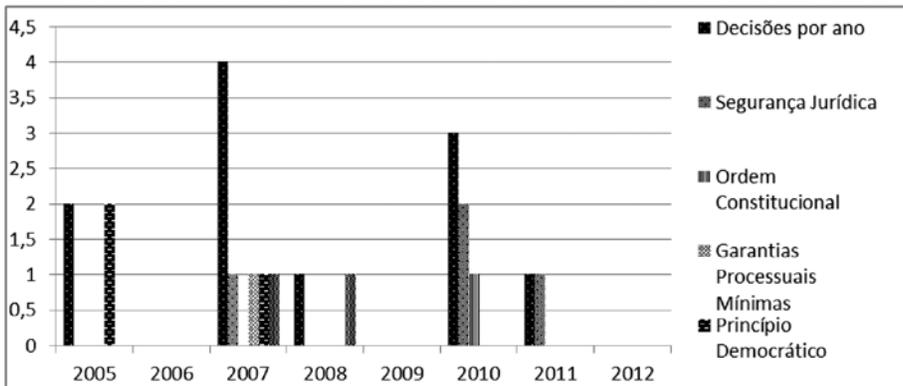
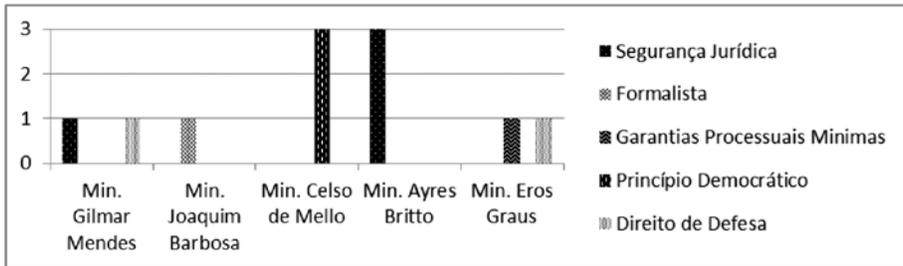
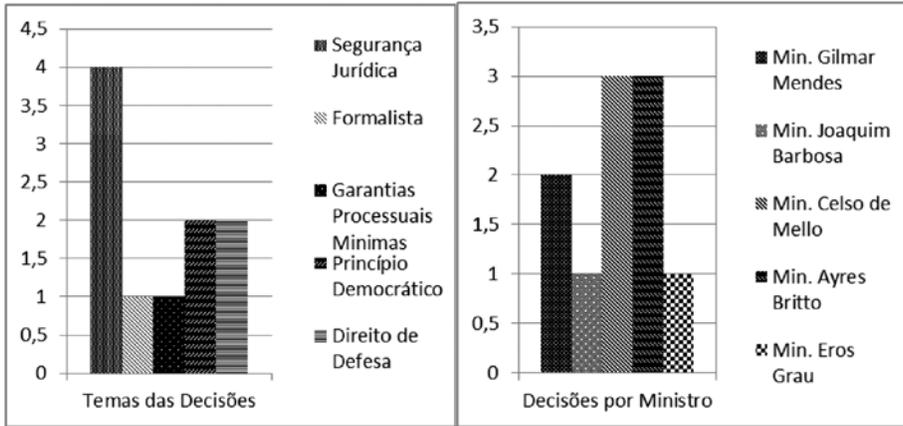
As aplicações substancialistas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito serão divididas em cinco eixos – Princípio Democrático, Garantias Processuais Mínimas, Direito de Defesa, Segurança Jurídica e Direito de Defesa - , a partir dos quais será possível classificar e exemplificar as aplicações dadas pelo Tribunal – o significado de cada um desses eixos ficará claro na parte concentrada em exemplificar por meio dos casos. No que concerne às aplicações formalistas, devido a sua pequena quantidade de incidência – e a pouca disparidade entre elas – não serão necessárias divisões de aplicações distintas. Por fim, exemplificaremos também um caso de uso retórico – no qual a Expressão foi utilizada sem nenhuma relação com os sentidos previamente utilizados para classificar as visões sobre o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito.

V. RESULTADOS DA BUSCA PELA CHAVE “ESTADO DE DIREITO”

i) Apontamentos quantitativos das decisões

Foram apontados 11 resultados que respeitassem os nossos filtros, tendo eles como temas centrais a segurança jurídica, o respeito à ordem constitucional, o direito de defesa, garantias processuais mínimas e, por último, o princípio democrático. Trataremos dos contornos gerais de cada uma das aplicações, usando os casos para exemplificar cada uma delas.

Lavraram os acórdãos os Ministros Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Celso de Mello. Os anos em que as decisões foram tomadas são 2011, 2010, 2008, 2007 e 2005. Nos próximos gráficos quantificaremos o número de decisões por tema, o número de decisões por relator, os temas por relator e os temas por ano:



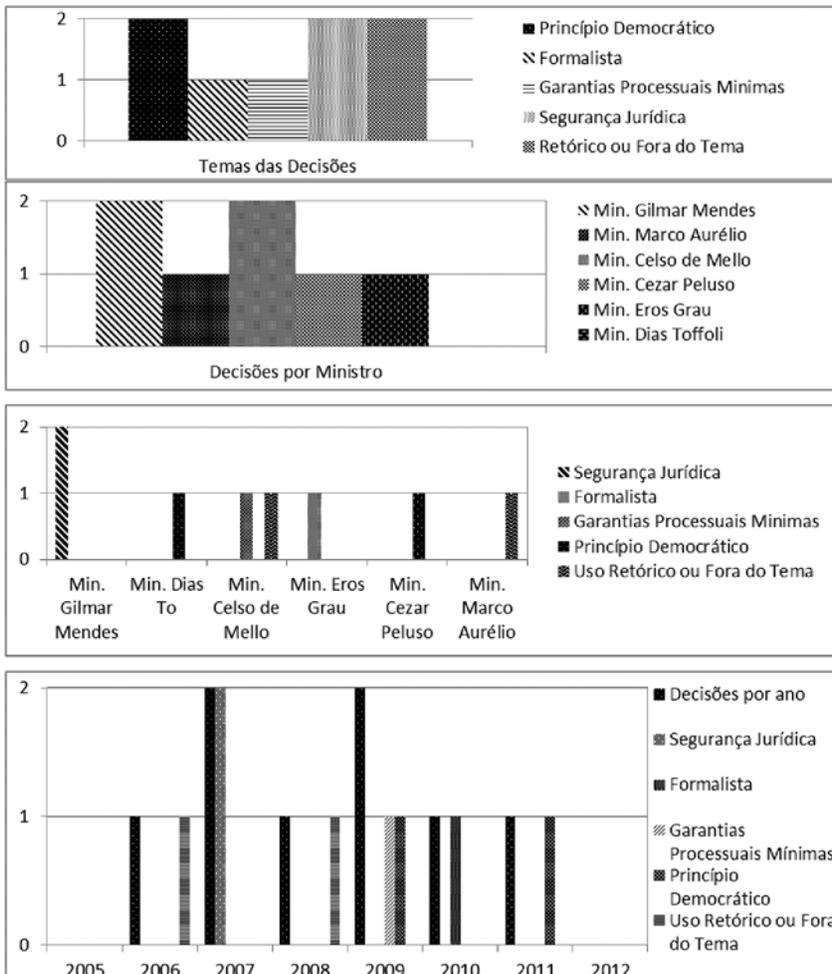
VI. RESULTADOS DA BUSCA PELA CHAVE “ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO”

i) Apontamentos quantitativos das decisões

Foram apontados 8 resultados que respeitassem os nossos filtros, tendo eles como temas centrais o respeito à ordem constitucional, garantias

processuais mínimas, o princípio democrático e, por fim, o uso do vocábulo de forma retórica ou sem ligações diretas com o julgado. Trataremos dos contornos gerais de cada uma das aplicações, usando os casos para exemplificar cada uma delas.

Lavraram os acórdãos os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Eros Grau e Celso de Mello. Os anos em que as decisões foram tomadas são 2011, 2010, 2009, 2008, 2007 e 2006. Nos próximos gráficos quantificaremos o número de decisões por tema, o número de decisões por relator, os temas por relator e os temas por ano:



VII. EXEMPLIFICAÇÃO DAS APLICAÇÕES

i) Análise Qualitativa dos casos.

A partir desse ponto, exemplificaremos por meio de casos comentados algumas aplicações do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito. Conforme poderá se perceber, ambos os princípios são, aparentemente, aplicados de maneira idêntica pela corte, sem nenhuma distinção prática – o que doravante será reproduzido em nosso estudo. No que concerne aos casos de postura substancialista da Corte, selecionaremos, para facilitar nossa exposição, um caso de cada um dos eixos temáticos em que dividimos a jurisprudência, tal divisão se fundamenta na existência de características comuns entre as diversas aplicações. Os cinco eixos são: Princípio Democrático, Direito de Defesa, Garantias Processuais Mínimas e Segurança Jurídica. Também selecionaremos um caso em que a postura formalista foi dominante e outro no qual o uso dos conceitos foi retórico ou fora do tema.

A) Princípio Democrático: Extradicação nº 1805/ República Italiana de 16/12/2009¹

A extradicação nº 1805 foi requisitada pelo Governo Italiano e julgada em 16/12/2009. O extraditando, Cesare Battisti, era acusado pelo homicídio de quatro cidadãos italianos, entre os anos de 1977 e 1979, tendo sido o extraditando condenado à prisão perpétua. Já em território brasileiro, após o pedido de extradicação, o réu foi preso em 18 de março de 2007. O extraditando em sua defesa alegou que não havia sido responsável por aqueles crimes e que não havia presenciado qualquer dos julgamentos em território italiano ou constituído advogado em sua defesa. No que concerne aos argumentos de cunho jurídico, alegou a defesa que não haveria possibilidade de revelia em procedimento do júri – o que configuraria violação ao devido processo legal e à ampla defesa -, bem como a natureza política do processo, que não se coadunaria com processos judiciais dessa natureza.

Posteriormente, o extraditando fez um pedido de refúgio ao Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, o qual foi indeferido pelo órgão

¹ Exemplos de julgados com aplicação semelhante do “Princípio Democrático” na busca pela chave “Estado de Direito” são: MS 26.603/DF de 04/10/2007; MS 24.831/DF de 22/06/2005 e, por fim, o MS 24.849/DF de 22/06/2004. Já na busca pela chave “Estado Democrático de Direito”: ADI 2.650/DF de 24/08/2011.

e, depois, por meio de recurso, provido pelo Ministro de Estado da Justiça à época, reconhecendo a condição de refugiado ao réu. Desse modo, a defesa fundamentada na lei – art. 1º, inc. I, e art. 33 da Lei nº 9.474/97 – solicitou a revogação da prisão preventiva do extraditando.

Nas questões preliminares, ao analisar a questão da concessão do *status* de refugiado ao extraditando, o Ministro Relator Cezar Peluso reconhece que, muito embora isso possa gerar controvérsia com jurisprudência já assentada do tribunal, a decisão de conceder o refúgio deve estar sujeito ao controle jurisdicional de legalidade. Assim, muito embora a União represente o país nas relações internacionais, ela “*não age aqui, nem alhures, a legibus soluta.*”

Para o Relator, o reconhecimento da condição de refugiado constitui ato vinculado aos requisitos legais, de modo que para que sua validade seja respeitada é *mister* que as condições legais estejam devidamente presentes. Ainda sobre o ato de concessão de refúgio, diz o Ministro Cezar Peluso: “[...] *sem lugar para formulação discricionário de juízo de conveniência ou oportunidade, não pode sê-lo, sem grosseiro abuso ou carência de poder jurídico.*”

Ademais, para o Relator, é preciso avaliar a própria incidência da motivação do Ministro da Justiça em conceder o *status* de refugiado e o seu encaixe nos dispositivos legais pertinentes, “*até para averiguar se não terá sido usurpada, na matéria de extradição, competência constitucional exclusiva do Supremo Tribunal Federal.*” De tal modo que o Ministro da Justiça poderia ter decidido a questão não por perceber os requisitos do reconhecimento do *status* de refugiado, mas por tentar influenciar e extinguir o processo de extradição. Tal comportamento representaria invasão da esfera jurisdicional.

Nessa direção, o Ministro assume que será necessária uma avaliação do atendimento do ato de concessão de refúgio com os critérios legais, visto que “*não se confundem, no plano da lei, com os fundamentos históricos ou factuais que tipificam causas intrínsecas impeditivas de extradição.*”

Ainda em sua argumentação, o Relator defende que não faria sentido conceder refúgio ao extraditando por acreditar que os crimes que lhe são imputados pela justiça italiana são crimes políticos, tendo em vista que no

processo de extradição os crimes estavam tipificados como crimes comuns e não crimes políticos. Definir a natureza do crime concomitantemente ao julgamento do Tribunal significaria a invasão da competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, o Relator se propôs a fazer uma análise da legalidade do ato administrativo de concessão de refúgio.

Tal interpretação decorreria do próprio regime constitucional e da jurisprudência assentada da corte. Ao iniciar a análise propriamente dita da incidência da norma no caso do extraditando, o Relator começa pela análise da aplicação da Lei 9.747/97 em seu Art. 1º, I., por ser o dispositivo legal levantado pela autoridade administrativa ao conceder o *status* de refugiado; verificar se a situação concreta é de “*fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.*” (grifou-se).

Em adendo, não é suficiente que temor seja fundado, mas que, entretanto, também represente temor atual, representando risco presente à dignidade do refugiado. E ainda quando se tratar de temor fundado e atual, que o Estado não seja capaz, por razões políticas, de garantir a proteção de um julgamento imparcial e justo. Arguiu o Relator que essas exigências estariam formuladas no plano internacional, principalmente na doutrina e nos tribunais europeus.

Em seguida, o Ministro Cezar Peluso enumera as condições principais da autoridade administrativa para a concessão do refúgio, a começar pela crença – não muito segura, segundo o Relator – de que o Estado italiano reprimiu seus cidadãos por meio de leis de exceção, que impossibilitaram ao extraditando um julgamento justo e imparcial, para a autoridade administrativa brasileira. Em síntese do próprio Ministro: “*em palavras mais sinceras, a República italiana teria deixado, no período, de ser Estado Democrático de Direito (a)(sic)*”;

Em seguida, a afirmação de que uma das características desses chamados “*mecanismos de exceção*” era a dominação da República italiana por parte de um “*poder oculto*”. Tal força teria ultrapassado a própria exceção legal e alcançado um nível flagrante de ilegalidade, tendo a sentença judicial sido ditada por esse “*poder oculto*”;

A terceira condição seria o fato de que o extraditando havia sido preso

em divisão policial de operações especiais, onde se detinham presos políticos, o que evidenciaria a natureza política dos crimes do extraditando.

Por fim, o acolhimento do extraditando por parte do governo francês, como um militante político de esquerda, tendo sido concedida uma espécie de “*asilo informal*”. Condição que só foi extinta com uma mudança de posição, por parte do governo francês, que determinou a extradição usando dos mesmos motivos que foram usadas para negá-la anteriormente. Nas palavras do próprio Relator: “[d]já, sua atuação condição de cidadão expulso, de fato, de um território, por decisão política”. Por meio da análise minuciosa de cada um desses motivos, que o Ministro Cezar Peluso considerou precípuos, foi feita a análise de legalidade do ato de concessão de *status* de refugiado ao extraditando.

No que concerne ao primeiro argumento da administração, o Ministro não enxergou qualquer tipo de ameaça atual ao extraditando. Ainda que se pudesse reconhecer a condição anterior de perseguido político, segundo o Relator, não há motivos para que “*se pretenda sugerir que o regime de governo da Itália continuaria sendo ainda hoje arbitrário ou de exceção.*” O extraditando poderia estar seguro de que seus direitos constitucionais fundamentais seriam respeitados pelo governo italiano.

Além disso, não haveria motivos para considerar que a conjuntura do Estado italiano à época poderia ser considerada razão para inferir que os crimes seriam de natureza política ou que, necessariamente, o processo não seria justo. Para o Ministro, em contraposição a esse motivo, ninguém de sua geração:

“que acompanhou vivamente aquele conturbado período histórico da humanidade, não pode, de boa fé, negar nem depreciar à Itália o mérito extraordinário (...) de ter vencido tão grave insurreição intestina, sem fratura nem lesão de ordem jurídico-constitucional democrático do pós guerra.”

Continuando seu voto, o Relator afirma que houve grande liberdade política na Itália dos anos 70, havendo, também, forte ativismo social, que consistia em representatividade popular, sistema pluripartidário e eleições periódicas e mandatos temporários. Nesse período histórico, inclusive, houve uma coalizão de centro esquerda, que “*dificilmente poderia ser confundida com a da chamada extrema direita antidemocrática.*”

Além disso, para o Ministro, não haveria qualquer incompatibilidade entre a existência hipotética de um regime autoritário e a ideia de um concreto processo legal e justo, "*cuja justiça e legalidade só podem ser avaliadas pelo órgão jurisdicional competente*".

No que concerne à segunda alegação, de que o governo italiano estaria dominado por "*poder oculto*", para o Ministro Relator não existiram quaisquer provas concretas da existência desses poderes. Indo além, afirma o Ministro que tal conjectura estaria completamente desapojada da realidade, num "*descompasso histórico*". Ademais, a avaliação da justiça e legalidade dos julgamentos não seria competência do Ministro da Justiça, senão do STF.

Ao avaliar o terceiro argumento para a concessão do refúgio, qual seja a natureza política dos crimes do extraditando, assevera o Ministro Cezar Peluso que tal avaliação, por parte do Ministro da Justiça, é absolutamente ilegal, por carecer, o mesmo, de "*toda competência na matéria*".

Para o Ministro, cabe a corte, "*com inteira exclusividade*", avaliar todas as questões que envolvam causas intrínsecas de não extradição, quais sejam aquelas que compõe a *cognitio* da própria corte ao julgar o processo de extradição. Para defender tal ponto de vista, ele se utiliza do dispositivo normativo da Lei federal nº 6.815/1980, art. 77, §2º, cc. Art. 102, I, g, da Lei Fundamental. Dessa forma, o Ministro pretende demonstrar que não há qualquer validade na tentativa, por parte da administração, de julgar a natureza do delito. Inclusive, pela própria construção sistemática do arcabouço jurídico brasileiro, não constava como motivo de reconhecimento do *status* de refugiado, a condenação por delito político, conforme o disposto pelo art. 1º da Lei Federal nº 9.474/1997.

Também não bastaria conotação política do crime, para que se fundamente receio atual de perseguição política. Segundo o próprio Ministro Cezar Peluso:

"É que, em Estado democrático, com instituições isentas e sistema jurídico legítimo, é, em certa medida, direito inquestionável do cidadão discordar do regime vigente. E será a maneira como tal Estado irá comportar-se diante da prática de crime de inspiração política que demonstrará o grau de confiabilidade das instituições e

de segurança dos cidadãos. Mas não se lhe pode imputar a pecha de perseguir uma pessoa ou de não tomar as medidas indispensáveis para protegê-la, garantindo seus direitos, pelo só fato de, nos termos da lei, movimentar a máquina repressiva para coibir e punir eventuais delitos.”

Por fim, o Ministro analisa o último argumento, sendo este as condições da permanência do extraditando no território francês. Para o ministro trata-se de argumento “*impertinente às inteiras*”. Pois o status de refugiado deve ser concedido aqueles que estejam fora de país da sua nacionalidade e “*sob cuja proteção não queira ou não possa acolher-se*”. Assim, os “*eventos sucedidos em terceiro país*” não são relevantes para a aferição de eventual perseguição política.

Posteriormente, são analisadas outras questões que não se referem ao tema de nosso estudo; o que nos interessa de maneira efetivamente, é que o Relator suspende o ato de concessão de refúgio por meio do recurso à ilegalidade do mesmo e só alcança tal feito ao analisar de maneira direta e empírica – não obstante possíveis, e desejáveis do ponto de vista acadêmico, jurídico e intelectual, controvérsias históricas e ideológicas – a existência ou não de um Estado de Direito na Itália ao tempo do julgamento do extraditando.

Independente de sua perspectiva histórica, não há dúvidas de que a visão adotada pelo Relator e pela corte, em sua maioria, é a de um Estado Democrático de Direito **substancialista**, cujos valores ultrapassam a simples legalidade estrita, alcançando um panorama principiológico no qual é necessária a existência de valores adjacentes, para que um Estado seja, efetivamente, democrático e de Direito.

B) Direito de Defesa: HC 95.009-4/SP de 06/11/2008 “Caso Daniel Dantas”²

O habeas corpus nº 95.0009-4/SP foi impetrado contra ato do STJ que, em decisão monocrática, indeferiu pleito cautelar em habeas corpus. Inicialmente, os pacientes foram inspirados a impetrar o citado habeas corpus para ter acesso aos documentos de investigação criminal que os

² Caso com semelhante aplicação do princípio do Estado de Direito é o do HC 91657, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, datado de 13/09/2007.

envolviam, do qual tiveram ciência da existência através de matéria em jornal de circulação nacional. Sendo o provimento liminar negado pelo STJ, a matéria foi levada ao STF. Não obstante houvesse jurisprudência consolidada do órgão (súmula 691), em direção contrária à posição dos impetrantes, decidiu o relator, inspirado pela constatação de flagrante constrangimento ilegal, deferir a medida liminar. Portanto, concedeu o acesso aos documentos da investigação.

Posteriormente, juízo de instância primária remeteu ao STF cópia integral da sentença que determinava várias buscas e apreensões, bem como a decretação da prisão temporária dos pacientes e de outros. Novamente, o relator deferiu liminar, por meio da qual cassou a prisão temporária dos pacientes. Fundamentava sua posição sob dois aspectos: em primeiro plano, a falta de justificação da prisão temporária frente à realização da colheita de provas determinada nos mandados de busca e apreensão e, em segundo plano, sua inviabilidade com base na mera necessidade de oitiva dos investigados para fins de instrução processual. Tal decisão foi estendida aos demais investigados. Ainda assim, o juiz ordenou novamente a prisão de um dos pacientes, arguindo sua necessidade por conveniência da instrução criminal, a pretexto de assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública e econômica. Embasando-se nos mesmos argumentos anteriores, o relator revogou a prisão temporária, sendo concebido o habeas corpus.

No que concerne o Estado de Direito, foco de nosso estudo, defendeu a corte, em seu acórdão, que este princípio tinha em seu interior a necessidade da preservação das práticas democráticas e, por conseguinte, do direito de defesa. Direito que, salvo circunstâncias excepcionais, garante que nenhum cidadão será preso sem que tenha sido efetivamente comprovada a prática de um crime. Defende a corte que, no Estado de Direito, o cidadão deve ter acesso a todos os meios de defesa para comprovar sua inocência, antes de ter sua liberdade restringida, sendo o habeas corpus instrumento adequado para coibir qualquer violência ilegítima. Nesse sentido, as palavras do relator, Ministro Eros Grau:

“Pois é disso que se trata, na raiz, quando cogitamos do Estado de Direito: direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática

de um crime. Direito a todos assegurados pela regra do Estado de direito.”

Outro argumento relevante, levantado pela corte, é o que concerne ao papel do juiz no que é chamado “Estado Moderno”. Atribui a corte ao juiz um papel de imparcialidade, que inclui a neutralidade em relação às partes. O juiz deve ser independente, julgando com completa falta de prevenção a favor ou contra uma das partes. Desse modo, é possível se inferir uma postura **substancialista** da corte, agregando valores à teoria clássica - e formalista - do Estado de Direito.

C) Garantias Processuais Mínimas: Questão de Ordem em Inquérito nº 2.699-9/DF de 12/03/2009³

A questão de ordem em inquérito nº 2.699-9/DF foi julgada em 12 de março de 2009 e teve como relator o Ministro Celso de Mello. No que concerne à ação penal, ajuizada por um advogado que teve recurso de agravo, por ele impetrado, negado. O recurso havia sido impetrado em Inquérito, cuja instauração tinha por objetivo punir penalmente ministra do STJ. O querelante solicitou a condenação de dois Ministros do Supremo Tribunal e, cautelarmente, seu afastamento conforme disposição da Lei Orgânica da Magistratura. Os fatos que justificaram a tipificação da conduta dos Ministros, nos crimes de Injúria e Difamação, poderiam ser extraídos da manifestação dos mesmos ao negar provimento ao recurso.

Após a análise dos fatos, o Ministro Celso de Mello se atem à avaliação dos limites da atuação jurisdicional no que se refere aos crimes de injúria e difamação. Afirma o Relator que a atuação do magistrado deve estar pautada e limitada por valores éticos, cuja transgressão deve gerar um “*juízo de reprovabilidade*” e uma posterior investigação penal; a condição de magistrado não deve ser uma proteção para “*condutas revestidas de tipicidade pena*”.

No entanto, a atuação do juiz não poderá configurar crimes contra honra, “*desde que as afirmações por ele feitas no processo não transponham os limites toleráveis do regular exercício de sua atividade ou*

³Exemplo de julgado de aplicação semelhante das “Garantias Processuais Mínimas” em âmbito da busca pela chave “Estado de Direito”: Extr. 986-9 de 05/10/2007.

do estrito cumprimento do seu dever legal." (grifou-se). É a imunidade funcional de todos os agentes públicos consagrada pelo art. 142, inciso III do Código Penal.

A função dessa imunidade é resguardar a própria atuação do agente público, que deve ser protegida para assegurar a independência do agente no exercício de suas funções. Para o Relator, essa proteção – como já foi dito – não deve jamais ser confundida com uma imunidade absoluta para a prática de crimes contra a honra. Tal proteção se justifica ainda mais no caso dos juízes, para os quais é preciso garantir o exercício independente da jurisdição. Assim estabelece o disposto no art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura. Assevera o Relator (grifou-se):

"Há que observar, ainda, considerado o que dispõe o art. 41 da LOMAN, que a cláusula de imunidade funcional nele prevista tem um só e relevante objetivo: o de conferir efetividade à prática independente da jurisdição, impedindo, desse modo, que o magistrado seja injustamente coarctado no desempenho de seu ofício."

Essa interpretação é, para o Ministro, aquela que melhor se coaduna com o Estado Democrático de Direito, pois se trata de "*condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais.*" Nesse sentido, prossegue o Relator (grifou-se):

"Se o juiz não tiver liberdade para decidir, e se também não dispuser do necessário grau de independência para dirimir os conflitos de interesses, inclusive aqueles que se estabelecem em função de comportamentos abusivos do poder público, tornar-se-á nulo, em nossa organização política, o sistema das franquias individuais, o que permitira, como consequência perversa, que o regime das liberdades públicas se transformasse num conceito vazio, abstrato e inútil."

Nesse ponto, como fica claro no texto supracitado, o Ministro assume uma visão **substancialista** de Estado Democrático de Direito, pois, considera que os tribunais e juízes são esferas fundamentais de defesa da liberdade, não sendo possível a existência de um Estado Democrático de Direito, sem o qual as garantias de independência desses órgãos sejam asseguradas; com liberdade os juízes podem agir como instrumentos "*verdadeiramente democráticos*", estando "*essencialmente fiéis à vontade que reflete os anseios supremos do Povo.*"

Nesse sentido, julga o Ministro que não está configurado os crimes de injúria e difamação, tanto pela natureza das palavras utilizadas que, segundo o mesmo, seriam palavras relacionadas ao próprio exercício da jurisdição, quanto pela inexistência de animo subjetivo de praticar os crimes, condição que é fundamental para a tipificação da conduta. A posição do Relator foi acolhida pela corte por unanimidade.

D) SEGURANÇA JURÍDICA: MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 708 DE 25 DE OUTUBRO DE 2007⁴

O mandado de injunção nº 708 foi impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, julgado em 25 de outubro de 2007 e teve como relator o Ministro Gilmar Mendes. A principal razão para a impetração do mandado de injunção nº 708 foi a omissão, por parte do Legislativo Federal, na edição de lei para regulamentar o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, conforme previsão do inciso VII do art. 37 da Constituição Federal.

Ao proferir seu voto, o Relator defendeu que, contrariamente a outros ordenamentos, o sistema constitucional vigente no Brasil consagrava aos direitos sociais papel fundamental, de tal forma que o Poder Público, estaria forçado a protegê-los e garanti-los pela eficácia vinculante extraída da garantia processual-constitucional do mandando de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Após tratar de outros assuntos – aos quais não nos ateremos nesse estudo -, o Ministro se focou na história mais recente do direito de greve dos servidores públicos civis, afirmando que a inexistência de legislação prévia para regular o direito desses servidores tinha por principal efeito transformar as situações de greves desses servidores em situações que dão *“ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.”*

Para o Ministro Gilmar Mendes, essa omissão legislativa gera uma

⁴ Exemplos de aplicação semelhante do princípio do Estado de Direito, na busca pela chave Estado de Direito são: R.E nº 5980999 de 10/08/2011; MS nº 25403/DF de 15/09/2010; MS 25116/DF de 08/09/2010 e, por fim, MS 24448 de 27/09/2007. Já na busca pela chave “Estado Democrático de Direito”, o único julgado encontrado, além desse, que fosse um exemplo de aplicação precípua da segurança jurídica é o do MI nº 670/ES de 25/10/2007.

situação de desregulação que ofende o próprio Estado de Direito, gerando um “quadro de selvageria”, nas palavras do próprio ministro:

“A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.”

Nesse momento é possível perceber uma diferença entre o termo usado no acórdão e o termo usado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, muito embora o contexto seja profundamente semelhante. Dispõe o acórdão:

“3.1 A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira lei da selva.”

A partir dessa controvérsia é possível fazer algumas reflexões. A primeira delas diz respeito ao que consideramos um equívoco na escrita do acórdão. Está disposto: “*A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado Democrático de Direito*” (grifou-se). Em nossa opinião, não é possível que seja essa a palavra escolhida pelo tribunal. A escolha dessa palavra teria um sentido oposto ao que está escrito no resto do acórdão e, além disso, seria incoerente com o voto do Relator que teve sua tese escolhida pelo resto da corte.

Em segundo lugar, a substituição do vocábulo Estado de Direito – conforme o voto do Ministro – pelo vocábulo “Estado Democrático de Direito” na composição do acórdão, pode ser interpretada como a aceitação, por parte do Tribunal, de que ambos os termos tem sentidos sinônimos.

Por fim, e mais especificamente no que concerne ao voto do Ministro Gilmar Mendes, gostaríamos de analisar a afirmação de que “Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos”. Tal afirmação é

imediatamente seguida por uma defesa de que no caso desse mandado de injunção, caberia uma atuação maior do STF, sem que isso configurasse uma atuação legislativa. Nas palavras do ministro.:

“Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.”

Por conseguinte, o que interpretamos da afirmação do Ministro Relator é que o Estado Democrático de Direito – ou o Estado de Direito – não é espaço de domínio total do legislador e de sacralização da lei. Desse modo, cabe ao judiciário defender os direitos fundamentais, ainda que essa defesa se transforme numa atuação proativa do Pretório Excelso.

Tal interpretação do Estado Democrático de Direito só poderia ser classificada como **substancialista**, pelos próprios termos do acórdão e do voto do Ministro Gilmar Mendes no que foi seguido pela maior parte dos ministros.

Posteriormente, ao concluir suas várias interpretações acerca do Direito de Greve no Direito Comparado e da própria trajetória do STF ao tratar de questões envolvendo-o, o Relator defende a aplicação, no que couber, das Leis nº 7.701/1988 e nº 7.783/1989. Regulando até mesmo a questão da competência para julgar as lides envolvendo tal direito de greve e asseverando um prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria.

E) Formalista: ADPF 153/DF de 29/04/2010⁵

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153 foi proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objetivo a declaração de não recebimento, pela Constituição de 1988, do disposto no §1º do art. 1º da lei 6.683 de 79. A disposição desse parágrafo que estabelecería a possibilidade de anistiar os autores de crimes de qualquer natureza, relacionados com crimes políticos ou práticos por motivação política. Segundo a OAB tal disposição possibilitaria enorme controvérsia

⁵ Jurisprudências de aplicação semelhante encontrada na busca pela chave “Estado de Direito”: Rcl. nº 743/ES de 04/02/2010.

constitucional a propósito da esfera de aplicação da “Lei de Anistia”, pois haveria grande celeuma no que concerne à aplicação do disposto aos agentes públicos responsáveis por variados crimes – tais como estupro, homicídio e lesão corporal. Tal controvérsia se manifestaria na divergência de entendimentos entre o Ministério da Justiça e o Ministério da Defesa, cujas posições eram antagônicas no que concerne a aplicação da lei aos agentes públicos.

No desenvolvimento de sua argumentação o arguente, afirmou não ser possível coadunar o texto da Carta de 1988 com a interpretação por meio da qual se anistiam agentes públicos responsáveis por variados crimes. Inferir a aplicação do dispositivo dessa maneira configuraria frontal violação a diversos preceitos fundamentais, como o dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; os princípios democrático e republicano bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao finalizar seus argumentos, afirmou que os atos de violação da dignidade humana não se legitimam com a reparação pecuniária concedida às vítimas ou a seus familiares, já que os responsáveis ou comandantes de tais atos permanecem impunes. Assim, a interpretação do artigo questionado não poderia incluir os agentes públicos acusados de crimes políticos.

A Advocacia-Geral da União, sendo a principal opositora do pedido, argumentou – no que interessa ao escopo de nossa pesquisa – pela impossibilidade de fazer uma interpretação diversa do dispositivo legal, visto que a interpretação que incluía os agentes públicos na anistia já estaria consagrada por cerca de 30 anos, sendo a intenção original do legislador anistiar de forma ampla e irrestrita. Somando-se a esses argumentos, a AGU defendeu que a promulgação da Constituição de 1988 ocorreu quase 10 anos após a promulgação da Lei de Anistia e que, portanto, qualquer interpretação que pretendesse modificar o texto do dispositivo legal após tantos anos feriria a segurança jurídica, enquanto fulcro do Estado Democrático de Direito, consagrada pela própria Constituição Democrática. De tal modo que qualquer tipo de proposta de desconstrução da interpretação vigente, após 30 anos de promulgação da lei e de 20 de promulgação da constituição, seria por si só inconstitucional.

Seguindo em sua adução, a AGU, lembrou a importância de fazer uma análise histórica do período de elaboração da própria lei através da

qual se constataria o caráter objetivo da anistia, que não visava excluir nenhuma das partes dos efeitos de sua incidência. Tal percepção pode ser extraída do contexto nacional de amplo debate político, com a participação de diversos setores da sociedade civil, no intuito de viabilizar a transição democrática. A construção da lei da anistia seria uma produção de toda a sociedade, assim como seu caráter objetivo e amplo.

Ao iniciar seu voto no que se refere às questões de mérito – que são as mais ligadas ao foco de nossa pesquisa -, o Ministro Relator Eros Grau tratou, em primeiro plano, do pedido de conformação do §1º do art. 1º da Lei nº 6.683 aos preceitos da Constituição de 88. Esse pedido se fundamentava na vagueza do texto que, por si só, permitiria uma interpretação que excluísse os agentes públicos. Ao analisar tal pedido, asseverou o ministro a importância de distinguir texto e norma, este seria sempre vago, pois poderia ser fruto de ampla gama de interpretações, enquanto essa seria a interpretação do próprio texto. Para o Ministro o ato de transformar o texto em norma é constitutivo e representa a transição do mundo abstrato do plano das leis para o mundo concreto do plano da vida real. O mesmo também acredita que os textos legais devem ser sempre interpretados no tempo presente e não no contexto de redação do texto, já que os textos por si só não dizem nada e as normas são sempre criadas no momento que o texto legal é aplicado. Assim, todo texto legal é obscuro até o momento em que seja interpretado, o que invalidaria o argumento da vagueza.

Em relação à análise da violação de preceitos fundamentais, no que nos interessa, o Relator afasta o ferimento da isonomia, que segundo a Arguente estaria presente no próprio texto legal quando não especifica muito bem quais serão os crimes e as pessoas que poderão ser objeto da anistia, tratando situações completamente díspares de forma semelhante. Para o Ministro Eros Grau, tal consideração não goza de validade, pois, em sua opinião a lei poderia fazer distinções – ou não fazê-las - sem por isso deixar de ser isonômica. Nesse momento de sua argumentação, o Ministro assume uma postura abertamente formalista, ao defender que a igualdade do Estado de Direito é aquela que é delineada pela lei. Em suas próprias palavras:

“É certo, pois, que o argumento da Arguente não prospera, mesmo porque há desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes

conexos com eles. A lei poderia, sim, sem afronta à isonomia - que consiste também em tratar desigualmente os desiguais - anistiá-los, ou não, desigualmente.”

Prosseguindo em seu voto, trata o Ministro da alegação, por parte da OAB, de ferimento do direito, previsto no Art. 5º, XXXIII da Constituição, de obter informações privadas ou de interesse coletivo junto aos órgãos públicos brasileiros. Segundo a arguente, anistiar os agentes políticos que cometeram crimes comuns, é uma maneira de proibir que a verdade venha à tona, que as vítimas e seus familiares descubram a identidade de seus algozes, visto que muitos deles utilizavam codinomes. Novamente, o Relator vota pelo improvimento da argumentação, considerando que a lei de anistia não tem nenhuma pretensão de apagar a história, mas somente de anistiar de forma objetiva pessoas que praticaram determinados crimes. É possível, na opinião do Ministro, anistiar e reconhecer o direito à verdade. Inclusive, afastando o conceito de impunibilidade afirmando o direito à verdade como pilar do Estado Democrático de Direito, em citação de parecer da AGU, assevera:

“É evidente que reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado.

105. Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica.”

A terceira violação, alegada pela OAB, era com relação aos princípios republicano e democrático. Segundo a linha de raciocínio da mesma, a Lei de Anistia não poderia ser considerada válida, pois, sua elaboração se deu em período de inexistência de legitimidade democrática na composição do poder executivo – o Presidente da República seria um general, eleito por militares e não pelo povo – e do poder legislativo – que tinha sua composição maculada por uma legislação antidemocrática como, por exemplo, no caso dos Senadores biônicos. Assim, uma Lei de Anistia só poderia ser considerada válida e harmonizada com os princípios democrático e republicano caso tivesse sido homologada no período de reconstrução democrático posterior a Constituição de 1988. Além disso, segundo a Arguente, num regime verdadeiramente republicano os governantes não poderiam se auto-anistiar, pois, tal atitude representaria o ferimento, por sua vez, do princípio republicano.

Mais uma vez, decidiu o Ministro Eros Grau, por não conhecer desses argumentos. Primeiro, por considerar absurda a ilação, extraída dos argumentos da OAB, de que todas as leis anteriores a Carta de 1988 deveriam ser homologadas pelo novo regime democrático. Tal posição geraria uma série de problemas práticos, tais como, a necessidade de reembolso por parte das vítimas de crimes políticos de todas as indenizações recebidas.

No que concerne à alegação de que seria antirrepublicano os governantes se auto-anistarem, o Ministro Relator relembra a edição da Emenda Constitucional 26/85, já elaborada por um congresso livre e sobre os auspícios de um presidente civil. Tal emenda praticamente copia o texto do §1º do art. 1º da Lei 6.683, de tal modo que seria impossível não reconhecer uma homologação da Lei de Anistia por parte do Congresso Nacional.

O quarto preceito fundamental cuja violação foi alegada pela Arguente foi a dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro. Segundo a OAB, o dispositivo questionado surgiria de um acordo obscuro realizado sem o consentimento da opinião pública, para fazer a transição do regime militar para o regime democrático. Tal acordo consistiria em grave violação da dignidade humana, consagrada pelo texto constitucional em seu art. 1º, III.

Afirma o Ministro, com o intuito de desconstruir essa preposição, que a argumentação da Arguente trata somente de aspectos políticos da questão, além de ignorar as circunstâncias fáticas do contexto nacional anterior a lei de anistia – onde haveria um grande movimento por parte de amplos setores da sociedade civil pela criação de tal lei. Assim, dispõe o Ministro, não existe violação a dignidade humana, mas sua reafirmação através de uma vitória da sociedade civil. De tal forma que:

“Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como seu valor [valor de quem se arroge a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o problema conforme seu critério particular.”.

No decorrer de seu voto, o Ministro defende a existência de leis-medidas, cuja essência se aproximaria mais intensamente de atos administrativos

do que, propriamente, de leis com natureza geral e prospectiva. Em sua opinião, esse tipo de medida exaure seus efeitos no próprio tempo histórico, não cabendo, portanto, qualquer forma de revisão posterior cuja natureza seja realmente jurídica. O fato da lei de anistia ter sido formulada nos embates entre a sociedade civil e o regime militar, bem como a sua natureza de lei-medida, impede qualquer tipo de reinterpretação que não seja revisionista.

Para o Ministro, no Estado Democrático de Direito não cabe ao judiciário qualquer tentativa de reescrever a história e isso se aplica diretamente à Lei de Anistia. Cita como exemplos reiterados casos nos quais, por exemplo, praças que foram demitidos por razões políticas não obtiveram o direito de serem reintegrados, pois, não gozavam de estabilidade e, por isso, não precisariam de motivação em sua demissão. Para o ministro não cabe ao STF reagir nem mesmo as situações de maior iniquidade, como essas. Assim “[n]em mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo.”. Qualquer releitura da lei de anistia deverá partir das casas do Congresso Nacional e não dos tribunais do Judiciário.

Dessa maneira, o Ministro Relator, no que é acompanhado por todos os outros Ministros do Tribunal demonstra defender uma perspectiva formal do sentido do vocábulo Estado Democrático de Direito, acreditando que, independente de quaisquer valorações a respeito da justiça de uma determinada situação, não cabe ao judiciário agir como um órgão guiado pela justiça, mas somente defender a posição consagrada pelos poderes constituintes.

E) Uso do Vocábulo de Forma Retórica ou Sem Ligações Diretas Com o Julgado: Habeas Corpus 88520/AP de 23/11/2006⁶

O Habeas Corpus nº 88520 julgado em 23 de novembro de 2006, cuja relatoria pertenceu a Ministra Carmen Lúcia e a lavra do acórdão ao

⁶ No que concerne ao uso fora dos limites do julgado, utilizaremos como único exemplo a Reclamação 6534 de 25/09/2008, cujo relatoria pertence ao Ministro Celso de Mello. O caracterizamos dessa forma porque a descrição do sentido do vocábulo Estado Democrático de Direito inscrita em seu acórdão, não tinha ligações com o tema que estava sendo julgado naquele momento, tratando-se, meramente, de descrição de um julgado anterior, o qual não estava incluído nos cortes de nossa pesquisa.

Ministro Marco Aurélio, foi impetrado por deputado que não teve acesso a autos de investigação na qual era o investigado. Convocado para oitiva a respeito da investigação, o deputado solicitou acesso aos autos, no que foi indeferido pela Polícia Federal, autoridade coatora no presente caso.

A justificativa para o indeferimento era a existência de documentos cujo conteúdo seria sigiloso por tratarem de interceptações telefônicas. É que, segundo a Polícia Federal, o acesso aos autos por parte da defesa do delegado poderia prejudicar profundamente a oitiva e, por conseguinte, a investigação como um todo.

O impetrante defendeu que o indeferimento de seu acesso aos autos representaria uma violação da ampla defesa e configuraria constrangimento ilegal. O Habeas Corpus tinha ainda um pedido liminar de concessão, para que os advogados pudessem ter acesso aos autos. Tal pedido foi concedido parcialmente, podendo os advogados acessar os autos sem os documentos da interceptação telefônica, pela Ministra Ellen Gracie, relatora do caso à época.

Posteriormente, a atenção do Tribunal se voltou para a concessão ou não do Habeas Corpus, pois, na visão da Ministra Carmen Lúcia, já não haveria objeto para o Habeas Corpus, tendo em vista que o acesso aos autos e a oitiva já teriam acontecido, assim o Habeas Corpus estaria prejudicado. Em sentido contrário se manifestou o Ministro Marco Aurélio, defendendo que, muito embora não haja possibilidade “*de se retornar ao status quo ante*”, a concessão da ordem, representaria a assunção da validade do pedido liminar. A divergência do Ministro Marco Aurélio foi acompanhado por todo o plenário, excluída, obviamente, a Ministra Relatora Cármen Lúcia.

Até esse ponto – ou em quaisquer outros pontos do debate na Corte – não existe qualquer menção do vocábulo “Estado Democrático de Direito”, entretanto, o mesmo se encontra registrado na ementa do julgado, da seguinte maneira:

“HABEAS CORPUS - PREJUÍZO - AMBIGÜIDADE E NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO. Surgindo ambíguo o prejuízo da impetração e sendo o tema de importância maior, considerado o Estado Democrático de Direito, impõe-se o pronunciamento do Supremo quanto à matéria de fundo.”

Por ter iniciado a divergência, o Ministro Marco Aurélio ficou responsável por lavrar o acórdão que representaria a opinião da corte. Dessa forma, analisando suas declarações durante o julgamento e seu voto divergente, concluímos que a menção ao vocábulo Estado Democrático de Direito, está ligada a necessidade de estabelecer um padrão da corte. Nesse sentido, a seguinte citação: “A matéria está pendente, com o voto favorável do relator ao óbice em um tribunal superior, o Tribunal Superior Eleitoral. É preciso que o Supremo sinalize quais são os ares vividos atualmente”.

Tal interpretação do vocábulo “Estado Democrático de Direito” não tem nenhuma ligação com as conotações que vimos anteriormente em nosso estudo. De tal forma que classificaremos essa interpretação, sem quaisquer deméritos das posições dos Ministros, como **retórica**, no sentido de que serve como um instrumento de auxílio para a argumentação jurídica e para fundamentação da posição do Tribunal, ainda que não tenha uma dimensão jurídica própria.

VIII. UMA TENTATIVA DE CONCLUSÃO

“Devemos aceitar a culpa de nossos ancestrais, pois que somos responsáveis por eles. Não podemos fugir à nossa origem. Somos livres apenas para participar da determinação de um futuro que se desenrola a partir dos dados de nossa história.” (JASPERS, 2012, p. 35)

A) A Decadência do Espaço Público e a Importância do Estado Democrático de Direito)

Em toda sua obra, a preocupação com a derrocada do espaço público é uma constante que acompanha os estudos de Hannah Arendt; espaço público compreendido como aquele lugar comum onde se exercem as liberdades, onde as pessoas são iguais, que por definição é político e está em contraposição ao espaço privado, sendo esse das desigualdades por excelência (ARENDE, 2011, p. 67-68). As causas da derrocada desse espaço são variadas, entretanto, o seu principal efeito é a transformação das sociedades políticas em sociedades de massas. Sociedades essas que, na própria definição da autora, são: “(...) nada mais é que aquele tipo de vida organizada que automaticamente se estabelece entre seres humanos que

se relacionam ainda uns aos outros, mas que perderam o mundo outrora comum a todos eles.” (ARENDETT, 2009, p. 126)

A decorrência lógica dessa transformação é a extinção da existência política do homem, que acaba reduzido a “*uma esfera de ser humano e nada mais*” (ARENDETT, 2012, p. 334-336), sem uma existência em comum com os outros, é a extinção da própria liberdade de agir, tendo em vista que, na visão da autora, o campo por excelência da liberdade é o político. Assim, “*[a] liberdade só existe no singular espaço intermediário da política.*” (ARENDETT, 2009, p. 147).

É nesse ponto que entra a relevância de nosso estudo: a política – e a liberdade, por consequência – estão diretamente limitadas pelas instituições comuns de existência dos seres humanos enquanto entes políticos; é o domínio da lei que gera a liberdade. A lei é sempre o limite da atuação livre, o espaço por excelência onde o político se realiza, onde as liberdades são exercidas. Nesse sentido, usando o exemplo dos gregos, afirma a autora que:

“A lei é, por assim dizer, algo por meio de que a polis ingressa em seu viver, algo que ela não pode abolir sem perder sua identidade e cuja violação é um ato de hybrys, a transgressão de um limite interposto à própria vida.” (ARENDETT, 2009, p. 243)

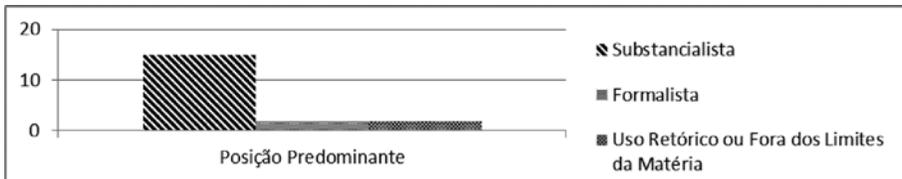
Assim, somente nos limites da Lei, do Estado de Direito, podemos conhecer da liberdade e praticá-la de maneira desinibida. É a lei que conforma e molda nossas liberdades e que modela nosso campo comum de existência, assim:

“[t]oda lei cria, antes de tudo, um espaço no qual é válida, espaço que é o mundo no qual podemos nos mover em liberdade. O que está fora desse espaço é sem lei e, mais precisamente, sem mundo/ no que respeito à comunidade humana, fora desse espaço tudo é deserto.” (ARENDETT, 2009, p. 253)

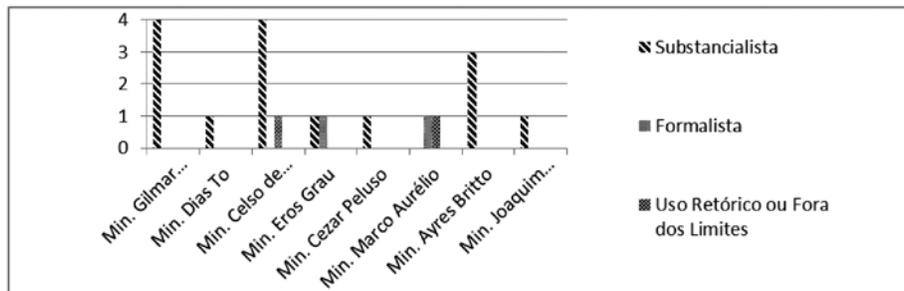
A conclusão final de todas essas associações é que a demarcação clara do espaço a que corresponde o Estado Democrático de Direito é a demarcação clara do espaço onde poderemos exercer nossa liberdade política e, principalmente, o espaço onde poderemos conhecer de um mundo comum. Feita essa breve digressão, prosseguimos com as conclusões estatísticas do nosso estudo.

B) Uma Pequena Conclusão Estatística

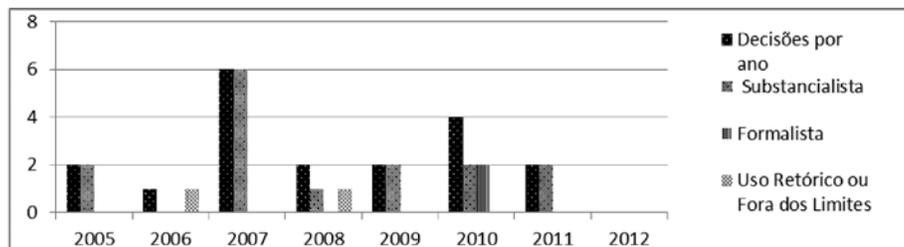
Como pudemos ver no decorrer dessa pesquisa, o STF aderiu a uma posição precipuamente substancialista de Estado de Direito e de Estado Democrático de Direito. Algumas razões de fundo podem ser apontadas para justificar isso, desde um maior ativismo judicial por parte da Corte ou, até mesmo, um desejo de cumprir as designações do constituinte originário – que, talvez, não por coincidência tenha escolhido a expressão “Estado Democrático de Direito” em detrimento de, somente, “Estado de Direito”. De toda forma é essa a divisão dos casos entre as posições substancialista, formalistas e de uso retórico ou fora dos limites da matéria do julgado:



Já a divisão das posições entre os Ministros que lavraram os acórdãos foi a seguinte:



Por fim, o número de decisões por ano divididas entre as posições tomadas foi:



Dessa maneira concluímos nosso estudo. Essas são algumas limitações da aplicação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito, sendo apenas uma pequena estimativa da jurisprudência do STF, sem ambição de representar completamente a posição da corte.

Nosso único e verdadeiro ímpeto para começar e terminar esse estudo foi o desejo de ajudar a demarcar os limites da liberdade política de nossa sociedade, de ajudar a relevar, mesmo que com uma contribuição pequena, as fronteiras de nosso espaço comum. Em relação às possíveis, e mais do que desejáveis, críticas à jurisprudência do STF, gostaríamos de lembrar que:

“O que se opõe à toda predeterminação e conhecimento do futuro é o fato de que o mundo se renova diariamente pelo nascimento e é constantemente arrastado pelo imprevisivelmente novo pela espontaneidade de cada chegada. Somente roubando aos recém-nascidos sua espontaneidade, seu direito de começar algo novo, pode a trajetória do mundo ser definida deterministicamente e, conseqüentemente, prevista.” (ARENDETT, 2009, p. 183)

De tal modo que a possibilidade de iniciar uma nova ação, de renovar e expandir o espaço de conformação da liberdade e o próprio significado do Estado de Direito, só pode ser encontrada na arena pública, no que já existe de espaço comum, fora dessa região há, somente, um mundo sem lei; verdadeiro deserto de relações humanas.

The (Democratic) Rule of Law and the Brazilian Supreme Court:

A Historical and Jurisprudential Study of the Rule of Law and the Democratic Rule of Law.

Abstract: The present article discusses the political meaning of the principles, more specifically of the principles of The Rule of The Law and The Democratic Rule of The Law, which are the substance of the Brazilian juridical order. At first, the article discusses several mutations of the Rule of Law until it achieves the Democratic Rule of Law form. Later, it is examined the application of either principles by the Brazilian Supreme Court (STF) through a quantitative and qualitative study of its decisions. Finally, the article is concluded by an analysis founded in Hannah Arendt's visions of freedom and law.

Key-words: Democratic Rule of Law, Rule of Law, Brazilian Supreme Court (STF), Principles.

IX. BIBLIOGRAFIA

- ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*; trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- _____. *A Promessa da Política*; trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 2009.
- _____. *Entre o Passado e o Futuro*; trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.
- _____. *Origens do Totalitarismo*; trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- _____. *Sobre a Revolução*; trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011b.
- _____. *What is Freedom? In The Portable Hannah Arendt*; United States: Penguin Books, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. In *Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. In *Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2004.
- CHATELET, François, DUHAMEL, Olivier, PIESIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das Idéias Políticas*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros. 25ª ed. São Paulo: 2005.
- DA SILVA, Vírgilio Afonso. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações dos Particulares*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011a.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.
- _____. *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais I*, 2003.
- DÍAZ, Elías. *Carl Schmitt: La Destrucción del Estado de Derecho*. In *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2008, nº 8.
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. WMF Martins Fontes. São Paulo: 2006.

- ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. 1ª ed. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo: 2010.
- HART, H. L. A. O Conceito de Direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- HOBBSAWM, Eric. A Era das Revoluções. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- JASPERS, Karl. Introdução ao Pensamento Filosófico; trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silvera da Mota. São Paulo: Cultrix, 2012.
- KAHN, Paul W. The Cultural Study of Law: Reconstructing legal scholarshi. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1999.
- PEREIRA, Anthony W. Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Org. Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009.
- TAMANAH, Brian Z. On The Rule of Law. 1º ed., 7ª re. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Against Judicial Review. 115 Yale L.J. 1346 (2006)

INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E SEGURANÇA JURÍDICA – UMA EXPERIÊNCIA NA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA – ESTUDO DE CASO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF 101

Debora Lacs Sichel, Msc

O crescente aumento da frota de veículos no mundo acarreta um problema aparentemente singelo de aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência de seu desgaste. Não obstante a necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados atente-se a submissão aos procedimentos jurídicos, às normas constitucionais e legais vigentes. Observa-se que o “Brasil, sem computar a entrada de pneus usados importados determinada por decisões judiciais, gera anualmente um passivo de aproximadamente 40 milhões de unidade de pneus usados, ao qual precisa dar a correta destinação a fim de prevenir danos ambientais maiores do que aqueles por eles já representados, e segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, atualmente existem no País mais de 100 milhões de pneus abandonados, à espera de uma destinação ambientalmente e economicamente sustentável e recomendável”. A importação de pneus usados também tem o indisfarçado objetivo de dar solução ao grande número de pneus velhos produzidos anualmente pela Comunidade Europeia, estimada em 80 milhões de unidades¹.

¹ADPF 101 pg 13

A indústria de pneus no Brasil se divide em dois setores: o setor de fabricantes de pneus novos e o setor dos reformadores de pneus. O primeiro setor é dominado predominantemente por empresas estrangeiras com sede no Brasil, tais como Bridgestone/Firestone, Goodyear e Pirelli. Os interesses desse setor são representados pela Associação Nacional da Indústria de Pneumáticos – ANIP. Do ponto de vista econômico, é evidente que a abertura do Mercado brasileiro para pneus usados e remoldados gera uma competição indesejada, razão pela qual a ANIP apoia integralmente a defesa brasileira apresentada na OMC. Curiosa, por outro lado, é a preocupação ambiental tardiamente despertada pela ANIP relativa à importação de pneus usados e remoldados.²

Já as empresas que reformam pneus usados no Brasil são duplamente representadas: tanto pela Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus – ABR, quanto, mais recentemente, pela Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados – ABIP. Os interesses econômicos desse setor na disputa entre o Brasil e as Comunidades Europeias na OMC não estão tão claros. Por um lado, as medidas brasileiras que veda a importação de pneus remoldados protegem a indústria de reformadores nacional contra a competição de pneus remoldados estrangeiros. Por outro lado, uma possível ratificação pela OMC da tese brasileira da compatibilidade das suas medidas proibitivas de importação de pneus remoldados pode ter impacto negativo para a indústria brasileira de pneus remoldados. Isso porque, desde 1991, as empresas nacionais que atuam no setor de reforma de pneu vem lutando na justiça brasileira para obter licenças de importação de carcaças de pneus usados como material prima para remolde no Brasil. Logo, torna-se mais difícil viabilizar a entrada de carcaças de pneus usados importados no Brasil se a proibição de importação de pneus remoldados persistir. Afinal, como justificar frente a justiça brasileira que é razoável do ponto de vista ambiental importar carcaças de pneus usados à luz da proibição da importação de pneumáticos remoldados?³

Deve ser esclarecido que “o pneu usado pode ser classificado tanto como pneu inservível – aqueles que apresentam danos irreparáveis em sua estrutura, não se prestando a recapagem, recauchutagem e remoldagem -, quanto como pneu reformado – aqueles que foram submetidos a

²A Guerra dos pneus Fábio Morosini

³A Guerra dos Pneus Fábio pg. 4

processo de recapagem (processo pelo qual o pneu usado é reformado pela substituição de sua banda de rodagem e dos ombros), e remoldagem (processo pelo qual o pneu usado é reformado pela substituição de sua banca de rodagem, dos ombros e de toda a superfície de seus flancos). Não obstante os pneus usados servíveis ainda poderem ser utilizados pela indústria de reforma de pneus, o fato é que eles efetivamente possuem um ciclo de vida menor do que a do pneu novo, sendo importante salientar que, segundo informações do INMETRO, os pneus de automóveis de passeio somente podem passar por um único processo de reforma, tornando-se inservíveis após uma única utilização e transformando-se em lixo de grande potencial nocivo ao meio ambiente e à saúde pública”.⁴ Por isso, adverte que “a importação de pneus usados sequer impede o exercício da atividade de reforma de pneus, pois, como já se falou, existe um passivo de 100 milhões de pneus no país, aguardando para serem empregados como matéria-prima pela indústria da reforma de pneus. O fato de supostamente não se tratar da melhor opção comercial no que se refere à lucratividade não tem o condão de significar a inviabilidade do empreendimento”.⁵

Os efeitos nocivos da destinação dos pneus usados não são eliminados totalmente e trazem malefícios ao meio ambiente demonstrado por dados. Os elementos que compõem o pneu dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros. Seu armazenamento é difícil e impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar. O alto índice calorífico dos pneus, útil para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos. Se os pneus são compactados inteiros eles tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades. Os pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças. O Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remodelagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica.

A política pública brasileira por trás das medidas que vedam o ingresso

⁴ADPF 101 pg 13

⁵ADPF 101 pg 14

de pneus remoldados importados no território nacional é evitar a geração adicional de resíduos. O governo brasileiro entende que as importações de pneus reformados, produtos de vida útil reduzida, agravam o passivo ambiental do país importador, por gerar volumes adicionais de resíduos a serem eliminados. Nesse sentido, a existência de medidas que obrigam fabricantes e importadores a darem destinação ambientalmente adequada aos pneus inservíveis não combate a geração adicional de resíduos. A existência de pneus no território brasileiro, potencializada pela irrestrita importação de pneus reformados e usados, tem uma série de impactos negativos ao meio ambiente e à saúde pública.

Primeiro, o estoque e os aterros de resíduos com pneus potencializam o risco de incêndios, que provocam a emissão de gases tóxicos e contaminação do solo e da água. Segundo, quando abandonados nos cursos d'água, os pneus obstruem canais, córregos e galerias de águas pluviais, prejudicando assim a vazão de escoamento desses corpos receptores hídricos e contribuindo para as enchentes. Essas enchentes, por sua vez, causam ao administrador público e à população prejuízos incalculáveis. Terceiro, a queima de pneus a céu aberto emite substâncias altamente tóxicas, como metais pesados, dioxinas e furanos, conhecidos por causar câncer e outros problemas de saúde. Quarto, a importação de pneu previamente utilizado, com ovos de mosquitos, pode introduzir novas doenças e epidemias no Brasil. Finalmente, pneus estocados ou descartados de forma irregular tornam-se locais ideais para a proliferação de mosquitos transmissores de doenças, como a febre amarela e a dengue⁶.

A Convenção da Basiléia, em vigor desde 5.5.92, à qual o Brasil aderiu, e cujo texto foi aprovado pelo Decreto n. 875, de 19.7.93 foi afrontada na medida em que se reconhece que : “a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o ambiente dos perigos causados [pelos resíduos perigosos] é reduzir a sua produção ao mínimo, em termos de quantidade e ou potencial de perigo, [bem como] (...) qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou eliminação de Resíduos perigosos estrangeiros e outros Resíduos no seu território”⁷

Os princípios constitucionais do desenvolvimento sustentável, da

⁶A Guerra dos pneus Fabio pg 9/10

⁷ADPF 101 pg 10

equidade foram violados. Estes princípios estão contidos no art. 225 da Constituição Federal⁸. A importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts 170, I e IV e seu parágrafo único, 196 da Constituição Federal).⁹

Por meio ambiente ecologicamente equilibrado, entende nosso Supremo Tribunal, a preservação do mesmo para a geração atual e para as gerações futuras e desenvolvimento sustentável como crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da

8 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Assim o Supremo Tribunal Federal(STF) atendeu ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica.

Entende o STF que o direito à saúde foi violado pois ao depositar pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. O direito à saúde é entendido com bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, e idêntico é o procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que desses pneus se livram.

Parece-nos legítimo e razoável a atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas.

A multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se tem interpretações e decisões divergentes sobre a permissão de importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul criou uma situação de insegurança jurídica. Numerosas decisões judiciais foram proferidas em contrariedade a portarias do Departamento de operações do Comercio Exterior – DECEX e da Secretaria de Comercio Exterior – Secex, resoluções do Conselho Nacional do meio Ambiente – Conama e Decretos Federais que expressamente, vedam a importação de bens de consumo usados, com referencia especial aos pneus usados. A aplicação diferenciada e simultânea das normas pelas decisões judiciais contrárias parece traduzir descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais. Acresce-se a ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polemica pendente foram a motivação desta ADPF. A indicação dos preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito a saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comercio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Decisões com transito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas; efeitos acabados. Efeitos

cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que foi decidido nesta Arguição.

A ausência de diretriz a respeito da matéria permitiu que esta fosse objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio, a partir de 20.06.2005, pela solicitação de consulta da União Europeia ao Brasil. A união Europeia questionou o Brasil perante a Organização Mundial de Comercio sobre as autorizações judiciais para a importação de pneus usados como matéria-prima, pois mantem uma espécie de barreira comercial que veda a importação de pneus reformados. As empresas que requereram autorização judicial para a importação de pneus usados da Comunidade europeia argumentam que haveria incoerência da legislação brasileira ao permitir a importação de pneus usados para insumo e uso de recapeamento do Mercosul e não admitir tal procedimento quando os pneus são procedentes de outros países. Não houve tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil uma vez que foram autorizadas as importações de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não as carcaças. Esta decisão foi determinada por Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico. A Organização mundial de Comercio não deu razão à Comunidade Europeia, mas determinou fosse comprovada a efetividade das normas brasileiras, o que passa pela eficácia da jurisdição nacional no sentido de fazê-las valer.

REFERÊNCIA

Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro. www.inmetro.gov.br, acesso em 20.02.2013

Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus – ABR, www.abr.org.br, acesso 01.12.2012

MORONI, Fabio. A Guerra dos pneus. www.fAAP.br/NarrativaFinal12-1.09.06-AGuerra. acesso 01.12.2012.

BrazilianMinistryofenvironmental www.mma.gov.br access 20.11.2012

ADFP 101. www.stf.jus.br - acesso em 20.11.2012

Associação Nacional da Industria de pneumáticos – ANIP. www.anip.com.br - acesso em 20.11.2012

O DIREITO À PRIVACIDADE E OS VALORES DA PERSONALIDADE

Douglas Santos Andrade dos Reis

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Pedro Marcos Nunes Barbosa

Resumo: A presente pesquisa tem o fulcro de estudar o valor da privacidade a luz dos valores da personalidade. Para atingir esse desiderato, foi realizado um estudo da dignidade da pessoa humana na sua função ontológica de fundamento normativo e axiológico dos valores da personalidade, inclusive a privacidade. Após, foi realizado o estudo do regime jurídico dos valores da personalidade, analisando o conceito, o fundamento, a natureza jurídica e as características dos valores da personalidade. Depois, a investigação fincou-se no estudo do direito à privacidade. Nesse tópico, foi analisado as concepções clássicas de privacidade. Depois, perquiriu-se as mudanças que aconteceram no conteúdo da privacidade, bem como as razões pelas quais aconteceu. Assim, foi estabelecido o conceito atual de privacidade. Por fim, foi analisado o caso envolvendo Carolina Dickmann e o programa *Pânico na TV*. Nesse análise, foi estudado a resolução do conflito da privacidade e da liberdade de expressão. Também, por oportuno, foi analisado o relevo jurídico de a pessoa ser pública.

Palavras Chave: Direito à privacidade; valor da personalidade; dignidade da pessoa humana; direito civil constitucional;

1- INTRODUÇÃO

Em seu Célebre 1984, George Orwell destacou o Big Brother como um ditador enigmático e onipresente, que tudo observa. No regime imaginado por Orwell, a privacidade era apenas um sonho quase inatingível, pois a privacidade ficava restrita a certas incontingências. Até mesmo as ideias e os sonhos dos cidadãos eram vigiados por uma polícia de pensamento¹.

De fato, a visão de Orwell sobre o futuro pareceu ao público terrível, mas possível. Passadas décadas desde que a referida obra foi lançada, em 1948, a expressão símbolo de vigilância passou a designar um programa de entretenimento de penetração mundial. No caso, a diminuição da privacidade não acontece por ordens de um ditador, mas é fruto da autorização voluntária do polo ativo na situação jurídica complexa².

Atualmente, a previsão do aludido autor não se concretizou, mas o desenvolvimento da tecnologia de informação, com, sobretudo, a internet, tem influenciado sobremaneira o direito a privacidade. Desta sorte, spams³, cookies, os resultados do Google e os grandes bancos de dados pessoais ilustram a suscetibilidade⁴, na órbita da privacidade, de inúmeras pessoas em virtude dessas novas ferramentas.

Com efeito, existe uma nítida sensação de que a erosão da privacidade é um “fato da vida”, induzida pela sociedade de consumo⁵. Assim, é característica do nosso tempo à preocupação com questões relacionadas à privacidade e sua tutela.

Desta forma, o presente trabalho tem o escopo de se debruçar sobre o tema da Privacidade, considerando a mudança do seu conteúdo provocado pelo desenvolvimento da tecnologia de informação e afloramento dos direitos da personalidade.

Assim, será realizada uma trajetória da análise a ser realizada no

¹ ORWELL, George 1984. Ed. Cia das letras, São Paulo, 2009, p.5-20.

² VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004. p. 197

³ IN: Direitos e Tecnologias da Informação. O Spam e o direito Brasileiro. Revista Eletrônica dos Centros de Estudos Judiciários do STJ. P. 47.

⁴ BARBOSA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: Cuidado e vulnerabilidade. Coordenadores: PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de. Ed. Atlas. 2009. p.111.

⁵ DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro. Renovar.2006. P. 234.

transcorrer da presente obra. A princípio, o objeto de investigação ficará cingido à cláusula geral da dignidade da pessoa humana, uma vez que é desse valor supremo que emana o fundamento e substância dos direitos da personalidade, entre os quais a privacidade.

Após, será abordado à teoria do direito geral a personalidade e a dos direitos da personalidade. Nesse ponto, a conceituação, a natureza jurídica, a terminologia, o fundamento e as características dos direitos da personalidade serão trazidos à baila para análise.

Depois, a investigação repousará sobre o sentido e alcance da privacidade nessa era de informação, desde o direito de ficar só até o direito pessoal de controlar as próprias informações nos grandes bancos de dados.

Por fim, será abordado um caso polêmico em que o direito à privacidade entra em colisão com outros valores.

2- DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aparentemente, as sociedades, especialmente as ocidentais, repousam sobre uma base unívoca e forte que é a dignidade da pessoa humana⁶. Assim, diversos documentos internacionais, constituições de diversos países, bem como a legislação infraconstitucional desses contemplam esse valor jurídico supremo⁷.

Entretanto, a despeito da sua importância, a sua definição é extremamente difícil, especialmente em razão de seu caráter poroso, fluído, multifacetário e multidisciplinar⁸. De fato, essa vagueza de conteúdo dá uma elasticidade tamanha a esse valor jurídico que até sociedades autoritárias a invocam como um direito fundamental e necessário⁹. Mas

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Revista Trimestral de direito civil. Ano 7. Vol.26.Abr/Jun. 2006. P.44

⁷ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 65.

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005. P.140.

⁹ Veja as declarações do ditador Jorge Rafael Videla que conduziu a mais violenta ditadura de sua história: “ Para nós, o respeito aos direitos humanos não nasce somente do mandamento da lei ou das declarações internacionais, mas é resultante da nossa cristã e profunda convicção de que a dignidade do homem representa um valor fundamental”. SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P. 9-10.

o problema não está na sua fluidez em si¹⁰, antes em razão do fato que sua utilização exacerbada e sem qualquer parâmetro pode levar a sua banalização, e, conseqüentemente, seu enfraquecimento em termos de força jurídica¹¹.

Por estas razões, antes de avançar a análise sobre o princípio que fundamenta a ordem jurídica democrática brasileira e sua irradiação pelo ordenamento jurídico como um todo, é necessário perquirir a sua concepção por meio de parâmetros objetivos.

2.1 -A concepção da dignidade da pessoa humana

A palavra dignidade é encontrada em latim, onde *dignus* é aquele que é importante, que merece estima e honra¹². Embora a origem do vocábulo esteja atrelado ao direito romano, a ideia de dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo, aparece na filosofia estoica¹³ e com o cristianismo que considera o homem o centro da criação e, portanto, teria uma dignidade dependente da figura de Deus¹⁴.

Entretanto, a concepção de dignidade da pessoa humana¹⁵ ganhou formatação mais consistente do ponto de vista jurídico, embora tenha desenvolvido seu conceito sob a ótica ética, com o filósofo Immanuel Kant. Para o filósofo, na sociedade tudo tem um preço ou uma dignidade.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. P. 74: “É que o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pela sua notável abertura, abriga e fomenta este pluralismo, constituindo fórmula elástica o bastante para acolher valores bastantes conflitantes, como liberdade e segurança, igualdade e direito a diferença. Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais.”

¹¹ Denunciando as conseqüências da hipertrofia desse princípio afirma Sarlet: “Neste sentido, por mais que se possa afirmar que, em matéria de dignidade e direitos fundamentais, seja melhor pecar pelo excesso, não há como desconsiderar que o recurso exagerado e sem qualquer fundamentação racional à dignidade – tal como vez por outra ocorre também entre nós – efetivamente pode acabar por contribuir para a erosão da própria noção de dignidade como valor fundamentalíssimo da nossa ordem jurídica” SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Porto Alegre. 2002.p. 102-103;

¹² ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 65.

¹³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil.: breves reflexões. Revista da faculdade de direito de Campos. Ano VII. N ° 8. ano 2006. p.233: “ Segundo os estoícos, a dignidade humana seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais”.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin. Princípio do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro:Renovar. 2006. pag. 8-10.

¹⁵ “a expressão pessoa humana não constitui um pleonismo, visto que ela se opõe a pessoa jurídica”. ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 65.

O preço apresenta um valor exterior, de mercado, estando ligadas as coisas, que admitem a substituição pelo equivalente. Já a dignidade é um valor interno, de interesse geral, e de natureza qualitativamente distinta do preço. Assim, as coisas tem seu preço, já as pessoas tem dignidade¹⁶.

Assim, a validade dessa concepção consiste em definir a dignidade como um atributo inerente ao homem, o qual manifesta sua autonomia e vontade legisladora¹⁷. Ademais, o homem seria um fim em si mesmo, nunca meio para atingir fins alheios a sua vontade¹⁸.

Outra concepção, criada pelo iluminismo, também agregou subsídios para elucidar a concepção de dignidade humana. Essa concepção é denominada por Antônio Junqueira como concepção Insular¹⁹. Essa concepção explicita que há uma entre o homem e a natureza, já que haveria uma relação, respectivamente, entre sujeito e objeto. Além disso, o homem diferiria dos outros seres por ele ter racionalidade, capacidade de querer e autoconsciência²⁰.

Entretanto, essa concepção é criticada pelo fato de que hoje se reconhece que inteligência e vontade são atributos do homem e animais superiores. Assim, a alegada singularidade do homem no campo da consciência e vontade perderia o seu efeito em termos absolutos²¹.

Portanto, para chegar a uma concepção aceitável devem ser superadas as visões até aqui explicitadas. No caso, a chamada concepção insular seria insuficiente, uma vez que é reducionista ao expor apenas certos aspectos

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 383, p. 117, Maio/jun. 2006.

¹⁷ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 68.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer para Procuradoria geral do Estado do Rio de Janeiro. Data: 10/04/2010. p. 8-9: “ Na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem um valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos.”

¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização Jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista dos tribunais. São Paulo. V.797.p. 13

²⁰ OBID.

²¹ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. Pag. 70.

que não são totalmente inerentes ao homem. Então, Antonio Junqueira aclara que a capacidade de dialogar e a sociabilidade como características ínsitas ao ser humano, já que o homem tem a capacidade de reconhecer no outro um igual, de usar a linguagem, dialogar, enfim, precisa dos outros para realizar-se plenamente como um ser coexistencial²².

Além disso, a inteligência emocional, expressa em expor e demonstrar emoções ao próximo, é também característica própria do homem²³. Essa faceta da dignidade humana é tão relevante que é capaz de servir como um feixe de interpretação mais abrangente dos dispositivos constitucionais²⁴. No fundo, quando se proclama o direito ao afeto está destacando a dignidade da pessoa humana sob esse ângulo²⁵.

Portanto, a concepção atual de dignidade da pessoa humana consiste em ser um atributo inerente ao ser humano, expresso por meio de sua razão, consciência e vontade. Além disso, a sua capacidade de diálogo e identificação com o próximo, combinado com sua capacidade única de mostrar sentimentos, dão a tônica da sua singularidade e valor que transcende a qualquer mensuração.

2 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A tutela da pessoa desfruta primazia na nossa ordem constitucional, uma vez que a dignidade da pessoa humana constitui um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1, III, da constituição federal. Essa norma fundamental confere unidade ao sistema jurídico²⁶.

A sua posição topológica revela o seu superior status principiológico, como alicerce central onde deverão ser implementados os objetivos do

²² AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização Jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista dos tribunais. São Paulo. V.797.p. 13

²³ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 72.

²⁴ GRECHI, Frederico Price. A eficácia da dignidade da pessoa humana no direito privado: Necessidade de um critério mínimo de legitimação pautado nas dimensões de justiça para sua interpretação e aplicação efetiva. In: Revista digital- Institutos dos advogados brasileiros. Ano IV. Número 14. Abr/Jun de 2012. p. 156.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas. In Cuidado e Vulnerabilidade. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira (Coord.). São Paulo. Ed. Atlas. 2009. P.305.

²⁶ BOBBIO, Noberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10^o ed, Brasília. P. 58-59.

Estado²⁷. Também, como vetor axiológico, já que é um mandamento nuclear de um sistema²⁸, prestigia situações não-patrimoniais para as quais devem se voltar as situações jurídicas patrimoniais²⁹.

Entretanto, antes de adentrar no redesenho do direito civil proporcionado por esse valor-fonte³⁰, é mister debruçar pelo seu conteúdo a luz do ordenamento jurídico.

Parte da doutrina³¹ e jurisprudência³² ao tentarem caracterizar juridicamente esse valor supremo do ordenamento jurídico explicitam a busca da felicidade como um dos seus elementos integrantes. No caso, embora se reconheça que o objetivo da constituição como um todo seja assegurar o direito de cada qual fazer o seu projeto de felicidade³³, não se pode dizer que este caracterize o valor supremo em análise.

De fato, a perspectiva da busca pela felicidade como uma finalidade da existência humana é muito antiga³⁴. Mas, o postulado da dignidade humana não pode deixar de ser infiltrado por uma abstração que prescinde de objetividade. Aliás, o uso do direito à felicidade no discurso jurídico e político recebem severas críticas por escamotear finalidades estranhas aos fins

²⁷ GRECHI, Frederico Price. A eficácia da dignidade da pessoa humana no direito privado: Necessidade de um critério mínimo de legitimação pautado nas dimensões de justiça para sua interpretação e aplicação efetiva. In: Revista digital- Institutos dos advogados brasileiros. Ano IV. Número 14. Abr/Jun de 2012. p. 156.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 14

²⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. IN: Diálogos sobre direito civil. Revista Trimestral de direito civil.P. 4-5.

³⁰ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo. 19 ed. 2000. P.25: “ O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica as todas as normas constitucionais. O Estado e Direito não são fins, mas apenas meios para realização da dignidade do homem, que é o valor fonte do ordenamento.”

³¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo. Editora: Saraiva. 2000. Pag. 74:”Não o escreveu de forma expressa, mas deixou claro que o Estado, dentro do sistema nacional, tem a função de promover a felicidade, pois dignidade, o bem de todos, pressupõe o direito de ser feliz.”

³² No fragmento da ementa da decisão do STF que equiparou as uniões homoafetivas as uniões estáveis, assim, a suprema corte assim se pronuncia sobre o tema: “ O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fato de neutralização de práticas ou omissões lesivas cuja ocorrência posso comprometer, afetar ou até mesmo, esterelizar direitos e franquias individuais.”(Supremo Tribunal Federal, RE 477554 AGR/MG, Relator Ministro: Celso de Melo. DJ. 16/08/2011. Segunda turma.)

³³ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 20.

³⁴ ARISTÓTELES. A ética a Nicômodo. São Paulo. Martin Claret, Livro V, . P. 27.

constitucionais³⁵. Assim, para um conceito jurídico ser útil devem-se estabelecer parâmetros objetivos que guie o jurista na hora de sua aplicação ³⁶.

O dispositivo constitucional do art. 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana, atua e funciona não apenas como um princípio³⁷, mas também como uma cláusula geral. Isso significa que o legislador constituinte usou de uma técnica em que se legisla com maior amplitude, o que permite a mutabilidade necessária ao direito³⁸, uma vez que sua ampla extensão no campo semântico permite que o juiz, a luz do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva uma norma jurídica³⁹. Assim, o juiz, ao fundamentar sua decisão, reenviará para aspectos e elementos fora do sistema jurídico.

Com efeito, é premente a necessidade de estabelecer balizas objetivas para delinear o substrato material da dignidade da pessoa humana com o fito de facilitar a aplicação dessa cláusula pelo jurista. No caso, é necessário adotar o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, a qual aborda quatro corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, a saber, a igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade⁴⁰.

³⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 7. Vol. 26. Abr/Jun 2006. Pag. 50-51: “Mas não foi essa a filosofia do século XVIII. O homem só tem direitos e não deveres, e o estado tem a função de assegurar-lhe a felicidade.... De fato, a realidade desmente. Por mais que se proclame como objetivo a felicidade, não há felicidade. O empenho da sociedade passa então a ser o de forjar constantemente sub-rogados, que disfarçam a desconexão entre a promessa e a realidade. O sub-rogado principal está na lisonja. O cidadão é colocado no papel de cliente, que a sociedade serve. O cliente tem sempre razão. O lema da sociedade passa a ser: você merece. A lisonja está por todo lado. Está antes demais na publicidade, o grande meio de (des)educação da sociedade de massas. Só são oferecidas vantagens. Fomenta os piores sentimentos, a inveja, a luxúria, a ostentação... Está enfim no discurso político. Tudo se promete. E embora a felicidade não chegue, há a segurança da impunidade, porque o embotamento público já é tão grande que dá a certeza que o método sempre produz efeito. Se houver contradição entre realidades, basta prometer mais forte na eleição seguinte.”

³⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil.: breves reflexões. Revista da faculdade de direito de Campos. Ano VII. N º 8. ano 2006. p. 237.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P.11: “Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente.”

³⁸ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.84.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo. Revista dos Tribunais.2005. P. 303-305.

⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro. Renovar. 2003. p.87

A igualdade, entendida atualmente, é superior a meramente formal que é insuficiente para garantia da dignidade⁴¹. Antes, a igualdade sob o enfoque material consiste em tratar desigualmente os desiguais, suprindo carência física, intelectual, econômica ou social dos menos favorecidos⁴², com o objetivo de ofertar iguais oportunidades sob o ângulo substancial.

Além disso, a igualdade material reconhece também o direito a diferença, por meio da qual as minorias tem o direito de se manifestarem sem a necessidade de terem de adotar comportamentos uniformizantes ou que de alguma forma os inferiorize⁴³.

O princípio da liberdade individual se manifesta cada vez mais, numa perspectiva da privacidade, intimidade, e exercício da vida privada⁴⁴. Dessa forma, a liberdade se concretiza com a possibilidade do exercício de escolhas individuais pautadas pelas aspirações mais profundas da existência humana, segundo sua consciência e valores espirituais⁴⁵.

A integridade psicofísica consiste no direito de não sofrer violações ao seu corpo ou em aspectos de sua personalidade, bem como seu ânimo psicológico⁴⁶.

⁴¹ RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constituição do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: Fachin, Luiz Edson (coord). Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. P. 5: “ A igualdade, fundada na ideia abstrata da pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos a apropriação dos bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito a justiça distributiva e à igualdade material ou substancial.”

⁴² Em razão da via estreita do presente trabalho, será transcrito apenas breve passagem do voto do Min. Ayres Britto, na ADI 3.330-1, a qual visava impugnar a lei que cria o PROUNI: “ O substantivo “igualdade”, mesmo significando qualidade de coisas iguais (e, portanto, qualidade de coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo plano de importância), é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade.” (ADI 3.330-1, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Voto do relator.)

⁴³ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil.: breves reflexões. Revista da faculdade de direito de Campos. Ano VII. N ° 8. ano 2006. p. 238.

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro. Renovar. 2003. P.107.

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer para Procuradoria geral do Estado do Rio de Janeiro. Data: 50/04/2010. p. 9: “ De fato, no plano dos direitos individuais, ela se expressa na autonomia privada, que decorre da liberdade e igualdade das pessoas. Integram o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas tem direito a eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas.”

⁴⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil.: breves reflexões. Revista da faculdade de direito de Campos. Ano VII. N ° 8. ano 2006. p. 239.

A solidariedade social se manifesta em razão do fato de que o homem é um ser social que se reconhece no outro. Sua existência depende da existência de outros. De fato, é o direito de fazer parte de um grupo social com a garantia de não ser marginalizado⁴⁷. O postulado desse princípio supremo do sistema jurídico é endossado pelo objetivo fundamental da república de construir uma sociedade justa, livre e solidária⁴⁸.

Dessa forma, com o conhecimento desses postulados, o operador do direito fica mais habilitado para enfrentar o desafio de concretizar esse princípio e aplicar a cláusula geral⁴⁹.

Ademais, a dignidade da pessoa humana redesenha o conteúdo dos negócios patrimoniais mediante sua força jurídica de sua aplicabilidade imediata, ou seja, a sua eficácia irradia efeitos no direito civil⁵⁰. Assim, essa cláusula geral impõe uma releitura dos institutos tradicionais do direito civil para que se adeque a matriz e a perspectiva humanista explicitada pela constituição⁵¹.

Para alguns, a corrente doutrinária que explicita a necessária constitucionalização do direito civil, no fundo é uma grande utopia, uma vez que ainda falta muito para concretizar plenamente o projeto de funcionalizar as situações negociais patrimoniais de acordo com os princípios constitucionais⁵².

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin. Princípio do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro:Renovar. 2006. P. 15.

⁴⁸ Art. 3º, I, da CRF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária”

⁴⁹ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.82

⁵⁰ BARROSO, Luis roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6º Ed. São Paulo. Saraiva. 2008. P.248.

⁵¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. IN: Diálogos sobre direito civil. Revista Trimestral de Direito Civil. P. 4-5

⁵² Nesse sentido aclara o jurista Daniel Sarmento: “Em verdade, a teoria constitucional precisa de utopia, porque as constituições também pretendem falar ao coração das pessoas, inspirando algum sentimento constitucional entre os cidadãos. E o que não é a constitucionalização do direito – este projeto grandioso de remodelar toda a ordem jurídica para dar-lhe uma fisionomia compatível com os valores constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade humana e solidariedade- senão uma bela utopia. Porém, é preciso também um certo cuidado com utopias. As utopias acalentam o espírito e sinalizam caminhos, mas, em excesso, podem aprisionar ou tornar verdadeiras distopias. Uma teoria constitucional que se oriente apenas a promoção de uma utopia, por mais inspiradora que seja, pode facilmente converter-se numa camisa de força. E a Constituição não é, nem deve ser, a tábua fundamental de uma religião civil, na qual estejam escritos para todo e sempre caminhos que levam a salvação da Nação”. SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. P. 204.

Portanto, embora se reconheça que, definitivamente, a funcionalização do direito civil à constituição não incida nos direitos da personalidade⁵³, a dignidade da pessoa humana, epicentro do ordenamento jurídico, fundamenta os direitos da personalidade, incluindo o direito à privacidade⁵⁴.

Com efeito, é de fundamental relevo investigar os direitos da personalidade em seus múltiplos aspectos, uma vez que a partir do conhecimento mais acurado da sua natureza jurídica, características e fundamento, o jurista estará mais habilitado a resolver problemas práticos envolvendo colisão entre os valores da personalidade, como acontece entre a privacidade e outros princípios.

3- DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

A construção dos direitos da personalidade prosseguiu a partir do século XIX, sobretudo, em razão da falência do radical modelo liberal econômico e jurídico, o qual pregava a liberdade a qualquer custo, ainda que sacrificasse valores da personalidade dos mais vulneráveis⁵⁵.

Além disso, no século XX, depois da segunda guerra mundial, época de massacre e desrespeito aos direitos fundamentais e direitos da personalidade,

⁵³ Ao discutir a natureza jurídica dos direitos da personalidade, arremata o autor: “O processo de socialização das relações patrimoniais, capitaneado pelo direito constitucional, não deve ser trazido para o campo das relações extrapatrimoniais, pois nesse caso, em vez de uma intromissão benéfica do Estado, estaremos diante de uma atuação bastante prejudicial, visto que não se pode simplesmente funcionalizar a pessoa humana e sua dignidade, subordinando seus direitos mais íntimos ao interesse público.” ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.139.

⁵⁴ Na ótica de Roxana Cardoso: “Os efeitos práticos de adotar o direito geral de personalidade ou uma lista exemplificativa de direitos de personalidade são os mesmos, pois ambos têm como fundamento a dignidade da pessoa humana e nenhuma das duas correntes restringe a proteção jurídica aos direitos expressos no direito positivo, o que é imprescindível para a adequada proteção de tais direitos numa sociedade numa sociedade em velloz”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.P.29.

⁵⁵ “Os juristas não tardam a perceber que a liberdade não era tudo. Em um cenário de desigualdade econômica e social, a liberdade dos mais fracos acabava inteiramente engolida pela liberdade dos mais fortes... já não bastava proteger o homem contra os desmandos do Estado. Nem parecia suficiente proteger o homem contra agressões dos seus semelhantes. Em um cenário marcado pelo liberalismo jurídico, era preciso evitar que o próprio homem, premido por necessidades mais imediatas, abrisse mão dos seus direitos essenciais. Fazia-se necessário e urgente erguer barreiras contra o canibalismo da vontade. Juristas corajosos passariam, então, a defender a criação de uma nova proteção daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade de seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos.” SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. P.4.

ampliou-se a consciência da necessidade de se tutelar os valores da personalidade⁵⁶. De fato, o período pós-guerra foi marcado por consagrações da dignidade da pessoa humana nas constituições de diversos países⁵⁷, bem como do acolhimento pelo direito civil dos direitos da personalidade⁵⁸.

Desta sorte, a legislação pátria, por meio da Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 – o “novo” código civil, reconheceu os valores da personalidade nos seus art.11 a 21. Dessa forma, o direito a privacidade se encontra encartado no regime dos direitos da personalidade, já que uma das maneiras de manifestação dos valores da personalidade é através da tutela da privacidade e a esfera íntima do indivíduo⁵⁹.

Com efeito, é de especial relevo analisar o regime jurídico dos direitos da personalidade, como o seu conceito, fundamento, natureza jurídica e características.

Desse modo, o estudo mais aprofundado dos direitos da personalidade se impõe, uma vez que o direito da privacidade se encontra incluso nesse regime.

3.1 Conceito dos direitos da personalidade

O código civil de 2002 dedicou todo um capítulo aos direitos da personalidade (art. 11 ao art. 21), mas, sabiamente, não os definiu. Antes, delegou essa tarefa à doutrina que se desincumbiu desse múnus por meio de uma multiplicidade de conceitos⁶⁰.

⁵⁶ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 49.

⁵⁷ A lei fundamental de Bonn está entre as constituições do pós-guerra que protegeram a dignidade da pessoa humana, o que já vem expresso no seu art. 1º: “A dignidade humana é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de respeitá-la e de protegê-la.”

⁵⁸ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo código civil. In: Tepedino, Gustavo (coord.) *A parte geral do novo código civil*. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42. O jurista Orlando Gomes aclarou, por ocasião do anteprojeto do código civil de 1963, a justificativa do acolhimento do direito da personalidade nos seguintes termos: “O primeiro e um dos mais importantes objetivos do anteprojeto é preservar um dos valores fundamentais da nossa civilização: o respeito a pessoa humana. Os códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício a sua livre e necessária expansão.” Gomes, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto*, DIN, 1963, p. 35.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro. 22ª edição. Editora: Forense. 2009. P.243.

⁶⁰ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.93.

Entretanto, é razoável diferenciar algumas nomenclaturas que podem levar uma confusão conceitual. Assim, devem-se distinguir os direitos da personalidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Os direitos humanos ou direitos do homem são reconhecidos no plano internacional, independentemente, de como cada Estado soberano regula a matéria⁶¹. Assim, essa expressão é reservada para reivindicações de caráter perene acerca de certas posições essenciais do homem, de índole jusfilosófica⁶² associada ao postulado naturalista no plano do direito internacional⁶³.

Já os direitos fundamentais estão previstos na constituição, por isso, eles tem em vista a relação vertical entre o indivíduo em face do Estado⁶⁴. Ainda, a doutrina adverte que a abordagem dos direitos da personalidade é diferente, uma vez que atende a emanções da personalidade em si, destituídos de preocupações com a estrutura política⁶⁵. Em suma, enquanto os direitos fundamentais são de natureza publicística que pressupõe relações de poder, os direitos da personalidade são de natureza privatística e pressupõe uma relação de igualdade⁶⁶. Entretanto, é reconhecido que muito dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade,⁶⁷ entretanto, essa coincidência não significa perda da autonomia dos direito da personalidade⁶⁸.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P 13.

⁶² “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p.369.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Martires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6º ed.

⁶⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 7. Vol. 26. Abr/Jun 2006. Pag. constitucional. 3 ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2008. P. 45

⁶⁵ Nesse sentido afirma Daniel Sarmento: “ Os direitos da personalidade passaram a ser reconhecidos em diversas ordens jurídicas, sendo concebidos como projeções, na esfera privada, dos direitos humanos.” SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2º ed. Rio de Janeiro. Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 2008. P. 97.

⁶⁶ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.59

⁶⁷ “ Interessante notar, nesse sentido, que a maior parte dos direitos da personalidade mencionados pelo código civil brasileiro (imagem, honra, privacidade) encontram previsão expressa no art. 5º do texto constitucional. Mesmo os que não constam com previsão explícita nesse dispositivo são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III, da Constituição. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais.” SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P 13.

⁶⁸ “Esta larga coincidência entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais não significa assimilação ou perda da autonomia conceitual recíproca, pois tais categorias jurídicas, mesmo quando tenham por objeto idênticos bens da personalidade, revestem um sentido, uma função e um âmbito distintos, em cada um dos planos em que se inserem. Assim, as previsões dos arts. 70 do código civil, referentes aos direitos da

Dessa forma, feita essa breve digressão para dissipar qualquer confusão terminológica, é fundamental perquirir o sentido e alcance do conceito dos direitos da personalidade.

Parte da doutrina esclarece que esses direitos consistem em direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual⁶⁹.

Entretanto, há autores que chegaram a negar a própria existência de direitos da personalidade⁷⁰, já outros explicitam que esses não constituiriam direitos, mas sim poderes exercidos por quem figura no polo ativo em uma relação jurídica complexa⁷¹. Nesse sentido, Pontes de Miranda defende a linha de que não é possível existir direito a própria personalidade, antes é esta que apóia e justifica os direitos da personalidade⁷², assim, o direito em tela irradia do fato jurídico da personalidade⁷³.

De qualquer forma, compreendendo a dificuldade em fixar parâmetros mais delimitados, doutrinadores como Leonardo Estevam preferem entabular um conceito ainda inacabado e mais simples dos direitos da personalidade. De fato, nessa linha de conceituação, não se faz alusão às características, natureza jurídica ou regime jurídico dos direitos da personalidade, já que uma conceituação mais profunda exigiria amadurecimento jurídico⁷⁴. Assim, na esteira dessa parte da doutrina, os direitos da personalidade seriam aqueles que visam garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana,

personalidade, valem apenas nas relações paritárias entre os particulares ou entre os particulares e o Estado destituído de seu *ius imperii* e são tuteladas através de mecanismos coercitivos juscivilísticos, em matéria de responsabilidade civil e de providências especiais preventivas ou reparadoras.” CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Vlentino Aleixo. *O direito Geral da Personalidade*. 1.º ed. 2011. Coimbra Editora. P. 586.

⁶⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: renovar, 2003, p.249.

⁷⁰ O próprio Savignh foi expoente nesse sentido ao argumentar que não existiria o direito do homem sobre a sua própria pessoa, uma vez que isso permitiria, em última análise, o cometimento do suicídio. CF. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 1995. p. 204.

⁷¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil- Parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.p.43.

⁷² “A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil Brasileiro*. V. 1. Teoria geral do direito civil. 20 ed. São Paulo. Saraiva: 2003. p.70.”

⁷³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito Privado*. Campinas: Brookseller. 2000. 10 ed. P. 39.

⁷⁴ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 96.

prevendo a proteção dos modos de ser da pessoa,⁷⁵ não se limitando capacidade de ter direitos e obrigações⁷⁶.

Com efeito, o direito à privacidade, como um direito da personalidade, tem o objetivo de promover o livre desenvolvimento da pessoa humana em seus múltiplos aspectos.

3.2 Fundamento dos direitos da personalidade.

A gênese dos direitos da personalidade está certamente ligada às teorias jusnaturalistas, que serviram de fundamento para a declaração de direitos e, posteriormente, também consideraram os direitos da personalidade como direitos naturais, inatos, invulneráveis contra intromissão do Estado e de particulares⁷⁷.

De fato, parte da doutrina, como Carlos Alberto Bittar, reconhece o caráter imanente, universal, perene, atemporal, dos direitos da personalidade⁷⁸. Assim, a tarefa do Estado seria apenas de reconhecê-los por meio da legislação ordinária para dar mais eficácia e tutela a esses direitos. Dessa forma, os apoiadores dessa corrente explicitam que a fundamentação dos direitos da personalidade estaria fincada à imposição da natureza das coisas, encontrando seu fundamento nos direitos naturais.

⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da Personalidade. IN: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore (Coord). Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo. Atlas. 2008. P. 243.

⁷⁶ A autora ao fazer alusão às lições de San Tiago Dantas Assevera que “Em seu programa de direito civil, registrou o professor que a expressão “direita da personalidade” não tem relação exclusiva com a noção de personalidade jurídica enquanto capacidade de ter direitos e obrigações. A personalidade quando se trata de direitos da personalidade, era considerado por San Tiago Dantas como um fato natural, “como um conjunto de atributos inerentes a condição humana”. O autor distingui duas acepções do termo “personalidade”: uma delas é puramente técnico-jurídica e significa a capacidade de alguém ter direitos e obrigações(ou seja, a atual definição de personalidade jurídica). A outra acepção é natural e equivale ao conjunto dos atributos humanos, como honra, a vida, a integridade corpórea e liberdade.”BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada. São Paulo. Saraiva. 2005. P. 13.

⁷⁷ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.121.

⁷⁸ “As liberdades públicas distanciam-se dos direitos do homem, com respeito ao plano, pois, conforme se expôs, o direitos inatos ou direitos naturais situam-se acima do direito positivo e sua base. São direitos inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar por meio do direito positivo, reconhece-os e protege-os. Mas esses direitos persistem, mesmo não contemplados pela legislação em face da noção transcendente da natureza humana. Já por liberdades públicas, entende-se os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador: portanto, aqueles que, com reconhecimento do estado, passam do direito natural para o plano positivo.” Apud. GUERRA, Sidney César Silva. A liberdade de imprensa e o direito à imagem. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.. p. 17.

Entretanto, atualmente, está ganhando espaço a teoria que conecta os direitos da personalidade ao direito positivo, assim, eles não seriam direitos resultantes da própria natureza humana, antes como advindos da luta do homem pela própria emancipação e das transformações das condições de vida⁷⁹.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin explicita que “a dignidade da pessoa humana informa e conforma todo o ordenamento jurídico, servindo de substrato normativo e axiológico para todos os demais direitos não patrimoniais”⁸⁰. Além disso, na ótica do autor, esse princípio foi construído historicamente com a evolução da sociedade. Desse modo, ficam afastadas as teses jusnaturalistas acerca do fundamento dos direitos da personalidade, uma vez que estes se fundamentam na dignidade da pessoa humana, tendo seu alicerce, naturalmente, conexo com a construção da história humana.

Em conclusão, os direitos da personalidade decorrem do ordenamento jurídico e também da evolução histórica da civilização. Entretanto, isso não quer dizer que eles estão sempre expressos na constituição e legislação ordinária. De fato, existem técnicas legislativas, como a cláusula geral⁸¹, bem como a tutela geral da personalidade⁸², que permitem reconhecer outros direitos, bem como garantir a constante atualização dos direitos da personalidade.

Com efeito, *o direito à privacidade* tem o seu fundamento no ordenamento jurídico, bem como decorre da evolução histórica da sociedade. Além disso,

⁷⁹ BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Editora: Campus: 2004. P. 51-59.

⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: CORRÊA, Eliada Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.) Biodireito e dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2007, p. 192-193.

⁸¹ “As cláusulas gerais carregam, no mais das vezes, princípios e valores. Nesses casos, poderíamos vislumbrar, cumulativamente, em uma só norma, princípio e cláusula geral... Não pode haver cláusula geral não expressa, ou implícita (mas admita-se princípio implícito). Há cláusulas gerais que não contêm princípios, mas apenas referem princípios e valores. É da essência das cláusulas gerais a possibilidade do reenvio a outros espaços do ordenamento que não o dos princípios, e mesmo valores extrajurídicos e extrassistemáticos.” MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 322.

⁸² “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico.” TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Cidadania e os direitos da personalidade. Revista jurídica, Porto Alegre, V.51, n. 305, p.28.

o uso das supracitadas técnicas legislativas permitem atualizar o conteúdo da privacidade conforme os ditames sociais, com o fito de equilibrar a força normativa do direito com os imperativos sociais.

3.3 Natureza Jurídica

A definição da essência dos direitos da personalidade depende da precisão de dois aspectos do ponto de vista jurídico: saber se se trata de direitos especiais da personalidade e/ou direito geral da personalidade; entender se esses direitos tem natureza de direito público e/ou de direito privado. Somente a partir da definição desses dois aspectos será possível conceber a natureza jurídica dos direitos da personalidade.

3.2.1 Dos direitos Gerais e especiais do direito da personalidade.

Na ótica de certos estudiosos, os direitos gerais da personalidade tutelam de maneira global a personalidade, estando ligada a concepção unívoca da pessoa humana. Essa doutrina não admite o fracionamento de direitos da personalidade em direitos típicos, uma vez que o fundamento da personalidade é único e o valor que consubstancia o homem é unitário⁸³.

Ao mesmo tempo em que concebe a unidade de valor da pessoa humana, admite-se a complexidade e dinamicidade da personalidade, que é incompatível com a ideia de direitos da personalidade típicos e cerrados⁸⁴, já que eles estão em plena expansão na medida em que a sociedade avança, sendo impossível o legislador prever todos eles de forma exauriente⁸⁵.

Além do mais, os adeptos dessa corrente criticam a tipificação de manifestações da personalidade por entender que o legislador que assim

⁸³ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 151.

⁸⁴ “Mas em matéria de direitos da personalidade não pode ser assim, porque a defesa da personalidade não pode estar dependente de previsão legal. O que for verdadeiramente emanção da personalidade humana tem de ser reconhecido por todos, porque a personalidade é a própria base comum do diálogo social. Pode por isso se actuado um direito não tipificado em lei, mas que se reconheça ser imposto pelo respeito à personalidade humana.” ASCENÇÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no novo código civil brasileiro. Artigo Publicado pela Faculdade de direito de Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/>. Acesso em 10/09/2012.

⁸⁵ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 151

o faz utiliza de conceitos jurídicos atinentes a situações patrimoniais, como o “direito subjetivo à personalidade”⁸⁶, o que, sem dúvida, está em desarmonia com a proteção dada à pessoa humana.

Dessa forma, a corrente do direito geral da personalidade ancora-se nesses argumentos para refutar o fracionamento da personalidade por meio de manifestações típicas consagradas expressamente no ordenamento jurídico.

Ademais, esse doutrinadores se amparam no raciocínio de que a tutela jurídica de formas descentralizadoras da personalidade é consagrada como resultados de ponderações legais. Assim, essa ponderação tem o escopo de conferir maior segurança jurídica e regulação de especiais conflitualidades entre os próprios direitos típicos da personalidade. Além disso, existiria um interesse da sociedade em manter os direitos da personalidade restritos e taxativos porque uma abertura dos “bens” da personalidade ocasionam dificuldades da delimitação da sua abrangência, ficando ao sabor das decisões judiciais⁸⁷.

De qualquer forma, desponta na doutrina a corrente que consagra que o direito geral da personalidade atua em complementariedade com direitos especiais da personalidade⁸⁸. De fato, a existência dos direitos especiais da personalidade permite uma tutela mais eficaz dos seus bens

⁸⁶ Aclarando o resultado de se prestigiar apenas os direitos especiais subjetivos à personalidade, o autor assevera que “o resultado final é uma pluralidade de direitos subjetivos, de certo modo autônomos entre si, destituídos de um ponto de unidade. A pessoa não é tutelada de forma integral, mas apenas de maneira pontual... O direito subjetivo tem sua máxima expressão nos direitos patrimoniais. É o direito que se exerce diretamente sobre uma coisa (direito real) ou em face de uma pessoa visando determinado bem jurídico (direito obrigacional). GARCIA, Enéas Costa. *Direito Geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. P.176.

⁸⁷ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito Geral da Personalidade*. 1.º ed. 2011. Coimbra Editora. P. 559.

⁸⁸ Exatamente porque, como *lex generalis*, funciona o direito geral de personalidade. Os direitos especiais de personalidade em sentido próprio, isto é, especialmente regulados na lei, só se justificam perante particulares- que não arbitrários- situações nas relações jurídicas de personalidade, que legitimem os úteis desvios do regime-regra já referidos. Estes direitos, como vimos, apenas são admitidos taxativamente-que não atomisticamente- e têm como objeto as particulares e delimitáveis áreas da personalidade diretamente envolvidas nessas situações e identificadas tipicamente na própria *lex specialis*. Tal especialização é admissível, dada a multiplicidade e a multipolaridade da personalidade humana, sem prejuízo da sua unidade, dada a circunstância de a nossa lei sufragar um conceito amplo de bem jurídico, v.g., no art. 202, n.º 1, do Código Civil, e dado ainda o facto de não se verificar uma completa desagregação dessas áreas parcelares do todo da personalidade, uma vez que, como também já referimos, o regime-regra do direito geral de personalidade se aplica subsidiariamente aos próprios casos especiais. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito Geral da Personalidade*. 1.º ed. 2011. Coimbra Editora. P. 562

jurídicos previstos em lei, tornando sua proteção mais direta e rápida⁸⁹. Com efeito, defende-se que a tutela geral do direito da personalidade atue subsidiariamente com relação aos direitos especiais da personalidade previstos na legislação, já que diante da não previsibilidade de um direito da personalidade, a proteção decorreria do próprio direito da personalidade. Portanto, não há que se falar em antinomia, antes em complementariedade, que somente traz vantagens para a proteção do ser humano⁹⁰.

Dessa forma, a doutrina que consagra a tese da coexistência do direito geral e direito especial da personalidade é a que merece prosperar porque milita a favor da tutela mais abrangente e eficaz da dignidade da pessoa humana, que é o fim sublime do ordenamento jurídico como um todo.

Portanto, essa tese se justapõe a necessidade de se proteger a privacidade em sua integralidade. Com efeito, tendo em vista o avanço tecnológico que possibilita infiltrações cada vez maior na privacidade, é mister a tese da complementariedade dos direitos da personalidade.

3.2.2 Regime dos direitos da personalidade: Direito Público ou direito privado?

Embora se reconheça a existência de uma celeuma no que tange a possibilidade de se dividir o direito em público e privado⁹¹, é relativo o consenso de que para fins didáticos é possível essa divisão⁹². Com efeito, é necessário perquirir se a categoria dos direitos da personalidade se coaduna no campo de direito privado ou se é de natureza híbrida.

O desenvolvimento dos direitos da personalidade aconteceu

⁸⁹ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.152.

⁹⁰ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito Geral da Personalidade*. 1º ed. 2011. Coimbra Editora. P. 561.

⁹¹ “Destarte, hoje não há dúvida de que a distinção entre a esfera pública e a esfera privada tornou-se bastante difícil, já que, com o desabamento do Estado Liberal na primeira metade do século XX, ela perdeu a nitidez que até então tinha.” ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.127.

⁹² “a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado é útil no plano didático e benéfica do ponto de vista prático, pois favorece a pesquisa, o aperfeiçoamento e a sistematização de princípios de um gênero e outro”. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 98. O jurista Gustavo Tepedino entende que a distinção entre direito público e privado teria deixado de ser qualitativa para passar a ser quantitativa, sendo impossível “definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado”. TEPEDINO, Gustavo José Mendes, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, I, In: *Temas de Direito Civil*, 3ª Edição, Rio de Janeiro: 2004, p. 20

concomitantemente ao movimento de constitucionalização do direito civil, daí restando saber se os direitos da personalidade recebe teor publicístico por força da constituição. No caso, a teoria da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁹³, que admite a incidência dos direitos fundamentais aos indivíduos em relações paritárias entre si, dificulta colocar os direitos da personalidade dentro do direito privado. Isso acontece porque os direitos da personalidade seriam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que os aproximaria fatalmente do campo do direito público ⁹⁴.

Nessa linha de entendimento, os direitos da personalidade teriam a natureza híbrida porque os direitos da personalidade tem sede na constituição e no código civil, sem contar que eles seriam a aplicação de certos direitos fundamentais na seara privada.

Entretanto, esse raciocínio é fortemente refutado por parte da doutrina, uma vez que se fosse considerar como híbrido os direitos da personalidade por serem constitucionalizados significaria provocar a extinção do direito privado, já que todos os demais direitos previstos na constituição, que é analítica, deveria ter caráter híbrido⁹⁵.

Ademais, a intromissão do direito público nos direitos da personalidade significaria uma socialização da personalidade do ser humano, retirando sua identidade, o que, sem dúvida, afrontaria a dignidade da pessoa humana. Desta forma, o processo de socialização das relações patrimoniais não deve descambar nas relações extrapatrimoniais, uma vez que significaria

⁹³ Nas palavras de Sarlet: “também na ordem constitucional pátria inexistente respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público”. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p.152 Explicando o objetivo por trás da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, esclarece Daniel Sarmento: “vivemos num país injusto, com índices intoleráveis de desigualdade social, em que a opressão é capilar e onipresente. Neste quadro, o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais pode servir como importante instrumento para moldar, de acordo com parâmetros de justiça substancial, extraídos da Constituição, a miríade de relações assimétricas travadas na sociedade.” SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil, in: A nova Interpretação Constitucional. Org. Barroso, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. P.284.

⁹⁴ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P.136.

⁹⁵ Mello, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.81.

uma funcionalização da pessoa humana e sua dignidade em prol de um interesse público⁹⁶.

Com efeito, é mais acertada a corrente doutrinária que defende que o regime dos direitos da personalidade é de direito privado porque eles visam satisfazer aspirações próprias do indivíduo. Assim, esses direitos fazem parte da esfera privada.

Dessa forma, o direito à privacidade se coaduna no campo do direito privado, *sendo ilegítimo* qualquer tentativa por parte do Estado ou particulares de se apropriar ou “estatizar” qualquer aspecto da privacidade. No caso, o indivíduo deve ser o detentor sublime do poder decidir qualquer questão atinente a esse valor da *sua* personalidade, como o direito de controlar informações pessoais que se encontram em grande bancos de dados no poder do Estado ou de setores privados.

3.4 Características dos Direitos da personalidade.

O regime jurídico dos direitos da personalidade está vinculado profundamente com a personalidade humana, o que leva a essa categoria de direitos uma posição própria, autônoma, individualizada no ordenamento jurídico⁹⁷.

Com efeito, é fundamental procurar elucidar quais são as características básicas dos valores da personalidade porque são elementos importantes para resolução de casos concretos. De fato, essa análise não constitui mero ensaio acadêmico, mas implica em reconhecer quais são os poderes jurídicos⁹⁸

⁹⁶Zanini, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. p.139.

⁹⁷ Capelo de Souza, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. 1 ° ed. 2011. Coimbra Editora. P.401.

⁹⁸ “Os poderes jurídicos do sujeito ativo dos direitos de personalidade dirigem-se imediatamente sobre os bens jurídicos da sua personalidade física e moral, traduzindo uma afectação plena e exclusiva desses bens a favor do seu titular. Neste ponto, eles compartilham da estrutura dos direitos de domínio... Eles geram nos sujeitos passivos uma obrigação universal normalmente negativa, abstencionista, de respeito por tais bens jurídicos e em correspondência ainda com o princípio alterum non laedere. Mas, mesmo quando excepcionalmente determinam obrigações positivas de respeito por tais bens, as respectivas obrigações são também universais, pois abrangem toda e qualquer pessoa que se encontre nas circunstâncias normativamente previstas para a defesa dos bens da personalidade.” CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. 1 ° ed. 2011. Coimbra Editora. P.402.

atinentes à estrutura e dinâmica da personalidade, bem como para posterior aperfeiçoamento e expansão dos direitos dessa categoria⁹⁹.

É certo que não existe unanimidade entre os autores em delimitar quais são as características dos direitos da personalidade, mas é saudável para o objetivo desse trabalho a análise das mais importantes. O código civil, no seu art.11, destaca apenas três características: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade. Ao lado dessas três, a grande maioria dos autores menciona a extrapatrimonialidade, vitaliciedade e imprescritibilidade. Dessa forma, embora se reconheça a existência de outras características explicitadas pela doutrina, à dimensão estreita do presente trabalho não permite avançar a análise nessas outras características que são muitas vezes decorrentes das eleitas para investigar¹⁰⁰.

Dessa forma, o presente estudo possibilitará investigar o valor da privacidade, uma vez que será estudado as características do regime jurídico no qual se encontra encartado.

Além disso, o estudo das características será objetivo e sintético, despidido de qualquer idiosincrasias ou controvérsias incompatíveis com a finalidade da presente pesquisa.

3.4.1 Extrapatrimonialidade

É comum na doutrina distinguir os direitos patrimoniais como os suscetíveis de valoração econômica, o que implica em um tratamento legal diferenciado, uma vez que seriam transmissíveis, disponíveis, renunciáveis,

⁹⁹ “O que exige obviamente o reconhecimento como poderes jurídicos dos poderes naturais emergentes da própria estrutura e dinâmica da personalidade humana, nos limites do sentido e da unidade do sistema jurídico. De tal cláusula geral emergem, pois, múltiplos e diversos poderes jurídicos agrupavam nesse direito-quadro de tipo aberto, em que as exigências de respeito não surgem conformadas por uma única norma de comportamento, mas por um feixe múltiplo de normas de comportamento individualizantes.” CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. 1 ° ed. 2011. Coimbra Editora. P. 397.

¹⁰⁰ A título de exemplo, a inapropriabilidade e impenhorabilidade são decorrentes da intransmissibilidade. Além disso, A indisponibilidade é considerada um gênero que abarca a inalienabilidade, pois “o poder que tem o titular de um direito de o transferir para outrem, outros observam que tal poder não pode identificar-se com a faculdade de alienar, a qual é somente uma espécie macroscópica que atraiu sobre si toda a atenção, identificando-se, assim, como o gênero.” Assim, a possibilidade de alienar é apenas uma das formas de disposição do direito”. CF.GARCIA, Enéas Costa. Direito Geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. P. 45-46.

e prescritíveis, já os direitos extrapatrimoniais teriam um regramento jurídico totalmente oposto¹⁰¹.

Na esteira da doutrina, os direitos da personalidade seriam extrapatrimoniais porque não possuem valoração econômica, ou seja, não são avaliáveis em dinheiro. Nesse sentido, Capelo de Souza, apesar de considerar que a divisão estanque entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais seja discutível, considera que a valoração econômica é espinha dorsal na diferenciação. Sem dúvida, o autor toma em consideração a concepção tradicional de patrimônio, como um conjunto de relações jurídicas, avaliáveis em dinheiro, estabelecidos entre um sujeito ativo e passivo, definindo os direitos patrimoniais como decorrentes do patrimônio e, portanto, avaliáveis em dinheiro. Dessa forma, os direitos pessoais são considerados como não avaliáveis em dinheiro e fora do patrimônio, estando entre esses os valores da personalidade¹⁰².

Entretanto, a extrapatrimonialidade não impede repercussão de ordem econômica dos direitos da personalidade, seja por meio de certos contratos, seja por meio de compensação pecuniária por ocasião da violação dos direitos da personalidade.

A doutrina aponta que é possível compensar uma lesão a um direito da personalidade por meio de um valor pecuniário, pois, ainda que não haja equivalência entre a compensação¹⁰³ e o dano sofrido¹⁰⁴, é melhor uma prestação pecuniária que compense o mal sofrido, do que nada fazer¹⁰⁵.

¹⁰¹ “Os bens jurídicos os quais incidem os bens da personalidade não são suscetíveis de avaliação econômica, embora possam alguns ser objeto de negócio jurídico patrimonial”. GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19 ed. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.150.

¹⁰² CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. 1º ed. 2011. Coimbra Editora. P. 397.

¹⁰³ “Estes prejuízos não são avaliáveis em dinheiro, pelo que a atribuição de uma soma pecuniária correspondente apenas se legítima, não pela ideia de indenização ou reconstituição, mas pela de compensação”. PINTO, Paulo Mota. Direitos de Personalidade no Código Civil Português e o novo código civil brasileiro. Revista Jurídica, v. 51, n.314, p. 33.

¹⁰⁴ “Assim, não se poderá, com efeito, negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial. Eis aí a razão pela qual as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana. Os direitos das pessoas estão, assim, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana” in MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127.

¹⁰⁵ Ao explicitar os aspectos patrimoniais dos direitos da personalidade afirma Paulo Mota: “São direitos

Já em relação a existência de negócios jurídicos envolvendo o uso de imagens, voz, nome, direito do autor, há quem considere que existam direitos da personalidade patrimoniais e não patrimoniais¹⁰⁶. Entretanto, outros doutrinadores consideram que, apesar de ser possível a obtenção de negócios jurídicos com bens da personalidade, não se pode dizer que as faculdades humanas tenham um preço¹⁰⁷. Assim, negócios com os bens da personalidade nada mais seria do que uma manifestação patrimonial de aspecto secundário dos direitos da personalidade, pois estes possuem conteúdo patrimonial indireto, sem contar que tais negócios não deixam de ter sempre em vista o interesse da própria pessoa e sua dignidade¹⁰⁸.

3.4.2. Vitaliciedade

Os direitos da personalidade acompanham o ser humano em toda a sua existência, desde a concepção até a morte. Durante a existência humana, em nenhum momento os direitos da personalidade deixam de acompanhar o indivíduo enquanto ele viver, ainda que não os exerça. Em suma: enquanto estiver vivos existem os direitos da personalidade¹⁰⁹.

Embora se reconheça atualmente a tutela pós-morte dos direitos da personalidade¹¹⁰, essa características da personalidade continuam

gerais (todos deles gozam), extrapatrimoniais (embora as suas violações possam originar uma reparação em dinheiro, não têm, em si mesmos, valor pecuniário) e absolutos. É este um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa” in PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p.209.

¹⁰⁶ Na classificação explicitada por cordeiro existiria direitos da personalidade não patrimoniais e patrimoniais. No grupo desses últimos, assim define o autor “ direitos da personalidade patrimoniais: representam um valor econômico, são avaliáveis em dinheiro e podem ser negociados no mercado: nome, imagem e fruto da atividade intelectual”. CORDEIRO, Antônio Menezes Cordeiro. Tratado de direito civil português. Parte Gera., T.III, p. 98.

¹⁰⁷ “a pecuniariedade pode resultar do valor de troca do direito, por este ser permutável ou alienável mediante uma contraprestação, ou valor de uso do direito, por este dar ao titular as possibilidades de uso ou gozo de frutos, de ceder o respectivo exercício mediante um sacrificio econômico ou uma despesa.” CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. 1 °ed. 2011. Coimbra Editora. P.414.

¹⁰⁸ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. p.180.

¹⁰⁹ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 19 ed. Revista, atualizada e aumetnada de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P.170.

¹¹⁰ Art. 12 do código civil: “ Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. 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.”

presentes, uma vez que a luz da doutrina¹¹¹ e jurisprudência majoritária¹¹² o que se tutela não é o direito do morto, mas sim o direito a sua memória e a reputação e honra dos parentes.

3.4.3 Intransmissibilidade

A intransmissibilidade é indicativa do caráter de que não pode ser transmitido ou comunicado de uma pessoa para outra¹¹³. O código civil explicita que os direitos da personalidade são intransmissíveis, assim, tal aspecto é insito a categoria dos direitos da personalidade¹¹⁴.

No caso, admite-se a transmissibilidade de apenas certos aspectos da personalidade, jamais os direitos em si. De fato, é ligação íntima entre os direitos e os que figuram no polo ativo da situação jurídica da personalidade que fundamentam a intransmissibilidade dos direitos da personalidade¹¹⁵.

3.4.4 Imprescritibilidade

A imprescritibilidade significa que os direitos da personalidade não ficam submetidos à extinção por decurso do tempo em razão do abandono

¹¹¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P.127

¹¹² “Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles. Guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida...Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postulare indenização em juízo.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 268660-RJ, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 19-2-2001)

¹¹³ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 236.

¹¹⁴ “Além disso, tais poderes, em correspondência com a inerência, inseparabilidade e necessidade dos bens da personalidade ao ser respectivo e com o facto de o seu exercício se processar muitas vezes tanto por acção como por omissão, não são passíveis de prescrição extintiva, ou seja, não são susceptíveis de extinção pelo não uso... muito menos é aqui possível a prescrição aquisitiva ou usucapião que serve para posse do direito a propriedade... Na verdade, os direitos da personalidade não são reais.” CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. 1 ° ed. 2011. Coimbra Editora. P. 413.

¹¹⁵ “Os poderes jurídicos que incidem, unitária e globalmente, sobre a personalidade física ou moral de um certo homem são insusceptíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico. O que se compreende face à natureza dos bens jurídicos que constituem o seu objeto. Com efeito, os bens jurídicos da personalidade humana física e moral constituem o ser do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular e circunscrevem os respectivos poderes jurídicos.” CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. 1 ° ed. 2011. Coimbra Editora. P.314.

ou renúncia por parte do seu titular. Assim, jamais um indivíduo irá perder um direito pessoal em virtude de não usá-lo porque inexistente prescrição extintiva no campo existencial¹¹⁶.

Entretanto, embora haja vozes dissonantes para certas situações¹¹⁷, a doutrina majoritária admite a prescrição sobre pretensões de reparação por eventual violação a um direito da personalidade. Assim, se há a violação, consubstanciada em ato único, nasce nesse momento, para o titular do direito, a pretensão correspondente para reparação, que se extinguirá pela prescrição, genérica, de três anos (art. 206, § 3º, V, CC/2002)¹¹⁸.

¹¹⁶ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. P. 221.

¹¹⁷ “A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a tortura o mais expressivo atentado a esse pilar da República, de sorte que reconhecer a imprescritibilidade dessa lesão é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, reparando odiosas desumanidades praticadas na época em que o país convivia com um governo autoritário e a supressão de liberdades individuais consagradas. 4. Consta-se a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais que não permite ser atingido por qualquer tipo de interpretação, e o princípio orientador desse núcleo será justamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, somente será possível limitar um direito fundamental até o ponto de o princípio da dignidade da pessoa humana não for agredido, porquanto existem direitos fundamentais considerados absolutos. 5. A vedação a tortura deve ser considerada um direito fundamental absoluto, pois a mínima prática de sevícias já é capaz de atingir frontalmente a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é o proclamado no art. 2º da declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura, que dispõe que todo ato de tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos. Assim, rejeita-se a preclusão de prescrição, pois este instituto é incompatível com o tema em discussão, na medida em que versa sobre direito inalienável sem prazo para o exercício (...). Portanto, no caso dos autos configurada a prática do delito hediondo de tortura por parte dos agentes públicos, os quais teriam a responsabilidade de garantir a incolumidade física e mental do cidadão mediante o poder de polícia, e não ao contrário, ocasionar a mais vil das lesões ao espírito humano, ou seja, submeter determinada pessoa, impotente e desprotegida, as sevícias de um estado totalitário e sem respeito às garantias mínimas que asseguram o direito à vida e à dignidade humana, princípios estes subjugados por uma violência irracional e desproporcional.... Ademais, há que se ressaltar que na ocasião o autor foi contemplado com o limite máximo tarifariamente estabelecido em função dos horrores a que foi submetido na adolescência, pois contava como apenas 16 anos na ocasião, e teve esmagados naquela ocasião os seus ideais pela violência desproporcional e abusiva, própria daqueles que se escondem atrás dos títulos inerentes aos cargos públicos que ocupam para praticar o mal, valendo-se da máquina estatal e de vítimas indefesas para tanto. 16. No que tange à prova do dano moral por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta do demandado, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 17. O valor da indenização a título de dano moral deve levar em conta questões fáticas, como as condições econômicas do ofendido e do ofensor, a extensão do prejuízo, além quantificação da culpa daquele, a fim de que não importe em ganho desmesurado. Afastada a prescrição. Dado provimento ao apelo”. (Apelação Cível Nº 70037772159, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 20/04/2011)

¹¹⁸ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. Pag. 221.

3.4.5. Irrenunciabilidade

A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Assim, as disposições do direito geral da personalidade, bem como dos direitos especiais da personalidade tem os seus limites demarcados nesse valor fonte e, portanto, são irrenunciáveis¹¹⁹.

De fato, os direitos da personalidade devem necessariamente permanecer na esfera da situação jurídica, ainda que contra sua vontade, tal dado é reforçado pela previsão do código civil no seu art. 11 que expressamente prevê a irrenunciabilidade como característica imanente dos direitos da personalidade. Além do mais, esses direitos são inseparáveis da pessoa não apenas por existirem um arcabouço normativo que garante, mas também em razão da sua própria natureza¹²⁰.

Entretanto, é de relevo ressaltar que é possível a renúncia do exercício do direito da personalidade, em razão da própria autonomia, que também é um consectário lógico e substancial da dignidade. Mas, o direito da personalidade em si jamais pode ser extirpado por vontade própria ou alheia.

3.4.6. Indisponibilidade

Os direitos da personalidade são indisponíveis no sentido de que não podem ser transferidos, extintos ou modificados pela vontade da pessoa que figura no polo ativo da situação jurídica complexa.

Entretanto, por força da autonomia privada, é reconhecida certa liberdade jurídica para que o indivíduo exercite de forma positiva ou negativa o direito de acordo com a vontade de que figura no polo ativo da situação jurídica¹²¹. Com efeito, é relativa a indisponibilidade dos direitos da

¹¹⁹ ZANINI, Leonardo Estevam Assis. *Direito da Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. Pag. 230.

¹²⁰ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. Rio de Janeiro. Forense. P. 85

¹²¹ “A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade. O segundo

personalidade, já que nas esteira da autonomia da “vontade” é possível a permissão do uso da imagem, som, participação em esportes perigosos, situações em que, sem dúvida, se mitiga a propalada indisponibilidade dos direitos pessoais¹²².

Após a investigação acerca do fundamento normativo e axiológico da privacidade, a dignidade da pessoa humana, e o regime dos direitos da personalidade, no qual o direito a privacidade se encontra encartado, será analisado o conteúdo e evolução histórica do direito à privacidade.

4. PRIVACIDADE: DO DIREITO DE FICAR SÓ ATÉ O CONTROLE DE DADOS.

O direito à privacidade ganhou contornos mais consistentes do ponto de vista jurídico somente a partir do século XIX, com o lançamento de uma publicação jurídica que abordou o tema com tecnicidade e abrangência, no contexto da época¹²³.

Nesse período, o direito a privacidade era considerado apenas como uma prerrogativa de ser deixado em paz ou ser “largado” só, longe da curiosidade alheia. De fato, sob essa ótica, o direito à privacidade era

aspecto destacado diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado mínimo existencial, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidade, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. Além de permitir o exercício efetivo da prerrogativa de escolher, as condições da autonomia servem para evitar que decisões com grave repercussão para o indivíduo sejam tomadas de forma caprichosa ou simplesmente desinformada. Ainda quando a vontade pessoal deva prevalecer, é razoável que a coletividade imponha certos requisitos em defesa do valor objetivo da pessoa” BARROSO, Luis Roberto. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer para Procuradoria geral do Estado do Rio de Janeiro. Data: 10/04/2010. p. 10-11.

¹²² BITTAR, Carlos Alberto. Direitos da Personalidade. 7 ed. RIO de Janeiro. Editora Forense Universitária 2004. P. 12.

¹²³ O Seguinte trecho aparece na obra supracitada: “Recentes invasões e métodos negociais chamam a atenção para o próximo passo que deve ser dado com vistas à proteção da pessoa e para a segurança do indivíduo, aquilo que o juiz Cooley chama de ‘o direito a ser deixado em paz’. Fotografias instantâneas e empresas jornalísticas invadiram o espaço sagrado da vida doméstica, e numerosos aparelhos mecânicos ameaçam tornar realidade o vaticínio de que ‘o que é sussurrado nos quartos há de ser proclamado aos quatro ventos’.” BRANDEIS, Louis. WARREN, Samuel. “The right to privacy”. Harvard Law review, 1890, p. 195. Apud: DONEDA, Danilo. Considerações Iniciais sobre os bancos de dados Informatizados e o direito a privacidade. Site:http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf. Acesso: 20/09/2012.

visto como uma necessidade de solidão, de o indivíduo se recolher à esfera íntima sem perturbações de terceiros.

Entretanto, a perspectiva dinâmica e atual da privacidade transcende ao mero abstencionismo do Estado e de terceiros no que tange esfera íntima do indivíduo, antes se finca também no poder jurídico do indivíduo de controlar as suas próprias informações que se encontra no poder de terceiros¹²⁴.

Com efeito, é um fato que houve uma mudança gigantesca na perspectiva perfilhada pelos doutrinadores do alcance e abrangência do direito à privacidade. Dessa forma, se impõe a necessidade de uma investigação mais profunda do que consiste atualmente o direito à privacidade, bem como as razões pelas quais se operou essa mutação de conteúdo.

Dessa forma, com o fim de investigar com mais acuidade o direito em tela, será realizado uma trajetória do estudo desse direito. A princípio, será perquirido as terminologias, bem como as conceituações clássicas que são usadas para designar e definir o fenômeno da privacidade.

Após, será analisado o desenrolar do direito à Privacidade desde os tempos remotos até a publicação do “*Right to Privacy*”, considerado marco jurídico, através do qual foi defendido publicamente o direito de ficar em paz¹²⁵.

Nesse tópico, também serão estudados as razões que levaram a transmutação do “direito de ficar só” até o controle de dados sob a luz da legislação pátria.

Por fim, será analisado em que consiste atualmente o direito à privacidade.

4.1. Direito à Privacidade: Terminologias e conceituações

É fundamental debruçar-se sobre uma análise dos termos e conceitos

¹²⁴ DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro. Renovar. 2006. Pag. 10.

¹²⁵ “Se comparado a outros direitos da personalidade, como a honra, o direito à privacidade é de evolução bem mais recente. Aponta-se como seu marco inicial o artigo *The Right to Privacy*, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*, revista jurídica da prestigiosa faculdade norte-americana. O Artigo, escrito em coautoria pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis, teria sido motivado pelo destaque exagerado, embora não difamatório, que os jornais de Boston reservavam à vida social da Mulher de Samuel. Essa motivação explica o sentido essencialmente individualista que assumiu, no texto, o direito à privacidade, apresentado como um “direito a ser deixado só” (right to be let alone).” SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. P.127.

utilizados pelos juristas, pois a partir desse estudo será formado um panorama das denominações clássicas. Assim, a partir desse panorama, poderá ser realizada uma comparação com a doutrina mais atual e compatível com os valores albergados na constituição.

Os doutrinadores utilizam inúmeras nomações para designar o fenômeno da privacidade. De fato, verifica-se que nos EUA esse direito é denominado como *Right of Privacy*. Na França, conceitua-se como “*droit a la privée*” e “*droit l’intimeté*”; na Itália “*diritto alla riservatezza*”; Na Alemanha, a Corte Constitucional, com base na lei fundamental daquele país, reconheceu a existência de uma autodeterminação sobre as informações de caráter pessoal¹²⁶.

Entre os doutrinadores pátrios, há os que preferem falar em direito à vida Privada (Dotti) e direito à privacidade (José Afonso da Silva)¹²⁷.

A partir da oferta de diversas terminologias para nominar o direito que é objeto de investigações desse trabalho, vários doutrinadores clássicos se debruçaram sobre o tema para delimitar o seu conteúdo.

Dessa maneira, o jurista Celso Ribeiro Bastos, na esteira do inciso X, do art. 5º da Constituição Federal, explicita que a constituição salvaguarda o direito à intimidade e privacidade. O primeiro consiste na esfera mais particular do indivíduo, onde o mesmo se recolhe para pensar sobre si mesmo, avaliar sua conduta e realizar suas atividades mais pessoais com sua família no seu domicílio. A segunda inclui a primeira, consistindo na faculdade de repelir qualquer intromissão na sua vida privada, familiar, doméstica, sentimental e sexual. Além de incluir o direito ao segredo¹²⁸.

Já o jurista Jônatas Machado explicita que a intimidade está inserida na vida privada como se fossem dois círculos concêntricos: a intimidade seria um círculo concêntrico e de menor raio que a vida privada. Assim, quanto mais íntimas forem as informações, maiores pesos terão que assumir as razões para sua revelação, sob o ponto de vista do interesse público¹²⁹.

¹²⁶ MARQUES, Andrea Neves Gonzava. Direito à intimidade e privacidade. Site: <http://jusvi.com/artigos/31767>. Acesso: 22/09/2012.

¹²⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 137

¹²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Tribunal Federal da 1ª Região. A constituição na visão dos tribunais. Artigo por artigo. Vol. I. Brasília: Editora Saraiva, 1997. p. 30.

¹²⁹ MACHADO, Jônatas E. M. Liberdade de Expressão –Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social – Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 799.

Por sua vez, o doutrinador Robert Alexy afirma que é possível separar e dividir a privacidade em três esferas: a *esfera mais interna* (o âmbito intangível da liberdade humana), caracterizando-se por ser o âmbito mais íntimo, e, portanto, a seara mais protegida da vida privada. Essa esfera compreende os assuntos mais secretos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido ao seu caráter reservado. Além disso, há também a *esfera privada* que abarca o campo privado que não pertence à esfera mais interna, e inclui assuntos que o indivíduo leva a outra pessoa de sua confiança, ficando excluído do resto da comunidade. Por fim, existe a *esfera pessoal* que engloba tudo que for excluído da esfera ampla, o que inclui as notícias que a pessoa gostaria de excluir do conhecimento de terceiros que não tem ligação com o indivíduo¹³⁰.

Já o jurista Capelo de Souza explicita o direito a reserva do ser particular e da vida privada. O primeiro significa o direito de cada homem recolher-se na sua esfera privada, pensar sobre si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais, sob pena de ilicitude, não podem violar. Ademais, esse direito de reserva abrangeria a vida particular em vários campos de atividades humanas, como a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual. Já a vida privada engloba o direito de reserva, alcançando também assuntos relacionados a lazer, dados pessoais informatizáveis, rendimentos patrimoniais e outros elementos atinentes a esfera privada do indivíduo¹³¹.

Existem muitos outros doutrinadores que encampam a tese esposada

¹³⁰ ALEXY, Robert. Teoría de Los derechos Fundamentales. 1ª ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y constitucionales. 2002. P. 350.

¹³¹ Em uma obra de fôlego o doutrinador Capelo de Souza aborda de maneira exaustiva o valor da personalidade da privacidade, explicando que esse direito abrange uma série gigantesca de situações, entre as quais ao direito ao sigilo, pois “no que toca à tutela civil do sigilo do ser e da vida privada, importa frisar que também aqui não são apenas tutelados os bens da personalidade que seja objeto de específica previsão legislativa, tais como os segredos epistolares ou memoriais, os demais segredos nos meios de comunicação, o segredo profissional, o segredo documental, o sigilo bancário, o segredo de justiça, o segredo de escrutínio e o segredo doméstico, mas por força da tutela geral da personalidade, todos os pensamentos, opiniões, sentimentos, acontecimentos, ações, omissões ou caracteres do modo de ser particular que recognoscivelmente, qualquer indivíduo mantêm escondido, manifestando a vontade de os não querer revelar e face aos quais há um interesse não ilícito e socialmente compreensível na manutenção do respectivo segredo”. Entretanto, percebe-se que o doutrinador toca de maneira tangencial o direito pessoal de controle de dados pelo indivíduo. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. 1ª ed. 2011. Coimbra Editora. P. 316-351.

pelos juristas supracitados¹³² que, embora haja mudança de estilo, explicitam em essência o mesmo conteúdo de direito a privacidade. De fato, verificam-se duas ideias norteadoras: o caráter abstencionista do direito à privacidade e a segmentação do direito à privacidade vinculada à proteção a área particular do indivíduo.

Sem dúvida, o conteúdo expresso por essas visões a respeito do fenômeno jurídico do direito a privacidade revela um caráter consubstanciado em um “*não-fazer*”. Com efeito, o direito a privacidade ficaria limitado a uma não intromissão indevida por parte do Estado ou particulares. Assim, esse direito teria uma índole estática traduzida em *uma zona de interdição* da esfera particular do indivíduo, imune a ingerências alheias.

Outra constatação nas definições clássicas da privacidade é *gradação da privacidade* em áreas mais particulares, reservadas e íntimas, cunhado de intimidade. Já o direito a privacidade propriamente dito seria mais abrangente, englobando, além da intimidade, temas pertinentes à esfera particular e o direito ao segredo.

Desta sorte, a presente pesquisa tem por objetivo demonstrar que o direito a privacidade transcende a essas duas constatações. Assim, as próximas considerações abordarão as mutações do conteúdo da

¹³² O constitucionalista André Ramos Tavares faz uma subdivisão do direito à intimidade em: inviolabilidade do domicílio, sigilo das comunicações e o segredo profissional. Pois segundo o autor “a intimidade é tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir”. TAVARES, Andre Ramos. Curso de Direito Constitucional 5º ed. São Paulo. Saraiva 2007. P. 588. O jurista Alexandre de Moraes conceitua a privacidade como “os direitos à intimidade e a própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.” MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. P. 81. O jurista Pedro Frederick Caldas, se aproximando da definição de Robert Alexy, assim secciona o direito a privacidade “A teoria dos círculos concêntricos fecharia o sistema ao estabelecer a existência de três círculos, sendo que o exterior, de maior diâmetro, abarcaria o direito à privacidade, a que os alemães chamam de *privatsphäre* (sem sentido restrito) ou ainda *intimsphäre* correspondente à *privatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos. O segundo círculo corresponderia à esfera de confiança, crédito ou fidedelidade, a que os juristas alemães denominaram *vertrauenssphäre*, e, finalmente, o terceiro e último, o círculo do segredo (*geheimsphäre* ou *vertraulichkeitsphäre*), correspondente à *riservatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos, círculo onde ficaria agasalhada a reserva, o sigilo ou a vida íntima no seu sentido restrito”. CALDAS, Pedro Frederico. Vida Privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. P.54. Em uma análise teleológica do direito a privacidade assim se pronuncia àurea Pimentel Ferreira “ ao preservar, de indébita intromissão, a intimidade e a vida privada dos cidadãos, quis o texto constitucional assegurar a cada um, na sociedade, o direito de não ver tornados públicos fatos que só o titular do direito pode ser juiz da oportunidade de sua divulgação, se e quando a sua publicidade não venha a expô-lo a incômodos ou constrangimentos, destarte garantindo-se, a cada um, o direito de não ter sua vida privada devassada, via da publicidade de fatos de sua intimidade, feita por meio de fotografias, filmes ou textos escritos.” PEREIRA, Áurea Pimentel. Estudos Constitucionais. Editora Renovar. 2001 P. 73.

privacidade, bem como as razões pelas quais ocorreu as alterações do direito em análise.

4.2 A mudança: Do direito de ficar só até o controle de dados.

A preocupação para com a privacidade é muito antiga. De fato, menções à privacidade podem ser encontradas na bíblia¹³³, nos textos gregos clássicos¹³⁴ ou mesmo na china antiga¹³⁵.

Durante a idade média, ressaltou-se a proteção à intimidade conexa à inviolabilidade do domicílio, à vida familiar e aos hábitos particulares, ou seja, a proteção à privacidade compreendia a tutela do espaço físico particular do indivíduo¹³⁶. Além disso, ainda na idade média, o surgimento da burguesia acentuou o caráter isolacionista da privacidade, uma vez que o burguês, juntamente com a sua necessidade da propriedade privada, precisava também de uma vida privada¹³⁷. Assim, nesse momento histórico, o direito à privacidade adquire um caráter proprietário e uma conotação puramente negativa¹³⁸.

¹³³ A própria Lei Mosaica estabelecia diretrizes da necessidade de o homem se recolher a sua intimidade ao sábado, dia considerado sagrado. Além disso, Jesus Cristo deixou um modelo aos cristãos ao exortar a fazer orações em particulares e evitar o sensacionalismo. Livro de Levítico. Mateus 6:3-8. Bíblia Sagrada. Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. Tradução da versão inglesa de 1984 mediante a consulta constante ao antigo texto hebraico, aramaico e grego. Revisão de 1986. São Paulo. Produzido pela associação torre de vigia de bíblia e tratados.

¹³⁴ Segundo Celso Lafer, para os gregos antigos: “o privado é o que pertence à ordem do que não se mostra em público, do que não se informa a todos nem deve ou precisa ser transparente, por dizer respeito às exigências vitais de cada indivíduo, impostas pela necessidade de sobrevivência, que circunscreviam o âmbito do privativo.” LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo, Companhia das Letras, 1998. P. 248.

¹³⁵ Privacy e Human Rights. Site: <http://gilc.org/privacy/survey/intro.html>. Acesso em: 23/09/2012.

¹³⁶ “Ainda na época feudal a casa da família passou a representar um espaço de intimidade, proporcionando a separação da vida da comuna e indo ao encontro de interesses pessoais – a intimidade do sono, do almoço, do ritual religioso, talvez até do pensamento; e com a família burguesa a ideia de ensinamento em casa e de cada indivíduo em seu quarto passou a ser vista como condição de habitabilidade.” DONEDA, Danilo. Considerações Iniciais sobre os bancos de dados Informatizados e o direito a privacidade. Artigo no site: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf. Pag. 02. Acesso: 20/09/2012.

¹³⁷ IBID.

¹³⁸ “ Note-se que, nessa concepção inicial, a proteção à privacidade assumia uma conotação puramente negativa, porque, assim como a propriedade, impunha aos outros tão somente um dever geral de abstenção (não fazer). As semelhanças não param por aí: tal qual a propriedade, a privacidade era vista como uma aspiração excluída do horizonte das classes operárias e dos marginalizados. Albert Bendich chegaria a afirmar que “ pobreza e privacidade são simplesmente contraditórias”. E limitado às pessoas ricas e famosas, preocupadas em manter sua vida íntima a salvo das bisbilhoteiras alheias.” SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P.129.

Dessa forma, o surgimento da doutrina do Right to Privacy, em matiz fortemente identificada com o direito ao isolamento, correspondente justamente a um dos períodos de ouro da sociedade burguesa norte-americana, o final do século passado¹³⁹. De fato, nesse período, o direito à privacidade não era considerado como um valor da personalidade apto à realização plena da pessoa humana, antes era considerado como privilégio da classe burguesa.

Entretanto, a partir do início do século XX, eclodiram acontecimentos que mobilizaram uma mudança de conteúdo do direito a privacidade¹⁴⁰. De qualquer forma, o método para investigar as mudanças do valor da personalidade em tela repousará em três partes: saber em que consistia o direito à privacidade no início do século XX; abordar a concepção científica de como acontece às mudanças no direito; perquirir os fatos e eventos que desencadearam as mutações desse valor da personalidade, bem como em que consistiram essas mudanças.

No início do século XX, o direito a privacidade era identificado com a *proteção da vida íntima*, familiar, pessoal de cada ser humano. Essa concepção da privacidade era *individualista*, pois era erigida com forte influência do modelo proprietário. Isso porque do mesmo modo que o direito à propriedade permitia repelir o esbulho dos bens materiais, a privacidade permitia afastar a interferência de terceiros sobre a vida particular do indivíduo. Além de consistir basicamente em um *dever geral de abstenção* de terceiros, o que revela uma matriz *estática* desse direito.

¹³⁹ “Esta moderna doutrina do direito à privacidade, cujo marco fundador podemos considerar o famoso artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, The right to privacy, tem uma linha evolutiva. Em seus primórdios, marcada por um individualismo exacerbado e mesmo egoísta, portou a feição do direito a ser deixado só. A este período remonta o paradigma da privacidade como uma zero-relationship, como a ausência de comunicação entre um sujeito e os demais. Esta concepção foi um marco inicial; a temperá-la, temos posteriormente, a crescente de que a privacidade é um aspecto fundamental da realização da pessoa e do desenvolvimento da sua personalidade”. DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais.” Rio de Janeiro. Renovar.2006. P. 8.

¹⁴⁰ “Resta, no entanto, um elo de continuidade entre a privacidade dos seus modernos “fundadores” – Warren e Brandeis – e o complexo problema em que ela transformou-se: o centenário diagnóstico realizado pelos autores, então advogados em Boston, ainda é valioso, tanto que o artigo The Right to Privacy continua sendo lido e citado com invejável consciência de que se trata de um trabalho circunstancialmente datado e que respondia às condições específicas de seu tempo – consciência que aliás se requer para toda tarefa desde(sic) gênero. Tomada esta precaução, subsiste a forte constatação de que a privacy, hoje, compreende algo muito mais complexo do que o isolamento ou a tranquilidade – algo de que o próprio Brandeis, tendo se ocupado do assunto posteriormente, tinha ciência. DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro. Renovar.2006. P. 10.

Sem dúvida, a proximidade de conteúdo dessa concepção da privacidade, com as definições atribuídas pela doutrina clássica não são mera coincidência.

No que tange as modificações dos institutos jurídicos, a doutrina abalizada conclui que as mutações do sistema jurídico são impulsionadas pelos fatos sociais¹⁴¹. De fato, pela própria teoria dos sistemas de Luhmann, considera-se que as alterações do sistema jurídico se dariam em um movimento interno de autopoiesis, de forma endógena. As transformações poderiam ou não ter influência exterior, mas estas seriam previsões intrasistêmicas que dariam porosidade ao sistema¹⁴². De qualquer forma, essa teoria admite influências sociais externas ao sistema jurídico que mobilizasse a mutação de seu conteúdo.

Com efeito, é possível asseverar que fatos sociais impulsionam a mutação e atualização dos institutos jurídicos¹⁴³. Entretanto, embora se reconheça a importância da influência de elementos sociais para compreensão do conteúdo de uma norma¹⁴⁴, de forma alguma defende-se que as normas jurídicas devem reproduzir um sentimento social. Antes, é necessário equilíbrio entre esses dois extremos para se ter uma norma socialmente eficaz¹⁴⁵.

¹⁴¹ Nas palavras do jurista Miguel Reale: “O direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz” REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24º ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1998, Pag. 330.

¹⁴² Em razão da análise estreita da presente obra, fez-se uma análise perfunctória da teoria dos sistemas de Luhmann. O intuito é apenas demonstrar a conexão entre a sociologia e o direito. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Uma sucinta análise da teoria dos sistemas para com a propriedade intelectual. P. 409. Publicado na Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Volume 6, maio de 2012, disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/fc1a1cbd42ddb27fff8033ffffef.PDF>

¹⁴³ Em belíssima passagem, a Ministra Carmen Lúcia, ao defender a União estável entre homossexuais, aclara a conexão entre o direito e a realidade social: “Nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.” Trecho do voto da Ministra Carmén Lúcia citado no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277.

¹⁴⁴ “O que se espera da eficácia é o resultado, que se mede pela constância com que a norma é seguida e realizada. E isso, já mostrara Del Vecchio, não se consegue sem a colaboração ativa de todos os componentes do corpo social. Nessa participação, pressupõe-se a existência de firme sentimento jurídico, que leve à convicção da obrigatoriedade do preceito normativo. E aí se descobre como a eficácia se encontra indissolúvelmente ligada às idéias de utilidade e de justiça.” VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da norma Jurídica. Rio De Janeiro. Ed. Forense. 2ºed. 1980. P. 150.

¹⁴⁵ “Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o dever-ser tipificado na norma e o ser da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar

Portanto, se apegar ao conceito de privacidade do começo do século XX, sem observar as mudanças sociais que impuseram alteração do seu conteúdo, é ancorar-se em um direito envelhecido e incompatível com a sociedade atual. E, pior, uma norma socialmente ineficaz, retrógrada, anacrônica e , por fim, inútil¹⁴⁶.

Assim, estão estabelecidas essas balizas objetivas no que tange a modificação do conteúdo das normas jurídicas por fatos sociais. Ao examinar o desenvolvimento do direito à privacidade, visualiza-se dois movimentos: O processo de afloramento dos direitos da personalidade e as mudanças impostas pela tecnologia de informação.

De fato, depois da segunda guerra mundial, período de execração dos direitos e garantias fundamentais, emanou-se a consciência da necessidade de tutela dos direitos fundamentais, inclusive o direito à privacidade. Além do mais, nesses episódios históricos, percebeu-se que as agressões a pessoa humana partiam não apenas do Estado, mas também de entidades e pessoas privadas¹⁴⁷. Desta feita, surgiu a necessidade de uma proteção de todos os ângulos da pessoa humana.

Com efeito, pelas razões já analisadas no capítulo dos direitos da

a expressar a realidade de fato. Isto seria sua negação. De outra parte, é certo que o Direito se forma com elementos colhidos na realidade e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduza a um ordenamento socialmente eficaz. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, 12ª Edição, p. 60.

¹⁴⁶ Após fazer breves considerações acerca das teorias que defendem a existência das normas jurídicas divorciadas dos elementos sociais, o autor arremata as consequências de tais teorias: “ Em tal orientação, as transformações acatadas pelo ordenamento jurídico acabariam por se calcificar, se tornarem lentas ou simplesmente não ocorrerem, numa verdadeira operação de mumificação social, tal qual previu Kant. Este foi exatamente um dos fatores que acabou por dar uma “ vida curta” a correntes jurídicas que pouca, ou nenhuma, importância destinavam aos fatos sociais democráticos e legítimos, à sociedade.” BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Uma sucinta análise da teoria dos sistemas para com a propriedade intelectual. P. 409. Publicado na Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Volume 6, maio de 2012, disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/fc1a1cbd42ddb27fff8033ffffef.PDF>

¹⁴⁷ “ A proteção da personalidade humana em seu âmbito próprio (...) foi geralmente avaliada como insuficiente após a segunda guerra mundial. Com as experiências das ditaduras aflorou certa insensibilidade em relação a toda espécie de menosprezo à dignidade humana e à personalidade; ao mesmo tempo tomava-se à consciência de que as possibilidades de realizar atos que impliquem em tal menosprezo, não só parte do Estado mas também por outras entidades ou mesmo por pessoas privadas, havia se multiplicado, graças ao desenvolvimento da moderna técnica (por exemplo, fitas magnetofônicas, aparelhos de escuta, microcâmaras).” LARENZ, Karl. Tractado de Derecho Civil Alemán. Madrid: Ed. Revista de derecho privado, 1978. Apud. DONEDA, Danilo. Considerações Iniciais sobre os bancos de dados Informatizados e o direito a privacidade. Site: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf. Acesso: 20/09/2012.

personalidade¹⁴⁸, na esteira do direito geral junto com direitos especiais da personalidade¹⁴⁹, é necessário uma proteção integral da pessoa humana. Dessa forma, no caso da privacidade, é necessário uma proteção abrangente, uma vez que a redefinição de forças e meios que possibilitam a intromissão na esfera da privacidade dos indivíduos demanda uma tutela de caráter incessantemente mutável¹⁵⁰. Assim, em virtude de inúmeras possibilidades de manipulação de informações pessoais nos bancos de dados informatizados, algumas informações podem causar desnudamento de certos aspectos da privacidade em que fica difícil precisar os danos causados¹⁵¹.

Dessa forma, a necessidade da proteção de dados pessoais faz com que a tutelada da privacidade ganhe um novo eixo. De fato, em virtude do avanço da tecnologia de informação, foi possível a utilização de informações pessoais em grandes bancos de dados pelo Estado e por entidades privadas. Com efeito, a esfera privada se estrutura *de maneira dinâmica*, uma vez que ela se consubstancia como um conjunto de ações, comportamentos, preferências, opiniões sobre os quais o interessado deseja manter um controle exclusivo. Esta tutela há de basear-se em um novo direito a autodeterminação informativa.

Aliada a mudança na perspectiva mais humanista e solidarista da

¹⁴⁸ Entre as razões já analisadas nos capítulos anteriores que colaboraram para o desenvolvimento dos direitos da personalidade, inclusive o valor da privacidade, está: a socialização do direito privado pelo processo de “constitucionalização do direito civil”; a aplicação de institutos de direito público no direito privado; abandono de uma concepção individualista e abstrata do direito; consagração da dignidade da pessoa humana como feixe de interpretação do ordenamento jurídico; Conceito de dignidade pautado pela liberdade e autodeterminação explicitados pelos projetos existenciais de cada pessoa.

¹⁴⁹ Conforme já assentado no capítulo dos direitos da personalidade, adoutrina majoritária defende uma atuação em caráter complementar do direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade, no intuito de proteção integral da pessoa humana,

¹⁵⁰ “A total transparência do indivíduo ante aos olhos do Estado e das empresas, detentores de monopólio de informação, agudiza a concentração de poder, fragiliza o controle que deve ser exercido pela sociedade – e não, sobre a sociedade – e tende a aprofundar a desigualdade de suas relações, favorecendo as discriminações e o conformismo social e político, assim como a ‘ditadura do simulacro’. (...) Fala-se de uma nova categoria de excluídos: os excluídos de I abstratcion. A intimidade ascende de um valor burguês a um valor democrático essencial.”SAMPAIO, José Adércio. Direito à intimidade e vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P. 495.

¹⁵¹ Isso acontece em especial para com os dados sensíveis. Como esclarece o jurista Anderson Schreiber: “Se as cortes brasileiras têm reservado proteção às informações de cunho patrimonial, tutela mais intensa exigem os dados de natureza existencial, como decorrência da primazia que a constituição assegura à dignidade humana. Com efeito, informações relacionadas à saúde, à ideologia política, à religião ou a outros aspectos íntimos da pessoa humana devem receber especial atenção da ordem jurídica (...) Tais dados são tratados com maior rigor que outras informações pessoais, pelo risco mais intenso que seu uso e divulgação oferecem à personalidade humana.” SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P.152-153.

privacidade, o avanço da tecnologia de informação¹⁵² produziu condições factuais de possibilidades de violação à privacidade, requerendo, portanto, novos mecanismos tutela da privacidade¹⁵³.

A partir da segunda guerra mundial, aumentou-se avassaladoramente a capacidade de processamento e armazenamento de informações por parte dos computadores. Assim, informações organizadas passaram a ser dominadas por computadores, o que fez surgir então o banco de dados informatizado¹⁵⁴.

Os meios de se processar informação, conforme verificado, surgiram, desenvolveram-se e popularizaram-se. Logo o processamento de informações se colocou também ao alcance de entes privados. Os meios financeiro e comercial foram os primeiros a se beneficiarem das novas possibilidades. Ao passarem a utilizar bancos de dados com informações sobre a saúde econômica de clientes, criaram uma proteção contra maus pagadores e incentivando os bons. Com efeito, essas informações tornavam-se uma nova mercadoria, com valor econômico apreciável e vista como objeto de comércio¹⁵⁵.

Dessa forma, a utilização de dados pessoais passou ser uma perigosa ameaça a privacidade, já que o mero preenchimento de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva em um hotel ou acesso a um site pode expor seus dados ao olhar alheio. Não apenas isso, a utilização dos dados sensíveis: histórico clínico, orientação religiosa, política e sexual, histórico trabalhista e outros em bancos de dados informatizados tornou possível a descoberta de aspectos relevantíssimos da intimidade dos cidadãos. O possível uso dessas informações pode ocasionar “lesões” à privacidade de maneira indelével.¹⁵⁶

¹⁵² “O avanço tecnológico e a conseqüente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais, acabam por estimular um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea. Tais informações passam gradativamente a ser utilizadas no tráfego social para as finalidades mais variadas. SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P.129.

¹⁵³ “O avanço tecnológico e a conseqüente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais, acabam por estimular um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea. Tais informações passam gradativamente a ser utilizadas no tráfego social para as finalidades mais variadas. SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P.129.

¹⁵⁴ Doneda, Danilo. Considerações Iniciais sobre os bancos de dados Informatizados e o direito a privacidade. Pag. 6.Site:http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf. Acesso: 20/09/2012.

¹⁵⁵ IBID.

¹⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P.132.

Portanto, com base no desenvolvimento do valor da personalidade analisado conexo com o desenvolvimento da tecnologia de informação, desenvolveu-se novas formas de violação à privacidade em virtude do mau uso do banco de dados. Desta feita, pode-se considerar que houve uma verdadeira mutação do conteúdo da privacidade, não se limitando apenas “ ao direito a ser deixado em paz”, mas também para o “direito de controlar o uso que outros fazem das informações que me digam respeito.”¹⁵⁷

4.3 Conceito atual da Privacidade

O direito à privacidade atual se consubstancia em um conteúdo muito mais elevado do que a concepção clássica da privacidade. Assim, a privacidade compreende além do “direito de ficar só”¹⁵⁸, se aplicando também ao controle das informações e dados pessoais.

Ademais, a problemática da privacidade relativa ao controle de dados se divide em duas dimensões: a processual e a substancial.

A dimensão procedimental da privacidade se manifesta na coleta da informação pessoal. Assim, a coleta clandestina ou desautorizada de informações pessoais deve ser repelida. Dessa maneira, a invasão da privacidade *não se limita* a intromissão no espaço doméstico do lar, na proteção da esfera íntima do indivíduo contra intromissões do Estado e da coletividade.

A dimensão procedimental se exprime no tratamento dispensado ao dado pessoal desde sua coleta até sua eliminação. Assim, a tutela

¹⁵⁷ “ Não que tenha havido uma efetiva ruptura com a privacidade de outras épocas- reafirmamos uma continuidade histórica e uma tendência da tutela da privacidade em integrar suas diversas manifestações – mas sim que o centro de gravidade tenha se reposicionado decisivamente em função da multiplicidade de interesses envolvidos e da sua importância deste conjunto para a tutela da pessoa humana. A privacidade nas últimas décadas passou a relacionar-se com uma série de interesses, o que modificou substancialmente o seu perfil. Chegamos assim ao ponto de verificar, de acordo com a lição de Stefano Rodotà, que o direito à privacidade não se estrutura mais entorno do eixo “ pessoa-informação-segredo”, no paradigma da zero-relationship, mas sim em um eixo “ pessoa-informação-circulação-controle”. DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais.” Rio de Janeiro. Renovar.2006. P. 23.

¹⁵⁸ Sem dúvida, a concepção clássica do direito à privacidade compreendido no direito de ficar só, e com todos os seus desdobramentos aclarados pela doutrina clássica ainda é necessária, porém, atualmente, é insuficiente. Ainda a continua válida a assertiva, porém ligado a uma parte da privacidade: “O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito a vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o direito de estar só.” GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, v. 1, 6ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p.188.

da privacidade abrange todas fases do processo informativo, impondo uma verificação séria da autenticidade dos dados fornecidos, seu armazenamento seguro, verificação periódica da atualidade e a finalidade específica. De fato, a presunção é que a pessoa só autorizou a utilização dos dados para uso específico e imediato¹⁵⁹.

Já a dimensão substancial da privacidade explicita que toda pessoa tem o direito a controlar a representação de si mesma que é construída pelas informações pessoais. Assim, é direito da pessoa exigir que a sua representação reflita a realidade, expurgando qualquer lastro discriminatório¹⁶⁰.

De qualquer forma, para compreender a riqueza do tema, será analisado no próximo capítulo um caso jurídico em que o direito à privacidade entra em rota de colisão com direito à liberdade de expressão. Com efeito, será analisado como o direito à privacidade pode ser ponderado com outros valores de igual grandeza constitucional. E no caso específico o valor da personalidade em análise atua como limite ao direito à liberdade expressão e o direito ao humor.

5 - CASO CAROLINA DICKMANN

O caso em tela foi escolhido porque milita a favor de uma compreensão mais apurada do *funcionamento* do valor da privacidade quando este entra em tensão com o direito à liberdade de expressão e o direito ao humor. Ademais, o caso em epígrafe permitirá depurar se tem algum valor jurídico para o deslinde da questão o fato de a pessoa que figura no polo ativo da relação jurídica complexa ser pessoa “pública”.

De qualquer forma, o caso em testilha envolve uma manifestação específica do direito à liberdade de expressão, o chamado o *direito ao humor* em face do direito à privacidade.

No caso, o programa humorístico “Pânico na TV” tem o posicionamento de periodicamente entregar as “sandálias da humildade” para as celebridades consideradas arrogantes pela produção do programa. Por exemplo, Maradona recusou-se a vestir-las e recebeu como presente um

¹⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. P.132.

¹⁶⁰ IBID. P. 133.

exemplar do filme Pelé Eterno. “Para aprender a jogar futebol” explicitou um repórter do aludido programa humorístico¹⁶¹. Ao longo dos anos as “sandálias da humildade” foram entregues para inúmeras celebridades.

Uma das famosas que se tornou alvo do programa foi a atriz Carolina Dickmann. De fato, os repórteres do aludido programa tentou diversas vezes entregar as aludidas “sandálias”, entretanto, não teve qualquer êxito, pois a atriz se recusava a participar da “brincadeira” proposta pelo programa humorístico. Em agosto de 2005, no desejo de convencer a atriz Carolina Dickmann a vesti-las, os repórteres do Pânico passaram a persegui-la nas suas atividades diárias. A busca incessante da produção do programa para consumir esse desiderato chegou ao clímax quando repórteres compareceram à residência da atriz, munidos de um guindaste e um megafone. Nessa ocasião, os repórteres do programa chamaram a atenção dos vizinhos e a atriz escondeu seu filho das lentes das câmeras.

Em razão desses fatos, a atriz ajuizou uma ação judicial contra a rede de televisão responsável pela produção do programa, com base na acintosa violação da sua privacidade e de outros direitos da personalidade. O pedido foi julgado procedente condenando a emissora pagar não apenas uma compensação no valor de 35.000,00, mas também para proibir que o Réu exiba a imagem da autora, faça referência ao local onde reside, em sua programação, sob pena de *streinte* sobre cada inserção indevida, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)¹⁶².

¹⁶¹ IBID. P. 137.

¹⁶² É transcrito uma pequena parte da sentença do magistrado que condenou a produção do programa: “A situação alcançou o seu cúmulo em 05.08.2005, quando os mesmos apresentadores dirigiram-se ao condomínio onde mora, levando consigo um caminhão com guindaste e megafone, chamando a autora por seu nome e incitando a atenção dos vizinhos. Em razão disso, seu filho menor sofreu grande constrangimento, levando a propositura de ação no juízo competente para preservar sua integridade física e moral, evitando que o mesmo fosse filmado. (...) A reação da pessoa que foi vítima de uma brincadeira pode ser boa ou ruim; optando por ‘entrar na brincadeira’, a situação se esgota no próprio episódio da graça; no entanto, se o sujeito recebe o gracejo como ofensa pessoal, é de se averiguar, então, se sua reação encontra-se dentro dos limites impostos pela situação social concreta, pelas regras do grupo social em que convive. A brincadeira é saudável quando todos os participantes se divertem em alguma medida; quando um deles se sente ofendido em sua dignidade, a brincadeira se transmuda em achincalhe. No caso dos autos, fica evidente que a Autora foi eleita pelos apresentadores do Réu como ‘alvo por excelência’ do programa, do quadro e, ao cabo, da programação da rede televisiva. No entanto, a Autora foi clara e precisa, quando abordada inicialmente, ao manifestar sua vontade de que não queria fazer parte do quadro ou do programa exibido pelo Réu, não desejando emprestar sua imagem, sob qualquer ótica ou pretexto, para ser veiculada na programação do Réu. Essa sentença se encontra na revista eletrônica Consultor jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jul-28/atriz_carolina_dieckmann_ganha_acao_redetv. Acessado em: 10/10/2012.

Dessa forma, para a apuração desse caso concreto será realizada a seguinte análise: primeiro será investigado como deve ser realizada a resolução entre a tensão do direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, este consubstanciado no direito ao humor. Após, será aclarado se existe influência, e qual, o fato de a pessoa no caso concreto ser considerada famosa.

É um fato que a constituição agasalha, protege e tutela a liberdade de expressão por ela ser essencial¹⁶³ ao estado democrático de direito¹⁶⁴. Por esta razão, deve-se salvaguardar esse precioso direito em toda sua amplitude, inclusive manifestações pessoais que não agradem aos interlocutores¹⁶⁵. Ademais, a carta magna proíbe categoricamente a censura, já que este é um expediente deplorável, uma vez que fulmina a liberdade de expressão, direito conquistado com muita luta após o período de exceção as liberdades fundamentais¹⁶⁶.

No caso em estudo, verifica-se que o direito à liberdade de expressão

¹⁶³ “Como é fácil ver, democracia e censura são termos antitéticos, antagônicos, inconciliáveis. A democracia é inconciliável com a censura porque a censura obsta o regular funcionamento da democracia. É que a das condições essenciais para o funcionamento da democracia é a livre circulação de idéias, opiniões, fatos e o pluralismo político, ideológico e artístico. E a censura é uma imposição autocrática e unilateral de idéias e opiniões. E a instituição do monopólio político, ideológico e artístico na sociedade, conforme observou-se durante amarga experiência de regime de censura imposto pela ditadura militar, que até recentemente vigorou em nosso País. Aliás, cumpre evocar que a censura está sempre aliada aos regimes autoritários e antidemocráticos.” EDILSON, Farias. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na constituição federal de 1988. Publicado na Justiça Federal de Piauí nº I. vol. I. Junho/dezembro de 2000. também disponível em : <http://jus.com.br/revista/texto/2195/democracia-censura-e-liberdade-de-expressao-e-informacao-na-constituicao-federal-de-1988/2>. Acesso em:22/09/2012.

¹⁶⁴ Nesse sentido: “A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.” MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 206

¹⁶⁵ “Portanto, pode-se afirmar que a tutela da manifestação do pensamento e o “cerceamento” da censura não significa a supressão da tutela preventiva e/ou punitiva daquilo que ultrapassar o uso adequado da prerrogativa. Aliás, é corolário da liberdade de expressão que o objeto da manifestação interpessoal poderá não agradar seu(s) interlocutor(es). Por sinal, se de fato a expressão, per se, fosse sempre agradável à unanimidade, de pouca utilidade teria sido o desenvolvimento do direito à tutela.” BARBOSA, Pedro Marcos Nunes Barbosa. Liberdade de expressão, internet e signos distintivos. Revista Eletrônica do instituto brasileiro de propriedade intelectual.Nº 3.P.16. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/72d7b2ca391bd2cdfff8056fffff0.pdf>. Acesso em:22/09/2012.

¹⁶⁶ “o expediente maléfico e execrável, contrário ao regime constitucional das liberdades públicas. Reveste-se numa ordem, num comando, proveniente do detentor do poder, o qual deseja impedir a circulação de idéias e ideais, que se entrecrocaram com determinados valores, tidos como imutáveis, perenes, insuscetíveis de contrariedades, considerados verdadeiros dogmas pelos seus defensores” BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.

envolvido é o *direito ao humor e a sátira*. Naturalmente, o jornalista tem o direito à sátira assegurado na sua plenitude, podendo ser irreverente, sarcástico e contundente no seu escopo de criticar e produzir o riso¹⁶⁷.

De qualquer forma, o direito à liberdade de expressão e à sátira também tem limites estabelecidos pela própria constituição. Não se pode, a pretexto da liberdade de expressão, permitir publicações difamatórias que tenham aptidão a lesionar de forma indelével interesse público ou direitos individuais invioláveis¹⁶⁸.

Com efeito, no caso concreto em análise, o direito à privacidade atua exatamente como *um limite* ao direito à sátira¹⁶⁹. De fato, quando o direito ao humor transborda os limites impostos pela inviolabilidade à privacidade, transmuda-se do campo da legalidade para a órbita *da ilicitude*.

Dessa forma, como se extrai do caso em comento, o uso da informação e o direito ao humor foram usados para o achincalhe público da atriz, que já tinha manifestado várias vezes seu repúdio em participar da “brincadeira” produzida pelo referido programa humorístico. Desta feita,

¹⁶⁷“Como é parte, acresça-se, do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). Humorismo, segundo feliz definição atribuída ao escritor Ziraldo, que não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela (cito de memória). Logo, a previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa. (...)Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. (...)Equivale a dizer: a crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ministro Ayres Brito, ADI 4451, DJ 26.08.2010, decisão liminar posteriormente referendada pelo pleno.

¹⁶⁸ “A liberdade de expressão apesar de sua fundamentabilidade, não pode nunca ser absoluta. Em tempo de guerras ou crises similares, certas publicações podem ameaçar até mesmo a sobrevivência da nação. Em qualquer momento, expressões sem limites podem entrar em conflito com interesses públicos e privados importantes. Publicações difamatórias podem, injustamente, invadir o direito a reputação. Impugnar a integridade de uma Corte pela publicação de evidências, antes do julgamento, pode ameaçar a administração da justiça. Panfletagem, paradas, e outras formas de demonstração, e até as próprias palavras, se permitidas em determinado tempo e local, podem ameaçar a segurança pública e a ordem, independentemente da informação, ideia ou emoção expressada.” TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional.-5. ed.rev e atual- São Paulo: Saraiva. 2007. p.557.

¹⁶⁹ “Destarte, não se pode tolerar a emissão de pensamentos que contrariem as diretrizes estabelecidas pela própria Constituição, como é o caso daqueles que façam apologia de discriminações de qualquer natureza, bem como do tráfico ou do consumo de drogas. De igual sorte, não se pode cogitar da legitimidade de pensamentos cuja manifestação implique a agressão a direito de terceiros, como é o caso dos atentados à honra ou imagem.” SPITZCOVSKY, Celso - *Direito Constitucional para Concursos Públicos*, 9ª edição, editora Método. P. 392.

o postulado constitucional da liberdade de expressão *não pode ser usado* para o esfacelamento de outro valor da personalidade, à privacidade, que é conseqüente da dignidade da pessoa humana¹⁷⁰.

Além disso, no caso concreto foi “lesionado” também o direito à honra da atriz, uma vez que ela e sua família foram expostas a uma situação vexatória perpetrada pelos repórteres do programa humorístico. Assim, o direito ao humor avançou outro limite constitucional à liberdade de expressão que é o direito valiosíssimo¹⁷¹ de o indivíduo manter hígido sua honra.

Ademais, a atriz se justapõe ao que se entende por pessoa pública, uma vez que o exercício do seu trabalho inclui a exposição constante na mídia, considerada, por esta razão, uma celebridade¹⁷². Assim, resta saber, por fim, se esse fato tem algum relevo jurídico para o desate da questão posta pelo caso concreto em testilha.

Assim, para parte da doutrina, o fato de uma pessoa ser considerada pública significa que ela dispôs de parte da privacidade, uma vez que se colocou voluntariamente nessa posição e auferiu benefícios com isso¹⁷³.

De qualquer forma, a doutrina estabelece balizas objetivas para valorar o fato de a pessoa ser pública. Assim, nesse caso, o direito à privacidade

¹⁷⁰ Nesse sentido é didática o raciocínio o jurista Sérgio cavalieri, uma vez que este considera que a privacidade é um condicionamento à liberdade de expressão: “ Sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos.” TJ/RJ. II Grupo de Câmaras Cíveis. Emb. Infr. na Ap. Civ. nº 1996.005.00005. Maioria. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. J. 05/06/1996.

¹⁷¹ “A honra – sentenciou Ariosto – está acima da vida. E a vida – pregou Vieira – é um bem mortal; a vida, por longa que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos; a vida há de conservar-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas; a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar”. CHAVES, Antônio, no prefácio de Responsabilidade Civil por Dano à Honra, de Aparecida Amarante, Belo Horizonte. Del Rey. 1994.

¹⁷² AMARAL, Sérgio Tibiriçá; GUSHIKEN, Haroldo Tayra. Direito à intimidade das pessoas públicas. Disponível em: <http://intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2139/2193> . Acesso no dia 28/09/2012.P.4-5.

¹⁷³ IBID.

só fica afastado na hipótese de o *contexto* manifestar nexo de pertinência com a atuação pública do indivíduo¹⁷⁴. Além disso, outro parâmetro é que somente se houver *interesse público* para trazer à lume informações ligadas a privacidade da pessoa pública é que é autorizado a mitigar esse valor da personalidade¹⁷⁵.

Com efeito, a luz dessas considerações, a decisão judicial supracitada foi acertada, uma vez que enquadrou a necessidade de proteção à privacidade porque não restou apresentado nenhum do parâmetro explicitado que autorizado. A sua privacidade não é minorada pelo fato de ser pessoa pública¹⁷⁶, antes é relativizada quando presentes as referidas balizas. Ademais, a informação ou imagem extraída não foi de interesse público apto a afastar o valor da privacidade, o qual é uma forma de emanção da dignidade pessoal.

Com efeito, no caso da Carolina Dickmann, o programa humorístico não teria utilidade alguma de *obrigar* uma pessoa a participar da “brincadeira”, pelo simples fato de que ela vive e trabalha em função da exploração da imagem, uma vez que ela se opôs a participar. Assim, invadir sua casa, violentar sua privacidade, capturar sua imagem e de sua família discrepa de qualquer razoabilidade aptos a autorizarem a relativizar esse valor da personalidade.

Portanto, a análise do caso em concreto permitiu o conhecimento mais *alargado do funcionamento* da privacidade quando entra em tensão com a

¹⁷⁴ “Excepciona-se da proteção a pessoa dotada de notoriedade e desde que no exercício de sua atividade, podendo ocorrer a revelação de fatos de interesse público, independentemente de sua anuência. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas, artistas e outros que se mantêm em contato com o público com maior intensidade). Mas o limite da confidencialidade permanece preservado: assim, sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar, sobre a reserva no domicílio e na correspondência não é lícita a comunicação sem consulta do interessado”. BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995, p. 104

¹⁷⁵ A veiculação de notícias e a formulação de crítica, em regra, encontram reparo nos direitos fundamentais pertinentes às prerrogativas pessoais, ou seja, a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem do indivíduo”. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo : FTD, 1997, p. 62. Ainda mais claro nesse sentido: “O interesse público quanto a pessoas notórias somente pode ser admitido quando o uso da imagem é feito unicamente em caráter informativo. Algumas pessoas, por sua atividade profissional, detêm notoriedade pública. Falamos de políticos, artistas, esportistas, juízes, etc... Esses indivíduos são alvo de atenção constante, não por suas características pessoais, mas, geralmente, pelo cargo ou posição que ocupam.” FERRARI, Janice Helena. Direito à própria imagem. Revista dos Tribunais : São Paulo, p. 137-148, jul./set. 1993, p. 142.

¹⁷⁶ “o direito à privacidade deve ser protegido, no seu conteúdo essencial, mesmo quando se trate de pessoas extrovertidas e figuras públicas em locais públicos, particularmente num contexto tecnológico de muito fácil captação de imagens e sons.” MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão—Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social – Coimbra:Coimbra Editora, 2002, p. 794

liberdade de expressão. De fato, o direito à privacidade atua como um *limite* em relação ao qual demarca a atuação do direito à liberdade de expressão.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou estudar o direito à privacidade à luz dos valores da personalidade. Desta sorte, “o caminho” que foi percorrido para o estudo desse valor da personalidade, culminado com o estudo acerca da *mudança* do seu conteúdo, seguiu uma lógica objetiva. A princípio foi estudado o fundamento normativo da privacidade, a saber, a dignidade da pessoa humana em seus múltiplos aspectos e funções.

Nesse tópico, foi esclarecido o conceito e a função *interpretativa e axiológica* que esse valor fonte tem sobre os valores da personalidade, inclusive o valor da privacidade. Ademais, nesse íterim, foi aclarada a concepção atual de dignidade humana expressa na consciência, razão e vontade do indivíduo. Além de incluir sua capacidade de diálogo e identificação com o próximo, combinado com sua capacidade única de mostrar sentimentos, dando a tônica da sua singularidade e valor que transcende a qualquer mensuração.

Após, foi analisado o regime jurídico dos valores da personalidade, no qual se encontra incrustado o valor da privacidade. Nessa toada, o conceito da privacidade se perfaz no sentido fluído de *garantir* o livre desenvolvimento da pessoa humana. Na hipótese, ficou aclarado que o fundamento dos valores da personalidade se encontra alicerçado no ordenamento jurídico como um todo.

Além disso, a sua natureza jurídica é privada, o que significa que cabe *apenas* ao próprio indivíduo tomar decisões sublimes acerca desses valores da personalidade. Com efeito, seria teratológico o Estado se imiscuir-se em questões atinentes a esfera pessoal do indivíduo, âmbito intangível da individualidade humana.

Depois desse quadro de entendimento, visualizou-se as concepções clássicas da privacidade, que ainda são necessárias, mas na quadra atual da evolução da civilização, se mostra *insuficiente*. De fato, essas concepções se aproximam do conceito de privacidade do início do século XX, atrelado ao

modelo proprietário, pois se amparam especialmente no direito de abstenção de terceiro na sua esfera privada. Com efeito, elas se mostram ultrapassadas por serem erigidas *ao arrefio* dos elementos sociais que as determinam.

Dessa forma, foi demonstrado que o direito à privacidade foi modificado por força dos fatos sociais emanados da sociedade. Os principais são: a consagração e tutela dos valores da personalidade e o avanço da tecnologia de informação. Desta feita, direito à privacidade *ampliou os horizontes*, uma vez que o seu conteúdo passou a alcançar o controle do *uso de informações pessoais*. Desta sorte, o direito à privacidade não se limita ao “direito de ficar só”, se consubstanciando também em uma perspectiva *dinâmica*, uma vez que o indivíduo tem o direito de controlar as suas próprias informações e dados pessoais nos bancos de dados.

Por fim, foi escolhido o caso Carolina Dickmann porque este permitiu uma investigação mais profunda do *funcionamento* da privacidade quando entre em colisão com o direito à liberdade de expressão. Assim, restou comprovado que o direito à privacidade atua com um limite à liberdade de expressão, bem como o direito ao humor. Ademais, o fato de a pessoa envolvida ser pública só tem relevo para mitigação da privacidade se a informação tiver *nexo com as atividades* executadas pela pessoa pública e tiver interesse público.

Portanto, o direito à privacidade, um dos valores sublimes da personalidade, deve ser compreendido em sua *integralidade*, no intuito de de promover a promoção da pessoa humana e permitir sua ampla tutela.

In abstract: This research is the fulcrum of the value of privacy studying the light of the values of personality. To achieve this goal, we conducted a study of human dignity in its function ontological foundation of normative and axiological values of personality, including privacy. After, the study was conducted of the legal personality of the values, analyzing the concept, the foundation, the legal nature and characteristics of the values of personality. Then research dug up in the study of the right to privacy. This topic was analyzed the classical conceptions of privacy. Then perquiriu up the changes that happened in the content of privacy as well as the reasons why it happened. Thus was established the current concept of privacy. Finally, we analyzed the case involving carolina Dickmann and Panico na

TV program. In this analysis, we studied the resolution of the conflict of privacy and freedom of expression. Also, for timely, analyzed the legal relief that the person be public.

Keys words: Right to privacy; value of personality, human dignity, civil constitutional right;

BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. Teoria de Los derechos Fundamentales. 1ªed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y constitucionales. 2002.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo. Editora: Saraiva. 2000.

ARISTÓTELES. A ética a Nicômodo. São Paulo. Martin Claret, Livro V.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Revista Trimestral de direito civil. Ano 7. Vol.26.Abr/Jun. 2006.

Os direitos de personalidade no novo código civil brasileiro. Artigo Publicado pela Faculdade de direito de Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/>.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização Jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista dos tribunais. São Paulo. V.797.

BARBOSA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: Cuidado e vulnerabilidade. Coordenadores: PEREIRA, Tânia da silva; OLIVEIRA, Guilherme de. Atlas. 2009.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Uma sucinta análise da teoria dos sistemas para com a propriedade intelectual. Publicado na Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Volume 6, maio de 2012, disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/fc1a1cbd42ddb27ffff8033ffffef.PDF>

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer para Procuradoria geral do Estado do Rio de Janeiro. Data: 10/04/2010.

Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009.

Interpretação e aplicação da constituição. 6º Ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 12 º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

- BASTOS, Celso Ribeiro. Tribunal Federal da 1º Região. A constituição na visão dos tribunais. Artigo por artigo. Vol. I. Brasília: Editora Saraiva, 1997.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil.: breves reflexões. Revista da faculdade de direito de Campos. Ano VII. N º 8. ano 2006.
- Bíblia Sagrada. Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. Tradução da versão inglesa de 1984 mediante a consulta constante ao antigo texto hebraico, aramaico e grego. Revisão de 1986. São Paulo. Produzido pela associação torre de vigia de bíblia e tratados.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 2 ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, Noberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 º ed, Brasília.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- Dos direitos da Personalidade. IN: LOTUFO, Renan. NANNI, Geovanni Ettore (Coord). Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo. Atlas. 2008.
- Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada. São Paulo. Saraiva. 2005.
- CALDAS, Pedro Frederico. Vida Privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Vlentino Aleixo. O direito Geral da Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora.2011.
- CHAVES, Antônio, no prefácio de Responsabilidade Civil por Dano à Honra, de Aparecida Amarante, Belo Horizonte. Del Rey. 1994.
- CORDEIRO, Antônio Menezes Cordeiro. Tratado de direito civil português. Parte Gera., T.III.
- DIAS, Maria Berenice. A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas. In Cuidado e Vulnerabilidade. PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA Guilherme de (Coord.). São Paulo. Ed. Atlas. 2009. Pag.305.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil Brasileiro. V. 1. Teoria geral do direito civil. 20 ed. São Paulo. Saraiva: 2003
- DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro. Renovar. 2006.
- Os direitos da personalidade no novo código civil. In: Tepedino, Gustavo (coord.) A parte geral do novo código civil.3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Considerações Iniciais sobre os bancos de dados Informatizados e o direito a privacidade. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 383, p. 117, Maio/jun. 2006.

Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: CORRÊA, Eliada Aparecida de Andrade; GIACIOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.) Biodireito e dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação. 2ª ed. Porto Alegre: Ségio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRARI, Janice Helena. Direito à própria imagem. Revista dos Tribunais : São Paulo, p. 137-148, jul./set. 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, v. 1, 6ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

GARCIA, Enéas Costa. Direito Geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GRECHI, Frederico Price. A eficácia da dignidade da pessoa humana no direito privado: Necessidade de um critério mínimo de legitimação pautado nas dimensões de justiça para sua interpretação e aplicação efetiva. In: Revista digital- Institutos dos advogados brasileiros. Ano IV. Número 14. Abr/Jun de 2012.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 19 ed. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUERRA, Sidney César Silva. A liberdade de imprensa e o direito à imagem. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão –Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social – Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARQUES, Andrea Neves Gonzava. Direito à intimidade e privacidade. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/31767>.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo . Revista dos Tribunais.2005.

- Mello, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito Privado. Campinas: Brookseller. 2000.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin. Princípio do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 19. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000.
- NETO, Silva; MORAES, Amaro. Direitos e Tecnologias da Informação. O Spam e o direito Brasileiro. Revista Eletrônica dos Centros de Estudos Judiciários do STJ. Nº 19, p. 46-61. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo6.pdf.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo : FTD, 1997.
- PEREIRA, Àurea Pimentel. Estudos Constitucionais. Editora Renovar. 2001. 1 ed.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro. 22º edição. Editora: Forense. 2009. Vol. I.
- PINTO, Paulo Mota. Direitos de Personalidade no Código Civil Português e o novo código civil brasileiro. Revista Jurídica, v. 51, n.314.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.
- Privacy e Human Rights. Disponível em: <http://gilc.org/privacy/survey/intro.html>.
- RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constituição do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: Fachin, Luiz Edson (coord). Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio: Renovar, 1998.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo. 19 ed. 2000.
- Lições Preliminares de Direito. 24º ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1998.
- SAMPAIO, José Adércio. Direito à intimidade e vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Porto Alegre. 2002.
- Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

Relações Privadas. Direitos fundamentais e relações privadas. 2º ed. Rio de Janeiro. Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 2008.

A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil, in: A nova Interpretação Constitucional. Org. Barroso, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar. 2006

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

SPITZCOVSKY, Celso - Direito Constitucional para Concursos Públicos, 9ª edição, editora Método.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005.

TAVARES, Andre Ramos. Curso de Direito Constitucional 5º ed. São Paulo. Saraiva 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. IN: Diálogos sobre direito civil.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Cidadania e os direitos da personalidade. Revista jurídica, Porto Alegre, V.51, n. 305.

Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, I, In: Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Rio de Janeiro: 2004.

VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da norma Jurídica. Rio De Janeiro. Ed. Forense. 2ºed. 1980.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil- Parte geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ZANINI, Leonardo Estevam Assis. Direito da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva. 2011.

DA POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fabiana Lima Carvalho. Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe. Graduada em Direito. Pós-graduada em Direito Público e Direito Privado.

Investigação consiste no ato de “seguir os vestígios, pesquisar, examinar com atenção¹” e no dizer de Aury Lopes Jr., no que tange à investigação criminal, ele adota a expressão “instrução preliminar”:

O termo que nos parece mais adequado é o de instrução preliminar. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim instruere que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao funcionamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a opinio delicti do acusador e justificar o processo ou o não processo.

[...]

Ao vocábulo instrução devemos acrescentar outro – preliminar – para distinguir da instrução, que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando sua situação cronológica. Deixando em evidência seu caráter de “porta de entrada” do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas².

Nesse sentido, a proposta do presente trabalho é abordar o tema da possibilidade do Ministério Público realizar diretamente investigações criminais, assunto este que vem sendo alvo de debates intensos na

¹ FERREIRA, Aurelio B. H. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2008, 7ª ed.

² LOPES JR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. p. 34

sociedade jurídica brasileira, especialmente entre os membros do *Parquet* e a corporação policial, haja vista a existência da Proposta de Emenda à Constituição nº 37.

Quanto aos limites da investigação realizada pelo Ministério Público não há dúvida alguma, conforme será devidamente explicado ao longo da leitura deste artigo, que existe a necessidade de obediência aos princípios da legalidade, eficiência, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Canotilho, fazendo menção a Cruz Villalon, ensina que “os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas³”. Deste modo, se pode falar em direitos fundamentais do indiciado, que precisam ser respeitados, seja pelo Ministério Público, pela polícia ou por qualquer órgão estatal.

Analisando a Carta Magna, no art. 144, parágrafo 1º, inciso IV, percebemos que ela utilizou o termo *exclusividade* apenas para se referir às funções de polícia judiciária da União, que são desempenhadas somente pela Polícia Federal.

Art. 144. [...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

[...]

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União⁴. (grifo nosso)

Se fizéssemos uma leitura rápida e isolada do inciso IV, acima transcrito, poderíamos entender que a apuração de infrações penais seria realizada de

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993 p. 497

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. acesso em 02 fev. 2013.

forma exclusiva pela Polícia Federal, bem como pelas Polícias dos Estados, aplicando-se, para tanto, os princípios da simetria das formas e o federativo.

Mas neste dispositivo em questão, a atribuição da Polícia Federal não engloba a *apuração de infrações penais*, se restringindo apenas às *funções de polícia judiciária*. Conclui-se, desta forma, que essa última terminologia difere da primeira, como nos esclarece o Procurador da República Bruno Calabrich:

As funções de polícia judiciária, assim, abrangem todas as funções referentes ao apoio material e humano necessário para a prática de determinados atos ou para o cumprimento de decisões judiciais. E essa função, no que toca aos órgãos do Poder Judiciário da União, recai com exclusividade na Polícia Federal.

Logo, quando o legislador tratou sobre a tarefa de apurar as infrações penais, isto é, investigar o crime, ele o fez de forma categórica, pois elaborou dois incisos, quais sejam, I e IV, para tratar de atribuições diversas, uma vez que caso se tratasse de atribuições idênticas não haveria a necessidade desses dois incisos, podendo eles serem resumidos em apenas um. Neste toar, Verônica Lazar Amado entende que a:

[...] alusão que a Constituição faz ao termo exclusividade visa afastar a superposição de atribuições entre a Polícia Federal e as Polícias Rodoviária e Ferroviária – também vinculadas à União, mas que têm funções de simples patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais, bem como entre a Polícia Federal e as Polícias Cíveis dos Estados, impedindo que haja a invasão das respectivas áreas de atuação⁶.

O § 4º, do art. 144 da Constituição Federal aduz que cabe “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, [...], as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares⁷”. Destarte, podemos depreender desta norma constitucional que houve o silêncio eloquente do constituinte quando não foi expressamente prevista a exclusividade da atuação policial na investigação criminal.

⁵ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶ AMADO, Verônica Lazar. A Investigação Criminal pelo Ministério Público. Aracaju: Gráfica Texto Pronto, 2002. p. 32.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acessado em: 12 fev 2013

Devemos observar, ainda, que atualmente a polícia não vem se mostrando apta para cumprir as demandas de investigação que lhe são apresentadas, tais como roubos, furtos, homicídios, tráfico de drogas, crimes sexuais, etc. Diversas infrações penais prescrevem e geram na sociedade o sentimento de impunidade e que a justiça não foi feita. Isto se deve por falta de políticas públicas que possam estruturar melhor os órgãos encarregados da segurança pública, treinando, capacitando, aumentando o efetivo, equipando e concedendo salários mais dignos a esses profissionais.

Caso a Proposta de Emenda à Constituição n° 37 prospere, haverá consequências nefastas para a sociedade, pois o crime organizado cometido tanto na esfera estadual, como na federal, terá um órgão a menos responsável por sua investigação, bem como os crimes contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro, fraude licitatória, dentre outros tendem a não ser investigados devidamente por causa do crescimento da violência e do sucateamento da entidade policial por parte do Estado. A aprovação da referida Proposta de Emenda à Constituição seria do interesse daqueles que ganham milhões com desvio de verbas públicas e se beneficiam com a impunidade que infelizmente é uma realidade em nosso país.

Logo, faz-se imprescindível que paralelamente às apurações de infrações penais feitas na esfera policial, se realizem também investigações de possíveis fatos criminosos por outros órgãos, conforme ensina Walter Foleto Santin:

O princípio é da universalização da investigação, em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art.58, §3º Constituição Federal), o exercício da ação penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III e VI, CF), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, caput, CF), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, § 1º, I e § 4º, CF), o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput e I, CF)⁸.

⁸SANTIN, Valter Foleto. O Ministério Público na Investigação Criminal. Edipro. São Paulo: 2001. 1.a ed. P. 60. Aput texto de Rodrigo dias e Rogério Felipeto (“A Investigação Criminal pelo Ministério Público”). Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/2983>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

Nessa mesma linha de pensamento, Luciano Feldens e Lênio Streck explicam:

No âmbito do Poder Executivo, são citadas as investigações realizadas pela Receita Federal (Delegacias da Receita e seus Escritórios de Inteligência – ESPEI), pelo Banco Central (Departamento de Ilícitos Cambiais e Financeiros – DECIF – e Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras – COAF) e pela Corregedoria-Geral da União (hoje nominada Controladoria Geral da União). No Poder Legislativo, destacam-se as apurações promovidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3º, da CF88), além do inquérito a cargo da Corregedoria da Câmara dos Deputados ou do diretor do serviço de segurança (no caso da prática de uma infração penal nos edifícios da Câmara dos Deputados – art. 269 do Regimento Interno da Câmara). No Judiciário, são mencionados a investigação de ilícitos praticados por magistrados (que deve ser presidida pelo Tribunal respectivo – art. 33 da Lei Complementar 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura) e o inquérito promovido pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de crime cometido em sua sede ou dependências (Regimento Interno do STF, art. 43)⁹.

O Estado tem o dever de proporcionar segurança pública aos cidadãos, observando o princípio administrativo da eficiência previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal. De acordo com Luís Roberto Barroso, os arts. 1º e 5º da nossa Lei Maior são invocados como argumentos favoráveis à investigação ministerial, pois “cuidam dos direitos fundamentais, da dignidade humana e da cidadania, já que a persecução penal rápida e eficiente é exigida por esses bens constitucionais¹⁰”.

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:*

I - a soberania;

II - a cidadania

⁹ STRECK, Lenio Luiz, FELDENS, Luciano. Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 93-101.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Parecer sobre Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária. p. 16-21. (Parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, Apresentado durante a 151ª reunião ordinária do referido Conselho, realizada no dia 18. 02. 2004)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição¹¹. (grifo nosso)

No art. 127, *caput*, da Constituição de 1988, o Poder Constituinte Originário atribuiu ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Enquadra-se neste aspecto de proteção social a apuração de crimes realizada diretamente pelo Ministério Público, considerando que este órgão, ao investigar, estará realizando uma conduta almejada pela sociedade em geral, qual seja, a de verificar a autoria e materialidade da infração penal e, quando for o caso, ajuizar a competente ação penal e trabalhar para impedir que haja a tão indesejada impunidade.

Nesse toar, ressalta-se a doutrina dos poderes implícitos, que se torna uma ferramenta de utilidade na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo. A nossa Lei Maior, ao incumbir o órgão ministerial destas finalidades, o autoriza de forma implícita a exercer os meios necessários para cumprir esses deveres funcionais. Popularmente é o que chamamos “quem pode o mais, pode o menos”, uma vez que cabe lembrar que o *Parquet* é o legitimado para propor ação penal pública e, para tanto, também poderá lançar mão dos meios que o ajudem a realizar esta atribuição da melhor forma possível. No dizer de Alexandre de Moraes:

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – inherent powers –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas [...] consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acessado em: 18 fev 2013

*sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal*¹².

Sustentando esta ideia, Sérgio Demoro Hamilton expressa que a nossa Carta Política conferiu legitimidade ao membro do *Parquet*, na condução das investigações:

*Por que o Ministério Público pode requisitar diligências à autoridade policial (que, obviamente, não podem ser desatendidas) e não dispõe do poder de, ele mesmo, realizá-las? [...] Por que o Ministério Público pode requisitar diretamente provas diversas (documental, pericial, etc.) mas lhe seria vedada a colheita direta da prova oral? [...] de nada valeriam tais poderes, caso o Ministério Público não pudesse, sponte sua, promover de forma autônoma a investigação necessária quando a Polícia não se apresente capaz - não importa a razão - de obter dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição. [...] Na verdade, como de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a faculdade de requisitar e de notificar (art.129, VI) defere-lhe, ipso facto, o poder de investigar*¹³ [...]

Em 1993 foi publicada a Lei Complementar nº 75, que dispõe sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. A redação do art. 8º da mencionada lei prevê:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

*II - **requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;** (grifo nosso)*

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

*IV - requisitar informações e documentos a **entidades privadas;** (grifo nosso)*

*V - **realizar inspeções e diligências investigatórias;***

¹²MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo:Atlas, 2012, p. 639

¹³ HAMILTON, Sérgio Demoro. Temas de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 212-215.

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial¹⁴. (grifo nosso)

No âmbito estadual, também ocorreu, no mesmo ano, a publicação da lei 8.625, constituindo-se na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispondo sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados – que, em seu artigo 26 especifica os poderes do *Parquet*:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie¹⁵. (grifo nosso)

Paulo Rangel nos ensina que uma das características do inquérito policial é a discricionariedade, pois durante a apuração criminal, o Delegado de Polícia “tem liberdade de agir [...] dentro dos limites estabelecidos em lei¹⁶”. Quando esta apuração é realizada também pelo Ministério Público ocorre

¹⁴BRASIL. Lei Complementar nº75, de 20 de maio de 1993. Lei Orgânica do Ministério Público da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 11 fev.2013.

¹⁵BRASIL. Lei nº8625, de 12 de fevereiro de 1993. Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 11 fev.2013

¹⁶RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 89.

uma diminuição do caráter discricionário acima referido, constituindo-se, assim, numa vantagem para a apuração da verdade. Isto se deve porque o *Parquet* poderá atuar como órgão que limitará essa discricionariedade, orientando o sentido da investigação policial e/ou realizando os atos investigatórios por conta própria.

Outra vantagem do Ministério Público apurar crimes é o fato de ser um órgão que possui independência funcional, diferentemente do que ocorre na área policial, que apresenta maior vulnerabilidade “à pressão de grupos políticos e econômicos, bem como [...] diante da pressão midiática¹⁷”. Não raras vezes há prejuízo nas investigações de autoridades políticas, de pessoas com grande poder econômico e por consequência dotadas de influência na máquina estatal, ou mesmo quando o investigado é um membro da polícia. No dizer de Edison Miguel da Silva Junior quanto à independência funcional do *Parquet*:

No exercício das suas funções, juiz e promotor devem obediência apenas à lei. Não existem chefes que os impeçam de cumprir com as suas obrigações. Não podem ser removidos, não podem ser exonerados, não podem ser prejudicados em suas carreiras [...] Também não podem ser designados (escolhidos) para oficiarem nesse ou naquele caso. Para todos os casos a competência de cada juiz ou promotor está definida em critérios prévios definidos em lei. Tudo isso para proteger o cidadão do juiz ou promotor de exceção.

O delegado de Polícia não tem independência funcional. Investigando uma notícia de crime pode ser removido, pode o inquérito ser avocado por um superior ou, ainda, em alguns casos, sobretudo, naqueles em que são foco da imprensa, ser escolhido (designado) para investigação [...] em tese, quando o investigado não é um cidadão comum – quando o investigado tem poderes ou pode influenciar na hierarquia policial¹⁸.

O Ministério Público não irá buscar provas que interessem apenas à acusação porque o *Parquet* “não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação, nas ações penais públicas. [...] Não é por ser o titular da ação penal pública [...] que o *parquet* deve necessariamente oferecer

¹⁷LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. Volume 1. 8. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 224

¹⁸SILVA Jr., Edison Miguel da. MP deve investigar porque tem independência funcional. In: Revista Consultor Jurídico, 16 de fevereiro de 2004. disponível em: < http://www.conjur.com.br/2004-fev-16/mp_investigar_porque_independencia_funcional > acesso em: 16 fev. 2013.

a denúncia, nem estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstância¹⁹, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada²⁰.

Segundo Doutor Marcelo Batlouni Mendroni, membro do Ministério Público de São Paulo, em seu texto intitulado “Investigação Direta do M.P. – Situações Reais”:

*Na Alemanha, Itália, França, Suécia, Dinamarca, Noruega, Holanda, Portugal, E.U.A., Canadá, Austrália [...] o M.P. tem amplos poderes de investigação direta. No mundo inteiro, apenas **Quênia, Uganda e Indonésia** estabelecem sistemas onde a Polícia tem a exclusividade da investigação criminal²¹.*

Da leitura do texto “O Ministério Público e o poder de investigar²²” podemos extrair que o Prosecutor (cargo assemelhado ao que desempenha o membro do Ministério Público no Brasil), nos Estados Unidos da América, pode atuar, durante a fase da investigação, juntamente com o Federal Bureau of Investigation – FBI e a Drug Enforcement Administration – DEA. O Ministério Público estadunidense tem a faculdade de tomar parte nas apurações das infrações penais, colhendo, inclusive, o testemunho de pessoas já ouvidas pela polícia, a fim de obter na conclusão das investigações subsídios para avaliar se há indícios suficientes de autoria e materialidade para o oferecimento da ação penal.

Após a breve exposição de como são realizadas as investigações em alguns países, faz-se necessário frisar que no Brasil, três são as posições doutrinárias defendidas quanto à possibilidade das investigações serem realizadas de forma direta pelo *Parquet*. A atuação do Promotor seria apenas

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 369.

²⁰ BRASIL. Decreto -Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 fev.2013.

²¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Investigação Direta do M.P. – Situações Reais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=733>. Acesso em 12 fev. 2013.

²² CAVALCANTE NETO, Antonio de Holanda. O ministério público e o poder de investigar. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11011>. Acesso em 12 fev 2013.

no caso de a polícia judiciária não agir, ocasião na qual o Órgão Ministerial desempenharia a atividade que deixou de ser executada pela polícia. A segunda posição seria a de direção pelo membro do Ministério Público das apurações de infrações penais, o que hoje compete aos Delegados de Polícia. E a terceira consiste no desenvolvimento desta atribuição de forma que o *Parquet* auxiliaria a polícia e atuaria ao lado desta, não com o escopo de substituí-la, mas sim com a finalidade de conceder maior credibilidade à fase investigatória. Esta atuação se deve em função de servir o inquérito policial como instrumento de construção da verdade, não apenas para evidenciar a culpabilidade do investigado, como também para eximi-lo de uma acusação injusta.

O eminente Doutor Luís Roberto Barroso, Mestre em Direito pela Yale Law School, em 2004, emitiu parecer em que é favorável à atuação do *Parquet* (até que seja editado ato normativo próprio), em situações excepcionais, onde, por exemplo, se verificarem “casos: de grave violação dos direitos humanos; [...] nos quais haja falta de iniciativa de investigação policial ou falha na sua condução; ocorridos em localidades nas quais não haja órgão policial estabelecido”²³

Em que pese a Constituição ter incumbido à polícia de ser o órgão que precipuamente apura crimes, em momento algum houve dispositivo constitucional no qual se atribuiu o monopólio desta atividade à instituição policial.

O Ministério Público não é um mero espectador da investigação a cargo da autoridade policial, podendo, não apenas requisitar diligências, como também realizá-las diretamente, quando elas se mostrem imprescindíveis.

Dentre as normas constitucionais que sustentam esta tese encontram-se o art. 127, *caput*, da CF, que atribui ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis. Temos também o art. 129, II, CF, que dispõe que o Ministério Público possui o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. E insculpido no art. 144, *caput*, CRFB, está a previsão que a segurança pública constitui-se em “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Parecer sobre Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária, do Rio de Janeiro para Brasília, 22 de janeiro de 2004. Professor e Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. fls. 21

No entender de Luís Roberto Barroso a apuração de infração penal pelo *Parquet* seria subsidiária, senão vejamos:

[...] será empregada apenas quando for necessário, de modo que a competência da Polícia não é subtraída. De todo modo, o sistema pelo qual se atribui com exclusividade à Polícia a investigação criminal, reservando-se ao Ministério Público a função de mero repassador de provas, é anacrônico e contraproducente. A atuação direta do Ministério Público nesse particular pode conferir maior celeridade à atividade investigatória, permitindo ademais o contato pessoal do agente do Parquet com a prova e facilitando a formação de seu convencimento²⁴.

Por fim, mas não menos importante, é imperativo trazer à baila a necessidade de se observar tanto na fase pré-processual como na fase processual, ou seja, durante toda a persecução penal, a obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, encarando-se o investigado como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação, conforme entendimento de Fauzi Hassan Choukr: “o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado²⁵”, cumprindo à polícia, ao Ministério Público, ou a qualquer ente estatal o respeito aos direitos fundamentais garantidos pela nossa Carta Magna. Desta maneira procuramos demonstrar, sob o aspecto constitucional, legal e doutrinário que o *Parquet* tem legitimidade para realizar diretamente a apuração de infrações penais, restando apenas ser respondida a pergunta que não quer calar: Como a sociedade brasileira pode ser beneficiada, e o interesse público - de diminuir os casos de impunidade - pode ser melhor atendido se a PEC 37 for aprovada pelo Poder Legislativo?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Verônica Lazar. **A Investigação Criminal pelo Ministério Público**. Aracaju: Gráfica Texto Pronto, 2002. p. 32.

BARROSO, Luís Roberto. Parecer sobre Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária. p. 16-21. (Parecer solicitado pelo

²⁴ Op. cit., p. 16

²⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 10-11.

Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, Apresentado durante a 151ª reunião ordinária do referido Conselho, realizada no dia 18. 02. 2004). Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de fev. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11 fev.2013.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Lei Orgânica do Ministério Público da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 11 fev.2013.

_____. Lei nº8625, de 12 de fevereiro de 1993. Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 11 fev.2013

CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993 p. 497

CAVALCANTE NETO, Antonio de Holanda. O Ministério Público e o poder de investigar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11011>. Acesso em 12 fev 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

FERREIRA, Aurelio B. H. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2008, 7ª ed.

<<http://www.webartigos.com/artigos/historia-da-policia-civil-no-estado-de-santa-catarina/67745/#ixzz2LRRZD0m>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Temas de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 212-215.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. Volume 1. 8. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

_____. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

-
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. Investigação Direta do M.P. ¶ Situações Reais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=733>. Acesso em 12 fev. 2013.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo:Atlas, 2012, p. 630-639
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 369.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 89.
- SANTIN, Valter Foletto. O Ministério Público na Investigação Criminal. Edipro. São Paulo: 2001. 1.a ed. P. 60. Aput texto de Rodrigo dias e Rogério Felipeto (¶A Investigação Criminal pelo Ministério Público¶). Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/2983>>. Acesso em: 19 fev. 2013.
- SILVA Jr., Edison Miguel da. MP deve investigar porque tem independência funcional. In: Revista **Consultor Jurídico**, 16 de fevereiro de 2004. disponível em:< http://www.conjur.com.br/2004-fev-16/mp_investigar_porque_independencia_funcional> acesso em: 16 fev. 2013.
- STRECK, Lenio Luiz, FELDENS, Luciano. Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p. 93-101.

ARENDR - A REVOLUÇÃO NA MODERNIDADE

Fernando Quintana - Professor da CCJP/UNIRIO. Diretor da Escola de Ciência Política - CCJP/UNIRIO

RESUMO: Discorre sobre o chamado “fenômeno revolucionário” na modernidade com base no trabalho pioneiro de Hannah Arendt, *On Revolution* (1963). Trata-se de apresentar duas modalidades ou tipos, o norte-americano e o francês, que apresentam diferenças no que diz respeito à constituição da liberdade. No primeiro caso uma compatibilidade entre a liberdade individual e política, no segundo caso o sacrifício da liberdade individual em nome de máximas com grande poder mobilizador (soberania popular, vontade geral, etc.). Além do mais, procura mostrar como liberdade e poder político andam *pari passu* na construção da república norte-americana em contraste com o exemplo francês.

PALAVRAS-CHAVE: Hannah Arendt; revolução; Revolução Americana; Revolução Francesa.

Uma das maiores filósofas da política do século XX, Hannah Arendt também é conhecida por seus trabalhos relativos ao fenômeno revolucionário na Modernidade. Este artigo buscará acompanhar sua reflexão em torno das diferentes modalidades que assumem a revolução nos Estados Unidos da América e na França.

Em *Da Revolução*, Hannah Arendt entende que nos EUA a revolução aparece associada ao conceito de liberdade nas duas acepções clássicas da palavra: a privada (individual) e a pública (cívica). Para a autora, o termo *revolução* pode aplicar-se, apenas, àqueles eventos que têm por finalidade a obtenção da liberdade - que, em sua opinião, se encarnou com êxito num país: os Estados Unidos, quando seus habitantes enfrentaram a

questão da independência - a *liberatio* da metrópole - e a criação de um novo governo - a *foundation* da república.

A revolução comporta então dois momentos: a separação da coroa com o consequente ganho de liberdades e direitos individuais, de um lado, e a criação de um novo governo, com o consequente ganho dos direitos políticos, de outro. Essa tese pode ser ilustrada com base em registros jornalísticos da época: "Quando perguntaram o motivo da luta (pela independência), a maioria do exército respondeu, até ali, que era em defesa do país e de suas legítimas liberdades enquanto ingleses nascidos livres. Mas, depois do rompimento com a Inglaterra, um futuro cheio de coisas boas e grandiosas ia acontecer". Ainda: "Quanto mais entrarmos no campo da independência, nossa perspectiva irá se expandir e brilhar; e uma república total logo completará a nossa felicidade" (McCULLOUGH, 2006:67; 76 e 77).

Assim, embora a separação da Inglaterra apareça como uma libertação da opressão, o republicanismo pode ser visto como algo mais que a eliminação de um monarca e a afirmação de um direito a escolher seus próprios representantes: ele confere a esses eventos uma dimensão moral, o aprofundamento de uma utopia.

Adotando como referência os dois principais eventos revolucionários que marcam o século XVIII, Arendt afirma que a Revolução Norte-americana não foi igual à do Velho Mundo. A primeira foi realizada em nome da *liberdade*, enquanto a segunda em nome da *necessidade* - contra os dois flagelos que sacudiam a França na época: a tirania política e a questão social (a miséria). Essa rápida comparação nos leva a um comentário, mais pormenorizado, acerca do termo *revolução* ou, em linguagem arendtiana, sobre como se opera a emergência da liberdade nos tempos modernos.

Em primeiro lugar, a autora distingue *guerra de revolução*, ambas tendo a violência em comum. No entanto, a primeira, como fenômeno antigo, raramente está ligada à liberdade e, mesmo que às vezes necessária, pode no máximo ser justificada como justa (a defesa contra o ataque de um terceiro). A segunda, pelo contrário, está associada, enquanto fenômeno moderno, à emergência da liberdade como ilustra a Revolução Norte-americana (pela qual Arendt guarda uma nítida simpatia). Apesar

de admitir que ambos os fenômenos, violência e revolução, andem juntos, a revolução nos EUA correspondeu a uma guerra de libertação, e não de defesa/ agressão como a França. Ademais, em termos políticos, a Revolução norte-americana implicou a efetivação de um novo governo - e não a restauração/ conservação do governo (Inglaterra). Por fim, o caráter violento das revoluções modernas (EUA e França) deveu-se ao fato de darem lugar a algo novo¹:

A concepção moderna da revolução inextricavelmente ligada à ideia de que o curso da história, bruscamente, recomeça de novo, de que uma história totalmente nova, uma história jamais conhecida ou vista antes, vai acontecer era desconhecida antes do século XVIII e suas duas grandes revoluções [...] uma experiência nova revelando a capacidade do Homem de realizar algo novo está na origem da enorme ênfase que se pode encontrar tanto na Revolução Americana como na Revolução Francesa (ARENDE, 1967:36-37 e 45).

Outros estudiosos assinalam a diferença entre as revoluções ocorridas nesses países com apoio no seguinte argumento: de acordo com os fundamentos do direito natural clássico, a oposição violenta contra o poder estabelecido só é lícita se conforme ao direito antigo e eterno - justamente como se as restaurações, regenerações ou reformas legitimassem uma tradição jurídica tão-só interrompida e destinada a ser restaurada. Nesse caso, o apelo ao direito natural clássico não é revolucionário (Inglaterra). Já o apelo ao direito natural moderno é revolucionário: o conceito de uma revolução que penetre como tal na consciência daqueles que atuam revolucionariamente - e que possa ser conduzida a seu fim exclusivamente por estes - surgiu pela primeira vez no direito natural racional moderno, isto é, quando esse direito se transforma em direito estatal positivo (EUA, França) (HABERMAS, 1990:88).

A ideia de um novo começo está dada, então, pelo aparecimento da liberdade enquanto construção humana. Porém, ela pode ter dois desfechos - um moderado (EUA) e outro despótico (França). Neste último caso, a ideia de dar início a algo novo sustenta-se em noções abstratas

¹ A ideia moderna de revolução associada à criação de algo novo, à ideia de regeneração, de recomeço da humanidade é destacada por vários historiadores como se depreende do seguinte comentário: a ideia de revolução, no sentido mais profundo, mais radical, é extraída, pelos franceses, do exemplo norte-americano. Não se trata mais de uma guerra, ou de uma revolta, destinada apenas a fazer o poder mudar de mãos. Trata-se de um recomeço dos tempos, a obsessão democrática da novidade irrompendo na história (FURET, 2001:75).

com forte poder mobilizador: soberania nacional ou popular. No primeiro caso, pelo contrário, aparece associada ao governo equilibrado, ao mútuo controle e/ou equilíbrio entre os poderes (*freios e contrapesos*):

Os homens da Revolução americana levaram em conta como uma das grandes inovações do novo governo republicano a aplicação e efetivação prática da teoria de Montesquieu sobre a divisão dos poderes no interior do corpo político [sendo que isso] tinha um papel pouco relevante no pensamento dos revolucionários europeus [França] (ARENDT, 1967:29).

Mas as diferenças entre ambos os eventos (EUA e França) não acabam por aí, seguindo outros estudiosos:

A Revolução americana deu-se num país novo, quase sem passado; a Revolução francesa, na mais antiga sociedade europeia. A diferença dos franceses, os americanos não tiveram que destruir uma sociedade aristocrática para dizer que são iguais [eles já são]; tampouco tiveram que destruir uma monarquia absoluta para fundar a soberania do povo [a Coroa britânica com a qual devem romper é um tutor longínquo] [...] Os peregrinos trouxeram um pouco desta Europa da qual fugiam à intolerância: a Inglaterra lhes legou liberdades e instituições que era necessário adaptar aos princípios republicanos que são os deles para encontrar uma solução constitucional durável ao problema da liberdade. A Revolução francesa encontra-se numa posição muito diferente: ela proclama a igualdade civil no meio de uma sociedade aristocrática e a liberdade política em presença da monarquia mais poderosa da Europa (GUENNIFY; 2000:53-54).

Tomando, desta vez, o conceito *revolução* no sentido forte - como transformação completa das instituições -, ela teria acontecido na França quando a questão social tornou-se preeminente, exigindo como algo inescapável a erradicação da miséria. Diferentemente, nos EUA, o sentido forte da palavra revolução perde densidade, visto que, no dizer de Jefferson, lá não havia miséria, mas apenas pobreza. Segundo Arendt, os Estados Unidos eram o símbolo de uma sociedade sem miseráveis; a questão social, sob a forma terrível de um pauperismo das massas, não desempenhou nenhum papel no desenrolar da revolução. Assim, nos EUA, o uso da violência (a guerra de independência) não se deu em nome da necessidade contra a exploração e/ou a miséria social (França), mas, principalmente, em nome da libertação em relação às autoridades

tidas como arbitrárias (o regime monárquico inglês). Prova disso é o documento de 1776 que faz referência às *repetidas injustiças, abusos e usurpações* cometidas pela coroa (George III). Sob tal aspecto pode-se dizer que a violência teve nos Estados Unidos um caráter mais reativo do que transformador (França).

Acompanhando essas observações, não se deveria confundir então guerra de libertação (EUA) e guerra de revolução (França). A primeira procura conservar algo: a liberdade individual, no sentido de independência individual, bem como certos direitos mínimos a ela associados, que eram objeto de abusos ou restrições por parte das autoridades da metrópole. A segunda, pelo contrário, visa construir algo novo, desconhecido, baseada em noções abstratas com forte apelo popular, levando a uma rebelião mais violenta, porém insuficiente, na opinião de Arendt, para completar com êxito o ciclo revolucionário, que visaria à conquista da liberdade. No entendimento de outros estudiosos, a viagem transatlântica permitiu aos norte-americanos experimentar a ruptura, não como um salto vertiginoso para um futuro indeterminado (França), mas como a volta a uma história original, já que o estado social aristocrático foi deixado para trás (OZOUF, 2001:10).

Arendt reconhece que não foi a Revolução Norte-americana, mas sim a Revolução Francesa que teve maior impacto. A partir do século XIX, sob a égide de uma filosofia teleológica e/ou finalística da História, esta última teria passado a ser vista como um acontecimento inserido numa lei da história - que ninguém poderia deter; que era necessário completar, etc. A triste verdade, declara a autora, é que a desastrosa Revolução Francesa era a história mundial, enquanto a triunfante Revolução Norte-americana teria apresentado um alcance secundário/local.

Existe assim uma clara diferença entre mudar ou revolucionar a sociedade, tornando-a mais igualitária social e politicamente (França); e mudar ou fundar novas instituições políticas (EUA). Aqui, no dizer dos Fundadores, reinaria antes da independência e de forma natural uma agradável uniformidade, uma amável igualdade, e a pobreza absoluta não existia². Os homens, no dizer mais uma vez de Jefferson, encontravam-se unidos pelos laços de

² Importa lembrar que o “bom país para o pobre” dependia, em grande parte, da mão-de-obra escrava e da miséria dos negros. No século XVIII havia nos EUA 400.000 negros e aproximadamente 1.850.000 brancos. Entretanto, a percentagem de miséria absoluta era consideravelmente inferior à registrada nos países do Velho Mundo.

seda do governo moderado. Situação essa que não impedira os colonos de responsabilizarem o governo da metrópole por práticas arbitrárias contra os direitos individuais. Daí a necessidade, reconhecida também por eles, de não apenas se libertar da mãe-pátria (*liberatio*), mas também de criar sobre novas bases institucionais o poder político (*foundation*). Em outras palavras: conciliar poder e liberdade:

O termo criação não deve ser tomado na acepção vaga que se tornou tão comum; ele é utilizado para colocar em evidência um trabalho de invenção que é também um trabalho de luto. A criação se manifesta, por um lado, na procura incansável dos meios para conciliar poder e liberdade, numa “experimentação do possível” à prova de eventos e em consequência de obstáculos com que se depararam as primeiras tentativas de mudanças; e, por outro lado, se manifesta pelo abandono progressivo de lições que veiculavam a tradição clássica e a tradição medieval ou que se extraíam da teoria política contemporânea mais avançada da época, aquela que era o fundamento das instituições inglesas. A criação não se resume assim ao que foi produzido: a Constituição federal. Ela é de 1776 a 1787 esse processo no qual se encontram engajados um número considerável de atores, alguns desconhecidos, que se enfrentam uns aos outros e conseguem dar forma, mesmo sem querer, com posições contrapostas e argumentos contraditórios a um novo modo de coexistência (grifo do autor) (LEFORT, 1991: 6).

Sobre o suposto abandono da política clássica, e também renascentista, por parte dos Fundadores, cabe dizer que, ao contrário do que parece, ela não foi uniforme. Thomas Jefferson, por exemplo, se inspira no republicanismo inglês (Sidney) e, por conseguinte, nessa tradição política (como veremos mais adiante). A tarefa a ser empreendida pelos criadores da nova nação consistia não apenas em restaurar definitivamente os - antigos - direitos e liberdades dos ingleses ameaçados pelos abusos praticados pela coroa, mas, sobretudo, em renovar um governo moderado sobre novas bases institucionais: a república³. Sob tal aspecto, o termo *libertação* engloba, também, a criação de novas instituições - e não

³ Na França a revolução teria sido desenhada num plano mais teórico, a partir de idéias abstratas: *a filosofia se realizando na História* - como disse Hegel; e cuja meta teria sido a criação de uma nova ordem fundada na necessidade, tal situação fazendo com que a exigência por mais liberdade se confundisse com a “libertação total”, isto é, como foi apontado, com a eliminação da miséria social e da opressão política.

como ocorreu na França, em que a libertação total foi incapaz de criar uma liberdade duradoura sobre novas bases institucionais. Ou seja, uma coisa é a vontade de libertação completa (França), e outra, diferente, é o desejo de liberdade (EUA), entendido este último termo tanto em sentido individual quanto cívico: a conquista ou preservação dos direitos e liberdades individuais, assim como a participação nos negócios públicos. A guerra de libertação - total - na França não levou à liberdade na sua dimensão individual; já nos EUA, pelo contrário, a guerra de libertação - de independência - implicou o reconhecimento definitivo dos direitos e liberdades individuais dos colonos; e, vale insistir, que os acontecimentos que se seguiram, a implantação de novas instituições, fizeram com que a liberdade conseguisse expandir-se também na dimensão pública.

Para Arendt, uma maior participação do povo nos assuntos públicos não é suficiente para considerar um evento como revolucionário. Expressões como soberania popular, vontade geral, ligadas a práticas participativas podem mostrar-se incapazes para fundar governos legítimos, duradouros (França). Nesse caso, a revolução é incompleta: libertação, sim, da tirania de um só, mas sem fundação de instituições estáveis. E isso se deu contrariamente a uma “verdadeira revolução” (EUA), que teria conseguido, além da libertação, a fundação de um novo corpo político, sólido, compatível com o exercício da liberdade. Ou seja, a libertação da coroa trouxe a garantia de certos direitos básicos, os *antigos direitos e liberdades dos ingleses* (como se falava na época), que estão na base de uma real liberdade e/ou independência individual: direito de locomoção ou de ir e vir; direito de petição contra os abusos do poder; o princípio de que não existe tributação sem consentimento, etc. A *liberatio* encontra-se, portanto, mais próxima do termo *restauração*, a exigência de um maior resguardo dos direitos individuais que todo cidadão livre da coroa inglesa pode usufruir:

O objetivo primeiro da Revolução [...] não foi a subversão nem mesmo a alteração da ordem social existente, mas a preservação da liberdade ameaçada pela aparente corrupção da constituição e o estabelecimento em princípio das condições vigentes da liberdade [...]. O que estava essencialmente envolvido na revolução norte-americana não era a ruptura da sociedade [...], mas a compreensão, assimilação e realização da herança da liberdade (BAILYN, 2003:37 e 38).

Com o avanço da revolução nos EUA houve a criação de um regime político diferente daquele em vigor. Uma vez que o gozo de direitos individuais pode dar-se sob um regime político moderado, mas não escolhido livremente, torna-se obrigatório o passo seguinte: um novo governo, livre, a república, que, ao menos teoricamente, implica a participação de todos na escolha dos governantes. A *foundation* aproxima-se do termo *renovação* - a exigência de ir mais longe que a simples libertação (da coroa). A esse respeito, importa lembrar que a declaração jeffersoniana de 1776 determina que as colônias, além de livrar-se das injustiças da metrópole, devem munir-se de *novos guardiães* (governantes) e *alterar seus antigos sistemas de governo*. Com essas assertivas, a Declaração de independência assenta as bases de outra ideia, muito cara à corrente do republicanismo: a de que a liberdade só pode prosperar no contexto do governo livre: a república. Ambos os momentos, libertação e fundação, andam *pari passu*. Não houve, afirma Arendt, nenhuma separação, nenhum hiato, apenas um instante de respiração entre a guerra de libertação, o ganho da independência - condição da liberdade individual -, e a constituição dos novos estados - condição da liberdade pública.

Para se falar de revolução, segundo a autora, é preciso a constituição de uma forma diferente de governo. Ou, como entende o republicanismo: a maximização da liberdade pessoal implica não colocar mais a confiança em príncipes, mas sim tomar parte ativa nos negócios da cidade - a república. Ou seja, a liberdade somente pode ser garantida numa comunidade cujos membros participam na criação do governo - o chamado *Governo livre*. A liberdade, assim, incorpora também a ideia de autogoverno. Para essa corrente, o republicanismo, a liberdade supõe, além da não ingerência de outrem na esfera individual, a não-dominação de outrem. Historicamente, esta última acepção da palavra surge em Roma com a oposição escravo/servo *versus* homem *liber*/cidadão, que não está sujeito à vontade arbitrária de um senhor, mas somente à lei. A ideia reaparece no Renascimento (Florença, Veneza) e na Inglaterra setecentista, em que a oposição servidão-liberdade era entendida nos seguintes termos: o homem que não pode prover suas necessidades é um servo, aquele que pode viver de seus recursos é livre. Ou seja, para os republicanos ingleses a liberdade só pode prosperar em estados em que os cidadãos são livres e vivem segundo as leis: a república (Sidney). Essa ideia é retomada pelos

republicanos norte-americanos: os colonos não eram livres porque viviam à mercê de uma dominação, de uma vontade exterior e potencialmente arbitrária (a da metrópole). Tratava-se, portanto, de um povo nos grilhões da escravidão, um povo que não era livre, daí a necessidade de fundar um novo governo: a república.

Arendt associa o termo *constitutio libertatis* à metáfora do federalista John Adams dos “treze relógios funcionando em uníssono”: o intenso trabalho constitucional que empreendem as treze colônias entre a guerra de independência e a formação dos governos estaduais (1776 à constituição da Virgínia e da Carolina do Sul, 1788). Se os estados se tornaram independentes, isso se deveu, em sua opinião, ao fato de não terem se limitado à exigência da libertação, nem a imitar uma forma de governo moderada nos moldes conhecidos. Se a tarefa empreendida, acredita o publicista, foi revolucionária, é porque houve efetiva participação do povo no desenho de novas instituições políticas, uma “*paixão positiva pelo bem comum*”. Dessa maneira, o ato verdadeiramente revolucionário nos Estados Unidos residiu na exigência de um povo querendo constituir seus próprios governos, participando ativamente, deliberando nos negócios públicos: as constituições estaduais foram concebidas como acordos voluntários do povo, que elegeu convenções para redigi-las, sendo as constituições estaduais sendo submetidas à ratificação popular (SELLERS; MAY; Mac MILLEN, 1990 apud CERQUEIRA, 1993:42). Tal “trabalho constitucional” nos treze estados não implicou, contudo, uma restrição ou limitação do poder político, tendo objetivado, ao contrário, estabelecê-lo sobre novas bases:

A meta das constituições que se deram os Estados antes da Constituição da União, tanto aquelas escritas por congressos provinciais ou por assembleias constituintes, era a de criar, depois da abolição pela Declaração de independência da autoridade e do poder da coroa e do Parlamento, novos centros de poder. Os fundadores e os homens da Revolução se dedicaram a essa tarefa, a criação de um novo poder (ARENDR, 1967:218).

No que diz respeito à constituição do poder (a tarefa mais relevante depois da independência), os Fundadores norte-americanos seguiram Montesquieu, tentando conciliá-lo com a liberdade. Mas a chamada liberdade *política*, para usar a terminologia do filósofo francês, ter-se-ia realizado, nos EUA, de forma mais inovadora do que na Inglaterra. Se

tomarmos a definição do *Espírito das Leis*, extraída do próprio exemplo inglês, a liberdade política tinha conotação mais individual: a liberdade era o poder de cada um fazer o que as leis permitem; era o direito de exprimir opiniões e de estar em segurança. Para tanto, era necessário um poder moderado - como era, na opinião do filósofo, a monarquia constitucional resultante da Revolução Gloriosa. Nos EUA, diversamente, a constituição não aparece associada apenas a uma visão restrita, individual, da liberdade, tendo um sentido mais político, atinente à correta fundação do poder. Ou, em termos mais abstratos, como sublinha Arendt, a liberdade política nos EUA não reside no *eu quero*, mas no *eu posso*, ou seja, no poder - natural - de fazer aquilo que se deseja. Esta última acepção da palavra liberdade significa que, nesse país, o domínio político é constituído de modo que poder e liberdade andem juntos. A autora sugere que na fundação da república a preocupação central não era a limitação do poder. Era o que demonstrava a afirmação de Jefferson em *Notas sobre o estado da Virginia*: o governo pelo qual temos combatido não pode fundar-se somente em princípios livres, nos princípios do governo limitado. A natureza do poder deveria ser apreciada, segundo Arendt, num contexto mais amplo, admitido por Adams, no qual ele deveria ser oposto a outro poder, a força à força, o interesse ao interesse, a razão à razão, a eloquência à eloquência, a paixão à paixão. Essa visão implica ir além da concepção estritamente jurídico-política (Montesquieu: *o poder deve conter o poder*), apontando algo mais abrangente: as potencialidades ou qualidades inscritas na própria natureza ou poder humano, que, segundo Adams, deviam ser mais estendidas e não freadas. Ou seja, não uma redução ou supressão do poder, mas, ao contrário, mais força, mais razão, mais paixão etc.

Contudo essa visão ampla, abstrata, do poder (eu posso) requer limites concretos quando levada à prática. Assim, o federalista James Madison justifica tal exigência numa visão realista da natureza humana quando declara, no *Federalista*⁴, que, se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum, ou que este não precisaria de controles. Era preciso primeiro capacitar o governo a controlar os governados e, em

⁴ Os *Federalist Papers* são um ensaio composto de 85 artigos, redigidos principalmente por Alexander Hamilton e James Madison e também John Jay, aparecidos na imprensa de Nova Iorque em 1787, destinados a convencer os delegados desse Estado a ratificar a Constituição dos EUA (redigida por Benjamin Franklin). Esse escrito pode ser considerado uma das mais importantes, senão a maior defesa da constituição norte-americana, mais especificamente do sistema representativo.

seguida, obrigá-lo a se controlar a si próprio - de sorte, conclui o autor, que a ambição seja freada pela ambição. Apesar dessa premissa madisoniana, é preciso insistir, seguindo Arendt, que, no momento da formação da república, o problema não era o abuso do poder, mas principalmente o de evitar que ele se tornasse impotente - o que implicava admiti-lo na sua totalidade, sem diminuí-lo: "Não são os Estados que devem abandonar seus poderes ao governo nacional, mas, pelo contrário, é o governo nacional que deve ser estendido. Ele deve constituir um instrumento de controle do uso que farão os governos dos Estados dos fortes poderes que eles devem conservar" (CORWIN, 1925 apud ARENDT, 1967:224).

Madison, no Artigo 14 do *Federalista*, declara que, se os governos dos estados fossem abolidos, o governo central estaria obrigado, pelo princípio da sua própria conservação, a integrá-los com sua justa autoridade. Essa ideia era defendida também por Jefferson, mas com o intuito de uma maior descentralização do poder central.

A necessidade de uma complementaridade entre o poder dos estados e o da União pode ser apreciada quando os Fundadores enfrentaram outra polêmica tese montesquiana - aquela segundo a qual a República só poderia realizar-se em pequenos estados. Madison e Hamilton não concordavam com ela, assim como Jefferson; sustentavam até que aquela doutrina seria arrasada pela experiência. Conscientes do risco que enfrentavam (uma república disseminada em estados independentes ou insignificantes que podia desaparecer com o tempo), os autores federalistas defenderam, também com base em argumentos montesquianos, a possibilidade da república num grande país (EUA). Mas, para tanto, era imprescindível que os governos estaduais preexistentes fossem capazes de criar um novo corpo político em nível nacional, sem, todavia, diminuí-lo:

Era evidente que o verdadeiro objetivo da Constituição americana não era limitar o poder, mas sim criar um poder mais forte e de fato estabelecer e devidamente constituir um centro de poder totalmente novo destinado a compensar a perda de poder que se deu com a separação das colônias da coroa da Inglaterra. A constituição americana consolidada, em definitivo, o poder da Revolução, e, como a meta da revolução era a liberdade, ela foi efetivamente o que Bracton chamou Constitutio Libertatis, a fundação da liberdade [num novo governo] (ARENDT, 1967:225).

Outro ponto que merece destaque diz respeito às expressões *poder constituinte-poder constituído* e à distinção que fazem os Fundadores entre a origem da lei e a origem do poder. Efetivamente, uma coisa seria a fonte do poder - o povo -, e outra, bem diferente, a origem da lei - a constituição, vista como um documento objetivo, que independe da movediça vontade popular - e, portanto, destinada a durar no tempo. Essa distinção deve-se à herança política recebida da metrópole, segundo a qual o governo era exercido por um rei no Parlamento (*king on Parliament*). A não coincidência da origem do poder e da lei pode ser apreciada no momento em que colonos norte-americanos se munem de constituições, em nível estadual e federal, e os legisladores se encontram organizados, legalmente, em corpos políticos, autônomos:

Aqueles que receberam o poder de constituir, de redigir constituições, eram delegados devidamente escolhidos de corpos constituídos; eles recebiam sua autoridade de baixo, e se eles permaneciam fortemente ligados ao princípio romano segundo o qual o lugar [a fonte] do poder é o povo, não se lhes passava pela cabeça uma ficção, um absoluto, a nação por cima de toda autoridade e desligada da lei [França], mas uma realidade viva, a multidão organizada cujo poder se exercia em conformidade com as leis e limitada por elas (ARENDE, 1967: 244).

Na França, pelo contrário, poder e lei aparecem como sinônimos, ambos derivam de uma mesma fonte - absoluta -, o que teria levado, segundo Arendt, à substituição de um absoluto por outro, a *nação* ou *povo* no lugar do monarca. A *potestas legibus soluta*, o poder soberano bodiniano, mudara simplesmente de titular, de lugar de exercício. O poder constituinte sintetizava-se na vontade da nação reunida em assembleia, sendo a fonte tanto do poder quanto da lei. O fato do poder e da lei residirem na força da nação faria com que a constituição e o governo (o poder constituído) ficassem em situação instável, sujeitos à ratificação permanente da voe. Em contrapartida, nos Estados Unidos, o único ato de intervenção da vontade teria acontecido no ato da Declaração de independência definido na forma do consentimento dos governados: o *government by consent* ou *consent of the governed*. A esse respeito, a Declaração de independência estipula que “*os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados*”. Nos Estados Unidos, o poder constituinte não foi “jogado pela revolução no estado de natureza”⁵, com o que se evitou que a constituição ficasse sujeita a uma

⁵ O abade francês Emmanuel Sieyès afirma no seu famoso libelo sobre o Terceiro estado: “nada existe antes

revisão permanente, levando-a a uma maior instabilidade institucional (França). Nos EUA, é o império da lei, com a conseqüente prevalência da constituição sobre a - movediça - vontade política, que garante a maior estabilidade institucional. Prova disso era a durabilidade da Constituição de 1787 ⁶. A criação de uma constituição estável teria sido assim, para os Fundadores norte-americanos, o mais importante e nobre dos atos revolucionários. Segundo Arendt, a chamada *constitutio libertatis* implicou a efetivação de instituições políticas sólidas e duradouras.

Para concluir, importa retomar aquela observação da autora, segundo a qual a experiência norte-americana foi exitosa porque conseguiu completar aquilo que todo fenômeno que se preze como revolucionário deve realizar: a conquista da liberdade. Esse objetivo comporta a *liberatio* da metrópole com o subsequente ganho de direitos e liberdades individuais; e, sobretudo, a *foundation* de um novo governo, a república, com o subsequente ganho da liberdade política. No entanto, tal opinião pode ser mitigada pelo fato de que a liberdade, no momento da constituição da república, do ponto de vista ideológico, pode adotar um viés *individual* ou *cívico*.

ARENDR - THE REVOLUTION IN MODERNITY

ABSTRACT: It aims to discuss the so-called "revolutionary phenomenon" in Modernity based on the pioneering work of Hannah Arendt, *On Revolution* (1963). It presents two forms or types of revolutions, the American and the French one, which differ with regard to the constitution of liberty. In the first case a compatibility between individual and political freedom, in the second case the sacrifice of individual freedom in the name of maximum power with great mobilizer (popular sovereignty, the general will, etc.). Furthermore, it looks for showing how freedom and political power go hand in hand in building the American republic in contrast to the French example.

KEYWORDS: Hannah Arendt; revolution; American Revolution; French Revolution;

da nação, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a lei mesma. Antes dela e por cima dela só existe o direito natural". E arremata: devemos considerar as nações como indivíduos fora de qualquer laço social, num estado de natureza (SIEYÈS, 1982:67 e 69).

⁶ "A idéia americana de revolução comportou sua própria realização na fundação de uma República independente, pelas Constituições dos Estados e pela Constituição federal de 1787. A idéia francesa de revolução passa de uma fase a outra da história revolucionária, à procura de uma realização que ela jamais atinge" (FURET, 2001:79).

REFERÊNCIAS

- ARENDE, H. Essai sur la révolution. Trad.do inglês M.Chrestien. Paris: Gallimard, 1967.
- BAILYN, B. As origens ideológicas da Revolução Americana. Trad.C.Rapucci. São Paulo: EDUSC, 2003.
- CERQUEIRA, M. A constituição na história: origem e reforma. Rio de Janeiro: Revan, 1993.
- FURET, F. A revolução em debate. Trad.R.C.Bicalho Prates e Silva. São Paulo: EDUSC, 2001.
- GUENIFFEY, P. La politique de la terreur: essai sur la violence révolutionnaire 1789-1794. Paris: Fayard, 2000.
- HABERMAS, J. Teoría y praxis: estudos de filosofía social. Trad.do espanhol S.Más Torres y C.Moya Espí. Madrid: Tecnos, 1990.
- JEFFERSON, T. Democracy. Edited by Saul K.Padover. New York: D.Appleton - Century Company, 1939.
- _____. Escritos políticos. Trad.L.C.Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).
- LEFORT, C. Introduction. In: WOOD, G.S. La création de la république américaine: 1776-1787. Trad.do inglês F.Delastre. Paris: Belin, 1991, p.5-28.
- MCCULLOUGH, D. 1776: a história dos homens que lutaram pela independência dos Estados Unidos. Trad.R.Franco Valente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- OZOUF, M. Apresentação. In: FURET, F. A revolução em debate. Trad.R.C.Bicalho Prates e Silva. São Paulo: EDUSC, 2001, p.7-13.
- SIEYÈS, E. Qu'est-ce que le tiers Etat? Paris: PUF, 1982.

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A CRISE DA JUSTIÇA: ASSUNTO DE CIDADANIA, ASSUNTO DE TODOS

Humberto P. Guedes Jr. - Advogado

ESCLARECIMENTOS

O presente texto não é esforço linear, nem pontual. Não se discute Direito Processual, nem a Organização Judiciária, em que pese transpassá-los aqui e acolá. De certo, também, não é um “texto de prazer”, quiçá, de fruição (BARTHES, 1983, p. 96), fruição de pensar, que parece ser maior transgressão dos dias atuais.

Este texto procura fugir ao lugar-comum, ao falatório cotidiano meramente comentativo. Serve a transgredir o comezinho, em que acaba por se reduzir o discurso especializado, na esperança de divisar alternativas existenciais não equivalenciais, tendo no horizonte viés histórico-filosófico (FOUCAULT, p. 21), e de percorrer a trilha suspeitada na complexidade da fabricação do *político* (DETIENNE, 2008, p. 130).

Intenta, assim, imprimir densidade conceitual plurifacetada, cuja consistência perfaz-se em múltiplos enraizamentos rediculares, visíveis através deste sobrevôo propiciador de visão panorâmica de movimentos também presentes nos demais aspectos da vida social, não só nas Justiças.

Além da crítica em sentido próprio¹, haja vista afirmar opinião, atentando ao caráter político das coisas da vida, o texto aproxima-se, ainda, da Teoria

¹ Do grego, *krísis* [κρίσις] separação, distinção, juízo, resolução (URBINA, 2005).

Crítica, tal qual empreendida pela Escola de Frankfurt, considerando a realidade enfocada “*à luz de suas aptidões utilizadas e não-utilizadas ou malbaratadas para aprimorar a condição humana*” (MARCUSE, 1967, p. 14), e da empreendida, digamos, no antifascismo francês, que se ilustra no breve, mas substancioso, prefácio de **Foucault** à edição americana de *O Anti-Édipo: Capitalismo e Esquizofrenia*, de **Deleuze e Guattari** (FOUCAULT, 1977).

Este aprimoramento da condição humana encontra farto material de análise a partir de alguns dos princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil².

Pertinente, portanto, permeá-lo com as contextualizadoras notas, bem como acompanhá-lo da referência bibliográfica a concorrer com seu posicionamento no universo transdisciplinar em que se insere.

Não se propugna, ainda, e isso é importante a orientar sua interpretação, por anarquia organizacional, ou mesmo política – há de se reconhecer o imperativo das competências, no âmbito das quais cada qual tem papel a desempenhar.

Certo está, há muito, ser inconcebível um mundo sem técnica, ou ciência, ou matemática, sem raciocínio lógico-formal, etc., conforme a tradição.

Combate-se, sim, a hipertrofia da tecnociência, especialmente, no tocante ao avanço colonizador das mentalidades pelas técnicas de gestão

²A Constituição assim dispõe:

“Título I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...omissis...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...omissis...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...omissis...]

Título II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...” (destaque do presente texto – note-se “direitos e garantias individuais” não corporativas, muito menos estatais, pois é justo contra os abusos desse que se voltam)

e seu avanço sobre o Poder Judiciário tal qual o pragmatismo e aplicação da Teoria Analítica. Tem-se em mira tal colonização prestar-se eficazmente à inversão dos valores, à supressão dos fins pelos meios, ao abuso das vias de disciplina e controle, sempre sob a égide da razão técnica, senão, também, da científica.

Práticas tais são inaceitáveis, vez que manipulatórias pela minimização, senão exclusão da autonomia individual, que, acontecendo, enseja risco de perseguição e punição por heresia. Assim como são inaceitáveis, por deletérias à vida-viva, a automação, a funcionalização/operacionalização da pessoa humana, sua reificação, entre outras expressões aqui delineadas. Tudo, sob regime de desmedida, de arrogância, de retrocesso despótico-teocrático, de neutralização do viés democrático, até perde-lo de vista na funcionalização generalizada do cotidiano.

Por outra, não se tem em mira as pessoas dos protagonistas das práticas aqui desafiadas, mas, os processos, os movimentos psicossociais discutidos, no mais das vezes sem que seus agentes tenham, mesmo, consciência disso. Inexiste, portanto, absolutamente nenhum ânimo de ofender. A força das expressões cumpre papel de traduzir a carga afetual inerente às circunstâncias focadas, portanto, dar a elas seu tom existencial próprio.

Sabe-se, outrossim, não se tratar de blocos homogêneos, advogados ou magistrados, e que muitos, de ambas as categorias, discordam do encaminhamento aqui contestado.

Cabe, ainda, pedido de licença aos lexicólogos, mas é de se explorar o potencial de expressão da língua, a adstringir a capacidade designativa, descritiva e comunicacional ao acervo de palavras disponibilizado nos seus compêndios.

Congratulo-me, enfim, com quem encontrar nestas palavras ecos de sua própria ressonância, esperando ter sido compreendido por quem incomodar. De certo, faltou-me intenção de ofender, mas, sobrou-me de firmar posição e enfatizar entendimento.

*“J’acuse!!! Mon devoir est de parler, je ne veux pas être complice.” [Zola]
Eufemismo³ é pai da hipocrisia, que é mãe da dissimulação, que*

³ O eufemismo é incompatível com o “tudo dizer”, logo, com exercício de liberdade e expressão de verdade. Traduz um simulacro, cujas primeiras vítimas são as paixões constitutivas da vida-viva. Ou se há, contra a nossa lei, de se dar razão a Foucault, ao dizer que “*não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de*

nos lega a espetacularização a serviço da manipulação, consorte da fraude, arcabouço do despotismo.

“Não há ninguém que esteja tão aprisionado como aqueles que falsamente acreditam ser livres” [Goethe]

“... [como] o sucesso pode tomar o lugar do melhor argumento... o mais grosseiro e violento ...[pode triunfar]... sobre o mais espiritual e delicado. Para ver onde se acha a verdade maior, basta notar que as ciências retomaram ponto a ponto a filosofia de Epicuro ...” [Nietzsche]

“Acho que na sociedade actual nos falta filosofia...”

“Falta-nos reflexão, pensar, precisamos do trabalho de pensar, e parece-me que, sem idéias, não vamos a parte nenhuma.” [Saramago]

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A CRISE DA JUSTIÇA

Não se fale em *Zeitgeist*⁴, como se houvesse determinismo histórico, como se a história fosse, *a priori*, dotada de um sentido a ser realizado, pior, que já se tenha alcançado com seu fim⁵, de modo a justificar ignorar, a desprezar o nefasto processo de progressiva e intoxicante funcionalização/operacionalização em nossos dias, e a ele acomodarse, compassivamente! Somos corresponsáveis! Cada um de nós integra o espírito deste tempo, co-constituindo-o com a parcela consciente de nossas ações, co-egendrando-o, co-inventando-o.

A visão de **Heráclito** dá o tom do imperativo da afirmação da vontade⁶, ao primado da liberdade e do princípio da dignificação da pessoa humana: *“O combate, a luta, a guerra (pólemos), é o pai e o rei de todas as coisas, de uns fez deuses, de outros homens; de uns escravos, de outros homens*

tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa. Tabu do objeto, ritual da circunstância, direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala...” (FOUCAULT, 2002a, p. 9)

⁴ *Zeitgeist*, espírito do tempo, expressão historicista da capitulação estupidizante, da compassividade totalitária do hegelianismo, assim, criticado sob o prisma do primado da liberdade e da potencialização do ser humano, modo de conceber pleno o princípio da dignificação da pessoa humana.

⁵ FUKUYAMA, 1992

⁶ Não confundir afirmação de vontade, expressão de insubmissão a moralismos, a formalismos apriorísticos, silenciadores do sentir próprio, autêntico, com capricho, marca de tirania, de inadequação.

*livres*⁷; e, numa República organizada em Estado de Direito, de viés democrático, como dicção de nossa Lei, é de se convir inaceitável haja escravos⁸, de qualquer sorte.

Trata-se, aqui, de abordar, em sobrevôo, portanto, com visão de amplo espectro, a situação eclodida na Justiça brasileira, desde o final dos anos oitenta, situação que suscita crítica, como relativo que é a *krisis* [κρίσις] separação, distinção, eleição, dissentimento, disputa, decisão, juízo, resolução, processo (URBINA, 2005), implicando em distinção e valoração, deliberação, das quais pode resultar algo benéfico ou pernicioso (MORA, 2000).

E, no processo em tela, tudo indica estar em curso, algo muito maléfico à humanidade dos brasileiros, principalmente, face às soluções empregadas e por adotar, e aqui questionadas.

Para tanto, como *mot* inicial, toma-se duas manifestações nacionalmente difundidas: a recentemente⁹ pela OAB nacional¹⁰ (aliás,

⁷ Frag. 53-B, trad. CORBISIER, 1984, p. 72. Parece, entretanto, haver uma distorção do conceito de luta inferível neste fragmento, legitimando, inclusive, o competitivismo darwinista rotundamente cretinizante. Como, também, por exemplo, mal entendido do pensamento nietzschiano, pois não exclui a amorosidade, o encantamento, a sedução, entre tantos outros modos de interação. Bem ao contrário, Nietzsche abre-se à vida-viva, permitindo-se nela fluir, v.g., como *amor facti* (NIETZSCHE, 2009, p. 67), além de desautorizar o simples voluntarismo, v.g., na educação da inteligência (NIETZSCHE, 1973, p. 77), ainda que almejando a transvaloração de todos os valores.

Tal qual, fisicamente, no âmbito cru das relações quânticas de modo geral, o encontro amalgamático tanto pode ser visto como embate amoroso, como deletério, sempre, porém, como luta, tal qual o abraço amoroso, etc... Afinal, nada permanece o mesmo no instante seguinte.

⁸ A divisão das competências sugere papéis sociais, cujas falas não são em regime taxativo, variam como tudo na vida, que é improgramável, variam poeticamente na flexão do gênio e da inteligência humanas, irreduzíveis, portanto, a ditames manualescos, sendo imprescindível flexibilidade e autonomia, para a assimilação dos movimentos da vida-viva, do mundo real, e melhor responder às demandas diante das relações de poder concretas. O contato com as emoções, com as forças autênticas, fluidas da natureza, com a energia vital, aponta o caminho para a única esperança, uma **razão sensível** (MAFFESOLI, 2001), ou uma **razão flexível, compreensiva** (BODEI, 2003), quiçá, reflexos spinozanos, isto é, dos três níveis do conhecimento, *grosso modo*, paixões, causas e compreensão (SPINOZA, 2007, Partes I, II, e V).

Ademais, a relação senhor-escravo compromete, tanto um como outro; o senhor está escravizado na relação. Nada mais distante da liberdade – quiçá, por isso mesmo, Zaratustra não queria seguidores (NIETZSCHE, Zaratustra, Prólogo, n. 9) –, tal qual, ainda, faz sentir o legendário grito de “**viva e deixe viver**”, decretado por tropas entrincheiradas na Primeira Grande Guerra, em que alemães e ingleses e/ou franceses, cansados da insânia daquela interminável hostilidade recíproca, para cumprir protocolo de guerra, diariamente, atiravam, sim, mas para cima.

⁹ Este ensaio é escrito em janeiro de 2011.

¹⁰ “Ophir: gargalo da Justiça está na falta de gestão e não nos recursos judiciais” (artigo encontrado, em 1/1/2011, no endereço <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21174>)

Parece que S.Ex^a e numerosos membros desta ordem profissional abstrairam, quiçá à moda do homem massa (adiante no texto), da luta pela abolição, pela república (a verdadeira), pela democracia em sucessivos períodos ditatoriais, e etc.

estopim do presente manifesto), e a da voz, há muito, publicizada, por vezes, por expoentes da magistratura.

Enquanto, de um lado, enfaticamente, vislumbram solução ou parte dela na diminuição do número de recursos, para reduzir a duração dos processos, por força mesma e à guisa de simplificação, ainda que concentrando o poder nas mãos de menos agentes decisores (menos instâncias, menos decisões, também, menos crivos), nada mais simples, até demais; doutro, acentuam a falta de gestão.

Ambas, porém, OAB e magistratura, mui respeitosamente, pensam mecanicistamente e a-dialeticamente¹¹.

Engajam-se na mesma mentalidade *moderna*, diga-se, muito atual e historicamente deformada, de caráter desqualificador por desmedido automatismo, meio de eficiência por quantificação, fruto da obsessão contabilista, e no melhor estilo da espetacularização fascista¹² (DEBORD, 2004). Tudo, em desdobramento de uma principiologia economicista, centrada no binômio produtivismo/rentabilismo, negador do que constitutivo do humano, reificando-o, esvaziador, mesmo, dos valores humanísticos inculpidos pela evolução civilizatória, especialmente resgatados e enriquecidos pelo Iluminismo, ao longo de três séculos, perfazendo a *modernidade traída*.

Cuida-se da *modernidade traidora*, das elites rebeladas (LASCH, 1995), de recidiva teocrática, avassaladora e miserabilizante da alma. Haja vista a lúcida e atualíssima compreensão crítica a esta modernidade anunciada, desde logo, no século XIX, pela pena implacável de **Nietzsche**, *v.g.*, em Segunda Consideración Intempestiva (2008), especialmente, do homem moderno, também dissecado por **Ortega y Gasset**, em seu magistral La Rebelion de las Masas (1997), cuja figura do homem massa, com seu olvidamento dos motivos, das razões da própria modernidade, *a traída*, destacadamente, contra a tirania, contra os privilégios, etc., ao cabo de duas ou três gerações, arrogando-se simplesmente no direito de agir a seu talante.

Esta modernidade, *a traidora*, gerou o *último homem* (NIETZSCHE, 1954),

¹¹ Fala-se da dialética da complementariedade, nada a ver com a da lógica formal, ou a dialética hegeliana.

¹² Sobre o fascismo vale conferência deste verbete no “Dicionário de política” (BOBBIO, 1999), e no relato crítico mui bem fundado de em “O homem desenraizado” (TODOROV, 1999), sem falar no citado prefácio de FOUCAULT (1977), entre muitos outros.

o *homem sem qualidades* (MUSIL, 1989), o referido *homem massa*, o *zé ninguém* (REICH, 1982), o *cínico* (SLOTERDIJK, 2006), o *homem unidimensional* (MARCUSE, 1967), o *homem zerodimensional* (FLUSSER, 2008).

Modernidade geradora de um homem jamais saído da curatela apontada em “Resposta à pergunta: que é o Iluminismo?” (KANT, 2004), aonde, conquanto num primeiro momento instigue ao emancipatório livre pensar, na sequência – inclusive, lembrando Guilherme II, com sua famosa frase, ícone do autoritarismo, “*pense, mas obedeça!*” – neutraliza a apregoada liberdade com a submissão da inteligência às vias institucionais, o que corresponde, implica e acarreta a inserção deste homem moderno no emaranhado da razão totalitária, fascista, manipuladora, do logicismo formalista matematizante.

Claro está que o fruto da contradição autoritária kantiana constitui o homem moderno no novo cinismo feito da “*falsa conciencia ilustrada. Es la conciencia modernizada y desgraciada, aquella en la que la Ilustración ha trabajado al mismo tiempo con éxito y em vano. Ha aprendido su lección sobre la Ilustración, pero ni la ha consumado ni puede siquiera, consumarla*” (SLOTERDIJK, 2006, p.40).

Sloterdijk distingue este cinismo, marcado pela hipocrisia, do cinismo clássico, transliterado em kinismo (de kynikós [κυνικός]), ou quinismo, havido na Grécia Antiga, caracterizado por incondicional parresia [παρρησία], etimologicamente, “tudo dizer”, traduzido por franqueza e liberdade, expressando de um todo honestidade intelectual¹³.

E, se não assimilou a modernidade, o cínico permanece disfarçadamente, dissimuladamente, ainda que, inconscientemente, sob as vestes de teorias racionalistas, eminentemente teológicas (do grego, *theós* [θεός]), também, absoluto, na tradução de Carneiro Leão (HEIDEGGER, et al., 1978, p. 17).

O cínico, entretanto, em que pese se valer de racionalismo, não está menos imerso em *samsara* (do sânscrito, perambulação das paixões), esvaziando-lhe qualquer autoridade superior, cuja desmedida dá-nos teocracias despóticas de toda sorte, justo o oposto, o obscurantismo do qual a verdadeira modernidade nos libertaria, a Modernidade das Luzes, da inteligência viva, da honestidade intelectual.

¹³ Interessante estudo empreendido nas conferências reunidas sob o título, Discurso y verdad en la antigua Grecia (FOUCAULT, 2002b), entre outras passagens de sua obra.

Então, atuam de **modo mecanicista**, porque resulta de palmar raciocínio: com menos recursos, obviamente, reduz-se a duração dos processos, obtém-se eficiência atendendo-se ao objetivo¹⁴ quantitativamente definido – a operação beira o aritmético básico.

Assim, na tradicional mentalidade mecanicista, ao invés de aparar arestas do já sabido e dominado, no caso em apreço, enfrentar o desafio prático e operacional adiante discutido, segue-se, atualmente, para mais além, com a substituição da lei processual vigente, instituindo nova estrutura.

Esta tática, simplesmente, mudará de cara o problema, e sobremaneira onerará a sociedade, *forçando* a compra de muitos, muitos livros de doutrina, de legislação, mais muitos serviços, custando horas de novos estudos, aulas, tantos recursos quantos outros serão *jogados fora* por *obsolescência criada*¹⁵ - este empobrecimento é da Nação e da cultura¹⁶ brasileiras.

Entrementes, **sob a ótica da gestão**, que é marcada por estrategismo obsessivo mediante automatismo maquinal, tem-se menos, ou nenhuma, reflexão, igualmente decisão propriamente dita, menos ou nenhuma adequação, destacadamente, do serviço judicial à **demanda social, que, de certo, não é quantitativa**.

Afinal, reflexão encerra, *minimum*, flexão, interpretação, cálculo (a lógica faz as vezes dos operadores matemáticos, inspirada na matemática

¹⁴ No bojo desta singela estratégia, está o que podemos chamar de *síndrome de Demiurgo*, variante de *kra-tomania*, do grego, *demiurgós* [δημιουργός], a figura mitológica, a princípio “*concernente ao povo ou ao público*”, culminando por encarnar o “*ordenador do mundo*”, em oposição ao criador do mundo (BRANDÃO, 2008). É curiosíssimo ter origem no povo o sentido de entidade que tardiamente tem o poder de ordenar, aliás, evidência que os antigos sabiam reconhecer, ainda, lembrando importante conceito spinozano de multidão, como poder que se costuma chamar Estado (SPÍNOZA, II, 17, p. 68).

¹⁵ Aliás, isto faz lembrar a desnecessária e absurda recente reforma da língua portuguesa, igualmente mandando para o lixo livros didáticos de gramática e dicionários, como se aproveitasse todos eles estarem carcomidos por cupins entre outras inverdades.

A crise da Justiça, entretanto, como aqui enfocada, persistirá, tal qual as dificuldades da língua portuguesa, sem que se logre, lá, a agilidade de Justiça almejada, aqui, a integração apregoada, pois povos separados por milhares de quilômetros não falarão nunca similarmente, sem um veículo de integração, isto sim! Tudo, ademais, como se desperdício de papel fosse ecologicamente inofensivo.

Com todo respeito, esclareça-se, não se trata de resistência a mudanças, resposta esta fácil e impensada, muito comum a tais situações por seus interessados empreendedores, mas, sim, uma crítica fundada contra o desperdício e o desvio da discussão de seu verdadeiro foco.

Enfim, nestes cenários modernizantes, dessa modernidade consumista, deletéria, traidora, seria absolutamente inadequado pressentir a *lógica de Lampedusa, marcada em O Leopardo*: mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?

¹⁶ RIBEIRO, 1978, e ESG, 2004, p. 90.

e projeção que é desta, resultado do orfismo e do pitagorismo), mesmo na forma mais rasa, enquanto, por outra, no mero automatismo dá-se esforço, tão-só, de classificação, coisas dessas que, em documentários, vemos chipanzés e gorilas realizando, *modus in rebus*, com destreza. Não que inexista cálculo na classificação, apenas não é realizado pelo agente, está embutido em cada classe, como algoritmo.

De modo geral as *técnicas de gestão são sofisticação de processos excludentes de automação, controle*¹⁷ e *manipulação*, de tendência

¹⁷ Dizem que ao lado da eficiência extremada, além da exacerbação da *libido dominandi*, tais técnicas de controle têm por mira o combate à corrupção, o que não pode passar de ingenuidade. Razão simplérrima: **inexiste bunker inexpugnável**. Todo sistema de segurança tem vulnerabilidades (isto é elementar em política e estratégia), e o interessado em valer-se delas, esmera-se no intento, eventualmente superando as respectivas defesas.

Escapa aos gestores que, no âmbito da Justiça, estão lidando com pessoas de vida própria, além da funcional, e que basta um café, um encontro num bar, ou numa festa familiar, para instalar-se uma relação, quiçá, uma rede de indevidas facilidades. Esquecem-se lidarem com as paixões, os ímpetos, que, portanto, a razão não é um *a priori*, e, sim, um *a posteriori*.

E, mais uma vez, é o de boa fé que paga pela desídia por incompetência em identificar e punir os eventuais meliantes, ou pelo excesso implícito à prepotência de imaginar possível impedir o ilícito, como se impede uma doença com vacina, obsessão asséptica de graves efeitos distorsivos na percepção da realidade e na deliberação face a ela, e, finalmente, para os administrados em geral.

Com efeito, tais *precauções* somente afetam (infernizam) aos de boa consciência, pois, aos de má, além de excitarem-se com o desafio, resta sempre a frieza e a inteligência mobilizadas à investida estudada – os estelionatários são os mestres nisso. Isto nenhuma técnica, nenhum maquinismo mecanicista, nenhum automatismo logicista engendra, isto provém de *experiência* da vida, de olhar para a vida, de projetar-se/comungar (metempsicose-simpatia-vibratilidade), permitir-se contatar com a vida.

Acresce que a obsessão por controle é muito custosa, desviando recursos materiais e energéticos da atividade fim, podendo em certa hipótese consumir todos estes recursos: “... *Primeiramente, a definição do estado inicial de um sistema, isto é, de todas as variáveis independentes, se ela devesse ser efetiva, exigiria uma despesa de energia no mínimo equivalente àquela que consome o sistema a ser definido. Uma versão leiga desta impossibilidade de fato, de efetuar a medida completa de um estado do sistema é dada por uma observação de Borges: um imperador quer estabelecer um mapa perfeitamente preciso do império. O resultado é a ruína do país: a população inteira consagra toda a sua energia à cartografia*” (LYOTARD, 2002, p. 101).

E continua sobre o controle perfeito: “*Com o argumento de Brillouin, a idéia (ou a ideologia) do controle perfeito de um sistema, que dever permitir melhorar suas parformances, mostra-se inconsistente em relação à contradição* (*)*: ela faz cair o desempenho que declara elevar. Esta inconsistência explica em particular a fraqueza das burocracias estatais e sócio-econômicas: elas sufocam os sistemas ou os subsistemas sob seu controle e asfixiam-se ao mesmo tempo que a si mesmas (feedback negativo)*” (LYOTARD, 2002, p. 102).

Com efeito, tudo resulta de uma dobradinha perversa entre terror e arrogância: “... *Entende-se por terror a eficiência oriunda da eliminação ou da ameaça de eliminação de um parceiro fora do jogo de linguagem que se jogava com ele. Ele se calará ou dará seu assentimento não porque ele é refutado, mas ameaçado de ser privado de jogar (existem muitas espécies de privação). A arrogância dos decisores [leia-se, gestores, e por extensão quem neles se fia a tomar cegas decisões, por simples adesão tecnicista, calculista], em princípio sem equivalente nas ciências, volta a exercer este terror. Ele diz: Adaptai vossas aspirações aos nossos fins, senão...*” (LYOTARD, 2002, p. 115).

(*) fundamento da contradição está em **apropriar-se da administração da prova (!)**: “... *administrar uma prova é fazer constatar um fato. ... Aqui intervêm as técnicas. Elas são inicialmente prótese de órgãos ou de sistemas fisiológicos humanos que têm por função receber dados ou agir sobre o contexto. Elas obedecem a um princípio, o da otimização das performances ... São estes, pois, os jogos cuja pertinência não é nem o verdadeiro, nem o justo, nem o belo, etc., mas o eficiente...*” (LYOTARD, 2002, p. 80)

centralizadora, comprometidos no perfil produtivista/rentabilista¹⁸, talvez próprio ao chão de fábrica, mesmo lá cumprindo comedi-lo, contudo, é nada afeto ao civilizadíssimo princípio da Justiça!

A noção de **Justiça**, como ideal, utopia, em conformidade com os superiores valores civilizatórios, perfeitamente factíveis, sendo mesmo contemplados por nosso ordenamento jurídico, esta noção é incompatível com o **gestionarismo**, com a otimização despótica¹⁹ das performances do sistema, sua eficácia, cujo critério pressupõe **terror**, por peremptório **“sede operatória[o], isto é, comensuráveis, ou desapareci”** (LYOTARD, 2002, p. xvii).

E, como a ciência, arcabouço de legitimidade da técnica, é *“concebida como classificação de fatos e cálculo de probabilidades”*, esteira de indiferenciação, da equivalência generalizada de nossos dias, *“a afirmação de que a justiça e a liberdade são em si mesmas melhores que a injustiça e a opressão é, cientificamente, inverificável e inútil. Começa a soar como se fosse sem sentido, do mesmo modo que o seria a afirmação de que o vermelho é mais belo do que azul, ou de que um ovo é melhor do que leite”* (HORKHEIMER, 2002, p. 32).

É imperioso, todavia, considerar: por detrás de cada processo, existe um drama humano, tal qual seus agentes, também, são humanos, e a exercer atividade intelectual, quedando absurda, dessensibilizadora e, *ipso facto*, desumanizadora²⁰ a aplicação de métodos reificadores, mecanicistas e quantitativos.

¹⁸ Sobre a **febre gestionária**, cumpre passar em revista o pujante e fundamentadíssimo acervo argumentativo do estudo intitulado **Gestão como Doença Social: Ideologia, poder gerencialista e fragmentação social** (GAULEJAC, 2007), obra indispensável por sobremaneira feliz na análise da questão, inclusive, com crítica pertinaz e implacável, a desmistificar esta insana obsessão de nossos dias.

Trata-se de verdadeira panaceia. O **gestionarismo**, analisado linguisticamente ganha luz: *-ismo* é sufixo de (a) doutrina ou sistema; (b) modo de proceder ou pensar; (c) forma peculiar da língua; e (d) doença, defeito (CUNHA, 1976, p. 114), manifestamente todos contendo um sentido de fixação repetitiva, como a mania, a obsessão, em que, ao cabo e ao fim, se reduz uma doutrina, vez que exclui outros saberes, reproduzindo princípios, conceitos e procedimentos, tal qual os modos de pensar, os vícios de linguagem, e, enfim, as próprias doenças. Desta sorte, **gestionarismo** é a doutrina, o modo de pensar, e, por excesso, um defeito que passa de meio a fim. E nos dias atuais, fala-se em choque de gestão como a salvação da lavoura. Esta panaceia, todavia, está a serviço, tão-só, da *libido dominandi*, pulsão por dominar, controlar, ter poder sobre os outros, com vistas à satisfação da *libido possidendi*, pulsão por posses, seja realizar o binômio produção/rentabilidade.

¹⁹ As técnicas de gestão instituem verdadeiro clima de galés: chicote e tambor! Assim, à mercê do competitivismo darwinista cretinizante, a serviço do produtivismo/rentabilismo.

²⁰ *“...enquanto o conhecimento técnico expande o horizonte da atividade e do pensamento humanos, a autonomia do homem enquanto indivíduo, a sua capacidade de opor resistência ao crescente mecanismo de manipulação de massas, o seu poder de imaginação e o seu juízo independente sofreram uma redução. O avanço dos recursos técnicos de informação se acompanha de um processo de desumanização. Assim, o progresso ameaça anular o que se supõe ser o seu próprio objetivo: a ideia de homem.”* (HORKHEIMER, 2002, p. 9 – o destaque inexistente no original).

É o meio passando a fim.

E desumaniza porque passa ao largo, desconsidera rematadamente os elementos fundamentais do *ser* humano: a sensualidade, a intuição e o complexo afetivo, emocional, sentimental; por mais *objetivo* que pareça um sistema de verdades, por mais racional de que se faça revestir, em toda ação do homem, corporal ou psíquica, estão presentes, mais ostensivamente ou mais camufladamente; e desconsiderar isto equivale a negar o brilho do sol²¹.

Note-se recende esclarecedor não ser à toa que, há coisa de vinte anos, com o avanço “neo-liberal” e a vaga “modernizante” do racionalismo funcionalizante²² que se abateu por estas terras, os profissionais do direito em geral passaram a autodesignar-se por **operadores do direito**, como tal do “lat. *operátor, óris* ‘trabalhador, obreiro, operário’; ver *oper*-[...]” (HOUAISS, 2001), portanto, mitigando-se enquanto juristas, cidadãos mesmo, para serem meros cumpridores de comando, como se não tivessem mais a missão de fazer Justiça, responsabilidade social entre outros valores, sem lugar na funcionalização e na equivalência generalizada dominantes.

O horizonte deste quadro é a dispensa do ser humano na prestação jurisdicional, pois o primeiro passo está na renúncia ao exercício de **senso crítico** particularizado, com eficácia harmonizadora, integradora; renúncia inerente e conseqüente à ideia de meramente operar o Direito, daí, serem compelidos a agir como obreiros ou vendedores, no melhor estilo gestor, sob a velada (pois imprevista em lei) obrigação de cumprirem metas, ao invés de sob o compromisso da missão de fazer Justiça.

Mas, o conseqüente e segundo passo, o **automatismo**, nesta seara aberta na existência humana, tende a reduzir a ideia de Justiça a uma legalidade a salvo da inteligência, por excelência, incapaz de adaptar o frio e cru dispositivo legal aos fins sociais a que se destina²³, destacadamente conforme os paradigmas constitucionais, implicando em açodada e equivocada

²¹ “... No mundo da ação, sabemos como é desastroso tratar animais ou seres humanos como se eles fossem paus e pedras. Por que deveríamos supor que esse tratamento fosse menos equivocado no mundo das idéias?” (HORKHEIMER, 2002, p. 30)

²² De função, isto é, de uma relação em que um termo determina o outro, movimenta-se em razão do movimento do outro, de modo que, transpondo esta figura concebida na matemática para a vida humana, implica na redução dos movimentos de alguém aos movimentos de outrem, no pensar de alguém segundo restritos parâmetros, mais, termos em si mesmos definidos por outrem, seja, perda de autonomia, de reflexão, de inteligência.

²³ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo artigo 5º está assim redigido: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

presunção de Justiça como reflexo de mero exercício funcional, pelo qual o **poder degenera em função**, e o agente reificado em funcionário, em autômato, vítima de dessensibilização, o que se projeta à pessoa do jurisdicionado, do cidadão – onde dignificação da pessoa humana?

Este perfil se reforça, cotejado o conceito de jurista: “indivíduo de grande conhecimento jurídico” (HOUAISS, 2001). Enquanto uma categoria designa a mera operação, praticamente considerada, mentalmente passiva (a-crítica), o outro conhece, o que pressupõe rica atividade intelectual, senso crítico, incompatível com o reducionismo funcionalizante.

Este reducionismo é miserabilizante especialmente nesta seara, pois, *“assim que um pensamento ou uma palavra se tornam um instrumento podemos-nos dispensar de “pensar” realmente isso, isto é, de examinar detidamente os atos lógicos envolvidos na formulação verbal desse pensamento ou palavra [...] a vantagem da matemática – o modelo de todo pensamento neopositivista – reside justamente nessa “economia intelectual”. Complicadas operações lógicas são levadas a efeito sem real desempenho de todos os atos intelectuais em que estão baseados os símbolos matemáticos e lógicos. Tal mecanização é na verdade essencial à expansão da indústria; mas se isso se torna a marca das mentalidades, se a própria razão é instrumentalizada, tudo isso conduz a uma espécie de materialidade e cegueira, torna-se um fetiche, uma entidade mágica que é aceita ao invés de ser intelectualmente aprendida”* (HORKHEIMER, 2002, p. 31 – os destaques inexistem no original).

E é exatamente isto: magia, fetiche, cegueira, materialidade, instrumentalização (reificação), mecanização, que faz a funcionalização/operacionalização *estupidizante*. E isto porque desatrela da atuação do agente qualquer real desempenho intelectual, inibindo, “entorpecendo” as faculdades mentais, impedindo a plena realização da capacidade de julgar, seja, “entorpecendo” o juízo – estupidizando-o, pois!

Com efeito, *estupidizar* é o equivalente mental do entorpecimento que se dá no corpo, causado, *v.g.*, por entorpecentes – todos, termos da mesma família –, consubstanciando estado prejudicial, mesmo, à própria percepção do real, assim, causado, também, por *modo de ver e organizar o mundo*. A exclusiva adoção da lógica formal tradicional, *v.g.*, impede ver

o mundo naquilo que neste sistema, neste programa, nesta lógica, não se enquadra. Esta limitação equivale mesmo a uma supressão, suspensão ou, simples desuso de uma faculdade do juízo. Donde, *estupidizar* não concernir a um qualificativo, mas a um substantivo designativo e descritivo de estado de coisas mental, afeto à potência cognitiva do ser humano.

Destarte, da lição de **Horkheimer**, impõe-se razoabilíssimo reconhecer, concluindo, que magistrados e advogados de toda sorte, ao atuarem como **juristas**, de fato e de direito, pensam fora de uma “**economia intelectual**” sem vantagem matemática, construindo, sim, situações intelectivas que pressupõem mais, mas muito mais, que descontextualizado, míope, pontual e mero ajuntamento mecânico, articulação de peças, típico a **operadores**, sob simples e tópica lógica formal matematizante, intelectualmente reducionista, meramente identitária, de elementos dispostos *a priori*, tão ao gosto do pragmatismo, e da Teoria Analítica.

Esta **redução funcionalizadora /operacionalizadora** pretende ser asséptica e anódina, portanto, ainda mais stupidizante, entorpecente mesmo, posto que, amputadora, aleijante da vida-viva, da vida real, subsumindo tudo a um delírio vivido no âmbito de um *sistemão* abstrato, virtual, integrado de princípios, conceitos e procedimentos pré-ordenados, tal qual viceja por toda parte, em que pese completamente excluído do horizonte descortinado na dignificação da pessoa humana, na formação de sociedade justa, livre e solidária, mediante uma República, organizada em Estado de Direito, e de índole democrática – donde, **ilegal!**

Pior, a funcionalização/operacionalização, com a correlata reificação do ser humano, desenham assustador horizonte de automação, cujo alastramento neutraliza a atuação da inteligência viva para seu funcionamento ordinário que exige tão-só inteligência programada, *ipso facto*, anulando o quê de humano. Neste cenário factível, demasiado provável, pelo desenrolar dos movimentos, hoje, em curso, o homem e sua presença tornar-se-ão cambiáveis²⁴ por maquinismos e máquinas,

²⁴ **Cambialidade** das *peças* do sistema é outro e importantíssimo aspecto das técnicas gestionárias, reflexo de uma **equivalência generalizada**, pela qual humanos são indiferenciados entre si, sem valor individual, e *perfeitamente* trocáveis uns pelos outros, tornando-se **descartáveis**, como peças meramente materiais, assim, **recursos** a que foram reduzidos pelo economicismo – note-se: não há mais departamento de pessoal, mas de *recursos* humanos.

computadores, por *dispositivos*²⁵ *informáticos*, cujos **programadores** serão os **sacerdotes** de teocracias altamente informatizadas, tecnológicas, novas e ora, já, instalando-se teocracias despóticas – sonho de todas as minorias decisoras, tradicionalmente infensas à democracia e à liberdade, diga-se, exceção da própria no melhor estilo tirânico.

E diz-se teocracia, no sentido próprio de domínio, governo, controle por um sistema absoluto de verdades, com ou sem culto divino, pois este é seu fundamento último, de qualquer modo. Teocracia, assim, como sempre na história da humanidade, e não pode ser diferente, pois sua natureza exclui as alteridades a si, fulmina o pluralismo, conseqüentemente, a liberdade de agir e de pensar e externar pensamento. Em suma, fere de morte a democracia.

E se trata de teocracia jamais vista, conquanto sonhada por todos os déspotas de todas as épocas, com força de onipresença e onipotência em razão da extensa informatização dos procedimentos em geral, já em muitas searas de curso obrigatório e exclusivo, veja-se o Estado eletrônico em avançado momento de implantação e desenvolvimento²⁶.

Diga-se, isto, não sem direito ao assalto do Estado por casta de *técnicos*, os sacerdotes coevos, *sub-reptícios*, por intervirem, não ostensivamente, influenciando determinadamente os decisores, e, também, *ressentidos*, por atuarem à sombra dos decisores, tornando-se, contudo, os verdadeiros

²⁵ Ver nota n. 54

²⁶ Este é mais um e importantíssimo elemento do terror fascista praticado pelo Estado contemporâneo, através da instrumentalização dos veículos de comunicação de massa, por verdadeiro massacre das almas pela insegurança inculcada, pela criminalidade (impune!), que nos afasta das ruas, nos aprisiona nas próprias casas, ou pela corrupção, especialmente, das autoridades, ou pela inoperância dos sistemas de saúde, educação, segurança, etc., o que vulnerabiliza sobremaneira o cidadão, assim, acuado impotente em sua individualidade, ou ainda pela exploração de acontecimentos naturais pintados como princípio de um apocalipse. Isto tudo não cumpre bem o papel de substituto do terror de Estado, marca do fascismo, nesta época de totalitarismo suave, eufemisticamente, pois, suave?!

Os seguintes excertos impõe-se à meditação: “Estado chama-se o mais frio dos monstros frios. É frio também quando mente com aquela mentira rasteira que sai de sua boca: “Eu, o Estado, sou o Povo.”” [...] ““Na terra, nada há maior do que eu; eu sou o dedo soberano de Deus”, assim, rugo o monstro. E não são somente os que têm orelhas longas e vista curta os que caem de joelhos!” [...] “Esse frio monstro gosta de esquentar-se ao sol da pura consciência.” [aliás, nada como uma narrativa filosófico-idealista, ao bom estilo, v.g., platônico, ou hegeliano, a serenar, entorpecer, sim, estupidizar as mentes, tranquilizando-as! – isto é um efeito prático, meramente fático, não um juízo!] [...] “Estado sei, é onde todos bebem veneno, bons e maus; Estado, onde todos se perdem a si mesmos, bons e maus; Estado, onde o lento suicídio de todos chama-se “vida”.” [...] “Ali, onde ‘acaba’ o Estado ... olhai, meus irmãos! Não vedes o arco-íris, e a ponte do Super-Homem”. (NIETZSCHE, 1954, p. 73-75).

“*amos do Estado*” (SPINOZA, VIII, 44, p. 198), déspotas de gabinete ou, também, na forma miúda de déspotas de balcão.

Sonho de 11 em cada 10 déspotas, totalitaristas, fascistas: com a funcionalização/operacionalização generalizadas, basta modificar o programa, o sistema, por si próprios ou seus agregados tecnocratas, que todos passarão a dançar ao novo ritmo, no ritmo da moda que eles quiserem imprimir, os movimentos da sociedade seguirão compulsoriamente o sentido de suas vontades absolutas, sem alternativa para o cidadão, o homem, então, não mais, livre.

Este tipo de mentalidade, é de supor, tal o perfil geral de seu modo apropriativo da vida alheia segundo as técnicas empregadas e apreçoadas, leva a pensar ou imaginar que eleição é a escolha de quem vai mandar, para os outros obedecerem, como querem e induzem pensar os partidários esquizóides, despóticos, consagrando-se de fato o “manda quem pode, obedece quem tem juízo”. Eleição, por si só, é, obviamente, insuficiente a falar-se em democracia.

E pensando nela, democracia, e, também, em liberdade, dignidade, é preciso estar sempre atento a todo e qualquer gesto com tais potenciais, atento aos movimentos dos fluxos de poder, na sua dimensão micro-física. Assim não sendo, não nos restará sequer chorar o leite derramado! Tal como se desenha o **preço da indiferença e da covardia**, no poema de **Bertold Brecht**²⁷: “*Primeiro levaram os negros / Mas não me importei com isso / Eu não era negro / Em seguida levaram alguns operários / Mas não me importei com isso / Eu também não era operário / Depois prenderam os miseráveis / Mas não me importei com isso / Porque eu não sou miserável / Depois agarraram uns desempregados / Mas como tenho meu emprego / Também não me importei / Agora estão me levando / Mas já é tarde. / Como eu não me importei com ninguém / Ninguém se importa comigo*”.

E se se pergunta a importância de tudo isto, se subsiste dúvida do grave retrocesso civilizatório representado por tudo isto, considere-se que

²⁷ Ou, na versão primeira, de Vladimir Maiakovski, intitulada “Despertar é preciso”: “Na primeira noite eles aproximam-se e colhem uma Flor do nosso jardim, e não dizemos nada. / Na segunda noite, / Já não se escondem; pisam as flores, matam o nosso cão, e não dizemos nada. Até que um dia o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a lua e, conhecendo o nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E porque não dissemos nada, Já não podemos dizer nada.”

a simples identificação de categorias e aplicação dos respectivos efeitos (a classificação) encerram atividades mecânicas e automatizáveis por e em máquinas, sejam de carne e osso, corpos com (sem) alma, sejam de plástico ou metal. Importa fixar, afinal, é a redução da vida às limitações do programa (FLUSSER, 2009 e 2008), conquanto a vida não seja programável (LYOTARD, 2000, p. 15).

E, como não há meia vida, aleija-se, amputa-se a vida real, a vida que se tem, fazendo suceder essa vida, a vida-viva, por simulacro a si. Como **vida-morta**, emocionalmente frustrada, recalcada, **encouraçada**, percebendo “*a realidade como em um espelho, sem jamais tocá-la*” (REICH, 2003, p. 55)²⁸; doutro, **vida-nua de dignidade**, cuja potência de agir, afetar e ser afetado²⁹ é mitigada ao máximo, na razão direta de sua funcionalização/operacionalização, da neutralização da autonomia individual, ou seja, **nua de liberdade**. Não se precisa, sequer, chegar ao extremo dos campos de extermínio (AGAMBEN, 2008), para perder de mira a dignificação da pessoa humana na forma dos parâmetros compatíveis com a evolução cultural contemporânea.

Daí, a mesquinhez deletéria da simples prevalência das soluções logicistas formalistas matematizantes, do causalismo mecanicista, inevitavelmente de índole reificante, funcionalizante/operacionalizante, numa palavra, reducionista.

Impõe-se petição de princípio, onde *panta rei*³⁰ obscurece-se, tem-se fraude contra a realidade, esquizoidismo, sonegação da vida-viva, com seus percalços, pois nem todos os dias são de sol, sendo, sim, todos

²⁸ Para compreensão do conceito de **encouraçamento**, seguem os seguintes excertos:

“Acredito seriamente que, no encouraçamento rígido e crônico do animal humano, encontramos a resposta para a pergunta sobre o seu enorme ódio destrutivo e o pensamento místico-mecanicista.” (REICH, 2003, p. 131).

“O homem encouraçado está impedido de fazer contato direto com a natureza, as pessoas, e os processos. Portanto desenvolve um contato substituto, que se caracteriza basicamente pela falta de autenticidade. [...] Há uma cisão entre a “função do cérebro”, o “intelecto”, e o restante do organismo; este último é “dominado” como sendo o “emocional” e o “irracional”. **O que há de triste em tudo isso é que, no interior da estrutura da existência do homem encouraçado, tudo é lógico e correto**” (REICH, 2003, p.137 - o destaque inexistente no original).

²⁹ A ideia de **potência de agir, afetar e ser afetado**, um dos pilares do pensamento spinozano (SPINOZA, 2007, Parte III), é excelente paradigma a pensar a liberdade e a dignificação da pessoa humana.

³⁰ *panta rei* [πάντα ρει], assim: “No mesmo rio entramos e não entramos; somos e não somos” (HERÁCLITO, et al., 1999, Frag. B49a), seja dizer, tudo está em incessante movimento e interminável transformação, resultando, para efeitos de busca da verdade, de pouca ou nenhuma valia o pilar sacrossanto da lógica formal tradicional, a identidade, pois nunca se reproduz o mesmo, mas aproximações sob regime de entropia.

belos, e não se vendo a beleza nalgum deles, o problema não está nos dias (RILKE, 1976), injustificando-se, mesmo, o desprezo pelo não-ser que não é, tampouco desprezar a movediça bicéfala (PARMÊNIDES, 1999, p. 47).

Os sistemas mecanizadores, principiados pela lógica identitária, impõe *re-produção* do mesmo em conformidade com o formulado, sendo incapazes, sincronicamente, de assimilar as singularidades sem as quais sequer em identidade verdadeira se pode pensar, e diacronicamente, de assimilar as transformações.

O desprezo às variações da vida como um todo, inclusive de humor com sua dessanização, *a priori*, às variações existenciais insubordinadas a padrões excludentes, à coerência cultuada nos sistemas reducionistas validatórios e racionalistas matematizantes, que, simples e simploriamente, pavimentam a senda da vida-viva, mediante o entorpecimento do espírito, sua estupidez, que estabelecem alienação delirante, ainda que coletiva, compartilhável com e pelo alheamento produzido por dessensibilização, pela colonização do espírito, próprios dos sistemas abstratos, virtuais, enfim pela desumanização nossa de cada dia.

E, assim, tratam a questão aqui de fundo, também, equivocadamente, de **modo a-dialético**, porque no mundo real, na vida-viva, feita de afetos, sentimentos, paixões, nos quais se realiza a pessoa humana, destino, como um todo, da atividade jurisdicional, as coisas são reciprocamente complementares e irreduzíveis a padrões repetitivos³¹ típicos das linhas de montagem; exigem atuação singularizadora, portanto, intelecção, discussão, enfim, particularização que somente se alcança fora do automatismo, seja no processamento, seja no jurisdicionar.

Desta sorte, para o ser humano ver-se atendido pela função estatal, ter reconhecida e realizada sua cidadania, e experimentar a dignificação a que

³¹ Dialética da complementariedade é de origem heraclítica, conforme se depreende do Frag. B 10: “Conjunções: completo e incompleto (convergente e divergente, concórdia e discórdia, e de todas as coisas, um e de um, todas as coisas)” (p. 61); ou do Frag. B 41: “Um, o saber: compreender que o pensamento, em qualquer tempo, dirige tudo através de tudo” (p. 69), entre outros fragmentos (HERÁCLITO, et al., 1999), e comporta, portanto, a contradição, e a inclusão do terceiro, além da apontada (nota anterior) absurda identidade principiológica. Tal virtude é desenvolvida nas teorias sensíveis à complexidade do existente e a elas dedicadas.

Sobre teoria da complexidade, ver, por exemplo: Introdução ao pensamento complexo (MORIN, 2006), O manifesto da Transdisciplinaridade (BASARAB, 1999), Representação e Complexidade (CÂNDIDO, 1993), Do caos à inteligência artificial: quando os cientists se perguntam (PESSIS-PASTERNAK, 1993).

tem direito, pessoa humana que é, nada mais imprestável que sistemas de gestão, lineares, equalizadores, reificadores, etc...

Em contrapartida às linhas de solução, ora questionadas, **desconsideram evidências palmares:**

(a) - não há juízes em número suficiente³² a uma relação juiz/habitante compatível com sociedades civilizadas³³, sequer para ler os autos dos processos, muito menos para proferir as competentes decisões; decisões essas advindas da real consideração intelectual, pelo magistrado, das particularidades de cada caso, mediante processo reflexivo deitado sobre a argumentação das partes e as prova produzidas, devidamente analisadas, criticadas, enfim, produtor de juízos, mínimo, em padrões kantianos³⁴, onde sejam os conflitos dirimidos, não só pela Justiça (sentido formal, organizacional/funcional), mas com Justiça (harmonização social) – uma máquina, jamais, fará Justiça, senão para escravos!

Desconsidere-se a **leitura dinâmica**, modo maquinal de trato com a palavra, vez que não é propriamente leitura. Não passa de mero adestramento a rastrear o já sabido, buscar “palavras-chaves” capazes de referir identidades já dominadas, portanto, feita com olhar para o passado, para a memória *do leitor* (não a memória de D’us), que não adentra na narrativa, pois **não recria mentalmente o narrado**.

Daí, ao leitor refugir o verdadeiramente narrado, em sua particularidade, em sua verdadeira identidade, de modo que o caso, a questão submetida não é, em sua inteireza, sequer, conhecida, restando, tantas vezes, a sensação do arrazoado, nem ter sido lido, tal qual concebido – **falha a**

³² É preciso que haja muitos (SPINOZA, VI, 27, p. 118).

³³ Ver Anexo.

³⁴ O que já seria antiquado de modo geral, porém... A uma, pelo desenvolvimento do pensamento, além de afastar o sujeito kantiano, centro de deliberação e vontade, sob égide identitária, já no século XIX, foi seguido de um sujeito funcional, e, no século XX, por um sujeito fragmentado (HALL, 2003), sem falar no conceito jurídico de culpa obsoleto, arbitrário e injusto, uma vez posto em xeque mate pelo inconsciente nietzschiano, desenvolvido por Freud; e, a duas, ainda à guisa de ilustração, os estudos sob o princípio da complexidade, pautada fundamentalmente na evidência da realidade ser amálgama constituída duma miríade de relações integradas e co-implicantes, que atua sob lógica não-tradicional, isto é, despindo o pensamento lógico da tradição do valor sacrossanto dos princípios da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído, através de transdisciplinaridade - note-se, para lá da multidisciplinaridade e da interdisciplinaridade (BASARAB, 1999); ilustram a evolução da vida humana.

comunicação³⁵, por óbvio, o dito não é compartilhável com o ouvinte, dado o ensurdecimento deste, pelo método usado para ouvir.

A oitava, enfim, que se espera apropriada ao direito de audiência, em sentido amplo, *modus in rebus*, é a leitura que “*não deixa passar nada; pondera, adere ao texto, lê, se assim podemos dizer, com aplicação e arrebatamento, capta em cada ponto do texto o assíndeto*³⁶ *que corta as linguagens – e não a anedota*³⁷: *não é a extensão (lógica), o desfolhamento das verdades, que o cativa, mas antes o folheado da significância*” (BARTHES, 1983, p. 47).

Aliás, não é à toa o esforço de **reduzir a potência designativo-comunicacional da linguagem**, segundo a força da inteligência e dos sentimentos, dados no âmbito dos fatos, da realidade sensível, do mundo real, implicar reduzi-la a *terminologia técnica*, dotada de *precisão funcional*, consagrando a *automação*, refletindo sonho doirado da filosofia idealista, desde a antiguidade, subordinando o real à palavra (DETIENNE, 2008, p. 78).

O culto do tecnicismo terminológico atende, sim e precipuamente, ao imperativo *kratológico* gestor, de tornar automática, mecanizável, informatizável, o trabalho ainda *intelectual* (!), à guisa, à mercê, mesmo, de produzir e render, com segurança de *reprodução fiel* dos comandos, independentemente das repercussões econômico-culturais.

Isto se espera de máquinas ou de animais, ainda que próximos, adestrados, jamais, de humanos, muitíssimo menos de decisores com a responsabilidade político-social e, sempre política, emprestada pela Lei Maior, e mesmo se ela não o previse, ainda assim, pelos superiores princípios civilizatórios nela ora insculpidos, pois, ao Estado não assiste poder ilimitado de legislar (SPINOZA, III, 8, p. 79)³⁸.

E à Justiça, como **último umbral da esperança social** que é, cumpre

³⁵ Sequer, o requisito da ingênua, senão, má-consciência, doutrina do *agir comunicativo* perfaz-se. Nem este minimalismo habermasiano sobrevive – tudo faz-se maquinalmente e sob pressões pragmáticas muito além do arrazoado, da concatenação.

³⁶ assíndeto: “*rupturas de subordinação*” (BARTHES, 1983, 43), ou “*literalmente, ‘fala de ligação’ (gr: sín-deton, ‘a-’ prefixo negativo). Aplica-se a uma coordenação (v.) de palavras ou orações, em que se prescinde totalmente da conjunção copulativa ‘e’*” (CÂMARA, p. 88).

³⁷ “*fr. anecdote (sXVII), do gr. anékdota ‘coisas não publicadas’...*” (HOUAISS, 2001).

³⁸ Seria facilímo, e os aspirantes a déspotas tentam sempre, assaltar as posições estratégicas da estrutura de poder sociedade-Estado e impingir-lhe seus ditames. Ilustra-se isso, v.g., em Introdução às linguagens totalitárias (FAYE, 2009).

coibir, senão frear os excessos, na forma da lei, mesmo que resultem e expressem *tendências* aparentemente características de uma época (*Zeitgeist*), e não lançar a sociedade no, muito menos, entregar-se ao abismo da absurdidade calculista (número não tem sentido) da *systemtheorie*³⁹, com a Teoria Analítica e o pragmatismo – fora disso somente restarão milicianos, Fernandinhos Beira-Mar, e congêneres da ocasião. E deveremos suspeitar da falta de razão a **Mendeville**⁴⁰? e,

(b) - é preciso reconhecer, também, a **pífia formação dos profissionais em geral**⁴¹, inclusive, especialmente, do direito, aqui afeta, dissimulada por sua redução (b.1) unidimensional cognitiva, pelo estudo exclusivo ou quase do Direito normativo, ainda que através da doutrina e da jurisprudência, o que não rompe o círculo vicioso da especialização ensimesmada, e (b.2) unidimensional, como meros operadores do Direito, relegando a condição de juristas a uma minoria de *luminares* (nada mais fascista!).

Com efeito, o sentido de qualquer enunciado não provém dele mesmo, porém do contexto em que se insere no discurso escrito ou falado, e da mentalidade do receptor. O enunciado normativo pertence a um contexto cultural eminentemente dialético. A cultura é divisada, apanhada, através da observação da vida-viva, mediante **metempsicose da natureza**⁴², segundo **simpatia vibrátil**⁴³, transparecendo de **imediate o sentido**⁴⁴, proporcionando **convencimento**, no sentido de *peithw*.

Completando os aspectos distintivos do modo de conhecer, ora mirado, destaca-se, *peithw* [πειθῶ], eloquência persuasiva, convencimento. Tais são proporcionados pelo dito, em viva voz, pelo sentir experimentado face ao argumento, intrinsecamente, visceralmente considerado junto,

³⁹ “... Systemtheorie é tecnocrática, e mesmo cínica, para não dizer desesperada: a harmonia entre necessidades e esperanças, dos indivíduos e dos grupos asseguram os sistemas não é mais do que uma componente anexa do seu funcionamento; a verdadeira finalidade do sistema, aquilo que o faz programar-se a si mesmo como uma máquina inteligente, é a otimização da relação global entre os seus input e output, ou seja o seu desempenho.” (LYOTARD, 2002, p. 21 – o destaque inexistente no original).

⁴⁰ MENDEVILLE, 2001

⁴¹ A educação brasileira, sequer, é industrial.

⁴² EMERSON, 1994, p. 17. Como se a psiquê se deslocasse em direção às coisas experimentando-as, perspectiva que se complementa com a categoria da simpatia vibrátil; esse trasladar-se seria um como se projetando o sentir junto experimentado vibratilmente – seria preciso desalfabetizar-se por momentos para perceber tais representações nos movimentos existenciais.

⁴³ Ele coloca a verdade como problema existencial imanente, portanto, da ordem do fora de nós, no aí, e do daí advinda (FLUSSER, 2002, p. 58).

⁴⁴ WISMANN, Heinz, *apud*, DETIENNE, 2008, p. 85.

unido à vida-viva, à vida real, evocando, deste modo, *thymós* [θυμός], o ímpeto, as emoções⁴⁵, os afetos, enfim, o sentir (URBINA, 2005), donde a vibratilidade, e seu realismo.

Diferencia-se, radicalmente, doutra modalidade de persuasão, a decorrente da observância da lógica formal tradicional, validadora de *per se* do pensamento, isto é, um conhecimento havido por força de sistemas abstratos desafetos ao mundo sensível (como o é o pensamento idealista), que se arroga episteme, no sentido de conhecimento verdadeiro excludente – em suma, uma persuasão havida por autoritarismo, esquizóide!

Deste modo, metempsicose da natureza compreende, *como se* deslocados de nós mesmos habitássemos, vivêssemos o outro sentindo vibratilmente junto (simpatia vibrátil), permitindo transparecer imediatamente sentido, como experiência, eloquentemente persuadindo, convencendo o(s) interlocutor(es) – esta é a virtude democrática e liberal dos sofistas, sub-reptícia, hipócrita e cnicamente marginalizada pelo idealismo epistemológico, essencialmente eficaz em assegurar cadeia de comando, utilíssimo, mercantil e militarmente, enfim aos despotismos de toda sorte, contudo, deletério na muito maior dimensão da vida real.

Pela via aqui patrocinada, abre-se (ou assim tem-se em mira) a porta para a vida-viva, a vida real, reposiciona-se o pensar no mundo real, desalienando-o, reintegrando o homem ao mundo sensível, cessando o esquizoidismo dos sistemas meramente abstratos, minimiza-se sobremaneira o peso veritativo da lógica formal tradicional. Com efeito, nada mais harmonioso a democracia, a justiça, a liberdade!

Assim é por que, olhando para o real, de *tal modo* o sentimos ser. *Sentimos*, e não por que um conjunto de regras, medidas (apelidadas, genericamente, de razão), apriorísticas, nos imponha aquiescer, concluir que é. E, obviamente, isto leva a democracia, desautoriza oligarquias nobiliárquico-sacerdotais, tradicionalmente autoarrogadas senhoras da verdade, portanto, dominadoras, inequivocamente, despóticas; a menos,

⁴⁵ “... a palavra ”emoção” significa “movimento para fora” ou “expulsão”. Assim, não só podemos como ‘devemos’ usar a palavra “emoção” literalmente ao falar de sensações e movimentos. A observação microscópica de ambas vivas, sujeitas a pequenos estímulos eléctricos, revela, de modo inequívoco, o significado do conceitos “emoção”. “[...] “Estímulos agradáveis provocam uma “emoção” do protoplasma do centro para a periferia. Por outro lado, estímulos desagradáveis provocam uma “emoção” ou, mais correctamente, “remoção” do protoplasmada periferia para dentro do organismo.” (REICH, p. 426)

de certo, que se dispam de tais perfis. O que é plausível, pois, *par excellence*, ninguém é, nem nada encerra *aeterna veritas* quaisquer (v.g., NIETZSCHE, 2000, p. 16).

Não nascemos, vivemos e morremos expressando uma essência, um modo de ser, ou um caráter tal ou qual. Esta contrariedade à natureza, ao mundo real, é mui almejada pelo autoritarismo do idealismo epistemológico, por exemplo, aristotélico ou kantiano, para comprometer as pessoas, classificar sua posição na sociedade, alocar sua força, manipular sua conduta, e, eventualmente, perseguir e punir caso se mostrem, incautamente, hereges.

Destacadamente, fala-se destes dois pensadores, mas muitos outros são os legisladores da vida, por seu assalto à filosofia, pois a maioria, consciente ou inconscientemente dos reflexos existenciais desta estratégia, e nela a maioria é forjada a ferro e fogo, esta maioria reproduz o modelo básico do autoritarismo próprio das teocracias despóticas, forma das culturas superiores da antiguidade (até o advento do ocidente, com a Grécia Antiga⁴⁶), promovendo nosso retrocesso civilizatório, nossa recidiva ao orientalismo – tudo em rematado desafio à evidência de *panta rei!*

Com efeito, o valor da noção de simpatia vibrátil está ao alcance de um olhar para o Direito. Não é vislumbrável sabedoria imanentista no direito de audiência (ser ouvido, e não lido) e no princípio da identidade física do juiz⁴⁷?

Simpatia compõe-se da partícula *sýn* [σύν], equivalente grego ao latino *cum*, e ao nosso *com*, significando junto, unido, mais o substantivo *pathia*, do grego *páthos* [πάθος], que antes de ser anatematizado e minimizado, pelo racionalismo matematizante, pelo idealismo moralista, significava, como significa, simplesmente, tudo que afeta o corpo ou a alma, sentimento, afeto, emoção, paixão (URBINA, 2005), assim, sem juízo de valor.

De modo que o juiz que, além da intelecção, experimentou presencialmente, vibratilmente, os depoimentos e os debates, deles obteve conhecimento mais preciso, verdadeiro que aqueles que os venham a conhecer, tão-só pelos termos dos autos.

⁴⁶ Com sua *pólis*, sua *ágora*, seu *lógos*, sua sofística, seu naturalismo fiscalista, a *parresia!* Isto é o Ocidente! Fora disso temos, apenas, recidiva orientalista, despotismo-teocrático, autoritarismo reducionista etc...

⁴⁷ O juiz que preside a oitiva das partes e das testemunhas deve proferir a sentença.

Isto sugere, reforçando o argumento, o princípio da teoria de Michael Polanyi⁴⁸, conhecemos muito mais que somos capazes de relatar. Deste modo, há um conhecimento tácito, formado para muito além do discursivismo logicista formalista matematizante, conscientizável ou não, pela memória, concebida tradicional e textolatamente.

E, se não somos capazes de relatar tudo que sabemos, muito menos seremos capazes de registrá-lo; donde, descabida a pretensão de controle através de específico e preciso pré-ordenamento de conduta, a partir da descrição de tudo a ser feito, passo-a-passo, para dirigir os agentes, reduzidos, por reificação, a meros funcionários (diga-se, servos incondicionalmente obedientes, posto que suas ações resumem-se ao estritamente descrito no comando, contido no manual), tal qual idealizado pelo gestorismo, senão, sob pena de distorcer, aleijar a vida-viva.

Destarte, não só o magistrado que tomou os depoimentos está mais habilitado a avaliá-los, por força de conhecimento irrelatável, todavia, colhido na experiência da oitiva. Também, havendo um certo e regular escrevente responsável pelo processamento de cada feito, seu trabalho resultará muito mais rápido e profícuo, além de assegurar o princípio da responsabilidade individualizável pelos jurisdicionados (não só fechado para a administração, como se tudo lhe pertencesse, isto tem sentido para o privado, mas é absurdo para o público, sujeita que está a administração ao princípio da estrita legalidade e devedora de transparência que é!).

Estes agentes, antigamente conhecidos por serventuários, e não na figura reduzida dos atuais funcionários, estarão, sempre (ou quase) ao par do feito, com memória própria, independentemente de sistemas abstratos, de interfaces informatizadas, fora do alcance de não menos interposto tilintar de dedos ao teclado, memória, portanto, feita de muito mais que manuais de procedimento e linhas de produção, concebíveis por qualquer modelo apriorístico, matemático ou não, seria ou será capaz de propiciar – o sistema de processamento atual joga fora, recalca, neutraliza, sub-aproveita imenso e inestimável potencial humano!! Que inteligência será esta?!

Os *serventuários*, dentro da legalidade, promoviam o necessário ao

⁴⁸ Especialmente desenvolvida em seu *Personal knowledge: towards a post-critical philosophy*, apud, SAIANI, 2004.

jurisdicionado, tinham liberdade para usar a inteligência adequadamente à lei e à necessidade do destinatário do serviço público, assim, independentemente de passo-a-passo manualesco, simplesmente prestavam serviço a quem de direito, mui, muitíssimo diversamente dos *funcionários*, sem autonomia, proibidos de usar a inteligência, senão seu arremedo concebido pelos gestores.

Gestores são, com isto, diga-se, criadores de *más-consciências*, aspecto ético dos nefastos e degenerativos efeitos forjados nos espíritos por sua política, disfarçada sob as vestes da tecnociência.

Esta questionável inteligência espelha bem a razão mecanicista, do logicismo formal matematizante, como dádiva divina conferida ao homem para dominar e explorar a natureza, subsumindo nela os demais homens, para tanto reificados – quanta estupidez!

A menos que a vida seja diminuída, redimensionada, redesenhada, de modo excludente, minimalista, tal e claro, ao talante do gerente da moda, nos limites de sua imaginação, e os interesses do público, dos cidadãos, reduzidos para caber no sistema. Pois, do alto de seu despotismo, de seu exclusivismo, a pessoa “*ou bem ‘contribui’ para a manutenção (ou para o desenvolvimento) do sistema, ou bem é ‘disfuncional’ prejudicando assim a integridade e a eficácia do sistema*” (LYOTARD, 2002, p. 22) – note-se, não mais o real, nem o humano, mas o sistema.

Esses aplicadores de *modelos* não passam ao fim e ao cabo de déspotas de gabinete, *modelos* cujo funcionamento *na* vida real, provavelmente, sequer, conhecem tal qual o efetivo fim a que servem, enfim, *experts* em técnicas de gestão e outras a si assemelháveis, comprometidos apenas com pragmatismo, automatismo e quantificação⁴⁹, pois começam por agir tão-só por miserável classificação dos fatos.

O sentido, entretanto, é fruto da atenção dedicada ao mundo sensível, saboreado, enriquecido dos esforços cognitivos em depurá-la, a vida, para fazê-la mais compreensível, através de reflexão, de estudos, de pesquisas,

⁴⁹ Como soe acontecer, tacanho e truculento, redução tal qual a milenarmente praticada, até o século XX, contra os pezinhos das chinesas (enfaixados lá pelos nove anos de idade, para não crescerem, resultando em deformidades perversamente admiradas), da mesma maneira adequação do homem à miséria destes sistemas insanos.

de questionamentos tal qual levados a efeito pensando criticamente, filosofando, com perspectiva histórica, antropológica, sociológica, a literária, mesmo a chamada ficcional, poética ou não, numa palavra, artística, e psicológica, até na comportamental, talvez sua mais lastimável e sofrível expressão⁵⁰.

Estes são saberes formadores de mentalidades lúcidas, elevadas e capacitantes à compreensão da vida e a mover-se em seus meandros. Em contato com eles, cria-se um universo de noções, constitutivo de um contexto do qual exurgirá sentido obviamente mui mais rico, sensível, inteligente e adequado na avaliação dos fatos e na interpretação da lei, enfim, à potencialização do agir, do afetar e do ser afetado, na dimensão social, da Nação. Mas, não!

A deficiência da formação intelectual dos profissionais do direito, como das técnicas em geral (medicina, engenharia, etc.), implica dois vieses diretamente danosos à qualidade da prestação jurisdicional.

Desde a segunda metade do século XX, vivemos o progressivo fim de **ostensivos**⁵¹ **totalitarismos** racionalistas, após varrerem o ocidente e o oriente, todos de origem no e da consistência do idealismo epistemológico, responsável pelo logicismo formalista matematizante da tradição socrático-platônico-aristotélica⁵².

Conquanto, esta evidência do passado recente, em pleno século XXI, explícita ou sub-repticiamente – mesmo quando colorido pelas nuances marxistas, que, diga-se, não escapam a esta corrente intoxicante, deletéria e contrária à vida-viva, especialmente no que diz respeito ao materialismo predominantemente patrimonialista, conquanto tire-lhe um pouco o mofo – o estudo do Direito não superou tais limites epistemológicos, agravando-

⁵⁰ Seu evolucionismo é distorcido, tal qual sua leitura (quicá, dinâmica, açodada, sem entrar no texto!) de Darwin e de Nietzsche. A começar a evolução não premia os mais fortes, mas os mais aptos. Estes sobrevivem às transformações do meio, haja vista, frise-se, tudo, sem exceção, fluir - panta rei [πάντα ῥεῖ], repita-se: “No mesmo rio entramos e não entramos; somos e não somos” (HERÁCLITO, et al., 1999, Frag. B49a).

⁵¹ Mas não nos livramos de totalitarismo! Vivemos, hoje, um **totalitarismo liberal**, o do pensamento único, do moralista politicamente correto, totalitarismo suave (MAFFESOLI, 2001), não menos fascista, sem líderes, sem bandeiras ou uniformes, e, à exceção dos fundamentalismos dos fanatismos (OZ, 2004), também sem inimigos étnicos, mas os tem, sim, na marca da exclusão plutocrata, tal qual autoriza equiparar o tratamento emprestado ao economicamente excluído, por força mesma das implicações dessa exclusão.

⁵² A este respeito começa-se bem, por exemplo, com: Eclipse da Razão (HORKHEIMER, 2002), *Minima Moralia* (ADORNO, 1985), Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos (HORKHEIMER, et al., 1985), O homem desenraizado (TODOROV, 1999), e, claro, muitos outros.

se sobremaneira com a ênfase cega à *técnica*, ao seu aprofundamento em si mesmo, autorreferente, culturalmente descontextualizado, alienado, e quando não, historicamente atrasado, reducionista *kratófilo* e *kratomaníaco*⁵³, e, pior, fazendo vista grossa ao fato da política não se exaurir ao fim do processo legislativo – **os profissionais do direito, juristas ou operadores, não são inocentes e obedientes cumpridores das leis, são seus co-constitutivos através da flexão que imprimem à lei, mediante sua interpretação, e como tal agentes também políticos, como um todo, condição da ação humana.**

Vale lembrar, contudo, que o **mascaramento do político é fundamento moral da fraude tecnicista**. Ora, toda solução técnica nasce de deliberações, eminentemente, políticas, conscientes ou não, desde a escolha do objeto, fruto de um recorte da realidade, cujo traçado é marcado por seu movimento político, passando pela escolha do critério validador, naturalmente conforme o propósito almejado, até as soluções *ad hoc*, às eventuais falhas do sistema, tudo político – **inexiste inocência** nem na ciência, tão-pouco na técnica⁵⁴.

Pari passu, a formação enfaticamente formal, míope, antolhada, hiperfocada, meramente jurídica, certamente de inspiração no idiotizante princípio da especialização e divisão do saber e do trabalho, debilita a capacidade perceptiva do ser humano em geral, vulnerabilizando-o, *maxime*, quando inserido em tão complexa posição da estrutura de poder sociedade-Estado, como é o caso, especialmente, do magistrado, mas, também, do advogado e seus congêneres públicos.

A especialização é via à idiotização (SCHÜLER, 2002, p. 66)⁵⁵, ou se sob o

⁵³ *krato*, significa poder, dominação, governo; a uma, *filia*, amizade, apego, e, a duas, *mania*, obsessão, idéia fixa, repetição automática, todos do grego, a serviço de *libido possidendi*, pulsão por posses, e *libido dominandi*, pulsão por dominar, controlar, ter poder sobre os outros. Ambas, *kratofilia* e *kratomania*, conjunta ou separadamente, nestes casos, incontinentes e infensas ao sábio “viva e deixe viver”, ordinariamente, mobilizadoras de práticas desafetas à liberdade democrática.

⁵⁴ “... é que se o discurso verdadeiro não é mais com efeito, desde os gregos, aquele que responde ao desejo ou aquele que exerce o poder, na vontade de verdade, na vontade de dizer esse discurso verdadeiro, o que está em jogo senão o desejo e o poder?” (FOUCAULT, 2002, p. 20)

⁵⁵ Trata-se de leitura indispensável a todos apreciadores do esclarecimento, mas especialmente recomendado aos profissionais ligados, direta ou indiretamente, ao poder decisório, seja da esfera que for, privada ou pública. Esclareça-se, a idiotia não diminui, nem enaltece ninguém, isto é, sua constatação, seu apontamento não envolve julgamento de valor, pois, apenas descreve uma situação de fato. A idiotia, como todas as atitudes, todos os posicionamentos existenciais é uma estratégia e, como toda estratégia, encerra vantagens e desvantagens, potencializadoras ou não, da existência individual, coletiva, cultural, inclusive, biológica, seja

signo de eufemismo, a especialização, simplesmente, fragiliza-nos político-estrategicamente! (o resultado prático será, todavia, mui semelhante, sem a força expressiva, todavia, da primeira fórmula).

Ademais, a manutenção do número irrisório de magistrados, muitas vezes está ligada à má formação mesmo técnica, dos profissionais do Direito, impedindo-os de passar nos concursos, que a seu tempo, também, lastimavelmente, exigem menos compreensão crítica e capacidade de decisão, privilegiando memória, reprodução do mesmo⁵⁶.

Acaba por reproduzir, ainda, e ao fundo, faceta do processo socioeconômico da concentração da riqueza e do poder, logo, da manutenção de minorias decisoras na direção da sociedade.

atuando no plano mercantil, amoroso, científico, militar, etc., tendo-se disso consciência ou não. Onde, o restrito tom de crítica, especialmente voltada para os aspetos e reflexos públicos das situações estratégicas marcadas por idiotia, no sentido próprio e imediato aqui empregado.

O *especialista*, portanto, detentor de um conhecimento particular que é, enquanto tal, é contaminado por **idiotia**, do gr. *idiotēs* [ἰδιότης] que significa: privado, particular, singular, especial, à parte (URBINA, 2005). E, sendo à parte, o conhecimento assim tecido está separado de seu contexto, e a separação é por excelência esquizóide (*squiz(o)-*, separado, fendido), tal qual a ruptura da epistemologia idealista com o mundo sensível, ou às verdades alternativas à do sistema abstrato veritativo.

Veja-se o seguinte excerto, cuja extensão é compensada, e muito, pelo grato esclarecimento propiciado: “Conhecimento particular (ιδίαν φρήνησιν) tem o idiôtes o que não sai de si, age como se os outros só existissem para servi-lo, como se adquirisse de si mesmo tudo o que sabe de si. O idiota consome. Consumem-se objetos de consumo. O idiota consome pessoas, seja na vida amorosa, comercial industrial ou política. Não se espere que o idiota reflita já que reduziu o mundo a objeto de desejo seu. Importa-lhe sentir muito, não importa o quê. Por não sair de si, o idiota vive sem problema. Não progride nem regride, ele já está no lugar em que sempre quis estar. Mesmo acordado, o idiota dorme o sono dos justos. As trevas interiores lhe bastam. O conhecimento particular não é banal, é construído, auto-suficiente, compacto. É o conhecimento do homem que compra e vende, produz, dirige estados, cura, lida com o divino, ataca e defende com a espada. O homem encerra-se em conhecimento particular, mesmo que atinja posição de destaque, mesmo que seja visto e aplaudido, mesmo que seja a origem de grandes feitos. O particular circunscreve indivíduos e grupos. O homem deixa de ser idiota quando sai de si mesmo, que é com os outros que ele se constrói no com-um. Para quem sai de si, tudo é problema; há pedras no caminho. Heráclito propõe o discurso como recurso para unir o que de outra forma se dispersaria e para se comunicar com os demais. O discurso tira da idiotice sem destruir os que concorrem. O discurso é proferido em lugar comum a todos, o discurso constitui o lugar comum, dispondo um falante diante de outro sem hegemonia. O discurso faz de todos um sem prejudicar nenhum. O discurso não subordina. Acolhe sem tolher. Comum é o lugar em que discursos concorrem. Sem o Discurso, falas se isolam há idiotice.

Sai da idiotice quem entra no Discurso. Pensar é viver no Discurso: dizer e escutar. O discurso reúne. Os que entram no Discurso não cogitam da unidade.” (SCHÜLER, 2002, p.66)

⁵⁶ Chega a ser grotesco, e isto ilustra a quantas anda o ensino jurídico, técnica e moralmente, advogados permitirem a retenção de suas identidades, para simples exame de processos nos balcões dos cartórios, prática descrita, em lei, como contravenção penal, instituída, pasme-se, em plena ditadura militar (Lei n. 5.553/68). Note-se, com todo o respeito, cabe à Administração da Justiça organizar-se para prestar o serviço a si cabível, no atendimento dos advogados e das partes, propiciando-lhe o devido processo legal, e **não externar os custos** do desenho gerencial *inovador* concebido pela tecnocracia gestonária, comprometida em gastar o menos possível, para tornar a Justiça rentável.

Manter o poder estatal sob o manto controlador de uma minoria assegura, mui mais facilmente, *administrar* a sociedade, para discipliná-la, controlá-la e manipulá-la, com todos os respectivos desdobramentos indesejáveis à liberdade, à democracia, ao aperfeiçoamento humano, mediante sua potencialização para agir, afetar e ser afetado.

Estes danos são conseqüentes da escalada apropriativa característica dos sistemas fundados em **cisão autoritária e centrípeta** – quanto mais *poder* se concentra, mais ainda é concentrado. Distanciando-se os agentes decisores, mais e mais, dos demais concidadãos, o que é inerente às minorias deste tipo, e acabam experimentando a ilusão de não pertencerem a este todo. Como estão efetivamente afastados das condições de vida comuns da sociedade, chegando ao extremo dos foros privilegiados e outras facetas feudais, coloniais, imperialistas de nossa estrutura sociedade-Estado.

Este insulamento da *elite* consubstancia uma das vias que acolhem a recidiva da “*hegemonia clerical sobre o pensamento*” (LASCH, 1995, p.80), isto é, contra o desabrochado Iluminismo, a liberdade e a democracia.

O produtivismo rentabilista no desforço gestorário – entre outras e muitas mazelas, inclusive contra a saúde física e mental⁵⁷, especialmente dos funcionários, e em seguida dos profissionais do direito –, do alto de seu estrategismo estulto e quantificador, engendrou uma *interface*, uma intermediação entre os processos, as demandas por prestação jurisdicional, e os magistrados.

Cuida-se de um *dispositivo gestorário*⁵⁸ inserido no âmago da estrutura

⁵⁷ A indústria farmacêutica vive em festa, festa particular, reservada, claro, pois, do contrário desespetacularizaria o fascinante cenário social desenhado pelo processo de aparente adequação, conquanto resultante de deformar as pessoas, drogando-as, **para se comportarem a contento do sistema**. Festejam a incessante ampliação de seu mercado para neurolépticos de vários gêneros (antidepressivos, ansiolíticos, indutores do sono, moduladores de humor, e tal), todos **drogas lícitas a esculpir o homem, fazendo de sua matéria própria a (de)forma cabível no sistemão produtivista-rentista**, tirando-lhe, suprimindo-lhe o que para essa apropriação e fim se fizer necessário, ao talante, claro, mesmo que isto leve à vida-nua, à vida-morta. Mercado de crescimento garantido por força da desumanização dos métodos em geral adotados e decorrentes do racionalismo logicista formalista matematizante, marca da modernidade traidora, racionalismo, sobremaneira potencializado pela Teoria Analítica e o pragmatismo utilitarista, rematadas negações da filosofia e de todo saber digno deste nome, acumulado pela civilização. Eis, em ação, o homem massa, idiótico, arrogante, o cínico sloterdijkiano, ou o vulgar (ONFRAY, 2007).

⁵⁸ Na dicção foucaultiana, dispositivos são “mecanismos de coerção diversos, talvez mesmo conjuntos legislativos, regulamentos, dispositivos materiais, fenômenos de autoridade etc.; conteúdos de conhecimento que se tomará igualmente em sua diversidade e em sua heterogeneidade, e que se reterá em função dos efeitos de poder de que são portadores enquanto válidos, como fazendo parte de um sistema de conhecimento.” (FOUCAULT, p.25).

de poder estatal, na forma de *inocente* recurso *operacional*, com vistas à sua performance, eficiência.

Tenha-se em mente, antes, que *saber* vem do latim, pertencendo à mesma família de *sapere*, que significa degustar, donde saber resulta da experiência sensorial, somente depois, pelas habituais forças metonímico-metafóricas dos movimentos semânticos, deu-se apropriação pelo saber abstrato, no sentido de *epistémē*⁵⁹, na cunhagem de Platão⁶⁰, como conhecimento verdadeiro e excludente, em oposição à opinião (*dóxa* [δόξα]), assim, segundo a arrogância teológica (*theós* [θεός]) típica do idealismo filosófico.

Trata-se, enfim, da adoção de assessorias, auxiliares, ou o nome que se dê, o que, ao final, somente multiplica os problemas. Isto por que:

a) seria contrassenso esperar⁶¹ – e isto é humaníssimo –, quem quer que seja, reveja o trabalho de assessor, vez que isto implicaria em reanalisar os autos, e deliberar à luz de sua própria e superior formação, donde rever implicaria em refazer; para refazer, melhor, logo, fazer; e fazer subverteria a razão do *dispositivo gestor*; seria razoável presumir-se, portanto, que se valha do exame alheio, pura e simplesmente, encampando-o, cuidando, todavia e tão-somente, de não haver manifesto teratológico jurídico⁶² – e não se fale em amostragem;

b) já, os assessores, diga-se, figura inexistente no direito processual brasileiro, e se existissem não passariam de excrescente contradição em termos, além de não poderem ser alvo de reclamação, figuras anônimas que são, também são humilhados – é de supor, ao menos –, pela ocultação de seus nomes na autoria dos trabalhos intelectuais realizados na elaboração de

Coerção aqui segue o sentido etimológico de “fechar completamente, comprimir, estreitar” (HOUAISS, 2001), o que, indubitavelmente, se manifesta no estabelecimento de metas para a produção dos magistrados, no obscuro cenário de atuação dos assessores, e etc..., tal qual estendido aos cidadãos, jurisdicionados, representados por seus advogados, muitas vezes impedidos de audiência com magistrados, quando recebidos ouvidos atropeladamente, se realmente escutados, etc.

⁵⁹ *epistémē* [ἐπιστήμη], inteligência, conhecimento, noção, saber, ciência, destreza, perícia (URBINA, 2005).

⁶⁰ Diga-se, membro da aristocracia decadente pela atuação das forças democráticas, hegemônicas na Atenas de antanho.

⁶¹ Há muitos, quiçá, a desautorizarem esta aparente tendência humaníssima, mas ...

⁶² E pensar que genealogicamente isto tem parâmetro nos bilhetes dos escreventes grampeados à capa dos autos.

decisões, ainda que meros esboços⁶³ destas, em razão do que seus nomes somente serem conhecidos pelos respectivos e oficiais subscritores⁶⁴; e

c) mais grave, este *dispositivo gestor*, concebido para suprir a humaníssima incapacidade de, *per se*, o magistrado atender às *metas de produtividade* estabelecidas pela Alta Administração ou esperadas pelo público ignaro, conforme recalque da mídia, limitação obviamente reflexo da deficiência de magistrados por habitantes, em tese, cria situação de burla à Constituição da República.

O motivo é muito simples: nas condições desenhadas na letra *a*, supra, rigorosa e substancialmente, é de vislumbrar o cenário de quem efetivamente prestaria jurisdição seria o assessor, uma vez que examina, experimenta, a questão submetida nos autos, vindo a sabê-la, e elabora decisão ou seu esboço completo, a ser subscrito pelo magistrado, após, simples e superficial olhar, provavelmente, nos limites dos termos extrínsecos do ato a si apresentado, não sendo absurdo dizer fiando-se no saber do outro.

É de supor, talvez, haver escapado à açodada adoção de tal dispositivo o fato de se tratar de legitimidade personalíssima aos investidos de jurisdição, acarretando nulidade ao ato praticado, por despidos de competência.

Diferentemente da administração, dotada de assessorias, justo e legalmente previstas para elaborar os esboços ou pareceres prévios, para os quais têm, portanto, competência (legal), e que assinam e têm seu trabalho aprovado, no âmbito da atividade jurisdicional, neste tocante, entretanto, nem o Direito Constitucional, nem o Direito Processual prevêm tais assessorias, tais intermediações, intervenções.

Há solução adotada noutros países, com diferente sistemática, menos centralizadora. Neles há um juiz processante, que preside o processo, até o momento da decisão final, a ser proferida por outro magistrado, assim, cada qual com competência funcional própria. Isto, porém, não

⁶³ A menos que seja completamente descartado o esboço, no mínimo, há concurso de autoria do trabalho intelectual, afinal não há ressalva legal, sendo a autoria fato, tão-somente, fato.

⁶⁴ No âmbito do privado, comprovado o escamoteamento da autoria de trabalho intelectual ou artístico, nenhum magistrado deixaria de aplicar as devidas e severas sanções legais a tal fato.

resolveria o problema da concentração do poder, e da minimização de custos – magistrados não de ser *mui bem* remunerados enquanto tais, auxiliares, entretanto...

E há quem festeje tal quadro: metas alcançadas; produtividade aprovada; com menos faz-se mais; o sistema mostra eficiência e se faz rentável, cada vez mais!

Com a devida vênia, isto resulta de muitos, humanissimamente, é compreensível, se deixarem levar pelo confortável *encantamento do automatismo* por sistemas quaisquer. Encantamento, sim, porque no curso da reprodução dos processos pré-ordenados, não experimentamos angústia, inerente a dúvida precedente a decisão, donde vividos momentos anódinos, nos quais mal apercebem passar.

Para desvelar a redução funcionalizante/operacionalizante, vale apontar e analisar, brevemente, a feliz definição, como lhe soe acontecer, de **Vilém Flusser**: “...*automação*” *significa: processo de acidentes programados do qual a intenção humana foi eliminada, para se refugiar no programa produtor dos acidentes*” (FLUSSER, 2008, p. 27).

Da análise desta definição resultam três premissas fundamentais:

(a) *acidentes programados* são ocorrências previstas em sistemas equacionadores, por exemplo, regras lógicas⁶⁵, fluxogramas procedimentais, do tipo: se isto, então aquilo, se ist’outro, então aquil’outro;

(b) *eliminação da intenção humana*, seja dizer que o indivíduo, inserido no processo de acidentes programados, não intervém com deliberação, sequer com responsabilidade próprias, posto que apanhado, subsumido, integrado, apropriado, enfim, dominado como mera peça do *dispositivo*, e, apenas, segue o fluxo do programa, conforme determinado por este, e, reproduzindo-o como operador e/ou funcionário, operam ou funcionam como máquinas⁶⁶; e

⁶⁵ Princípios da Lógica tradicional: 1º identidade; 2º não-contradição; e 3º do terceiro excluído, que determina uma proposição ser ou verdadeira, ou falsa, não havendo terceira possibilidade ou meio termo; eles pré-determinam procedimentos.

⁶⁶ Conforme parábola, cujo cerne sapiencial é exemplarmente delineado por um camponês (por ser um camponês rejeitando o ensino de um sábio, é como se Chuang Tzu dissesse: para homens comuns, normais, realistas, sensíveis, a verdade não se oculta, não se maquilha, não se disfarça, não se abstrai), que após uma aula de automação a si dada por um sábio que respondeu a este, assim: “Ói decir a mi maestro que quienes se sirven de aparatos mecánicos, han de ocuparse en tareas mecánicas, y necesariamente su espíritu se

(c) *refúgio* há em pôr o ser humano a *salvo* (de quê?!) da angústia existencial⁶⁷, entorpecendo-o (mas como se trata da mente, estupidizando-o!).

Falar automação é falar **desumanização no modo** e **desumanização na ação**.

Se o agente simplesmente age conforme o *programa*, age dessensibilizado, logo desumanizado, e é irresponsável, mesmo; talvez o fosse o programador, não agisse sob outro estatuto, de agente político, tal qual obscenamente se dá; por outra, desumanização por agir em condição, como aqui delineado, reducionista do humano mesmo.

Há, inda, um fato gritante: a par da subversão de valores da cleptocrata⁶⁸ concentração da riqueza, na perspectiva do Poder Judiciário e sua eficiência, há a que privilegia o Estado em sentido amplo, responsável, sim, de longe, muito longe, pelo congestionamento da máquina judiciária, com acúmulo de recursos, meramente protelatórios – quem milita sabe!

No mais das vezes, sob pena de negar o palpável, o **Estado** é desafeto ao princípio da legalidade, livre e impunemente empreendido por seus agentes administrativos, inclusive e especialmente, postulatórios, mediante **procrastinação** interminável, estes, sim, fazendo uso incondicional de recursos processuais, desnaturando-os, entulhando o Poder Judiciário com a maioria esmagadora dos recursos que lhe atrapalham o funcionamento. E, tudo, tão-só, para diferir o cumprimento da lei, mesmo depois de transitada em julgado a decisão concretizadora do direito material ao caso,

mecaniza. Quien tiene el espíritu mecanizado no posee más la pureza de la inocencia y perde por ello la paz del alma. No es que yo ignore las ventajas de este aparato, sino que sentiría la vergüenza de utilizarlo.” (CHUANG, 2005, p.117)

Importa ressaltar, trata-se de sábio discípulo de Confúcio, por sua vez, prócere da ala autoritária, legalista, pró-palaciana, pró-estado do taoísmo (JULLIEN, 1998, p. 42). Irresistível associar, a partir desta linha de raciocínio, a coisificação, a mecanização do humano, com a indicação dos movimentos realizadores da farra dos neurolépticos, na fórmula reichiana: “... a estrutura de caráter é o ‘processo sociológico congelado de uma dada época’. As ideologias de uma sociedade podem tornar-se uma força material com a única condição de que mudem realmente as estruturas de caráter do povo” (REICH, p. 18).

⁶⁷ Angústia é a emoção diante da dúvida, da incerteza, da insegurança, da ameaça. O existencialismo sartriano bem sintetiza: angústia – amparo – apaziguamento vs. angústia – desamparo – *desesperança* (SARTE & FERREIRA).

⁶⁸ A ideia de cleptocracia à brasileira advém de analogia com o estudo empreendido por Sapelli, em obra deste mesmo título, onde analisa as influências da máfia na Itália (SAPELLI, 1998) – é quase impossível, *mutatis mutandis*, não nos ver naquele estudo, face à simples leitura dos periódicos que, habitualmente, insultam a inteligência meridiana.

configurando *mora* da Administração, quando *ex officio* e imediatamente, pela força desse mesmo princípio da legalidade, deveria promover o pagamento do débito, ainda que por precatório⁶⁹.

A procrastinação é impune, e sem que se veja nisso descumprimento de dever de ofício por motivo inconfessável, estejam disso conscientes ou não. E isto, pelos simples efeitos fáticos de si, serve a uma estratégia global, da **perversa lógica da espoliação**: (a) o Estado arrecada implacavelmente impostos, (b) mas, *v.g.*, (b.1) pagando juros básicos extorsivos, em obediência tecnocrática, sacerdotal, ao *mito dos juros farmacêuticos*⁷⁰, ou (b.2) não cumprindo seus deveres com os cidadãos comuns, (c) sobram, então, mais recursos para fausto da pluto-cleptocracia instalada nas posições estratégicas da estrutura de poder sociedade-Estado, (d) implicando, ainda, na desclassificação da cidadania, com o avassalamento do cidadão (CAPELLA, 1998⁷¹), condenando-o coletivamente a *homo sacer* (AGAMBEN, 2002)⁷².

Isto, com efeito, insere-se e harmoniza-se no e com o suposto **projeto de duas Justiças** para uma sociedade biclassista que se forma na deterioração neoliberal, sobremaneira concentradora da riqueza: uma para os locais, a grande maioria, esta Justiça formal, massificada, de ouvidos moucos, enfim, desumanizada, que se desenha, aqui, há coisa de vinte anos; outra para os privilegiados, para a plutocracia desterritorializada, em juízos arbitrais, quando não em foro de eleição no estrangeiro (MACCALÓZ, 2002).

Em que pese atinente ao interesse de todos, cumpre dizer, especialmente, aos senhores(as) profissionais do dirieto, como agentes atuantes no último umbral da esperança social, como perscrutadores da Justiça, está em suas mãos promover os desforços imperiosos à realização, segundo amplo espectro cultural, da **princiologia constitucional**, inclusive, observada sua hierarquia interna (DANTAS, 1995), a se resumir na realização de uma República⁷³, organizada em Estado de Direito⁷⁴, de

⁶⁹ A previsão de procedimento executório não infirma o princípio ora sustentado, serve tão-só de solução legal à arbitrária omissão no cumprimento do dever de ofício de efetivar decisão concretizadora da lei.

⁷⁰ De *fármakon* [φάρμακον], remédio e veneno, dependendo da dose.

⁷¹ O jurista espanhol, **Capella**, em 1990, enxergou, ainda, principiando o favorecimento progressivo dos interesses das corporações, em detrimento dos direitos individuais.

⁷² *homo sacer* é figura do Direito Romano antigo, designando o **assassinável, mas não sacrificável** (AGAMBEN, 2002, p. 16).

⁷³ “res publica, res populi” (CÍCERO, 1956, I, 25, p. 34)

⁷⁴ É de sopesar que Estado de Direito se refere ao **império da lei**. Isto, porém, não significa nem permissividade à edição de qualquer lei, nem a leitura meramente literal da lei (SPINOZA, III, 8, p. 79) – frise-se, império não hegemonia, a lei não deve servir a sufocar a vida impondo-se em toda a extensão dessa.

viés democrático, Estado fundado na dignificação da pessoa humana, com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com isonomia, vedação de qualquer discriminação, etc...

Acentue-se, por profilática cautela: dignificar é muito mais que impedir a morte por inanição, expressão esta de mera e piedosa soberba, não podendo ser disso que o princípio fale, para isso falaria em dever de piedade e não direito a dignidade. Qualquer parâmetro de interpretação não poderá fugir ao sentido geral e próprio de **dignidade**, seja: **elevação**, nobreza, não a estereotipada na afetação de gestos, na ostentação de vestes e opulência das práticas, na frivolidade das opiniões, no descaso para com o próximo, tão marcados no *Ancien Régime*, contudo ainda visíveis em muitos, ainda que dissimuladamente em gesto de *pietatis*.

É preciso, entretanto, desta sorte, desaconchegar-se, experimentar a angústia inerente à assunção de uma intencionalidade, de modo a desaprisionar-se dos sistemas ora reproduzidos automaticamente, atrelando, aqui, destacadamente, os juristas, mais os magistrados, à condição menor de meros funcionários, operadores, expectadores, quase, compassivos com este monstro totalitário que nos enreda e que suscita a conclusão da parábola do festejado taoísta, **Chuang Tsu: “organizar é destruir”**⁷⁵.

A leitura inteligente comporta e exige, mesmo, a aplicação dos diversos e sucessivos métodos de interpretação, até culminar com encontrar seu fim social, fim este definido, minimum, nos princípios constitucionais, fora dos quais nenhuma interpretação será juridicamente válida, sequer, dotada de sentido, caso deles se afaste ou com eles esteja em contradição, observando-se, de certo, assim o princípio inalienável da hierarquia das leis, inclusive hierarquia intra-constitucional (DANTAS, 1995), podendo-se alcançar mesmo interpretação derogatória ou restritiva (GUSMÃO, 1976), como adequada e indispensável limitação ao poder do Estado (SPINOZA, VII, 1, p. 124).

Fora disso, é de divisar **Estado de Exceção** (AGAMBEN, 2004), golpe fascista, pelo qual a Constituição não é substituída, ou revogada, simplesmente, fica suspensa, reduzindo todos, de uma forma ou de outra, a *homo sacer*.

Aliás, basta considerar a influência, no processo eleitoral e depois dele, da propaganda maciçamente sufocante, do poder econômico desigualíssimo, da influência sobre a máquina administrativa, e a sanha estrategista da incontinência *kratomaniaca* e *kratófila* hodiernas, a serviço da pluto-cleptocracia vigente, para constatar o assalto do Estado por minorias manipuladoras, quadro este incompatível com a principiologia constitucional, que deveria servir de freio a tais excessos, mas...

⁷⁵ “O Rei do Mar do Sul era age-conforme-teu-palpite, / O Rei do Mar do Norte era age-num-relâmpago. / O Rei do lugar entre um e outro era / A Não-Forma. / [...] / Pensavam num bom plano, / Numa agradável surpresa para Não-Forma / Como penhor de gratidão. / [...] / Os homens, disseram, “têm sete aberturas / Para ver, ouvir, comer, respirar, / E assim por diante. Mas o Não-Forma / Não tem aberturas. Vamos fazer nele / Algumas aberturas”. / Depois disso / Fizeram aberturas em Não-Forma, / Uma por dia, em sete dias. Quando terminaram a sétima abertura, Seu amigo estava morto. / Disse Lao Tan: ‘Organizar é destruir’” (CHUANG, et al., 2002, p. 103).

A lógica identitária, linear e sequencial do silogismo é imprestável à compreensão da sabedoria desta parábola, cujos destaques, inexistentes no original, salientam facetas do gestorismo em seu imediatismo produtivista/rentabilista, cegado por todo seu racionalismo, que, diga-se, tem fundamento último em pístis [πίστις], isto é,

Não permitamos que o pato passe a ganso, com mira na gança⁷⁶, assim, também, que o meio (razão, administração) passe a fim, matando a vida a que deveria servir.

É mister, sim, celebrar o milagre da vida e sermos *homo sapiens sapiens*⁷⁷, e não *homo aeconomicus*; não sem irreparável redução, aleijão, deformação, amputação, daquele que é real, a este que é virtual, assim, redução a uma vida-morta, a uma vida-nua.

A crise da Justiça, portanto, refoge à diminuição dos recursos, tal como a novos códigos, Contenhamos a **síndrome de Demiurgo**, neste caso, na forma de legislador prolífero. Temos leis demais, em sinal, inclusive, de decadência cultural. Tal qual, prescindimos de qualquer intervenção gestonária.

Nossa Justiça somente resplandecerá com a multiplicação do número de juizes em conformidade com uma relação juiz/habitantes compatíveis com as necessidades da sociedade (número de demandas) e em padrões civilizatórios superiores, de modo que possam ao menos ler por si próprios os autos dos processos.

Com eles, também e claro, multiplicar o número dos serventuários – sim, porque com tudo isto, impõe-se deixar de lado a guinada gestonária, esvaziando a figura de funcionário, e restaurando a do serventuário, bem como sopesar com muita cautela a informação extensa e generalizadora.

Mais, pondo um ponto final nesta proto-insanidade social da febre gestonária, assim, minimizar o automatismo mecanicista a um mínimo, desviar o foco da redução funcionalizante, operacionalizante, com isto, des-reificar, restituindo humanidade aos agentes dos processos.

Ah! Sim, a Justiça é demasiado indulgente com os agentes públicos. Precisa por limites ao abuso praticado pelo Estado em sentido amplo, incluindo aqueles que agem sob concessão sua. Estes estamentos são, sim, os responsáveis pelo entulhamento da *máquina* judiciária, o que é absurdo, inadmissível e, muitas vezes, criminoso.

fê, certeza no incerto, vontade divina, a ignorantiae asyllum (SPINOZA, 2007, p. 71). Aqui, morre a Justiça!

⁷⁶ Lembre-se, gança com ç significa ganho, vantagem.

⁷⁷ *Homo sapiens sapiens*, o homem que saboreia o saborear, que sabe saber, portanto, que se eleva acima da simples vivência crua, do apetite, o que tem consciência crítica de sua experiência, vivência fora do que está aquém de si, está diminuído, despontencializado ou menos potencializado a agir, afetar e ser afetado, numa palavra, não-dignificado.

É mister aplicar emenda exemplar aos agentes públicos, que atuem em desconformidade com a lei⁷⁸, desde a simples omissão em promover o cumprimento *ex officio* de julgado, passando pelo uso abusivo dos recursos, entre outras medidas a satisfazer, ainda que coercitivamente, o princípio da moralidade administrativa, sob pena de insulto à inteligência. Responsabilidade ético-disciplinar (por encaminhamento ao órgão competente), cível (por cominações pecuniárias a serem pagas inicialmente pelo Estado e congêneres agentes, que, após, se ressarcirão dos agentes do dano) e criminal (conforme o caso, face a indícios para suspeitar, em tese, *minimum*, de prevaricação).

E, acima de tudo, promover um reposicionamento de mentalidades, retomando olhar para o mundo real, a vida-viva, desaninhando-se do abstracionismo, tirando o foco do logicismo formalismo matematizante, enxergando o real e não meros indicadores, frutos de um recorte arbitrário, incompatível com o sentido de verdade, pressuposto primeiro de Justiça – fora da verdade somente há tirania, despotismo, pois lei alguma tem o condão de modificar a verdade.

Se não somos máquinas, agindo segundo os moldes delas, trabalhamos mal.

Se somos seres humanos, agindo como coisas, estamos deformados.

Se somos seres livres, agindo como escravos, restamos humilhação.

Um sistema, assim pautado, não funcionará, jamais, no sentido de atender às finalidades próprias, senão aos controles meramente estatísticos, senão para o espetáculo ficcional das performances, ao qual a Justiça está a aderir.

É preciso reverter isto tudo, e depende apenas dos homens e mulheres, no âmbito das competências próprias – fora disso, restará a barbárie, aliás, já, à nossa porta, quando não dentro de nossas casas.

Tudo isto, por que é preciso crer na ordem republicana, no império da

⁷⁸ Interpretação apropriada, não subvertida da Constituição Federal, notará que as salvaguardas processuais contidas neste diploma legal, destacadamente, em seu artigo 5º, destinam-se a proteger o cidadão contra os abusos do Estado, não se concebendo razoável o contrário, salvo a hipótese absurda de vivermos num sistema fascista pós-neo-colonial, e tais como muitos outros princípios sejam para inglês ver, e desonerar-se da culpa pela espoliação – verdade que tal fascismo não é privilégio nosso, campeia pelo mundo, mas como advertido no início, não se fale em *zeitgeist*, impõe-se afirmação da vontade, pois cada instante é retorno do tempo de transvalorar todos os valores.

lei, no primado da liberdade, e no fundamento amoroso da vida-viva (MO, 2002), ainda que do lema de nossa bandeira tenham suprimido parte da expressão de Auguste Comte (amor como princípio, ordem por base, e progresso por fim), de quem foi tomado; quiçá, e seria muito leal, assim fora, para advertir-nos do perfil feitorial a imperar nestas terras, razão de nos referirmos a nós mesmos por nome de profissional, trabalhador braçal, lugar de guarda de coisa ou esta mesma, conforme os sentidos próprios do sufixo – *eiro*⁷⁹, indicando que o correto seria brasileiros, ou brasilenos, ou brasilianos, como a língua portuguesa acolhe os nacionais e naturais de todas as procedências (CUNHA, 1976).

Ou, efetivamente, não passamos de *homo sacer*, numa feitoria pós-neo-colonial, a serviço da incontinência da cobiça pluto-cleptocrata, sob a égide feroz da traição das elites?

ANEXO⁸⁰

No tocante à relação juiz por habitantes, ao gosto contemporâneo, os números falam, conquanto não signifiquem mais que o olhar em qualquer cartório significará (mais vale um olhar, que mil palavras ou mil planilhas), por exemplo, da Capital do Rio de Janeiro, de qualquer esfera judicial para evidenciar-se a inoperância do sistema, senão, com todo respeito, apenas *pro-forma*, salvo, é claro, que o objetivo seja justamente o retardo e a deformação na entrega da prestação jurisdicional.

Pondere-se em torno de alguns números, havidos em rápida pesquisa na internet.

Pensando, por exemplo, na Justiça Federal, a comparação com a magistratura estadunidense, tem-se, segundo **Robson Zanetti**⁸¹:

⁷⁹ *-eiro* tem os sentidos de ocupação, ofício, de lugar de guarda, vegetal, dar ideia de intensidade, de objeto de uso, noção coletiva, isto é, carneiro (jazigo), barreiro, formigueiro (CUNHA, 1976), esta, aliás, provavelmente, explicita o sentido intencionado pelas elites na eleição do termo *brasileiro*, pois é como um amontoado de gente disforme, sem individualidade, indigno de cidadania, devidamente usada como objeto, e que tem ocupação, ofício, pois feita para produzir, sendo, assim como um todo, tratada por ela, elite, tocando-a, para lá, ou para cá, ao bel-prazer de seus interesses de ocasião.

⁸⁰ Os números aqui discutidos, à exceção dos do Conselho Nacional de Justiça, não puderam ser conferidos com fontes oficiais, mas há de ser presumida a boa fé, a honestidade intelectual, até segunda ordem.

⁸¹ “A contratação de um juiz por um brasileiro e por um americano”, em 15.2.11 http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_33663/artigo_sobre_a_contratacao_de_um_juiz_por_um_brasileiro_e_por_um_americano

	renda <i>per capita</i>	juiz federal remuneração (2006)	relação juiz/habitante 1999
BR	US\$4.790	US\$ 253,7 mil/ano	1/302.558,4
USA	US\$ 22.130	US\$ 146,9 mil/ano	1/43.277

Precisaríamos de 6 vezes mais juízes federais para equipararmos-nos àquele país, e, observada proporcionalidade à renda *per capita*, nossos magistrados deveriam receber apenas 22% da remuneração anual do magistrado norte-americanos, isto é, pouco mais de US\$30.000/ano; diferença aliás, que propiciaria recursos para cobrir a deficiência de magistrados, e sobriaria recursos. Este é o rebate da *numerologia* que os cultores das estatísticas propiciam sopesar.

Por outra, segundo o relatório “Justiça em Números: Panorama do Judiciário Brasileiro”, editado pelo CNJ, de setembro de 2010, os números, envolvendo todas as esferas estaduais, federal e trabalhista, são expressivos:

Total de magistrados: 16.108

Média de processos por magistrado: 4.665

(fora execuções fiscais)

E, considerada a população do último censo, 190.732.694 habitantes, alcança-se 8,4 magistrados por 100.000 habitante.

Esta manifesta fragilidade exponencia-se uma vez comparada com padrões europeus, cuja “média é de 1 (um) juiz para cada 7.000 pessoas. Na Alemanha, há 1 (um) juiz para cada grupo de 3.000 habitantes⁸²”.

Noutra abordagem, de “acordo com o conselheiro Paulo Tamburini [CNJ], embora os dados do Justiça em Números revelem que o número de juízes é baixo no Brasil, em comparação com países como Espanha, França, Portugal e Itália — que possuem entre 10 e 17 magistrados por cada cem mil habitantes —, por outro lado mostram que está na média

⁸² OLIVEIRA, André Macedo. Democratizando o acesso à justiça: juizados especiais federais, novos desafios. in: Revista CEJ, Brasília, n.14, mai./ago. 2001. págs. 85-90, apud Manfred Pauls, in Crise do Poder Judiciário: Juizados Especiais, análise pós-implantação”, em 15.2.11 no endereço <http://revistas.facecla.com.br/index.php/recij>.

internacional – que é de oito juízes para cada cem mil habitantes”⁸³.

Anote-se, somente ficamos na média mundial, não de primeiro mundo, frise-se, assim chamando à colação todo o terceiro mundo, incluindo os miseráveis e os (sem) Justiça.

Soma essa dura realidade o grau de demanda decorrente de um perfil econômico-social muito sacrificado, gerando múltiplos conflitos em razão desse desequilíbrio: quase a maior concentração de riqueza do mundo, maiores taxas de juros escorchantes (básicos ou do varejo), e por maior tempo pagas na história da humanidade, em tempos de paz, larguíssima exclusão social, competitivismo darwinista cretinizante exacerbado por nossa condição periférica, piores níveis educacionais, ademais do ôba-ôba dos gentes financeiros, concessionários públicos, do próprio Estado em sentido lato, ao beneplácito de seus agentes e os grupos a que servem.

Aliás, vão, *v.g.*, as concessionárias fazer, nos países sérios, o que fazem por estas paragens, o que o Poder Judiciário não lhes imprimirá de reprimenda pela desfaçatez? Ou se abusos corporativos ou por potentados de diversas ordens conheceriam o beneplácito de serem condenados a pagar pífio preço por ofensa, seja qual for ela, a qualquer direito da personalidade, cuja garantia é meio de realização da dignificação da pessoa humana e da formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como compreender a partir de números?! Como chegar ao real humano através deles?

Ultreya et suseya!

Carpe Diem

Namastê!

Rio de Janeiro, 28.01.11

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADORNO, Theodoro W. 1985. *Minima Moralia*. 1.ed. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 1985.

AGAMBEN, Giorgio. 2004. *Estado de Exceção: homo sacer*, II, I. 1.ed. São Paulo : Boitempo, 2004.

⁸³ in, “Brasil tem oito juízes para cada cem mil habitantes”, Consultor Jurídico, em 15.2.11 <http://www.conjur.com.br/2011-fev-12/media-brasil-oito-juizes-cada-cem-mil-habitantes>.

Considerações críticas sobre a crise da Justiça: assunto de cidadania, assunto de todos

- . 2002. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua, I. 1.ed. Belo Horizonte : UFMG, 2002.
- . 2008. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). 1.ed. São Paulo : Boitempo, 2008.
- BARTHES, Roland. 1983. O prazer do texto. 1.ed. Lisboa : Edições 70, 1983.
- BASARAB, Nicolescu. 1999. O Manifesto da transdisciplinariedade. 1.ed. São Paulo : TRIIM, 1999.
- BOBBIO, Norberto. 1999. Dicionário de política. 12ªed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BODEI, Remo. 2003. As Lógicas do Delírio. 1.ed. Bauru, São Paulo : EDUSP, 2003.
- BRANDÃO, Junito de Souza. 2008. Dicionário Mítico-Etimológico da Mitologia Grega. 1.ed. Petrópolis : Vozes, 2008. Vol. I.
- CÂMARA, Matoso _ Jr. Dicionário de filologia e gramática referente à língua portuguesa. 4.ed. Rio de Janeiro : Jozon Editor.
- CÂNDIDO, Mendes (org.). 1993. Representação e Complexidade. 1.ed. São Paulo : ENESP, 1993.
- CAPELLA, Juan Ramón. 1998. Os cidadãos servos. 1.ed. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- CHUANG, Tzu e MERTON, Thomas. 2002. A Via de Chuang Tzu. 10ª ed. Petrópolis : Editora Vozes, 2002.
- CHUANG, Tzu. 2005. Obra Completa. 1.ed. Palma de Mallorca : Edicions Cort, 2005.
- CÍCERO, Marco Túlio. 1956. Da República. 4.ed. São Paulo : Atena Editora, 1956.
- CORBISIER, Roland. 1984. Introdução à Filosofia, Tomo II, Parte I. 1.ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1984.
- CUNHA, Celso Ferreira da. 1976. Gramática da Língua Portuguesa. 3.ed. Rio de Janeiro : FENAME, 1976.
- DANTAS, Ivo. 1995. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional. 1.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995.
- DEBORD, Guy. 2004. A sociedade do espetáculo. 1.ed. Rio de Janeiro : Contraponto, 2004.
- DETIENNE, Marcel. 2008. Os Gregos e nós: uma antropologia comparada da Grécia Antiga. 1.ed. São Paulo : Edições Loyola, 2008.
- EMERSON, Ralph Waldo. 1994. História. 1.ed. Rio de Janeiro : Imago, 1994. in Ensaios (1ª série).
- FAYE, Jean-Pierre. 2009. Introdução às linguagens totalitárias: teoria e transformação do relato. 1.ed. São Paulo : Perspectiva, 2009.

- FLUSSER, Vilém. 2002. *Da Religiosidade: a literatura e o senso de realidade*. 1.ed. São Paulo : Escrituras Editora, 2002.
- . 2009. *Filosofia da caixa preta: ensaios para uma futura filosofia da fotografia*. 1.ed. Rio de Janeiro : Sinergia Relume Dumará, 2009.
- . 2008. *O universo das imagens técnicas: elogio da superficialidade*. 1.ed. São Paulo : Annablume, 2008.
- FOUCAULT, Michel. 2002a. *A ordem do discurso*. 8.ed. São Paulo : Edições Loyola, 2002.
- . 1977. *Anti-Édipo: uma introdução à vida não-fascista. espaço michel foucault*. [Online] 1977. [Citado em: 15 de 02 de 2011.] www.filoesco.unb.br/foucault.
- . 2002b. *Discurso y verdad en la antigua Grecia*. 1.ed. Barcelona : Ediciones Paidós, 2002.
- . 2004. *Que es la crítica? [Crítica y Aufklärung]*. 1.ed. Madrid : Tcenos, 2004.
- FUKUYAMA, Francis. 1992. *O fim da história e o último homem*. 1.ed. Rio de Janeiro : Rocco, 1992.
- GAULEJAC, Vincent de. 2007. *Gestão ocomo doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social*. 1.ed. São Paulo : Idéias & Letras, 2007.
- Guerra, ESG - Escola Superior de. 2004. *Pensamento estratégico*. 2004.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. 1976. *Introdução à Ciência do Direito*. 7.ed. Rio de Jsneiro; São Paulo : Forense, 1976.
- HALL, Stuart. 2003. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. 8.ed. Rio de Janeiro : DP&A, 2003.
- HEIDEGGER, Martin e LEÃO, Emmanuel Carneiro. 1978. *Introdução à Metafísica*. 1.ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1978.
- HERÁCLITO e LEÃO, Emmanuel Carneiro. 1999. *Heráclito – Fragmentos: origem do pensamento*. [trad.] Emmanuel Carneiro Leão. 1ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1999.
- HORKHEIMER, Max e ADORNO, Theodoro W. 1985. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. 1.ed. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 1985.
- HORKHEIMER, Max. 2002. *Eclipse da Razão*. 1.ed. São Paulo : Centauro, 2002.
- HOUAISS, Antonio. 2001. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. 1.ed. 2001.
- JULLIEN, François. 1998. *Tratado da Eficácia*. 1.ed. São Paulo : Editora 34, 1998.
- KANT, Immanuel. 2004. *Resposta à pergunta: que é o Iluminismo?, in A paz perpétua e outros opúsculos*. 1.ed. Lisboa : Edições 70, 2004.
- LASCH, Christopher. 1995. *Rebelião das elites e traição da democracia*. 1.ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 1995.

Considerações críticas sobre a crise da Justiça: assunto de cidadania, assunto de todos

- LYOTARD, Jean-François. 2002. A condição pós-moderna. 7.ed. Rio de Janeiro : Editora José Olympio, 2002.
- . 2000. Peregrinações: lei, forma acontecimento. 1.ed. São Paulo : Estação Liberdade, 2000.
- MACCALÓZ, Salete. 2002. O Poder Judiciário, os Meios de Comunicação e Opinião Pública. 1.ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2002.
- MAFFESOLI, Michel. 2001. A violência totalitária. 1.ed. Porto Alegre : Sulina, 2001.
- . 2001. Elogio da Razão Sensível. 2.ed. Petrópolis : Ed. Vozes, 2001.
- MARCUSE, Herbert. 1967. A ideologia da sociedade industrial. 1.ed. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1967.
- MENDEVILLE, Bernard. 2001. La fabula de las abejas: o los vicios privados hacen la prosperidad publica. 1.ed. México : Fondo de Cultura Económica, 2001.
- MO, Ti. 2002. Política del amor universal. 1.ed. Madrid : Tecnos, 2002.
- MORA, J. Ferrater. 2000. Dicionário de Filosofia. 1.ed. São Paulo : Edições Loyola, 2000. Vol. I.
- MORIN, Edgar. 2006. Introdução ao Pensamento Complexo. 1.ed. Porto Alegre : Editora Sulina, 2006.
- MUSIL, Robert. 1989. O homem sem qualidades. 1.ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1989.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. 1954. Assim Falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém. [trad.] Mário Ferreira dos Santos. 1.ed. São Paulo : Logos, 1954.
- . 1973. Crepúsculo dos ídolos. 1.ed. Lisboa : Editorial Presneça, 1973.
- . 2009. Ecce homo: de como se torna o que a gente é. 1.ed. Porto Alegre : L&PM, 2009.
- . 2000. Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres. 1.ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.
- . 2008. Segunda Consideración Intempestiva: sobre la utilidad y los inconvenientes de la Historia para la vida. 1.ed. Buenos Aires : Libros del Zorzal, 2008.
- ONFRAY, Michel. 2007. Cinismos: retrato de los filósofos llamados perros. 1.ed. Buenos Aires : Paidós, 2007.
- ORTEGA Y GASSET, Pedro. 1997. La Rebelión de las Masas. 13ª ed. Madrid : Aliança Editorial, 1997.
- OZ, Amós. 2004. Contra o fanatismo. 1.ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 2004.
- PARMÊNIDES. 1999. A cerca da nascividade (Peri physeos), Os pensadores originários. [trad.] Sérgio Wrublewski. 3.ed. Petrópolis, Rio de Janeiro : Editora Vozes, 1999.
- PESSIS-PASTERNAK, Guita. 1993. Do caos à inteligência artificial: quando os cientistas se interrogam. 1.ed. São Paulo : UNESP, 1993.

- REICH, Wilhelm. *Análise do Caráter*. 1.ed. Viseu : Martins Fontes Editora.
- . 1982. *Escuta, Zé Ninguém!* 10ª ed. Lisboa : Livraria Martins Fontes, 1982.
- . 2003. *O éter, deus e o diabo*. 1.ed. São Paulo : Martins Fontes, 2003.
- RIBEIRO, Darcy. 1978. *O processo civilizatório*. 1.ed. São Paulo : Círculo do Livro, 1978.
- RILKE, Rainer Maria. 1976. *Cartas a um jovem poeta*. 8.ed. Porto Alegre : Editora Globo, 1976.
- SAIANI, Cláudio. 2004. *O valor do conhecimento tácito: a epistemologia de Michael Polanyi na escola*. 1.ed. São Paulo : Escrituras Editora, 2004.
- SAPELLI, Giulio. 1998. *Cleptocracia*. 1.ed. Buenos Aires : Editorial Losada, 1998.
- SARTRE, Jean-Paul e FERREIRA, Virgílio. *O Existencialismo é um Humanismo*. 4.ed. Lisboa : Editorial Presença.
- SCHÜLER, Donaldo. 2002. *Origens do Discurso Democrático*. 1.ed. Porto Alegre : LP&M, 2002.
- SLOTERDIJK, Peter. 2006. *Crítica de la Razón Cínica*. 4.ed. Madrid : Ediciones Siruela, 2006.
- SPINOZA, Benedictus. 2007. *Ética*. 1.ed. Belo Horizonte : Autêntica Editora, 2007.
- . *Tratado político*. 1.ed. Rio de Janeiro : Edições de Ouro.
- TODOROV, Tzvetan. 1999. *O homem desenraizado*. 1.ed. Rio de Janeiro : Record, 1999.
- URBINA, José M. P. S. de. 2005. *Diccionario Manual Grego: Grego Clássico-Español*. 18ªed. Barcelona : Vox, 2005.

A FUNÇÃO SOCIAL DAS FUNÇÕES SOCIAIS

Paulo Fernando de Mello Franco - Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes – Centro. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes – Centro. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado PGE – RJ. Advogado

Resumo: O objetivo do presente trabalho não é outro senão o de demonstrar que a vida, sem embargo ter sido graciosa e divinamente a nós concedida, em nada se confunde como se de mero proveito fosse, pois que, longe de ser contrato unilateral, tem, em seu escopo existencial, verdadeira função social cujo teor a todos vincula. Procuraremos demonstrar que ter uma função social implica, a um só tempo, em ser, também, uma função social. Funcionalizar é, pois, reconhecer o Direito como mecanismo instrumental de obtenção de um fim altruístico plural maior. Ser é, antes de qualquer outra coisa, um eterno vir a ser, fruto das mais inúmeras funções sociais das quais, ainda que implicitamente, somos obrigatoriamente partícipes.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Função Social; Direitos Fundamentais; Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO: PRIMEIRAS LINHAS

Precisamos viver o Direito, muito mais do que fazê-lo. Não há porque produzi-lo se alheios aos anseios da comunidade por ele regida. Mais do que buscar direitos, devem os juristas, cômicos de seus deveres, objetivar

zurzir as diferenças de nossa era. Serão atingidos os objetivos doutrinários do presente labor se, ainda que minimamente, nalguma medida puder contribuir para a formação de uma sociedade mais justa e fraterna. Seguem os nossos argumentos e redarguições.

2 FILTRAGEM CONSTITUCIONAL E ANTROPOCENTRISMO JURÍDICO: REDIRECIONAMENTO DO EIXO FILOSÓFICO DA CONSTITUIÇÃO

Longe de pretender estabelecer verdades absolutas e irrefutáveis, fato é que a tudo, e a todos, há, sempre, uma correspondente e verdadeira função social ínsita ao mero existir no mundo fenomênico¹. Assaz cômodo seria ver a vida, *como se contrato unilateral fosse*, que, nada obstante à sua titularidade e à incrível natureza graciosamente conferidas *pari passu* ao nascimento – ou à concepção, a depender da crença do interlocutor –, despicienda a contraprestação altruística, bastando ao indivíduo ensimesmar-se e gozá-la na vã e egoística humanidade introspectiva. Não poderia – e nem deveria – sê-la assim. E, hoje, felizmente, ao menos em termos jurídicos, assim não o é.

Sabiamente aquilatado, o festejado Texto cunhado em 88, com as merecidas pirotecnias democráticas, fez, do singular, plural e trasladou o patriarcalismo e o individualismo de outrora ao relento, aluindo-os sob a emersão dos princípios da solidariedade e da redundante – porém necessária – dignidade da pessoa humana. Até mesmo a propriedade, inspirada alhures, quem diria, passou a obrigar².

Diferentemente do que possa parecer, a despeito do inoldidável cariz eminentemente divino em natureza – eis que, dentre tantos outros feitos heróicos, instou por relativizar, sobremaneira, a abrangência do direito subjetivo por excelência³, o mais completo e absoluto entre todos

¹ As conclusões insertas no presente artigo têm sua base genética vinculada à Monografia de Conclusão de Curso, intitulada “A Funcionalização dos Direitos Subjetivos como Paradigma Concretizador da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”, apresentada, em 2010, à Universidade Candido Mendes – Centro, enquanto requisito essencial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

² Em clara manifestação jurídica de que o Direito não é um fim em si mesmo, mas sim meio a fins transcendentais, v.g., afirmou o art. 153 da Carta Alemã de 1919, de maneira simples – e, ao mesmo tempo, de ímpar complexidade à época –, que “Eigentum verpflichtet”, i.e., a propriedade obriga.

³ MATTIETTO, Leonardo. Função social e diversificação do direito de propriedade. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 155-168, jun. 2005.

os direitos⁴, qual seja, o direito máximo de propriedade –, o fenômeno da funcionalização não é epifânico, pois que provém de axioma com fundamento juridicamente palpável e racionalmente justificável, cujo canteiro de obras, cuidadosamente lapidado de longa data, restou arrematado no que hoje conhecemos como constitucionalização do Direito, tratando-se, pois, de um *vinho novo em velhos odres* que, visando a designar a descoberta de um direito constitucional aplicável às demais tarimbas jurídicas, bem ilustra a paulatina ascensão da normatividade dos princípios enquanto contrapartida homeopática⁵ aos reclames de uma releitura que, cada vez mais, se impõe.

3 LEGICENTRISMO E POSITIVISMO PRINCIPALISTA: PROLEGOMÊNICA DO FENÔMENO

Nos primeiros idos acadêmicos do Curso de Direito, somos precocemente apresentados à distinção dicotômica entre *Lex naturalis* jusnaturalista e Direito positivo. Quanto a este, particular e mutável, ouvimos sê-lo plantel normativo cuja eficácia restava condicionada à comunidade em que inserido, eis que, perquirindo objetividade jurídica, divorciava a justiça da Lei, como se representassem circunferências díspares e diametralmente intangíveis⁶, culminando na redução de todo o Direito ao positivo. Àquela, ao revés, pois que universal e imutável, expunha-se acerca da idéia valorativa de caráter geral, metafísica e anticientífica, na medida em que, independente do sujeito, as ações determinadas seriam boas de *per se*, nestes termos, éramos direcionados à superioridade juspositivista.

Tanto era assim que se obtemperava o papel meramente supletivo dos então denominados *princípios gerais de direito*, eis que meramente integradores e responsáveis, *tout court*, por colmatar lacunas que porventura surgissem no decorrer da tarefa interpretativa exegética, não

⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das coisas. v. I, 5 ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 24.

⁵ “A fortiori, será homeopática a solução porquanto, valendo-se da própria raiz etimológica da palavra, oriunda do grego *hómoios* e *páthos*, o princípio do *similia similibus curantur* nos ensina que o tratamento homeopático, consistente em fornecer doses extremamente pequenas dos agentes que produzem os mesmos sintomas em pessoas saudáveis, quando expostas a quantidades maiores, estimula o sistema de cura natural da pessoa e estabelece uma reação de restauração da saúde por suas próprias forças, de dentro para fora, tratando-os com seus próprios males”. FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Funcionalização dos Direitos Subjetivos como Paradigma Concretizador da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Monografia de Conclusão de Curso, UCAM – Centro, Rio de Janeiro, 2010.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Temas de direito constitucional, t. III, 2005.

detinham sequer autonomia existencial. A Lei, fervorosamente defendida pelos positivistas, seria, por natureza e definição, suficientemente perfeita ao regramento dos que a ela se submetessem, vez que, contendo todo o Direito, não comportaria lacunas, ostentando o ordenamento jurídico dela composto a pretensão de perfeição e completude⁷, de modo que, apenas as Leis oriundas dos parlamentos obrigavam e vinculavam.

Em tempos de pós-positivismo e *virada kantiana*, o cenário hodierno é outro. E, felizmente, a inópia jurídica fora superada.

O Direito é, acima de tudo, fruto haurido da própria raiz social, vez que dela provindo, alimentado e embebido pela seiva bruta cosmopolita, tem – ou deve ter – o condão de disseminar a seiva elaborada jurídica por toda a comunidade, nutrindo a paz social e objetivando o bem comum⁸. Para tanto, não pode o Direito, e muito menos o intérprete, encarcerado em uma inócua visão com antolhos da lei, redargüir aos reclames sociais com insensibilidade engessada pela frigidez legal.

Ante o agigantamento dos problemas sociais, cada vez mais graves e atuais, não há mais lugar para o juiz fantoche, servo autômato da lei, *la bouche de la loi*. Pelo contrário, o juiz transmutou-se para *La bouche du droit* – a boca do direito –, em resposta a própria sociedade contemporânea, eminentemente plural e complexa. Hoje, felizmente reiteramos, os ensinamentos são outros⁹ e, desafiando certas concepções mais ortodoxas acerca da trífida e metonímica Separação de Poderes¹⁰, sobretudo no que diz respeito aos investidos de jurisdição constitucional, tornaram-se guardiões dos direitos fundamentais e partícipes, nalguma medida, enquanto resposta eficaz e funcional à *insinceridade constitucional*, no

⁷ De tal modo, imbuída de tais preceitos, assim procedeu a produção legiferante no art. 4º da LINDB e no art. 8º da CLT, os quais positivam que, respectivamente, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e; “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

⁸ MELLO FRANCO, Paulo Fernando de. Op. Cit..

⁹ Enfatiza-se a reiteração contente porquanto, conta-nos a história, que o rigoroso legalismo anteriormente deflagrado acabou por legitimar – e justificar – paixões ideológicas destrutivas, sobre as quais delas não se pretende sequer cogitar.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade civil do advogado de Estado. In: Revista da PGE, vol. 63, 2009.

próprio processo de criação do Direito¹¹. Com efeito, vive-se, hoje, um momento de repensá-lo¹².

Decerto o positivismo ainda será ensinado pela docência. Entretanto, agora permeado por contrastes contemporâneos e devidamente adequado à lógica sistêmica hodierna dimanada pela Constituição, há falar-se em positivismo principialista, neopositivismo ou, a quem preferir, pós-positivismo.

Assim, e tão somente assim, em via oposta à exceção estadunidense¹³, pôde o Direito efetivamente evoluir, passando a abranger um sem número de hipóteses jurídicas de solução hipotética de conflitos, pautando a segurança jurídica pretendida não mais na certeza da Lei – porventura lacônica ou demasiadamente eufórica, elaborada, no mais das vezes, por agentes políticos destituídos de *capacidade institucional* para tanto, a despeito da legitimidade democrática, malversada ou não –, mas sim, na certeza do jurisprudente, aqui concebido não no sentido de legisconsulto, mas na própria acepção objetiva da palavra, relativa ao *standard* de justiça de RONALD DWORKIN e consentânea ao maior grau de abstração dos princípios e a natureza normogenética que se lhes é peculiar, tanto na elaboração quanto na ulterior tarefa interpretadora e de aplicação da filtragem – legal ou constitucional – que acaso venha a ocorrer.

Com a ascensão principiológica vigendo, mera questão de tempo até a plena aceitação da Constituição como verdadeira norma jurídica. Ontem os códigos, lembra PAULO BONAVIDES, hoje as Constituições.

4 BENFAZEJO FUNCIONALIZANTE: AMPLITUDE TELEOLÓGICA E SUAS FUNÇÕES SOCIAIS

A "solidariedade justifica o curto passeio da vida". Em poucas palavras, muito bem resumiu OSCAR NIEMEYER o sentido de bem-viver – ou pelo

¹¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: Os dois lados da moeda. In: RDE Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 2, p. 91.

¹² BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: Revista de Direito Administrativo nº 240, 2005, pp.01-42

¹³ Nos Estados Unidos, desde o início, prevaleceu a ideia de que a Constituição era norma jurídica, vinculante inclusive para o legislador, como se observa no Federalista nº 78, escrito por Hamilton, e, pouco depois, no julgamento do famoso caso Marbury v. Madison, em 1803, no qual pela primeira vez foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei federal.

menos um deles. Percebam, aqui, com as merecidas e necessárias homenagens, seu passeio – que de curto nada teve –, visitou um dos pontos turísticos principais da dignidade da pessoa humana¹⁴, pois que “*como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF)*”¹⁵. Guardemos esta informação, pois a ela retornaremos, conclusivamente¹⁶.

Reconhecida a *força normativa* da Constituição – a um só tempo, vinculante e irradiante – e aquilatadas as bases teóricas e metodológicas do fenômeno da constitucionalização das tarimbas jurídicas, propugnada pela ascensão primária eficaz dos princípios, remanesce a seguinte *vexata quaestio*: como materializar a submissão condicionada da autonomia da vontade – então substituída pela autonomia privada – a fins transcendentais e alheios à esfera meramente individualista, mormente em uma sociedade correlata a uma esfera de *per sí* patriarcalista¹⁷ e eminentemente patrimonialista¹⁸?

Puseram-se, pois, dois polos antagônicos em confronto: de um lado,

¹⁴ “O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

¹⁶ “De acordo com MIGUEL REALE (1998, p. 441), DUGUIT encontrava na solidariedade a explicação de todos os fenômenos de convivência. O ser humano não seria auto-suficiente, o que ensejaria uma interdependência inevitável. A atividade particular de cada ser humano deveria harmonizar-se com as atividades dos demais, resultando numa divisão geral do trabalho”. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato. Conceito e critérios de aplicação. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, pág. 199, a. 42 n. 168 out/dez. 2005.

¹⁷ Ao patriarcalismo se atribui a construção social de um Direito indutor de dois vieses, um de igualdade formalmente considerada, em que todos se curvam perante a lei e, outro, de efetiva desigualdade, ilustrado pela crença de superioridade do homem, pela simples natureza de o sê-lo, ante a mulher.

¹⁸ Como resposta a uma solidariedade social então crescente, simbolizada e consolidada por uma postura dirigista, têm-se como conclusão que, “na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos”, de modo que, repese-se, não se confundem. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Themis. In: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 14/06/2010.

a autonomia privada e o dogma do voluntarismo e; de outro, a eficácia dos direitos fundamentais, inclusive horizontal¹⁹ a restringir o âmbito de disposição dos indivíduos.

Parafraseando HENRI LACORDAIRE, “*entre o fraco e o forte, a liberdade oprime*” e, como *autopoiesis* homeopática, fez-se, do Direito, solução.

Funcionalizar é, e sempre foi, mesmo à época de uma incipiente isonomia formal, cujo deturpado valor de igualdade determinava a semelhança indistinta, homenagear não apenas os direitos fundamentais, mas – muito mais – a dignidade da pessoa humana²⁰, correspondendo seu manejo a realização de fins que transcendam a satisfação de conveniências transitórias e meramente egoísticas e individuais.

O Estado de Direito é, essencialmente, um estado de “paz” ou de “segurança coletiva” e, sendo esta um meio que visa àquela, tem-se, no Direito, finalidade que se torna elemento da própria definição funcional, cujo jaez de perene *vir a ser*, instrumental e útil à sua essência, não escapava nem mesmo aos mais fervorosos positivistas.

Já dizia IMMANUEL KANT, desenvolvendo sua antropocêntrica razão prática, que o homem, como finalidade em si mesmo e existencialmente infungível, tem como imperativo categórico não só o agir do indivíduo, com vistas à sua própria felicidade e satisfação, sendo relevante e indispensável, outrossim, à finalidade de outrem. Ainda que não necessariamente assim intitulada, restava reconhecida, ao menos em termos práticos, a função social da própria dignidade humana, cuja completude e concretude dependiam do atendimento de critérios mais amplos e que escapavam à mera esfera de autodeterminação individual.

Valendo-nos do pensamento de OSCAR NIEMEYER com que começamos o capítulo, personificamo-lo na afirmação de MIGUEL REALE para quem a função social é um dos institutos que com maior ênfase reflete a ideia de socialidade, consistente no preavalecimento dos valores coletivos sobre

¹⁹ MELLO FRANCO, Paulo Fernando de. Op. Cit..

²⁰ Ao utilizar a expressão genérica dignidade da pessoa humana a Constituição recorre exatamente ao consenso social para preenchê-la de significado; e ao concretizá-la por meio por meio de um conjunto de outras normas, mais específicas, o constituinte reflete, ainda que de modo pontual, o consenso vigente em seu tempo. BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 198.

os valores individuais, sem, no entanto, suprimir o axioma de que o ser humano é o valor-fonte da hierarquia dos valores²¹. Ei-la, pois, como justificativa jurídica de inerência ao próprio viver²², inclusive como objetivo fundamental da República –art. 3º, I, CRFB.

Por oportuno, a fim de corroborar a tese na qual o presente se sustêm, qual seja a de que as funções sociais têm, outrossim, uma verdadeira função social que se lhes é inerente, dignamo-nos a elencar funções sociais das quais usualmente não costuma tratar a doutrina, procurando-se, pois, estimular o interlocutor a perceber que tudo – e todos – possuem, como não poderia deixar de ser, uma existência implícita ou explicitamente funcionalizada.

Ultrapassada a apriorística formulação teórica acerca da amplitude axiológica do instituto, inicia-se o desbravamento desprezioso do ordenamento jurídico a fim de que sejam evidenciadas desde as mais conhecidas às não tão renomadas – porém ainda assim existentes – funcionalizações.

4.1 FUNÇÃO SOCIAL RESIDENCIAL

Comumente confundida com a difundida função social da propriedade²³, crível citar seus pontos de contato e de distanciamento com a função social da moradia, afirmando-a como autônoma perante aquela, máxime pela *(im)possibilidade* de exclusão dos condôminos ditos antissociais e de aplicação de multa em relação à estes.

Adiante-se que, sendo ou não passível de exclusão, a mera possibilidade de imposição de multa – indiscutível em sede doutrinária e jurisprudencial – já propugna um entendimento consentâneo a vinculação de uma verdadeira função social, a qual, acaso desrespeitada, ensejará sanção pecuniária de caráter reparatório, quiçá pedagógico e dissuasório, como mecanismo

²¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. Cit.

²² Sequer o direito potestativo, longe de ser absoluto, pode implicar em sujeição que viole a esfera jurídica de outrem, menoscabando seu conteúdo informativo funcionalizado, máxime quando constituir abuso de Direito e vitupério à Constituição. OBICI, Renata Cristina. Relativização do direito potestativo extintivo à luz da teoria do abuso do direito. Programas de Pós-graduação da CAPES, Mestrado em Direito, 2008.

²³ A partir da qual o proprietário não tem o direito subjetivo de usar – ou gozar, dispor ou reivindicar – segundo o arbítrio exclusivo de sua vontade – ou, melhor, de sua autonomia privada –, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assumida pelo objeto de direito objetivo. COSTA, Moacyr Lobo da. Três estudos sobre a doutrina de Duguit. São Paulo: Ícone, 1997.

comprobatório de que a propriedade – ou, mais especificamente, a moradia –, comportando mais que direitos, implica em deveres.

Posicionando-se pela impossibilidade de exclusão de condômino por expressa violação à vontade constitucional, FLÁVIO TARTUCE elucidativamente afirma que haveria, nesta prática, violação à preceito máximo, de ordem pública, sob o prisma civil-constitucional, de modo que exceder à possibilidade de aplicação das sanções pecuniárias admitidas pelo Código seria incompatível com a tendência de valorização da pessoa e da sua dignidade²⁴.

Ao revés, relevante colacionar o entendimento de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, para quem o legislador do novo Código não ousou admitir expressamente a possibilidade de que o condômino, ou assemelhado, seja impedido, definitivamente ou por certo prazo, de utilizar a sua unidade. Porém, ressaltando o sentido social do direito de propriedade, adere à ideia de que possa e deva, em casos extremos, ser manejada²⁵.

Em que pese seu brilhantismo, ousamos discordar pontualmente dos renomados doutrinadores. O direito de propriedade, detentor de status de direito fundamental, possuía, desde a origem, concepção absoluta e incondicionada. Assim, à luz de uma interpretação histórica - inicialmente tangida pela *Lei das XII Tábuas*²⁶ – e sistemática, tangenciada pelo reconhecimento da normatividade primária dos princípios constitucionais, não comportaria a propriedade, portanto, elastério de relativização maior do que aquele conferido pela Constituição. Acreditamos, pois, como outrora anunciado nos escritos proêmios, haver uma ligeira confusão conceitual entre as funções sociais da propriedade e da moradia²⁷.

Ora, se assim o é, convém ressaltar, a fim de que não se tome *quid pro quo*, a abrangência da postura antissocial, de cunho estritamente relacionado ao que pertine à Convenção e ao Regimento Interno

²⁴ TARTUCE, Flávio. Das Penalidades no Condomínio Edifício. Análise das Inovações Do Código Civil de 2002. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_condominio.doc>. Acesso em: 14/06/2010.

²⁵ “É de se perguntar se deve o condomínio suportar em suas dependências a presença de um baderneiro contumaz ou de um traficante de drogas”. Transcrição de fragmento de artigo publicado no Valor Econômico de 19/02/2002, p. E2.

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 171.

²⁷ A distinção, inobstante, é mera questão de preciosismo conceitual, na medida em que o resultado será sempre o da prevalência teleológica dos direitos patrimoniais, em respeito aos direitos fundamentais existenciais e/ou também patrimoniais, ponderados como proporcional ou razoavelmente proeminentes.

do condomínio, não abarca posturas *v.g.* introspectivas, em termos sociológicos. A expressão antissocial, ao menos em termos condominiais, remete, especificamente, ao descumprimento das disposições internas do condomínio, não havendo falar-se, portanto, em conduta antissocial de condômino que porventura se recuse a cumprimentar seus vizinhos ou a sequer dirigir-lhes olhares, eis que, como emanção de seus direitos da personalidade, *intransferíveis e personalíssimos*, não deva ter seu direito individual de propriedade relativizado porquanto cumprida sua função social comportamental de moradia, qual seja, a de, sem violar a esfera jurídica de outrem, não exacerbando seus limites, tais quais asseverados pela Convenção, materializando o prestígio do direito constitucionalizado de sua liberdade e, mais, salvaguardando a autoridade de suas liberdades de expressão e de crença, só para enumerar estas. Dito de outra maneira, punir alguém por questões de foro íntimo, eminentemente comportamentais e decorrentes da experiência peculiar do meio social de que proveio o indivíduo, concerniria à violação do comando vinculante da própria tutela da personalidade humana²⁸.

Defeso seria, pois, sob o, *concessa venia* falacioso, pretendo argumento de tentativa de tutela da propriedade, aviltar a tutela da personalidade de condômino, proprietário ou não, eis que, a lume de um direito civil dito constitucionalizado, socializado e despatrimonializado, deve o intérprete reler a legislação Civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores extrapatrimoniais, aos quais devem se submeter a iniciativa privada e as situações jurídicas patrimoniais²⁹. Por evidente, até mesmo por uma questão de regência do postulado da proporcionalidade, se a conduta introspectiva porventura acabar por gerar considerável dissabor – e não mero aborrecimento, sendo este alheio ao âmbito do vitupério moral –, salta a vista que, por óbvio, terá legitimidade o ofendido para a propositura de eventual ação de indenização pelos danos suportados. Nada obstante, jamais poderá ensejar mitigação do direito de propriedade de indivíduo que, *verbi gratia*, embora respeite a todos os que com ele conviverem, se nega a ser sociável, justamente, por tratar-se de direito da personalidade assim o sê-lo. Saliente-se, contudo, que o eventual condômino taxado de

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 45.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22.

antissocial pelos demais, sem qualquer respaldo jurídico, faz jus também, porquanto verdadeiro *abuso de direito*, à propositura de ação indenizatória própria, ou defender-se em reconvenção ou em pedido contraposto, a depender do caso, porque igualmente aviltada, sobremaneira, sua dignidade humana e seu direito social de moradia³⁰, de modo inadmissível e inaceitável, submetendo-o, desnecessariamente, a *streptus judicis* ou *streptus fori* que não precisava suportar e nem aos quais deveria submeter-se.

Em sendo assim, determinado condômino que efetivamente cumpra a sua função social³¹ não pode ver sua propriedade suprimida, sem respaldo constitucional, ao menos não embasa a expropriação no descumprimento da função social de sua propriedade, pelo que é justamente neste sentido que caminha a jurisprudência. Destarte, uma vez cumprida a função social da propriedade, é totalmente descabida a relativização, *a priori*, do direito fundamental de propriedade do condômino.

No entanto, *data venia* aos que assim entenderem, acaso desrespeitada a função social da moradia – reitere-se, função social diversa da função social da propriedade – de forma tão drástica que turbe o direito de propriedade dos demais condôminos, também fundamentalmente tutelados pelo *Texto*, acreditamos ser possível a exclusão³² do condômino antissocial – agora, em sentido amplo, compreendendo os deveres de ética, probidade, respeito e cuidado que se esperam, como emanção de boa-fé, dos membros de uma sociedade organizada –, guardadas as devidas noções de proporcionalidade e razoabilidade, entre a conduta praticada e a pena aplicada. Note-se que, em quaisquer dos casos, a exclusão limitar-se-á à faculdade do proprietário ao *jus utendi*, mantendo-se, intocáveis, as prerrogativas *de jus abutendi, jus fruendi e jus vindicandi*³³.

³⁰ Esse justamente o teor do art. 6º, CRFB: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

³¹ Como já tivemos oportunidade de afirmar, a funcionalização da propriedade urbana, expressamente preconizada pelo art. 182, §2º, da Constituição da República, afirma que cumpre sua função social a propriedade urbana que satisfaz as exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor.

³² Oportuno apregoar que, em diversas legislações modernas, pune-se o comportamento antissocial grave com exclusão do infrator em detrimento de multa, “tal qual se exclui de uma sociedade determinado sócio incompatível com os demais”. *Jornal Tribunal do Direito. Caderno Especial – Novo Código Civil – Fevereiro de 2003*, p. 9.

³³ O proprietário, portanto, poderia perfeitamente locá-la, emprestá-la ou vendê-la, resguardando, pelo exposto, as feições patrimoniais do direito de propriedade. Ao ocupante, não proprietário, haveria falar-se na decadência do direito de convivência no referido condomínio.

Não se está, nas breves linhas aqui traçadas, a desnaturar o caráter privatista da propriedade – cerne dos direitos reais -, ao contrário, sem qualquer viés ideológico e destemperado, pretende-se trabalhar a função social da propriedade e da posse, segundo o projeto solidarista que inspirou o *Novel Diploma de Direito Privado Brasileiro*. Quer-se, isto sim, averiguar o equilíbrio entre o ter – que inspirou os Códigos oitocentistas, calcado nos princípios liberais do novo Estado nascente – e a funcionalização do ter – concebida no início do século passado, sob os incipientes clamores revolucionários da Constituição de Weimar.

Evidencie-se, porém, que apenas e tão somente por meio de decisão judicial em que seja oportunizado ao condômino dito antissocial – proprietário ou não – o acesso ao contraditório e a ampla defesa, é que podemos admiti-la, com fulcro no descumprimento da função social da moradia – ou da propriedade, àqueles que assim entenderem –, se esta restar perfeitamente atendida e, aquela, comprovadamente desrespeitada. Como consectário lógico e natural, em homenagem à imediata eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ferrenhamente defendida por nós em trabalho específico³⁴, o *quórum* do art. 1337, NCC³⁵, exigido em sede de Assembléia Geral Extraordinária, vincula-se a possibilidade de aplicação de multa relativa ao décuplo das contribuições condominiais, mas não é, de *per sí*, idôneo a pugnar pela exclusão do condômino.

Ademais, a supressão da propriedade do condômino, ainda que antissocial, não escapa à necessária ponderação de interesses e de valores constitucionalmente relevantes a ser feita no caso concreto. Havendo meio muito menos gravoso de fazer cessar o comportamento indesejado – como, *exempli gratia*, através de multas e advertências –, não se justificaria, *ab initio*, a utilização imediata da via mais drástica de exclusão. De qualquer modo, forçoso reconhecer que inadmiti-la, sob o véu *quasi* absoluto da propriedade, acabaria por materializar a aristocratização do insuportável, advertida por ANTONIO BIASI RUGGIERO³⁶.

³⁴ MELLO FRANCO, Paulo Fernando de. Op. Cit.

³⁵ “A garantia da função social da propriedade (art. 5º, XXIII da Constituição) não afeta as normas de composição de conflito de vizinhança insertas no Código Civil (art. 573 e seus parágrafos), para impor gratuitamente, ao proprietário, a ingerência de outro particular em seu poder de uso, pela circunstância de exercer este último atividade reconhecida como de utilidade pública”. (RE 211.385, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 20-4-99, DJ de 24-9-99).

³⁶ “O suplicio imposto aos moradores pelo mau uso, sobretudo quando convivem com vizinhos nocivos, escandalosos, imorais, barulhentos, desrespeitosos e loucos, vai continuar, se esse mau vizinho for rico.

Não se pretende aqui, nestas linhas meramente acadêmicas, afirmar qual ou quais dos posicionamentos está ou estão corretos, mas sim alegar o inequívoco axioma de que há, também nesta senda, uma verdadeira função social. Fato é que, consoante o princípio constitucional do devido processo, a propriedade é a regra e, sua privação, exceção. Daí defendermos que, a despeito de possível sua mitigação, interpretada, sempre, restritivamente, jamais o será sua exclusão *in totum*.

Em suma, forçoso reconhecer que o adágio popular de que “os incomodados que se mudem” é descabido à luz de uma visão epistemologicamente positivista e, a um só tempo, outrossim principiológica, eis que seria de fato desarrazoado obrigar a que outros moradores suportassem, inertes, condutas antijurídicas insuportáveis. Afinal, é ou não verdade que “o direito de um cessa, quando o do outro começa”?

4.2 FUNÇÃO SOCIAL AMBIENTAL E TRIBUTÁRIA

Cabível evidenciar, sem embargo das controvérsias tributárias acerca do período pretérito à EC 29/00 e do verbete nº 668³⁷ da súmula da jurisprudência dominante do Excelso, na possibilidade de progressividade no tempo, uma verdadeira função social da exação em comento, cujo viés de extrafiscalidade³⁸ perfaz a homenagem ao princípio da funcionalização. A seu turno, ROQUE ANTONIO CARRAZA professa que tributos de natureza extrafiscal atentam para os fins a que se propõem - assegurar a função social da propriedade, *e.g.* – enquanto os tributos fiscais devem, na medida do possível, se vincular ao princípio da capacidade contributiva³⁹.

[...] Então, aquela ‘insuportável convivência’, ditada pelo reiterado comportamento antissocial, passará a ser suportável, com o pagamento do décuplo das contribuições condominiais. Assim, a suportabilidade ou insuportabilidade será uma questão de preço. A multa tornará suportável o que era insuportável”. RUGGIERO, Antonio Biasi. Questões imobiliárias. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 90.

³⁷ “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”. Esclareça-se, por oportuno, que não quis afirmar a constitucionalidade, após a emenda, da progressividade do IPTU. Muito embora possa parecer, a única afirmação exarada pelo Supremo foi a de que, antes, sem quaisquer dúvidas, seria sua exigência inconstitucional.

³⁸ O douto e já citado ROQUE ANTONIO CARRAZZA define a extrafiscalidade como o emprego dos meios tributários para fins não fiscais, mas ornatórios. Isto é, para disciplinar comportamentos de virtuais contribuintes, induzindo-os a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa.

³⁹ Nada obstante, sem adentrar no mérito da questão, não se pode olvidar que os tributos extrafiscal também devem obediência ao princípio da capacidade contributiva e, da mesma maneira, outrossim se vinculam as exações fiscal ao cumprimento de funções sociais.

A título exemplificativo, esta também se faz evidente, com maior facilidade de percepção, no ITR⁴⁰, no IPI e no ICMS, máxime à luz de suas seletividades, impositiva e facultativa, respectivamente. A progressividade das alíquotas do ITR, nas propriedades com baixo grau de utilização, aclara a intenção do legislador infraconstitucional de efetivar o princípio constitucional da função social da propriedade. De forma análoga, ao fixar alíquotas mais elevadas do ICMS e do IPI para produtos nocivos a sociedade, *e.g.* bebidas alcoólicas e cigarros, se objetiva desestimular a produção e consumo destes produtos, em evidente prestígio à funcionalização, sem descurar, contudo, a manutenção de sua função arrecadadora, indispensável para permitir a atuação Estatal – cujo agir, justamente por outrossim implicar em condicionamento funcional, exigirá recursos para tanto, os quais surgirão primordialmente dos tributos. Vê-se, portanto, a extrafiscalidade sob o prisma da função social no direito tributário⁴¹.

Em termos práticos, a extrafiscalidade adquiriu conotação mais ampla e afeta a própria concretização constitucional da função social, de modo a identificar a utilização de tributos para incentivar ou desestimular condutas. Desta forma, assinala JOSÉ MARCOS DOMINGUES, qualquer tributo poderá num dado momento, adquirir a função extrafiscal – e, segundo a linha de pensamento adotada pelo presente artigo, função social. Em relação ao meio ambiente, cuja função social específica igualmente afirmaremos, a extrafiscalidade já fora observada pelo citado autor no sentido de que o princípio determina prioritariamente ao Poder Público que gradue a tributação com o fito de encorajar atividades, processos produtivos e consumos ecologicamente corretos ou *environmentally friendly* – literalmente, amistosos, adequados sob a ótica ambientalista, numa palavra não-poluidores –, e desestimular o emprego de tecnologias

⁴⁰ Acerca do ITR, mais uma função social específica poderia ser destacada, na medida em que, à luz do art. 153, § 4º, Inciso III da Constituição Federal de 1988, ao dispor que os Municípios têm competência para fiscalizar e cobrar o Imposto Territorial Rural (ITR), na forma da Lei nº 11.250, de 28 de dezembro 2005, e podem ficar com toda arrecadação relativa aos imóveis rurais neles situados, desde que assumam o ônus da fiscalização e cobrança do ITR pretendeu-se funcionalizar a arrecadação tributária, eis que, tratando-se de imposto de difícil aferição pela União, melhor seria que os Municípios, mais bem aparelhados para fazê-los, fossem os destinatários de tais valores a fim de que, através deles, possam efetivar outras tantas funções sociais, evidenciando a complementaridade entre diversas funções sociais.

⁴¹ Neste sentido é a doutrina de RICARDO LOBO TORRES, para quem a tributação concentra o escopo de justiça fiscal. Confira-se, a esse respeito, TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação. Imunidade e Isonomia, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

defasadas, a produção e o consumo de bens ecologicamente incorretos ou *not environmentally friendly* – isto é, nefastos à preservação ambiental⁴².

Muito se fala, e com razão, nas funções sociais que se dignem a obtenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com efeito, resguardado, reforçada e precipuamente, pelo Direito Ambiental – mas não só por ele –, é tema cada vez mais presente e evidente, uma vez que nosso Planeta, ante os prognósticos de desequilíbrios ambientais e desastres naturais decorrentes da própria utilização disfuncional dos recursos obtidos, requer atenção aos riscos. Nesta esteira, inclusive afirmado por PAULO BONAVIDES como base da vida – mas que começaram a se tornar *escasso* e cujo desaparecimento ameaçaria a coletividade como um todo – e verdadeiro *direito fundamental coletivo de terceira dimensão*, objetiva-se a compreensão, na funcionalização, de mecanismo de efetivação dos interesses socialmente relevantes, dentre os quais se depreendem a promoção de um meio ambiente equilibrado e a prospecção do papel da função social – máxime da propriedade – na tutela do meio ambiente. É importantíssimo concretizá-la, compatibilizando-se desenvolvimento econômico com o conceito de *cidade sustentável*, sobre a qual tão bem fala JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO e, como afirma GUSTAVO TEPEDINO, em resposta ao mandamento constitucional que garante tal direito, inclusive, consoante o art. 225, CRFB, a todas as gerações⁴³.

A propriedade, tal qual como concebida, vimos outrora, obriga. E obriga, de fato, tanto a empresa quanto a propriedade, ou quaisquer outras atividades potencialmente danosas ao desenvolvimento sustentável, no que concerne ao meio ambiente equilibrado, “com vistas à efetiva promoção da tutela ambiental como meta prioritária do direito contemporâneo”⁴⁴.

⁴² DOMINGUES, José Marcos. Direito Tributário e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁴³ Nesse limiar, inoxidável a abrangência com que GUSTAVO TEPEDINO traduz a função social da propriedade ecologicamente correta, segundo o qual “no que tange às questões ambientais, há colisões de direitos específicas entre interesses individuais e sociais de extrema atualidade. Impõem-se, muitas vezes, em prol da proteção ao meio ambiente, especialmente em áreas eleitas pelo administrador como fundamentais ao equilíbrio ambiental, limitações administrativas justificadas com base na função social da propriedade. No âmbito dessas imposições, discute-se acerca da vinculação dos adquirentes de áreas de reserva florestal aos deveres de reflorestamento. Na legislação ambiental, estabelece-se o dever do proprietário ao reflorestamento. [...] em hipóteses nas quais, no momento de aquisição da propriedade a área já havia sido total ou parcialmente devastada pelo proprietário anterior. O novo proprietário, invocando as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito em que se consubstancia a compra e venda, procurava se desvincular da responsabilidade ambiental derivada de tais infrações”. TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 37, jan/mar, 2009. Pág. 141-142.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit.

Aproveitando o ensejo, ainda sobre uma possível função social dos tributos em consonância ao cumprimento de teleologias ambientais, em consonância com a função social ambiental *ut supra citada*, com inclusão, através da Emenda Constitucional nº 42/2003, do § 6º, especificamente do inciso II, ao art. 155, da CRFB, instou viabilizada a diferenciação das alíquotas do IPVA, em função do tipo e da utilização do veículo, possibilitando estímulo – como, *v.g.*, aos automóveis equipados com G.N.V. – aos que, cumpridores de suas funções sociais, se adéquam ao conceito de *environmentally friendly* e optam por veículos menos nocivos ao meio ambiente.

Ademais, ao cumprir-se a função social do contribuinte, mediante o adimplemento das obrigações perante o erário, realizam-se, ainda que diretamente delas não se conheça, as materializações funcionais que se promoverão através dos recursos oriundos de receitas e ingressos financeiros, especialmente à luz dos tributos que se ilustram por atuações *uti universi*. Dito de outro modo, uma vez atendidos o dever fundamental de pagar tributos⁴⁵ e, por conseguinte, o direito fundamental de recebê-los⁴⁶, indiretamente se perfaz, inconscientemente, a viabilidade de consecução de políticas públicas e ações governamentais que, nalguma medida, transformarão a egoística e privatística função de satisfazer obrigações em demais funções sociais irradiantes a toda coletividade.

4.3 FUNÇÃO SOCIAL ADMINISTRATIVA

Pelo que se expos até aqui, resta alvo e límpido que o fenômeno não é peculiar do Direito privado. Na seara do Direito eminentemente público⁴⁷, o Direito administrativo contemporâneo, já devidamente constitucionalizado

⁴⁵ NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 1998.

⁴⁶ Embora a doutrina contemporânea encare, com resistências, a possibilidade de titularidade de direitos fundamentais pelo Estado, é tendência – ou ao menos deverá vir a ser – que se entenda que a consecução da jusfundamentalidade de direitos se pauta não apenas em desmesuras estatais – e que, pois, justifiquem sua eficácia meramente vertical –, mas sim em qualquer outro excesso de poder, pouco importando quem o cometa. Quanto ao tema, v. FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Eficácia Côncava dos Direitos Fundamentais Tutela Processual de Evidência, no prelo.

⁴⁷ O Direito, que não mais admite a estreita dicotomia entre o Público e o Privado – entre o indivíduo e a sociedade. OTTO VON GIERKE, coetâneo à relativização da *summa divisio*, afirmou que o Direito Público deve estar alentado por um sopro do ideal de liberdade jurídico natural, e nosso Direito Privado tem que estar impregnado por uma gota de socialismo. Nestas bases, sem embargo de superada a distinção dicotômica, que se promoverá o estudo da funcionalização.

pela abalizada moderna doutrina exponencialmente desenvolvida pelo já eterno e saudoso MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, resguarda, ainda que de maneira tímida, aplicabilidade da própria noção de função social. Relido à luz do Texto Maior, o “*princípio*” da supremacia do interesse público⁴⁸, dada a possibilidade de acaso mal compreendido e aplicado, pôr em risco de óbito o próprio Estado e, em especial, a efetivação de direitos fundamentais⁴⁹, tem sua prevalência ora contestada. Concretizar direitos fundamentais é tão – ou mais – importante do que a própria consecução das políticas públicas, sem embargo de seu viés teoricamente majoritário que, se literalmente interpretado, conduziria a tiranias democraticamente disfarçadas. Aliás, a própria execução das políticas públicas eleitas pelo Administrador ilustra a concretização, primária ou secundária, de direitos fundamentais: esta quando, com o intuito de concretizar aquelas, monetariza-se e; aquela, quando se efetivam suas funções teleológicas, as quais, ao menos em teoria, vinculam-se a cumprir de deveres e possibilitar garantias. Assim, e com supedâneo na noção de juridicidade⁵⁰, funcionaliza-se a própria Administração Pública sensivelmente, de modo que, em detrimento da antes incontestada supremacia do interesse público – ao menos no que tange àquele eminentemente primário – enquanto princípio, hoje encontra óbice na técnica da ponderação de interesses, eis que o interesse privado é, da mesma maneira, igual e constitucionalmente garantido. Neste diapasão, consoante vaticina GUSTAVO BINENBOJM, há falar-se até mesmo na possibilidade de aplicação, ao arrepio da literalidade, da *juridicidade contra legem*, desde que, como já comentado, interessada primordialmente no agraciamento homeopático dos direitos fundamentais.

Comedidamente, mas ainda personificando uma verdadeira função social da Administração Pública, nada obstante não fazê-lo expressamente, o insigne LUIS ROBERTO BARROSO, recentemente indicado para ocupar

⁴⁸ Embora sem pretensão de esgotamento do tema, crível aclarar que ser princípio implica, antes de qualquer outra coisa, em ser ponderável, razão pela qual a ideia de “supremacia” não se coaduna com a de “ponderação”, merecendo, pois, rótulo de verdadeira contradição em termos. Nada obstante, v. sobre o tema LUIS ROBERTO BARROSO, para quem o interesse público primário seria imponderável.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos VS. Interesses Privados na perspectiva da filosofia constitucional. In: Interesses públicos VS. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 23/116.

⁵⁰ Com fulcro na Constitucionalização, que hoje é um fato, não mais encontra guarida a “legalidade” referida como mera conformidade com a lei, mas sim em conformidade com esta e mais os princípios gerais de direito e mais uma série de normas. Assim, prossegue-se, o bloco de legalidade é, para os renomados autores, verdadeiro “bloco de juridicidade”, principalmente com vistas ao Texto Magno.

a vaga Ministro Ayres Britto como membro do Supremo Tribunal Federal, distingue a Administração Pública *introversa* da administração pública *extroversa*, bipartindo, desta feita, o interesse público em primário e secundário. Aquela, razão de ser do Estado que sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover, deve ter como prisma a supremacia, pois não é passível de ponderação, eis que consistente na melhor realização possível das *vontades constitucionais*. Este, ao revés, qual seja o interesse da pessoa jurídica de direito público enquanto parte em uma determinada relação jurídica, não deve, jamais, usar de supremacia em face do interesse particular, cabendo, aqui sim, a adequada ponderação.

Como já afirmamos, ocupa-se a funcionalização da realização de fins que transcendam a satisfação de conveniências transitórias e meramente egoísticas e individuais. Ora, admitir ponderação em princípio anteriormente intangível – justamente no interesse público secundário e extroverso – seria o que senão a própria noção de função social? Mitigam-se os interesses privatísticos da Administração – secundários – em prol de legitimamente verdadeiros *interesses públicos* – primários – a que, a despeito de seu conteúdo de conceito jurídico indeterminado, a todos aproveita. Àqueles que não compartilham da mitigação da supremacia do interesse público, ao menos se conformam com a relativização do deste quando restrito a interesse exclusivamente fazendário da Administração Pública, enquanto erário.

A guisa de analogia, oportuno remetermo-nos a gestão pública moderna ou, noutro falar, na Administração Pública gerencial. À luz de uma teoria democrática e participativa, culminada no que hodiernamente chama-se de Direito Administrativo Democrático⁵¹, trata-se de uma nova forma de organizar e administrar o Estado, que se opõe à Administração Pública burocrática de outrora, a qual pretende substituir. Ao passo que a Administração Pública burocrática controlava a gestão pública através de regulamentos detalhados, a gestão pública moderna reduz esses controles e aumenta o papel da administração por resultados, da concorrência administrada por excelência e do controle ou responsabilização social – ideais estes que poderiam se transladar na democracia participativa – em construção de afirmação para a necessária e pretendida democracia

⁵¹ Credita-se a expressão ao título da mais recente produção literária publicada por GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA.

deliberativa – e nos princípios da responsividade e da transparência, citados expertamente por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁵².

Ainda a este respeito, muito se discute às doutrinas administrativistas, acerca da aceitabilidade da obrigatoriedade de comprovação, como condição de habilitação em licitação, da disposição de quadro mínimo de funcionários portadores de deficiência física. Dito isto, uma vez reconhecida a funcionalização da Administração Pública como imperiosa medida para dignificar a pessoa humana à luz de uma releitura constitucional do Direito Administrativo, poder-se-ia, inclusive, defender-se a tese de que, embora não seja o lócus ideal para a concretização de direitos fundamentais, até mesmo o procedimento – ou processo, a quem assim entender – licitatório pode encartar uma função social que se traduza aqui e acolá. Sem embargo dos posicionamentos doutrinários contrários que rechaçam-na, defendemos sua juridicidade a fim de que se corrobore que a vinculação da função social verdadeiramente exacerba a alçada individual, a qual, repercutindo e ressonando, faz com que, antes de qualquer outra coisa, procure-se personificá-la. E, mediante outras tantas ações afirmativas de discriminações positivas, concretiza a Administração, através de suas licitações e demais atos administrativos que façam parte de sua rotina, funções sociais materializadoras de direitos fundamentais, justamente como dela se espera.

Pensamos, pois, a despeito de não se falar claramente na doutrina em uma função social da função administrativa, de fato vincular sua atuação, de modo que, poder-se-ia apontar outras tantas funções sociais da administração pública, com vistas a concretizar seu escopo precípua, qual seja, o dever-poder de materializar direitos fundamentais.

⁵² GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, todavia, acerca do Direito Administrativo Democrático, sufragou, em palestra de lançamento da obra acima referida, que não estamos verdadeiramente diante de uma Administração Pública democrática, pois que os excessos autoritários cometidos por agentes públicos em todos os níveis da federação demonstram ainda estar a estrutura administrativa brasileira contaminada com resquícios antidemocráticos. Contudo, continua o notável discípulo de ODETE MEDAUAR, já autonomamente eminente, os avanços dogmáticos do direito administrativo pátrio sinalizam para a necessária eclosão de uma Administração prospectivamente mais plural e igualitária, comprometida com os valores constitucionais fundamentais e cotidianamente atenta aos anseios da população, a fim de que se concretizem suas funções administrativas. Este olhar transformador revela-se imprescindível para que a Administração passe a ser vista cada vez menos como exclusivo aparato e, cada vez mais, como uma indispensável interface entre o Estado e a população, sempre a serviço do cidadão. Somente nesse ritmo é que poderemos afirmar concretizada uma efetiva função social administrativa, na medida em que estimulado o ingresso da sociedade e possibilitando-a a, efetivamente, participar da res pública, transladando o cerne administrativo do lócus da burocracia às ágoras de diálogo público entre Administração e administrados, otimizando-os.

4.4 FUNÇÃO SOCIAL LEGIFERANTE

Ainda no que tange ao cariz funcional da participação democrática, a própria tarefa legiferante ou de hermenêutica exegética comporta a incidência da funcionalização. Salta aos olhos, pois, no processo de aplicabilidade das normas jurídicas às situações fáticas, enquanto mecanismo interpretativo que é, visa a perquirir a efetiva compreensão do significado de seus termos. Em consonância, destaca-se o posicionamento de OSCAR VILHENA VIEIRA, para quem a interpretação coloca-se, assim, como parte integrante do Direito, pois viabiliza a aplicação das normas gerais a uma situação particular e, com isso, a efetiva realização do Direito, na medida em que o texto, de *per si* considerado, é dispositivo inerte. Com efeito, necessita de intervenção humana para que sirva como uma razão para agir, para a tomada de decisão por parte daquela autoridade responsável por resolver o conflito⁵³. O fato de perquirir-se a Constituição, bem como a sua reserva de justiça, quando da aplicabilidade e feitura das Leis é, portanto, verdadeira tarefa de funcionalizá-la aos anseios sociais, extirpando-se entendimentos e aplicações que porventura sejam manifestamente alheios ao que querem – e ao que precisam – seus destinatários. E, revelando uma visão socializante, FABIO KONDER COMPARATO contextualiza o tema afirmando que, a cada dia mais, o legislador percebe – e deve perceber – que devem os instrumentos jurídicos ser disciplinados segundo a *função* que representam para a sociedade⁵⁴.

Demais disso, ainda que não haja expressa previsão de determinada função social no Texto Constitucional ou infralegal, acreditamos que, dada a natureza normogenética vinculante e o caráter de fundamentalidade do ordenamento jurídico da funcionalização – como princípio e direito fundamental que é –, a técnica legislativa das cláusulas gerais concerniria à uma efetiva reação legislativa à pretensão de completude – típica das codificações oitocentistas e consideradas utópicas –, agora com o viés contemporâneo de dinamicidade das relações sociais, cada vez mais velozes e urgentes – do telégrafo ao celular, da máquina de escrever aos *tablets*. Desta feita, redarguindo à distopia entre codificações de outrora e a célere

⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: Revista dos Tribunais. v. 732. São Paulo: RT, 1996, p. 43.

realidade social, experimenta-se a era da descodificação – ou, permitindo-nos ousar, da despublicização sem-, na qual gradativamente superam-se os códigos em prol de Leis extravagantes. Portanto, a técnica das cláusulas gerais – dotadas de maior vagueza, abstração, plasticidade e ductilidade – pode, satisfatoriamente, colmatar lacunas que porventura se apresentem como ineficazmente reguladas – ou sequer tuteladas, desafiando o manejo da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção – pelo legislador pátrio, eis que o processo legislativo, embora democrático, é deveras burocrático e, infelizmente, lento.

Salta à vista que, à luz de uma função social da Lei e de seu intento concretizador de justiça social, restou superado o brocardo de que *in claris non fit interpretatio* em virtude de, nada obstante eloquente, deve-se promover a adequada exegese que propicie homenagem à máxima efetividade dos direitos fundamentais – e, ademais, afirmar a desnecessidade de interpretar é, senão, interpretar. Estas, pois, as razões que motivam e conformam a função da *lege lata* e da *lege ferenda*.

4.5 FUNÇÃO SOCIAL DA JUSTIÇA

Propõe-se, por derradeiro, a função social cujo conteúdo informativo restará útil ao deslinde da possibilidade de personificação imediata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais à luz da funcionalização da justiça. Assim sendo, mister enfatizar que a noção de justiça deve ser uma forma de democratizar e concretizar a norma legal e constitucional, com vistas a finalidade de fundamentar e estabelecer uma sociedade aberta e democrática⁵⁵, capaz de cumprir sua *função social*. Não é inconveniente afirmar, portanto, que os contributos da teoria constitucional, juntamente com a função social da justiça, são instrumentos capazes de realizar a tão sonhada cidadania, evidenciando, por oportuno, exemplo de *função social da função social*.

⁵⁵ Uma vez compreendida a idéia da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, propugnada por PETER HÄRBELE, poder-se-ia, inclusiva, reconhecer, como figura parcelar, uma evidente função social dimanada do controle de constitucionalidade, na medida em que responsável por estabelecer uma necessária paz social e, outrossim, uma necessária paz constitucional.

Neste sendeiro, reconhecendo-a, assim sufraga PAULO ROBERTO BRASIL TELES DE MENEZES:

“Como uma decisão pode ser eficaz sem o devido conhecimento da necessidade social? Como se pode realizar os direitos da cidadania se o próprio órgão capaz de promovê-la torna-se alheio à sua função social? É mister fazer referência ao ordenamento jurídico como legitimador das escolhas decisórias. O magistrado precisa tomar conhecimento da realidade social e necessita, principalmente, adequá-las ao ordenamento jurídico. [...] Verifica-se, assim, que a função social implica ações que têm a necessidade de serem executadas, respeitando e valorizando a sociedade enquanto destinatária dessas ações, com o fito de atingir o objetivo estimado, qual seja, a realização da justiça social, e valorizando os direitos fundamentais dos cidadãos. A função social, nessa lógica, refere-se a uma essencialidade que une a instrumentalidade estatal e o compromisso com a realização do bem comum, sempre respeitando os valores morais e a dignidade humana. Encontram-se, portanto, presentes na função social a atitude de mudança e o dever de agir, imprescindíveis para a promoção da cidadania, da participação e da justiça”⁵⁶.

Ora, quem poderia, melhor que a própria sociedade, saber de suas carências e anseios? É o substrato social, pois que ciente de suas necessidades, quem deve, pautado em um modelo de governo eminentemente participativo, ajudar os aplicadores do Direito nesta busca pela inclusão e justiça social⁵⁷, então palpável à luz do *consenso sobreposto*, do qual tão bem assevera JOHN RAWLS. A (re)democratização dos espaços de opinião é, pois, um fator de distribuição igualitária de direitos e obrigações.

A presença assistencial e participativa da sociedade, pretensamente deliberativa, é fundamental para a caracterização de uma verossímil justiça social, não mais satisfazendo-a o mero *fumus boni iuris*.

⁵⁶ MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de. A teoria constitucional e a função social da justiça federal: elementos para a efetivação da cidadania. In: Revista Esmafe, Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, n. 9, abr. 2005, p. 83-148.

⁵⁷ Não é irrelevante explicar que os princípios da isonomia, da igualdade jurídica, da dignidade humana, da razoabilidade e da proporcionalidade – só para citar alguns – são legitimados com o resgate de um direito construído discursivamente sob o paradigma procedimental da sociedade. Nesse sentido, a justiça social é também edificada sob um prisma participativo da sociedade. MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de. Op. Cit..

A esse respeito, PAULO ROBERTO BRASIL TELES DE MENEZES anota que os Juizados Especiais têm contribuído sobremaneira para a reversão do descrédito na justiça ocasionado pela morosidade no andamento das causas judiciais. *Concessa venia*, conquanto as vantagens da instalação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais avulte relevância, embora se reconheça uma verdadeira materialização funcional da justiça na consecução de uma rapidez processual constitucionalmente garantida, cabíveis críticas meramente pontuais à ficção de dromologia e de satisfação, ante a excessiva sumarização procedimental e supressão de faculdades processuais das partes. Primo porque, à luz de uma razoável duração do processo, pretensamente célere, não aconselhável a supressão dos meios – como se justificasse seus fins – de defesa. Como é de sabinça, a razoável duração do processo vincula a idéia de que o processo deva demorar o tempo estritamente necessário para atingir seus objetivos, isto é, *nem mais, nem menos*. O processo é dialético e, como tal, comporta – e deve exatamente comportar – uma argumentação exauriente que permita um julgamento de bom alvitre e, na mais sensível e abrangente acepção da palavra, justo. Ocorre que, por vezes, vinculados a uma sistemática praticamente *hedonista*, não se dá a devida atenção que merecem e esperam as partes. Inocente imaginarmos que, *v.g.*, a Fazenda Pública, ocupante do pólo passivo em milhares de novas demandas distribuídas diariamente no Poder Judiciário, possa defender-se satisfatoriamente e, justamente por isso, restou positivada a prerrogativa processual de elastério maior em seus prazos para responder e estender seu direito de ação, recorrendo, com vistas a garantir, por mais paradoxal que possa parecer, uma isonomia e paridade de armas. Ora, se como dizia RUI BARBOSA, devemos tratar os iguais de maneira iguais e, os desiguais, desigualmente, na medida em que se desigualem, perfeitamente isonômica a dilação do *dies a quo* da Fazenda Pública. Mais grave, também em virtude da enxurrada de processos⁵⁸ – cruel faceta da judicialização excessiva –, seria pueril pensar que os magistrados, assoberbados de tarefas, possam debruçar-se sobre questões que demandariam uma vida para serem resolvidas. Os juízes, cômicos de seus deveres constitucionalmente essenciais à justiça, não o fazem não porque não querem: não o fazem porque não podem, dado o

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em 17/11/2010.

avolumamento exacerbado de demandas. *Secundo* porque, embasado em recentes dados estatísticos que apontam para o aumento vertiginoso de sua procura, a popularidade dos Juizados Especiais levou a seu desvirtuamento. De um lado prestigiou-se o acesso a justiça e a razoável duração do processo e, de outro, afastou-se destas mesmas concepções. Atente-se que, *justiça tardia*, já dizia RUI BARBOSA, é nada mais do que *injustiça qualificada* e, nalguma medida, o que se pretende obstaculizar é, senão, a demasia, quer pela demora, quer pela rapidez.

Fato é que, se razão tem HOBBS em dizer que o homem é o lobo do próprio homem, os Juizados Especiais, Cíveis e Criminais, foram, também, seus próprios lobos⁵⁹.

Permissa venia, melhor seria fortalecer a fase de conhecimento exauriente a fim de que se conceda autoridade cada vez maior à decisão *a quo* para que, por conseguinte, não haja mais necessidade de tamanho elastério recursal, máxime os expedientes de interesse meramente protelatório. Em resposta, diversos institutos processuais foram introduzidos em nosso ordenamento com o intento de operacionalizar – e funcionalizar – o acesso à justiça. Cite-se, *e.g.*, as repercussões funcionais materializadas pela inclusão do incidente processual de resolução de demandas repetitivas, o avolumento dos incentivos à mediação e/ou conciliação e a adoção das súmulas vinculantes de jurisprudência. Inobstante as críticas, acreditamos sê-la consideravelmente relevante para o cumprimento da função social da justiça, eis que, extirpando-se, *ab initio*, demandas de teor idêntico ou cujo deslinde concirna à súmula de jurisprudência dos tribunais superiores, estar-se-ia possibilitando que os juizes, atentos à justiça social imperiosa, se debrucem, com maior atenção, àquelas que efetivamente necessitem de maior dedicação por parte do magistrado. Ademais, quer-se defender a adoção das súmulas vinculantes visto que, ao argumento de que estas engessam o judiciário e obstam o acesso a justiça surgem os institutos do *distinguishing* e do *overruling*, atentos, contudo, à “necessidade de compatibilização do chamado ‘efeito vinculante’ com as garantias fundamentais do processo, a conveniência de revisão do

⁵⁹ Cabe ressaltar, por oportuno, que as considerações se restringem ao cerne dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Estadual, afinal, como estatisticamente se comprova, hão de ser reconhecidas a presteza e funcionalidade dos esforços empreendidos no âmbito da Justiça Federal, modelo de excelência inclusive mimetizado na temática, igualmente salutar, dos Juizados Especiais Fazendários.

processo de escolha dos magistrados dos tribunais superiores e de coibir o demandismo e a litigância de má fé por parte das pessoas jurídicas de Direito Público, assim como dos seus entes da administração indireta”⁶⁰ ⁶¹. Logo, de fundamental relevância é a abertura procedimental subjetiva – no processo e nos processos formais de produção do sentido da proposição normativa –, com o fito de que os destinatários das normas jurídicas possam ter a oportunidade de discuti-las, a fim de que inste concretizada sua nobre função social, com vistas a “*iluminar caminhos que conduzam a uma democracia participativa, aquela democracia de emancipação dos povos da periferia*”⁶² e de perfazer uma democracia plena, na qual “não só os ricos e poderosos, mas também os pobres e fracos tenham o direito e a oportunidade de discutir e decidir acerca das normas que, em tempo futuro, julgarão suas ações”⁶³. Requisita-se a permissão, para tanto, de ampla participação dos que não sejam expressamente essenciais a justiça – embora implicitamente o sejam –, trazendo, *a ladere* dos juízes, procuradores, advogados e membros Ministério Público, toda a sociedade, responsável, igualmente, pela concretização de funções sociais. Afinal, “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”⁶⁴. Neste sentido, inclusive, a LINDB, através da qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁶⁵.

Consoante PETER HÄRBELE, a sociedade precisa de espaço para poder atuar como cidadã e, assim, *ajudar o Judiciário a realizar a função social da justiça*. Com efeito, a prolatação de sentenças e acórdãos alheios às necessidades sociais e ao desenvolvimento social há muito se encontra

⁶⁰ GRECO, Leonardo. Súmula vinculante. In: JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano 2, n° 10, março de 2000, pág.4-5.

⁶¹ Repise-se, porém, que proporcionar a participação dos cidadãos no processo de aplicação do Direito não quer significar saber a vontade da maioria em menosprezo a minoria. O que se quer garantir é, justamente, o apoio social como garantidor de uma maior legitimidade de suas decisões, justamente porquanto serem os juízes carecedores de legitimidade democrática – o que, como veremos, representa óbice a sua postura ativista, a que sempre tenderemos a defender, desde que responsável e consciente.

⁶² BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 07.

⁶³ MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de. Op. Cit..

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 289.

⁶⁵ Positivado expressamente no art. 5º do decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, recentemente alterado pelo Decreto que a intitulou LINDB.

ultrapassada. O juiz, como contemporaneamente se percebe, volta-se ao corpo social para vislumbrar o que realmente interessa para a prevalência da democracia, da igualdade e, máxime, da dignidade da pessoa humana. Daí reconhecerem alguns autores, e inclusive a ilustração pretoriana, a caracterização dos magistrados, enquanto agentes públicos, de agentes eminentemente políticos⁶⁶: “Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica”⁶⁷. E, em razão da importância institucional da carreira e da relevância funcional de suas atuações, o grau de agente político é, como medalha reconhedora de competência, mais que merecido.

A função social da justiça perfaz-se, portanto, em uma *autopoiesis* do direito, uma vez que maneja, homeopaticamente, suas vicissitudes com seus próprios méritos.

Em afirmação de mesmo escol, a vedação ao *non liquet*, a seu turno, também perfaria uma função social. Isso porque, valendo-nos do próprio conceito cuidadosamente lapidado de direito de ação sufragado por LEONARDO GRECO, enquanto direito a jurisdição, vincula as partes à obtenção de um provimento de mérito. Desta feita, obstar que o juiz não se digne a julgar uma demanda por ausência de provas violaria o conteúdo informativo de sua função social e, justamente por isso, muito bem coibiu expressamente o Código de Processo Civil o só pensar não decidi-la. Aplicar o melhor direito à espécie carrega, por detrás de sua função cognitiva, uma carga emocional assaz relevante, cujo trato, necessariamente responsável, tem o poder de construir ou destruir, a depender de como se aplica.

Em suma, não podem os juízes, solucionadores hipotéticos de conflitos que são, com poucas laudas de sentença proveniente de uma leitura perfunctória do processo, acreditarem concretizar sua função social. Tampouco o fará o advogado que, mero intercessor do juízo, se mantiver

⁶⁶ Não obstante tratar-se de tema controvertido na doutrina, acreditamos serem os magistrados – e, outrossim, os integrantes das procuraturas públicas – verdadeiros agentes políticos do Estado, com a missão de julgar e declinar interpretações da Lei sobre o Direito aplicável, no tentar enunciar preceitos justos, a cada causa, ainda quando envolva poderosos e fracos, ou o próprio Poder Público. É por isso inclusive que são vitalícios e têm garantias que não se estendem a outros agentes políticos nem a servidores públicos, que com os juízes não se confundem.

⁶⁷ É esse o teor do RE 228.977, em plena consonância com demais julgados e, em especial, o RE 579.799 AgR.

inerte para perquirir o direito material alegado pela parte que tutela e, da mesma forma, o procurador que nada encontrar. Mais grave, não a cumprirá o promotor que, tergiversando o princípio da obrigatoriedade, denunciar a esmo. Não será assim que, como arquitetos que têm, no Direito, suas ferramentas de trabalho, farão justiça, orgulharão a sociedade e, muito menos, cumprirão suas funções sociais.

5 CONCLUSÃO: A FUNÇÃO SOCIAL DAS FUNÇÕES SOCIAIS

Pelo exposto, consoante se procurou denotar e evidenciar, ter uma função social implica, a um só tempo, em ser, também, uma função social.

Sob o vértice funcionalizante reúnem-se fins transcendentais, cujo ápice agasalha a confluência entre todas as demais funções sociais, inclusive aquelas das quais sequer se comenta, a fim de que sejam extirpados os paradigmas obsoletos e exclusivistas de um individualismo exacerbado não mais justificável na contemporaneidade. As funções sociais têm, cada qual com a sua, específica e verdadeira função social que lhe fundamenta e impulsiona, corroborando seu jaez jurídico constitucionalizado. Assim, uma vez cumpridas, instaura-se um círculo virtuoso de benfazejo funcionalizante que se irradia por todo o ordenamento jurídico, então temperado pelos fatos sociais que o condicionam e lhe conferem sentido.

E, nestes termos, às luzes de uma espiral hermenêutica que exacerba a esfera egoística de introspecção individual, a funcionalização é um *must* em quaisquer das tarimbadas jurídicas, face os anseios de um reclamado *constitucionalismo de futuro* cada vez mais latente e evidente.

Noutro dizer, concretiza-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – e demais eficácias que prestigiem sua jusfundamentalidade – quando de acórdão ou sentença – aditiva ou não – que, cumprindo sua função social, liberta o inocente e presta, ao carente, salvaguardando o doente, a devida assistência; Quando de declaração de nulidade de contrato eivado de simulação, pois que, enquanto vício social, já não mais tolera a população, calejada de tanta corrupção, o menoscabo de seus pares; Quando de adimplemento tempestivo de tributos – atendida, pois, a função social do contribuinte – possibilita-se, pautado no direito fundamental de

recebê-los, detido pelo Estado, que a Administração, extro ou introversa, efetive direitos fundamentais e cumpra, por oportuno, a função social que outrossim lhe acomete; Quando, também este mesmo Estado, na pessoa de sua Administração Pública, inclui cláusula contratual e/ou editalícia de salvaguarda de quantitativo mínimo de funcionários deficientes, atendendo à sua função social, possibilita o gozo, entre particulares – empregador e empregado –, de suas dignidades e acessibilidades, constitucionalmente tuteladas; Quando de previsão extrafiscal sancionatória aos maus poluidores, ou premial aos cumpridores, consolida-se, a um só tempo, a função social tributário e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de observância imperiosa, estimulando ou desestimulando condutas funcionais; Quando de produção legiferante, procede o legislador, cômico de seus deveres como arauto do povo, e promove, através de Leis, funções sociais, suas e destas, a fim de que outras tantas possam ser personificadas.

Em suma, de fato há, como se costuma dizer, um sem número de coisas entre o céu e a Terra que nossa efêmera e fugaz humanidade possa sequer desconfiar. Nada obstante, sem sombra de dúvidas, não se inclui, dentre estas, a certeza de que, se todos cumpríssemos nossas ínsitas e inerentes funções sociais, teríamos um mundo, tal qual projetado *ab ovo*, muitíssimo melhor.

ABSTRACT: The aim of this work is none other than to demonstrate that life, nevertheless have been gracious and divinely bestowed upon us, in no way to be mistaken as a mere advantage, because, far from being unilateral contract, has existential in scope intends, true social function, which reads all of us. The paper seeks to show that having a social function implies, at the same time, also be a social function. Functionalize, therefore, is to recognize the law as a instrumental mechanism in obtaining a higher altruistic plural order. Being is, before anything else, an eternal becoming, fruit of the most numerous social functions which, even by implication, we're mandatory participants.

Keywords: Constitutionalization of Law; Principle of Human Dignity, Social Function, Fundamental Rights; Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights.

7 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria Christina de. A Função Social da Empresa na Sociedade Contemporânea: Perspectivas e Prospectivas. In: *Argumentum – Revista de Direito da Universidade de Marília*. vol. 3, 2003, p. 142.
- AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional. In: *Revista de Direito Civil*. nº 46, 1988, pág. 07-26.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v., p. 51-91.
- _____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Revista da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11/11/2011.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. A nova jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 11. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 122.
- _____. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 56-57.
- BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 07.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. In: *Direito Público*. v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 170-174.
- DERBLI, Felipe. Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- CHEMERIS, Ivan Ramon. A Função Social da Propriedade. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 24.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Revista dos Tribunais*. v. 732. São Paulo: RT, 1996, p. 43.
- _____. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4ª Edição, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 50.
- DOMINGUES, José Marcos. Direito Tributário e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pág. 22.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função Social no Direito Privado e Constituição. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Rio de Janeiro, vol. 61, 2006, pág. 154.
- GOMES, Orlando. A função social do contrato. In: Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. TEPEDINO, GUSTAVO (coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito Econômico). In: Enciclopédia Saraiva de Direito. vol. 39. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 21.
- HESSE, Konrad. HESSE. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4 ed. Ver. Atual.. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 26, ano 07. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2006.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 36, nº. 141. Brasília, 1999.
- _____. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 42, abr./jun. 2002, p. 191.
- MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Teoria da Invalidez e Princípio da Conservação dos Atos Jurídicos. Tese de Doutorado em Direito Civil pela UERJ. Rio de Janeiro, 2003.
- _____. Função social e diversificação do direito de propriedade. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 155-168, jun. 2005.
- _____. Função social e relatividade do contrato: um contraste entre princípios. In: Revista Jurídica. Porto Alegre, nº 342, abr. 2006, p. 34.
- _____. O princípio do equilíbrio contratual. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Rio de Janeiro, vol. 64, 2009.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. In: Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Salvador, 1986, p. 67.
- MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de. A teoria constitucional e a função social da justiça federal: elementos para a efetivação da cidadania. In: Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 9, abr. 2005, p. 83-148.

- MORAES, Maria Celina Bodim de. Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.
- ORRUTEA, Rogério Moreira. Da propriedade e a sua função social no Direito Constitucional Moderno. Londrina: Uel, 1998, p. 206.
- RUGGIERO, Antonio Biasi. Questões imobiliárias. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 90.
- RUSSOMANO, Rosah. Função Social da Propriedade. In: Revista de Direito Público. n. 75. São Paulo: RT, 1985.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 204.
- _____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em Homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 9-49.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976, pp. 23-24.
- SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Jurisdição Constitucional, Democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. Prefácio da obra A Função Social da Propriedade. CHEMERIS, Ivan Ramon. São Leopoldo: Unisinos, 2002.
- TARTUCE, Flávio. A Função Social dos Contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.
- _____. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. In: Revista científica da Escola Paulista de Direito (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. maio/agosto, 2005.
- _____. Das Penalidades no Condomínio Edifício. Análise das Inovações Do Código Civil de 2002. Disponível em: <www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_condominio.doc>. Acesso em: 14/06/2010.
- TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 45.
- _____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22.
- _____. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v.10, n.37, p. 127-148, jan./mar. 2009.

_____. Normas Constitucionais e Direito Civil. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato. Conceito e critérios de aplicação. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, pág. 199, a. 42 n. 168 out/dez. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação. Imunidade e Isonomia. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

POLÊMICAS NA HERMENÊUTICA INCIDENTE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DO PODER DE CONTROLE: A HIPÓTESE DO EXERCÍCIO DO PODER MINORITÁRIO

Pedro Marcos Nunes Barbosa - Doutorando em Direito Comercial na USP, Mestre em Direito Civil pela UERJ, Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio, Professor de Direito Civil e Propriedade Intelectual nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados.

Vinícius de Novais Gertulino - Mestrando em Direito Comercial na USP, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Sócio de AWA Advogados.

1) INTRODUÇÃO

A seara do direito empresarial, ao contrário de outras vertentes daquilo que se denomina Direito Privado (em especial o direito do consumidor, o direito do trabalho, e o direito civil voltado a relações economicamente singelas), tem seu escopo voltado à segurança jurídica, ao espaço à elasticidade da autonomia¹, a predominância da estabilidade e a essencialidade do lucro² nos atos e fatos jurídicos.

¹ ASCARELLI, Tullio. Iniciação ao Estudo do Direito mercantil. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p.41.

² “A atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, i.e., em que somente empresas fazem parte da relação. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários” em FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 29.

Deste parâmetro peculiar do Direito Comercial, o lapso espacial para a produção de enunciados estatais sempre foi menor³ do que em outras searas jurígenas, exatamente tendo em vista as necessidades personalíssimas, além do dinamismo ínsito de cada negócio jurídico, longe do modelo *one size fits all*.

Por outro lado, com a unificação⁴ da regulamentação do direito obrigacional pelo Código Civil, uma certa uniformidade sistemática acabou por manietar as idiosincrasias específicas⁵ do setor Comercial.

Dentro do paradigma da uniformização⁶ legislativa, da Codificação generalista, o espaço da autonomia foi sendo superado pela harmonização civilista que, em diversas especialidades, se mostra incompatível com os usos e costumes peculiares ao pragmático⁷ Direito Mercantil.

No que toca ao Mercado de Capitais⁸, neste desafiador diálogo dos interesses patrimoniais privados com a poupança popular, a confiança⁹

³ “A idéia do monopólio da produção do direito pelo Estado distancia-se cada vez mais da realidade, e o ordenamento jurídico vai tornando-se policêntrico, permeado por regras engendradas por atores privados ou por entidades supranacionais” em SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 30.

⁴ “Ocorre que essa unificação trouxe consigo o descaso pela teoria geral dos contratos mercantis. Uma vez que coincidiam os regimes das obrigações civis e comerciais, não haveria mesmo razão para estudar separadamente os dois grupos de contratos, buscando singularidades no funcionamento e na disciplina de cada um deles. Justificava-se, tão-somente, o estudo individual dos tipos contratuais” em FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 40.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. Ed. Forense, 6ª edição, São Paulo, 2010, p. 2.

⁶ “Em consonância com o espírito democrático de nosso tempo, não deverá o direito comercial constituindo continuar a ser considerado como um conjunto de normas excepcionais, de aplicação restrita a uma determinada classe de pessoas ou a certa categoria de atos; pelo contrário, as normas mercantis deverão inserir-se no contexto do direito privado comum, no mesmo plano das normas civis, com elas se integrando num sistema orgânico, o que não exclui, obviamente, atenta consideração pelos problemas específicos da atividade mercantil. É fácil observar, aliás, a progressiva “generalização” das normas jurídicas mercantis, revelando a vocação para uniformizar o regimento jurídico da prática econômica, aplicável indiscriminadamente a todos os cidadãos; na verificação dessa tendência, uma visão parcial da realidade tem vislumbrado a “comercialização do direito civil”, que não exclui um “civilismo do direito comercial”” em BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p.8.

⁷ “A essência do direito é a realização prática” em JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972, p. 82.

⁸ “O mercado de capitais se compõe, por conseguinte, dos que precisam captar recursos e dos que têm recursos a oferecer. (...) Caracteriza-se esse mercado pelo dinamismo e liquidez das aplicações, uma vez que os títulos adquiridos poderão ser revendidos, a qualquer tempo, mediante a sua oferta no mesmo Mercado” em BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13ª Edição revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 184.

⁹ “Todas as relações humanas dependem da confiança, porém uma economia de crédito consiste em algo mais. No caso da economia global, o Tecido Financeiro Global constitui uma parte essencial e crucial de sua economia de crédito” em MACNEIL, Ian R. *O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas*. Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, XXII.

do investidor é catalisada por enunciados e realizações normativas (via interpretação) que permita a divisão dos riscos, e, claro, da mais valia. E dentre as incontáveis controversas existentes acerca do valor econômico da titularidade de ações, uma das questões mais tormentosas é a da divisão do lucro incidente sobre a alienação do bloco acionário que comporta o poder de controle.

O presente artigo tem como foco uma célere análise sobre o polêmico e atual fenômeno do exercício do poder minoritário nas companhias, o impacto da fattispecie legal quanto ao art. 254-A¹⁰, da Lei 6.404/76, bem como a obtenção de uma singela conclusão acerca do status quo de tais conflitos de interesses perante um relevante precedente da CVM.

Para tanto, iniciar-se-á pelo estudo da análise multidisciplinar das Relações de Poder, com certa ênfase na perspectiva sociológica de tal liame fático-hierárquico. Neste sentido, será ventilada a inexistência de hiatos vazios de poder, a perspectiva da estrutura e da função da predominância de alguns seres sobre outros, além do importante papel do direito na regulamentação deste fato.

Em seguida, delinear-se-á o campo do exercício do poder no aspecto quantitativo, mas, substancialmente, com um enveredar qualitativo; além de um breve panorama sobre a possível, e comum, predominância de pequenos grupos oligárquicos organizados perante uma maioria dispersa.

Ato contínuo, apurar-se-á os motivos determinantes para a incidência do dispositivo pertinente a Oferta Pública Obrigatória nas hipóteses de

¹⁰ Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001) § 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001) § 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o caput, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001) § 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o caput. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001) § 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

alienação de Controle (OPA a posteriori¹¹). Nesse tópico abordou-se a maleabilidade aos conceitos de autonomia privada, liberdade contratual, e a regulamentação legal que impõe uma obrigação propter rem àquele adquirente do poder de controle.

No penúltimo capítulo será destrinchada a conflituosa doutrina sobre a real dimensão da ratio do enunciado normativo do art. 254-A, e sua delimitação para com o art. 116¹².

Por último, no capítulo derradeiro será proposta a eleição de um norte para a pacificação do entendimento acerca do cabimento da OPA obrigatória na contemplação do requisito da permanência do poder de controle no momento da alienação da universalidade acionária.

2) O FENÔMENO DAS RELAÇÕES DE PODER INTRASSOCIETÁRIAS

“Sabemos que ninguém toma o poder com o objetivo de abandoná-lo. Poder não é um meio, mas um fim. Não se estabelece uma ditadura para proteger uma revolução. Faz-se a revolução para instalar a ditadura. O objetivo da perseguição é o perseguido. O objetivo da tortura é a tortura. O objetivo do poder é o poder” em ORWELL, George. 1984. São Paulo: Ed. Cia das Letras, 2009, p 308.

Afora exemplos novelescos ou de manuais sobre príncipes que moram isolados num planeta próprio¹³, eremitas e naufragos em ilhas desertas,

¹¹ ROBERTA NIOAC PRADO denomina a OPA por alienação de controle de OPA a posteriori tendo em vista que ela ocorre “após e em consequência da alienação privada de controle de companhia aberta, sendo sua realização condição legal para que a transferência de controle seja eficaz”. PRADO, Roberta Nioac. Oferta Pública de Ações Obrigatórias nas S.A. – Tag Along – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 43. Diversamente, EDUARDO SECCHI MUNHOZ entende que seria melhor dizer que a OPA por alienação de controle é simultânea, pois constitui requisito do negócio de alienação, sendo uma parte integrante dele. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 289, nota de rodapé 18.

¹² Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

¹³ SAINT-EXUPÉRY, Antonie de Saint-Exupéry. Le Petit Prince. Paris : Éditions Gallimard, 1999.

dentro de qualquer contexto social a própria perspectiva de alteridade¹⁴ presume a existência de uma relação de poder.

Ou seja, num contexto qualquer em que haja mais de uma pessoa (rectius, um núcleo de interesse) necessariamente haverá uma relação explícita ou implícita de poder.

O fenômeno do poder por décadas atraiu a atenção dos estudiosos do direito, sempre na ênfase de um raciocínio binário sobre sua natureza: “este é um fato ou é um direito”?

Ultrapassados os dogmas dos destinatários naturais ao exercício do poder (como os déspotas divinamente “eleitos”), com a gradual democratização dos países ocidentais, e com o sentimento republicano contaminando os sentidos políticos; restaram minoritários aqueles que enxergam no poder como algo garantido pelo direito.

Entretanto, é curioso notar que durante a trajetória de debates¹⁵ sobre a estrutura do poder e sua natureza (direito ou fato reconhecível), pouca ênfase foi atribuída à sua função. Logo, “desinteressados” na natureza jurídica do domínio que exerciam, toda a autonomia possível foi assegurada àqueles que figuravam no pólo ativo de tais relações.

No entanto, se não seria adequado identificar o poder, em si, como um direito, mas apenas como um fato, por outro lado não é incomum que aqueles que estejam a viver tal lado ativo deste fato façam uso do direito como um instrumento para sua manutenção no status quo dominante. Ou seja, ao invés de uma aproximação binária (maniqueísta) e excludente de tal meandro, mais vale um estudo sistemático e aberto na interrelação analítica de ambos.

E apesar de um enfoque capitalista predominante, tal exercício da faceta

¹⁴ “A noção de poder sempre se dá em vista da relação de um agente com outro”. em PENNA, Paulo Eduardo. *Alienação de Controle de Companhia Aberta*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2012, p.23.

¹⁵ Conflitos doutrinários sobre a natureza jurídicas, por centenas de anos, serviram para desviar o foco dos reais problemas dos institutos juridicamente reconhecíveis. Numa das mais conhecidas disputas, JHERING e SAVIGNY protagonizarão uma série de textos que não se aprofundavam em questões mais relevantes sobre o fenômeno da posse: “O fato e o direito, tal é a antítese a que se reduz a distinção entre a posse e a propriedade. A posse é o poder de fato, e a propriedade o poder de direito sobre a coisa. Ambas podem achar-se com o proprietário, mas podem também separar-se, e isso acontecer de duas maneiras: ou o proprietário transfere a outrem tão-somente a posse, ficando com a propriedade, ou a posse lhe é arrebatada contra sua vontade” em JHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Campinas: Editora Russell, 2009, p.14.

ativa do domínio não ocorre apenas no viés econômico¹⁶, este também incide nas searas jurídicas, políticas¹⁷, religiosas, culturais, e ideológicas (além das hipóteses em que o poder é deflagrado pela justaposição de tais vetores).

Dentro de suas características mais relevantes, destaque-se a sua maleabilidade, sua evanescência, sua tendência de concentração, a sua diretriz mutante e temporária. Por exemplo, em sociedades explicitamente pautadas por castas socialmente consolidadas, o fenômeno do poder costumeiramente é identificado com famílias. Nestes núcleos familiares, a sucessão do de cujus automaticamente transfere¹⁸, não somente os bens, quase como uma decorrência do axioma de Saizine, o próprio status social antes portado pelo defunto.

Ou seja, em que pese a corriqueira expressão popular de que “determinada pessoa é poderosa”, o mais preciso seria afirmar que “esta mesma pessoa, de fato, está poderosa”. O velho brocardo do *tempus regit actum* seria, portanto, tão preciso para a regulação do direito intertemporal quanto para expressar o lapso momentâneo em que o fático poder é utilizado por alguém.

Como um corolário de tal raciocínio crítico não é difícil enxergar que os quatro pilares do direito privado, indiscutíveis aos olhos dos estudiosos

¹⁶ “é impressionante a questão do número de pessoas na reflexão de Bentham. (...) ele se defrontou com o problema da acumulação dos homens. Mas enquanto os economistas colocavam o problema em termos de riqueza (população-riqueza, como mão de obra, origem de atividade econômica, consumo; e população-pobreza, como excedente ou desocupada), ele coloca a questão em termos de poder: a população como alvo de relações de dominação”, em FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 25ª Edição, São Paulo: Ed. Graal, 2012.

¹⁷ “É bem verdade que, em sentido amplo, o Direito como um todo é político, porque suas fontes materiais se ordenam em função de relações de poder. Mas não está em análise o poder *social*, difusa e atomizadamente presente em qualquer agrupamento humano. Cuida-se, aqui, de uma modalidade específica, o poder político, como emanção da soberania do Estado. Este poder *político* singulariza-se por sua *amplitude*, incidindo sobre todas as pessoas e bens de um determinado território; por sua *função*, que é a de subordinar os interesses particulares ao interesse geral⁶⁸; e pelos *meios* de que se pode valer, notadamente a coação” em BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 68

¹⁸ No ambiente cultural cinematográfico, é clássica a cena da premiada película “O Poderoso Chefão III” em que o ator Al Pacino, na fase idosa de sua personagem que protagonizava a *cabeça* da máfia, resolve passar a chefia da organização ao seu sobrinho, interpretado pelo ator Andy Garcia. Após alguns segundos, os integrantes da organização já festejavam o novo *Don Corleone*; num ato muito próximo ao lema tradicional dos reinos monarquistas: “Rei morto, Rei posto”.

deste ramo, são corroboradores de uma função conservadora: o contrato, a propriedade, o casamento, e a herança.

Em suma, extirpadas algumas migalhas jurídicas excepcionais (como acesso aos bens de consumo mais essenciais), apenas os donos do poder terão capital para efetivamente contratar, serem proprietários de bens economicamente relevantes (os bens de produção), contrairão núpcias (em geral com pessoas de status quo equivalente), e, ulteriormente, deixarão patrimônio aos sucessores. Aos demais cabe o papel subsidiário de utentes dos mesmos institutos jurídicos, no sentimento real de um limbo do direito¹⁹.

Nesta esteira, o direito serve como instrumento²⁰ a proporcionar a estabilidade a um tipo de poder específico (o economicamente relevante), e não dissemina, portanto, sua função promocional-transformadora.

De outro lado, o fático poder não é preso à indivíduos²¹ necessariamente, sendo comum a utilização de expedientes diversos para a soma dos poderes individuais, para a constituição de um determinado grupo tal como as sociedades anônimas, os partidos políticos, as associações etc. Nos escopos de maior fragilidade do poder individual, não é nova a junção dos hipossuficientes (através dos sindicatos, por exemplo) para minorar os efeitos da assimetria de poder para com os mais fortes.

Uma segunda – e nefasta consequência – das décadas perdidas na

¹⁹ “Tudo ainda se reduz: a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de Direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do Direito Civil; para os demais, o limbo” em FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 116.

²⁰ “O direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas. O direito é a forma por excelência do discurso actuante (sic), capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele *faz* o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este” em BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução por TOMAZ, Fernando. 15ª Edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 237.

²¹ “O poder não é substancialmente identificado com um indivíduo que o possuiria ou que o exerceria devido a seu nascimento; ele se torna uma maquinaria de que ninguém é titular. Logicamente, nessa máquina, ninguém ocupa o mesmo lugar; alguns lugares são preponderantes e permitem produzir efeitos de supremacia. De modo que eles podem assegurar uma dominação de classe, à medida que dissociam o poder do domínio individual”. em FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 25ª Edição, São Paulo: Ed. Graal, 2012, p. 332.

discussão sobre a natureza jurídica do poder foi, para além da análise de suas funções, a rejeição dos ônus²² intitulados pelos detentores dos bônus (o poder em si).

No âmbito do Mercado de Capitais, verba grata, em especial nas entranhas do instituto das sociedades anônimas, um longo caminho foi travado até que a legislação bem delimitasse o “custo obrigacional”²³ incidente sobre o acionista que não exercesse ou detém o poder de controle.

Ou seja, mesmo dentro dos meandros mais egoísticos do capitalismo o texto legal norteia o exercício do poder com certo senso de alteridade. Outrossim, a legislação reconhece a existência de relações de poder endógeno à própria sociedade, e, desta forma, sinaliza a existência de responsabilidades²⁴ e as faculdades daqueles que ostentam a posição dominante.

Nesta esteira, a Lei repercute deveres qualitativamente diversos dependendo das consequências da titularidade. Não basta ser titular²⁵ de uma ação para exercer o poder de controle, posto que muitos minoritários, ainda que proprietários, não têm como ditar as políticas e caminhos a serem seguidos pela (também) sua companhia.

Outra reação jurídica ao poder de controle²⁶, conforme bem estipulado

²² “Quanto a esse segundo aspecto, é digno de nota que durante anos os documentos das companhias e as leis gerais da sociedade anônima multiplicaram os poderes e os tornaram cada vez mais absolutos, e que as cartas patentes incluíram um número crescente de cláusulas de imunidade e de renúncia a “direitos”. Parece não ter ocorrido aos redatores que, devido à própria natureza da entidade sociedade anônima, a responsabilidade anda de mãos dadas com o poder” em BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. A moderna sociedade anônima e a propriedade privada. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.204.

²³ “O poder, na verdade, não se exerce sem que custe alguma coisa. Existe evidentemente o custo econômico e Bentham fala sobre ele: quantos vigias serão necessários? Consequentemente, quanto a máquina custará? Mas existe também o custo propriamente político” em FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 25ª Edição, São Paulo: Ed. Graal, 2012, p. 330.

²⁴ “O homem que vive em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas que lhes pertençam na sua qualidade de homem; são poderes que lhes pertencem porque, sendo homem social, tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir tal dever” em DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ed. Servanda, 2008, p. 25.

²⁵ “O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela. E é neste sentido que deve ser interpretada a tese marxista acerca da concentração do capital, pois este conceito não designa, nessa teoria, coisas ou bens, nem mesmo uma relação de propriedade, mas uma manifestação de poder” em COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 3.

²⁶ “Controla uma sociedade quem detém o poder de comandá-la, escolhendo os seus administradores e definindo as linhas básicas de sua atuação. Esse poder funda-se no voto e se manifesta, basicamente, nas assembleias gerais, onde se exerce de forma ostensiva. Mas, mesmo fora das assembleias, continua a se exercer, de forma indireta, em face da dependência em que se colocam os administradores diante do titular

na LSA, é que a alienação do poder de controle (além de seu possível efeito aglutinante²⁷) faz incidir um dispositivo que permite a repartição parcial do valor atribuído ao poder de controle, tal como será abordado no capítulo quarto deste artigo.

No entanto, mesmo dentre aqueles estudiosos que não se encaixam na faceta reacionária do Direito Empresarial, há uma parcela considerável de autores que criticam o viés brasileiro de enquadramento aberto da relação de poder intrassocietária.

Tal corrente de pensamento propõe, como uma a maneira mais segura para o reconhecimento do poder de controle no caso concreto, a importação de princípios e padrões do direito Europeu, que adota um sistema de tratamento igualitário, baseado especialmente na imposição, àquele que adquirir um determinado percentual mínimo de ações, do dever de realizar uma oferta pública obrigatória para a aquisição das ações remanescentes²⁸.

Não obstante, tais autores não levam em consideração em suas análises os problemas específicos de cada um dos sistemas jurídicos e as possíveis soluções que o direito societário lhes deve endereçar, acabando por julgar irrelevante o fato de que o poder é um íter mutante, maleável, e que não se confunde com a estrita titularidade. Muitas vezes, através de veículos obrigacionais (como o acordo de acionistas) é possível aglutinar a soma de poder daqueles que, individualmente, não poderiam comandar uma companhia, mas que, no contexto global, o fazem aquém de vieses quantitativos estatísticos (exempli gratia 30%, 40%, 50%).

Ou seja, o exemplo histórico de que o positivismo legalista, modelo

do poder de controle. (...) Em suma, pode-se concluir que acionista controlador é todo aquele que tem o poder e o exerce efetivamente, imprimindo à sociedade a marca de sua atuação” em BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 13ª Edição revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 364 - 367.

²⁷ “Deve-se ponderar, ainda, que essas diferentes formas de poder social são, a um tempo, interdependentes e aglutinantes. Uma certa soma deles, em diversos setores, é a condição indispensável para a existência de um forte poder, num determinado campo. A partir de certo grau, a predominância política, para subsistir, deve combinar-se com um mínimo de força econômica e de autoridade moral. O titular de qualquer das formas de poder é levado, naturalmente, a adquirir outras. Tudo isso explica a incoercível tendência à concentração do poder, no curso da História” em COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 2.

²⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado. IN CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). Direito Societário – Desafios Atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.124

estaque e subsuntivo²⁹ de segurança jurídica, peculiar ao princípio da legalidade estrita (legal ou ilegal), deu azo à autonomia que permitiu o abuso do direito (que não era estritamente ilegal, mas o era funcionalmente); demonstra como critérios rígidos podem ser extremamente nocivos e injustos. Mas além da iniquidade, tal enveredamento crítico ignora outros dois fatores relevantes; quais sejam a complexidade das relações sociais e jurídicas, além do engendramento de artimanhas inteligentes para a fuga dos paradigmas legais.

Portanto, pode-se aplaudir a parcela da doutrina³⁰ que reconhece o acerto do critério legislativo que, ao reconhecer e apurar o exercício do poder, o faz através de critérios maleáveis e abertos.

A terceira e derradeira consequência daninha da carência de aprofundamentos teóricos funcionais nas relações de poder intrassocietárias esbarra na possível³¹ aplicação do modelo público de democracia ao espectro privado das sociedades anônimas abertas.

No entanto, para que se possa compreender com exatidão a proposta de um paralelo dos feixes de normatividade (*rectius*, a interpretação e a regulamentação) entre o público e o privado, é mister que se explique uma silenciosa batalha doutrinária brasileira no ramo do Direito Privado.

Enquanto alguns entes federativos estaduais³² se tornaram mais adeptos

²⁹ “Os horizontes do juiz são marcados pelas leis; se o juiz compreendesse o que há além, talvez não pudesse mais aplicá-las com tranqüilidade de consciência. É bom que não perceba que a função que nossa sociedade atribui à justiça é, com freqüência, a de conservar as injustiças consagradas nos códigos”. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995, p. 281.

³⁰ “Claude Champaud que, em sua estupenda tese sobre o poder de concentração da sociedade por ações, criticara essa indefinição doutrinária, acaba reconhecendo, mais recentemente, que o fenômeno pertence, realmente, àquilo que os juristas franceses sempre denominaram de *domaine du fait*. E adverte que o seu reconhecimento só pode provir de indícios presunções, e não de regras fixas e imutáveis, que constituiriam uma rede de malhas muito largas para recolher todas as manifestações do controle” em COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, P. 30.

³¹ “O pensamento da possibilidade contém sempre a abertura para a pesquisa. E o seu postulado é a pluralidade estrutural de toda situação em que nos podemos encontrar. Sua exigência ética não é a verdade ou a justiça absolutas, como para o espírito dogmático, mas, entre todas as possibilidades, a busca orientada para o melhor; uma exigência que somente o espírito radicalmente cético poderia negar, em nome de uma tentação absolutista revirada. Somente para o pensamento da possibilidade, a democracia, além de um meio, pode ser um fim e por isso, além de servir, deve ser servida. A democracia que assume como própria essa atitude do espírito dá-se o nome de democracia crítica” em ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 34.

³² Entre todos, em termos de produção bibliográfica, se destacam o Rio de Janeiro (e sua escolar do Direito Civil-Constitucional enveredado pelos Professores Titulares de Direito da UERJ, Gustavo Tepedino, Heloíza

da Constitucionalização do âmbito privado (com seus respectivos efeitos), a maioria das escolas³³ de direito do Brasil permaneceram partidárias da ótica divisória do Direito Público para com o Direito Privado.

Tal cisão de interpretação e procedimentalização jurídica, para além de segregações meramente metodológicas, resulta numa disparidade incontornável entre a denominada: a) eficácia direta dos preceitos fundamentais nas relações interprivadas; e b) na exegese do princípio da legalidade.

Trocando em miúdos, no tocante à eficácia direta dos preceitos fundamentais, enquanto a escola da Constitucionalização do Direito Privado, de certa forma, engessa o grau de autonomia nas relações privadas visando a maximização da igualdade e da solidariedade; a escola tradicional do Direito concebe a seara privada como o espaço, por excelência da liberdade (ou do que denominam de autonomia da vontade).

Quanto ao princípio da legalidade, a escola tradicional do Direito concebe o art. 5o, II, da CRFB³⁴, na fórmula de que no âmbito privado, “tudo seria permitido a não ser que expressamente proibido”. De outra monta, no tocante ao mesmo axioma, a escola da Constitucionalização do Direito Privado, interpreta a questão da autonomia³⁵ como algo destinado à tutela jurídica se e enquanto³⁶ promotoras dos valores e programas constitucionais.

Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, Daniel Sarmiento, Luis Roberto Barroso), o Paraná (e também sua escolar do direito Civil-Constitucional liderado pelo professor Luiz Edson Fachin, e demais professores da UFPR), o Rio Grande do Sul (e a pródica escola da PUC-RS na toada dos Professores Ricardo Aronne, Ingo Sarlet, além da UFRGS, com os Professores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem), e a Bahia.

³³ Entre todos os Estados que enveredam a perspectiva tradicional bipartite, destaque-se a escola da Faculdade de Direito da USP.

³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

³⁵ “Negli atti di autonomia privata, per contro, l’iniziativa individuale e libera di perseguire ogni interesse socialmente apprezzabile, di tal natura da richiedere e meritare la tutela giuridica secondo le vedute general i della coscienza social e, quali si rispecchiano nell’ordinamento (cod. civ. 1322 capv.). Certamente non e tutelato neppur qui il mero capriccio del singolo: giacché l’intento pratico delle parti, l’interesse óggettivamente riconoscibile da loro perseguito, deve anche qui potersi inquadrare e tipizzare - secondo l’esigenza del trattamento normativo - in funzioni economico-sociali degne di tutela (cap. III)” em BETTI, Emilio. Teoria generale Del Negozio Giuridico. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2002, p.323.

³⁶ “O simples consentimento de quem tem o direito não é suficiente para tornar lícito o que para o ordenamento é objetivamente ilícito, nem pode – sem retorno ao dogma da vontade como valor – representar um ato de autonomia de per si merecedor de tutela (art. 1.322, § 2, Cód. Civ.). Autonomia não é arbítrio: o ato de autonomia em um ordenamento social não se pode eximir de realizar um valor positivo” em PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 299.

Independentemente do viés ideológico de predileção do estudioso do Direito Empresarial, factualmente se deve reconhecer que o fenômeno da Governança Corporativa serviu para publicizar certos matizes tradicionais nos seios das companhias abertas. Tal tendência imperativa e evolutiva do mercado acaba por firmar um esteio predominante nas novas Sociedades Anônimas abertas, até mesmo para franquear e capturar a maior quantidade de possíveis acionistas.

Entre tantas características interessantes, que, por delimitação temática e metodológica, não serão devidamente aprofundadas neste artigo, muitas das idiosincrasias do chamado novo mercado se aproximam dos princípios do art. 37, da Carta Magna brasileira³⁷.

Portanto, no afã de maximizar a aproximação de investidores descontentes com o excessivo voluntarismo dos detentores do poder de controle, o próprio *mitier* acabou por vislumbrar na democratização do Mercado de Capitais uma forma de ampliação dos lucros. Em outras palavras, bem distante da imposição exógena, externa, e legalista, a autorregulação tende ao parâmetro publicista eis que esse é mais hábil à captura da poupança pública.

Contudo, há quem despreze a comparação da organização do poder, e o exercício do direito ao voto no âmbito republicano e aquele realizado no âmbito da companhia, até mesmo, afastando a correlação da democracia³⁸,

³⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

³⁸ “A comparação é anacrônica, porque a organização do poder, no direito societário, funda-se na medida da contribuição de cada acionista para a formação do capital social, ou seja, é parâmetro da força econômica dos partícipes do órgão. Ora, a democracia contemporânea repele, com veemência, qualquer fórmula censitária de organização do poder político. Se, nas origens do estado moderno, a ideologia privilegiava a opinião dos cidadãos mais ricos, porque haviam contribuído mais para a existência e manutenção do aparato burocrático (a figura do voto censitário, na Constituição Imperial brasileira, de 1824, é manifestação tardia dessa ideologia), desde há muito o correto, politicamente falando, é a desconsideração da desigual contribuição econômica para o estado na disciplina dos direitos da cidadania. A lembrança dos órgãos do estado democrático não é, assim, nada útil à compreensão do direito societário (...) Quando, porém, a maioria é medida pelo tamanho da contribuição, em recursos materiais, de cada pessoa, então a regra deixa de ser democrática. Assim, a aproximação da organização empresarial e da política importa um paralelo inexistente. Entre os sócios da sociedade empresária, não deve prevalecer o interesse do maior número deles; ao contrário, quem deu mais para a sociedade, em termos de dinheiro ou recursos materiais, está-se arriscando mais que os outros, e deve, por isso, ter assegurada a participação nas decisões da empresa proporcional ao risco. Para as organizações econômicas, os padrões democráticos de convivência política não são adequados. A vontade do sócio que mais contribui para a formação do capital social da sociedade limitada deve ter (e tem) maior influência sobre os rumos da empresa que a dos demais. As relações intrassocietárias, em suma, são antidemocráticas.”

tendo em vista que aos controladores são impostos uma série de deveres legais, inexistentes aos controlados, que afastam quaisquer argumentos voltados à finalidade equitativa.

Esta mesma corrente doutrinária acaba por tomar posição na ótica tradicional de repartição firme entre o âmbito público do privado, não aceitando a influência de um setor sobre o outro, diante de uma suposta incompatibilidade³⁹ de propósitos. De fato, não há como se negar certo pragmatismo analítico de tal parte da doutrina.

Por outro lado a mera constatação anexada a um tempero pessimista não deve frear a propositura de alternativas, ou o início de rupturas⁴⁰. Pode-se defender, aliás, que a resposta do próprio mercado visando minorar os efeitos não lucrativos da assimetria informacional⁴¹, e, especialmente, de poder nas relações intrassocietárias, termina por acatar, de forma indireta, a corrente da Constitucionalização do Direito Privado.

Destarte, é possível afirmar que a Governança Corporativa acaba por propugnar maior igualdade⁴² nas relações de poder endógenas às sociedades, reduzindo o espaço de autonomia dos controladores, e aumentando a

em COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 2, São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 14^o Edição, p.203 e 372.

³⁹ “Diz-se muitas vezes: - o espírito que deve presidir ao estudo do direito público não é o mesmo que deve inspirar o estudo do direito privado. Na verdade, não compreendemos o que isso quer dizer. Sempre julgamos que o espírito que se deve aplicar no estudo do direito é o espírito de justiça. É seguramente com esse espírito que se deve estudar o direito privado. Pretenderá alguém que se deva estudar o direito público com espírito diferente? Não podemos acreditá-lo” em DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ed. Servanda, 2008, p. 75.

⁴⁰ “Aos juristas cabe identificar problemas e propor soluções para melhorar a vida das pessoas, não meramente lastimar situações fáticas” em FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 4a Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

⁴¹ “By opportunism I mean self-interest seeking with guile. This includes but is scarcely limited to more blatant forms, such as lying, stealing, and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit. Both active and passive forms and both ex ante and ex post types are included (...)More generally, opportunism refers to the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse. It is responsible for real or contrived conditions of information asymmetry” em WILLIAMSON. Oliver E. The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting. New York: The Free Press, 2003, p. 47.

⁴² “Do ponto de vista prático, a ausência de democracia exprimiuiu-se, no espaço doméstico, na opressão da mulher e dos filhos, no seio da família patriarcal. Nas empresas, ela importou na exclusão do trabalhador e no amesquinamento dos poderes dos sócios minoritários nos processos decisórios. No espaço comunitário, das associações civis e movimentos sociais, ela tem conduzido à alienação dos grupos e setores menos organizados. Em suma, em todas as esferas da vida humana, a ausência de democracia produz basicamente um mesmo efeito: ela fortalece quem já é forte e enfraquece quem já é fraco, agravando a assimetria de poder e exponenciando a desigualdade, num círculo vicioso” em SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 311.

participação popular (dos acionistas) nas decisões das Companhias. Em suma, tal movimento promove, *mutatis mutandi*, maior democratização nas relações de poder que originariamente surgem como assimétricas⁴³.

3) O PODER MINORITÁRIO

“O juízo de uns poucos homens de discernimento vale mais que a opinião de uma turbamulta de ignorantes”.

PLATÃO. O banquete. São Paulo: Edipro, 2009, p. 49.

O reconhecimento de que minorias qualitativas são aptas à condução da maioria quantitativa não é algo inovador, mas questão de bom senso na percepção da esfera real do exercício de qualquer tipo de poder.

De outra monta, o não reconhecimento pelo direito de que o poder é exercido na hipótese do controle não-majoritário, importaria num indevido alvará para uma série de abusos.

No ambiente público, por exemplo, não há qualquer surpresa quando um determinado partido político, voltado à defesa dos interesses das classes economicamente dominantes, é vitorioso nas eleições de um país não desenvolvido. Ou seja, ainda que haja outras associações políticas voltadas às classes proletárias, numericamente predominantes perante o eleitorado cativo do primeiro partido, por inúmeras razões, a minoria originária acaba por prevalecer na condução de determinado país.

Causas das mais diversas podem influir na percepção da maioria quantitativa, na escolha de regência pela minoria numérica. Entre tantos motivos possíveis, o poder econômico, a eficiência política, a reputação, a empatia com determinado candidato, e a argúcia discursiva são algumas das ferramentas na estruturação do domínio, na aquisição de poder.

Contudo, tais meandros não exaurem a explanação para destrinchar todas as possibilidades de predomínio fático de uns poucos (os

⁴³ “Não há dúvida que estruturas de controle diluído são preferíveis, pois contribuem para a democracia acionária e, em última instância, social.” SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p.79.

denominados fatores reais de poder⁴⁴), perante a latência potencial havida, matematicamente, por outros tantos. Pois se é correto afirmar que a repercussão individual de votos é formalmente igualitária entre as pessoas, a aptidão para a participação política não o é.

No mesmo sentido, afora aqueles que acabam por eleger mandatários que, por erronia, essencialmente não os representem, há sempre uma parcela relevante que prefere a abstinência como *modus operandi* do exercício político. Neste quadrante, perante os dados de partida estatisticamente díspares entre o poder potencial de voto, uma paridade não-racional do exercício político acaba por trazer um desfecho matematicamente improvável: o controle minoritário.

Se para alguns qualquer paralelo entre a esfera pública e a privada (como discorrido no capítulo 2 supra) é desaconselhável e/ou inconciliável, mundo afora o mercado de capitais vivencia – esporadicamente – o fenômeno do controle minoritário em Companhias Abertas⁴⁵.

No clássico de BERLE & MEANS (A moderna sociedade anônima e a propriedade privada), os autores yankees já davam notícia do controle⁴⁶

⁴⁴ “Fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. (...) Estas razões explicam por que uma força organizada pode sustentar-se anos a fio, sufocando o poder, muito mais forte, porém desorganizado, do país” em LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Lumen Juris, Rio de Janeiro; 2011, p. 12 – 27.

⁴⁵ “No entanto, considerando a evolução, na última década, do mercado brasileiro e o início de um processo de dispersão das ações emitidas pelas companhias brasileiras, via mercado de capitais, como visto anteriormente, é inegável a existência de um controle exercido, de fato, por acionistas detentores de parcela acionária inferior à maioria absoluta do capital social (...) Partindo da ideia de que controle minoritário é aquele exercido por acionista titular de porção inferior à metade das ações de emissão de uma companhia, é fundamental verificar-se que sua possibilidade efetiva de configuração depende da existência de grandes companhias que possuam alto grau de dispersão acionária. A pulverização acionária é, portanto, figura indispensável para a verificação do controle minoritário. Tal pulverização pode ocorrer no que toca ao sistema de controle de determinada economia ou apenas no tocante a uma dada sociedade por ações. Deve-se salientar, ainda, que o absentismo também contribui para a formação do controle minoritário, pois as decisões em assembleia geral acabam sendo tomadas por uma minoria ativa, que detém menos de 50% do capital da companhia. Trata-se de comportamento que tende a ocorrer com a democratização do mercado de capitais e que, portanto, tende a ocorrer mais no Brasil daqui por diante” em MARTES, Camilla Ribeiro. *YOSHINAGA, Estehr Seiko. e LONGHI, Maria Isabel C. Sica. “A Alienação do Controle Minoritário”*, em ORG. PENTEADO, Mauro Rodrigues. MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Mercado de Capitais Brasileiro*. Ed. Quartier Latin; São Paulo, 2012, p.40 e 41.

⁴⁶ “Essa separação de funções nos obriga a reconhecer o “controle” como algo independente da propriedade, por um lado, e da administração, por outro. Até aqui falamos em termos familiares sobre a sociedade anônima, seu tamanho, a propriedade de suas ações. Embora tenhamos descrito uma nova forma de organização econômica, nossa descrição foi feita com elementos bem conhecidos. Mas o divórcio entre controle e propriedade não é ideia familiar. O controle é um produto característico do sistema de sociedade

gerencial e do controle minoritário nas gigantescas companhias ferroviárias norte-americanas desde o final do século 19. Para tanto, seja pela abstinência participativa da maioria, ou pela eficiente estruturação⁴⁷ dos acionistas minoritários dominantes, o fato é que se todo investidor detém o animus da mais valia, nem todos eles detêm o interesse no exercício político.

Logo, conforme as prescrições legais, o poder de controle não é auferido segundo a titularidade em abstrato da maior quantidade de ações, per se, mas segundo o exercício efetivo do bloco acionário que resulta no domínio da Companhia. Em outras palavras, a legislação pertinente enxerga o controle, *mutatis mutandi*, de modo semelhante à forma pela qual o estagirita⁴⁸ vislumbrava a “virtude”: como exercício e não meramente potência.

Portanto, é mister frisar que para o ambiente do mercado e pelas diretrizes regulatórias, o coeficiente acionário não é isoladamente o fator que infere o controle, podendo este ser maior ou menor do que os “50% mais um voto”⁴⁹.

anônima. Como a soberania, seu equivalente no campo político, é um conceito fugidio, pois raramente se consegue isolar ou definir o poder com clareza. Como a direção de uma sociedade anônima é exercida por um conselho de diretores, podemos dizer, para simplificar, que o controle está em mãos do indivíduo ou grupo que tem o poder efetivo de selecionar o conselho de diretores (ou sua maioria), seja mobilizando o direito legal de escolhe-los – “controlando” a maioria dos votos de uma forma direta ou através de algum mecanismo legal -, seja exercendo pressão que influencia a sua escolha. Ocasionalmente se usa de um certo grau de controle, não através da escolha dos administradores, mas de imposições aos diretores, como quando um banco determina a política, de uma empresa seriamente endividada com ele. Mas, na maioria dos casos, se se consegue determinar efetivamente quem tem o poder de selecionar os diretores, localiza-se o grupo de indivíduos, que por uma questão prática, pode ser considerado “o controle” em BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. A moderna sociedade anônima e a propriedade privada. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.85.

⁴⁷ “A rigor, um controle minoritário bem estruturado, em companhia com grande pulverização acionária, pode atuar com a mesma eficiência que um controle majoritário” em COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p.51.

⁴⁸ “E tal como nos Jogos Olímpicos as coroas de flores da vitória não são concebidas aos mais belos e mais fortes indivíduos presentes, mas àqueles que participam das competições (visto que é entre estes que são encontrados os vencedores), são aqueles que agem corretamente que ganham os prêmios e as coisas boas da vida (...) Amizade é prática. Acontece com a amizade como acontece com as virtudes” em ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2007, p. 53 e 242 .

⁴⁹ “O legislador optou por não exigir a propriedade de percentual mínimo de ações votantes para caracterizar a figura do acionista controlador; assim, deve ser examinada cada situação em particular para que possa ser detectado quem é o titular do controle acionário. A orientação adotada na Lei das S.A. é no sentido de identificar a figura do acionista controlador como aquele que, de fato, comanda os negócios sociais, fazendo prevalecer, de modo permanente, sua vontade nas deliberações assembleares, elegendo a maioria dos administradores da companhia e utilizando o seu poder para determinar, efetivamente, os rumos da sociedade. Tal preponderância da vontade do acionista controlador pode ocorrer diretamente, quando ele é acionista da companhia, ou indiretamente, quando ele é acionista controlador a sociedade controladora” em ELZIRIK, Nelson. Mercado de Capitais Regime Jurídico. Ed. Renovar; Rio de Janeiro, 2011. 3ª edição, revista e ampliada, p.390.

Tal parâmetro de incertezas (*rectius*, a inexistência de um percentual fechado na determinação da relação de controle) não é de todo criticável, eis que mesmo na hipótese de uma adoção normativa que levasse ao resultado da certeza quantitativa, tal diretriz não seria, ainda, suficiente. Factualmente, como bem observa a doutrina, a titularidade de ações, por maior que seja, não basta à deflagração do controle, tendo em vista: i) a dissociação entre propriedade e controle⁵⁰; e ii) que o exercício do poder, no intuito de se definir o acionista controlador, não se confunde com sua mera possibilidade.

Destarte, até mesmo por metodologia conceitual, é corriqueira a confusão doutrinária acerca das expressões minoritário e majoritário, visto que, por vezes, os estudiosos se utilizam de tais significantes num contexto numérico, e noutras oportunidades os referem num ambiente de exercício efetivo⁵¹ da esfera qualitativa. Fato é que com tais substituições conceituais⁵² uma séria de entraves comunicativos se alastram, catalisando a insegurança jurídica já existente nesse complexo ramo do direito.

Outrossim, filosoficamente, numa companhia aberta de titularidade pulverizada de ações, excluídos os que não desejam participar ativamente do perfil político Sociedade Anônima, pode-se afirmar que o controle numericamente minoritário é, simultaneamente, “qualitativamente majoritário” entre os acionistas ativos politicamente.

⁵⁰ Vide hipóteses em que o controle é exercido pela diretoria na qual inexistente um acionista, ou mesmo, em casos de controlador externo como um grande credor da Companhia que influi, diretamente, em suas decisões.

⁵¹ “Para entender as relações de poder entre os acionistas, devem-se distinguir, inicialmente, duas posições: O acionista controlador e a minoria acionária. Deve-se ressaltar, logo de início, que essas posições não refletem, necessariamente, uma relação quantitativa, proporcional à contribuição dada à formação da companhia. Em outros termos, nem sempre a minoria acionária, malgrado o nome, reúne os detentores das menores parcelas do capital social. Pelo contrário, muitas vezes, em razão dos mecanismos de organização do poder utilizados (item 2.1), o controle da sociedade anônima está nas mãos de quem contribuiu com parcela reduzida para a constituição do capital social. Não há relação direta entre o poder e a proporcionalidade na subscrição das ações da companhia. Os negócios sociais podem ser dirigidos pelos acionistas que menos aportes realizaram na sociedade. Em contrapartida, os acionistas aliados das deliberações sociais podem ser os que mais recursos investem na empresa. Quando se fala, portanto, em maioria e minoria, no contexto das relações entre acionistas, as expressões não dizem respeito à maior ou menor participação no capital social, mas, sim, à maior ou menor influência na condução dos negócios da sociedade” em COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 2, São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 14ª Edição, p.284.

⁵² “O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou - se não for - como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz” em BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001, P. 15.

Para tanto, além da abstinência da maioria quantitativa, a minoria qualitativamente dominante deverá se valer da eficiência⁵³ no regime de controle, costumeiramente através da eleição de holdings⁵⁴, acordos de acionistas, além de outros instrumentos jurídicos que corroborem com seu afã.

Portanto é possível concluir que dentre as relações de poder intrassocietárias, a Lei 6.404/76, incide equitativamente, no tocante aos direitos e deveres, do controlador minoritário, enquanto este efetivamente dominar politicamente a Companhia. Tal proceder é compatível com a segurança jurídica buscada nos mercados de capitais, minimizando a margem de abuso ao controlador que, eventualmente, opte por critérios numéricos para afastar ou camuflar a sua responsabilidade na qualidade de líder societário.

4) A OFERTA PÚBLICA PARA AQUISIÇÃO DE AÇÕES (OPA)

“La circolazione del titolo azionario, implicando la circolazione della posizione di sócio, determina la sostituzione dell’acquirente all’alienante in tutte le posizioni soggettive inerenti all’azione” FERRI, Giuseppe. Manuale Di Diritto Commerciale. 30ª Edição, Milanofiori: UTET Giuridica, 2012, p. 352.

A oferta pública para aquisições de ações, também conhecida como OPA, nada mais é do que uma declaração unilateral de vontade por meio da qual o proponente manifesta, por determinado prazo, sua intenção de comprar parte ou todas as ações em circulação de uma companhia, a um preço determinado e segundo condições previamente estabelecidas.⁵⁵

A oferta pública por encerrar uma declaração unilateral de vontade feita a sujeito indeterminado, mas determinável, constitui uma proposta

⁵³ “Necessário fazer circular os efeitos do poder, por canais cada vez mais sutis, chegando até aos próprios indivíduos, seus corpos, seus gestos, cada um de seus desempenhos cotidianos. Que o poder, mesmo tendo uma multiplicidade de homens a gerir, seja tão eficaz quanto se ele se exercesse sobre um só” em FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 25ª Edição, São Paulo: Ed. Graal, 2012, p. 326.

⁵⁴ “É evidente que, em um dispositivo como um Exército ou uma oficina, ou um outro tipo de instituição, a rede do poder possui uma forma piramidal. Existe, portanto um ápice; mas, mesmo em um caso tão simples como esse, o “ápice” não é a “fonte” ou o “princípio” de onde todo o poder derivaria como de um foco luminoso (esta é a imagem que a monarquia faz dela própria). O ápice e os elementos inferiores da hierarquia estão em uma relação de apoio e de condicionamento recíprocos; eles se “sustentam” (o poder, “chantagem” mútua e indefinida)” em FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 25ª Edição, São Paulo: Ed. Graal, 2012, p. 335.

⁵⁵ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flavia; HENRIQUES, Marcos de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 3.ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.569

irrevogável, obrigando o ofertante nos termos dos arts. 427⁵⁶ e 429⁵⁷ do Código Civil.

Nesse sentido, o procedimento da OPA tem como finalidade garantir que qualquer pessoa que deseje, ou que esteja legalmente obrigada, a adquirir quantidades significativas de ações emitidas por uma companhia aberta apenas possa fazê-lo caso ofereça a todos os acionistas (titulares de ações de uma mesma classe e espécie daquelas objeto da oferta pública) a oportunidade de venderem suas ações, simultaneamente e mediante um tratamento equitativo.⁵⁸

Desse modo, as regras pertencentes à oferta pública para a aquisição de ações devem ser aplicadas a qualquer companhia aberta, uma vez que a lei não estabeleceu qualquer distinção entre categorias de companhias abertas⁵⁹. Ademais, no tocante a OPA por alienação de controle, tanto no regime atual, assim como no texto original do antigo art. 254 da Lei 6.404/76, não se fala de oferta pública para a alienação de controle de companhia fechada.⁶⁰

Atualmente, as diversas modalidades de ofertas públicas para aquisições

⁵⁶ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

⁵⁷ **Art. 429.** A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

⁵⁸ “Nesse sentido, a Instrução CVM nº 361/2002, conforme alterada pelas instruções CVM nº 436/2006, 480/2009 e 487/2010, expressamente estabeleceu que a OPA deve ser ‘sempre dirigida indistintamente aos titulares de ações de da mesma espécie e classe daquelas que sejam objeto da OPA’, bem como ‘realizada de maneira a assegurar tratamento equitativo aos destinatários, permitir-lhes a adequada informação quanto à companhia objeto e ao ofertante e dotá-la dos elementos necessários à tomada de uma decisão refletida e independente quanto à aceitação da OPA’ (artigo 4º, inciso I e II)”. EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcos de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 3.ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.569 – 570

⁵⁹ “Não pode a CVM, no uso da atribuição regulamentar que lhe foi delegada pelo § 3º do art. 4º da Lei das S/A, com redação que foi dada pela Lei 10.303/2001, ao classificar as companhias em categorias, especificar que a uma das categorias – a das emissoras de ação, por exemplo – aplica-se o comando do art. 254 –A, mas a outra – emissoras de debêntures e bônus de subscrição – não se aplica. (...) as normas que a CVM pode especificar como aplicáveis a uma categoria de companhia aberta, mas não a outra, são unicamente as regulamentares, não as normas legais.” CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. A nova Lei das S/A. São Paulo: Saraiva, 2002, p.391

⁶⁰ Criticando a inexistência de regra semelhante para as companhias fechadas MAURO RODRIGUES PENTEADO leciona que esse tratamento dicotômico dado as companhias abertas e fechadas “soa injustificado, uma vez que nas companhias fechadas os acionistas minoritários encontram maiores dificuldades para vender suas ações, a preço equitativo”. PENTEADO, Mauro Rodrigues. Apontamentos sobre a alienação do controle de companhia aberta. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. V. 76. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p.17

de ações, previstas ou não na Lei das S/A, encontram-se reguladas pela instrução CVM 361/2002, que, em seu art. 2º além de especificar suas modalidades, ainda fornece uma breve definição de cada uma.⁶¹

Entretanto, tendo em vista o direcionamento do presente trabalho, é interessante o esteio da OPA prevista no art. 2º, III, da instrução CVM 361/2002, ou seja, a OPA por alienação de controle.

A alienação de controle é uma operação de caráter privado decorrente de uma previa negociação e acordo entre o acionista controlador e o adquirente do controle, na qual os mesmos elegem as formas e condições pelo qual o negócio irá se realizar.

No foco de tal operação tem-se o valor intrínseco do controle, a qual é atribuído um valor próprio, que não se confunde com a cessão de ações individualmente consideradas, ainda que em montante significativo⁶². Isto porque, a cessão de controle traz consigo a capacidade de determinar o destino da própria sociedade.⁶³

Por esse motivo, as ações integrantes do bloco de controle de uma sociedade possuem, normalmente, um valor de mercado superior as

⁶¹ “Art. 2º - A Oferta Pública de Aquisição de ações de companhia aberta (OPA) pode ser de uma das seguintes modalidades: I - OPA para cancelamento de registro: é a OPA obrigatória, realizada como condição do cancelamento do registro de companhia aberta, por força do § 4º do art. 4º da Lei 6.404/76 e do § 6º do art. 21 da Lei 6.385/76; II - OPA por aumento de participação: é a OPA obrigatória, realizada em consequência de aumento da participação do acionista controlador no capital social de companhia aberta, por força do § 6º do art. 4º da Lei 6.404/76; III - OPA por alienação de controle: é a OPA obrigatória, realizada como condição de eficácia de negócio jurídico de alienação de controle de companhia aberta, por força do art. 254-A da Lei 6.404/76; IV - OPA voluntária: é a OPA que visa à aquisição de ações de emissão de companhia aberta, que não deva realizar-se segundo os procedimentos específicos estabelecidos nesta Instrução para qualquer OPA obrigatória referida nos incisos anteriores; V - OPA para aquisição de controle de companhia aberta: é a OPA voluntária de que trata o art. 257 da Lei 6.404/76; e VI - OPA concorrente: é a OPA formulada por um terceiro que não o ofertante ou pessoa a ele vinculada, e que tenha por objeto ações abrangidas por OPA já apresentada para registro perante a CVM, ou por OPA não sujeita a registro que esteja em curso.”

⁶² FRANCO, Vera Helena de Mello. Considerações sobre as ofertas públicas para aquisição de ações (OPAs) – estado atual da questão. Revista de direito mercantil, industrial, Econômico e Financeiro. V.144, São Paulo: Malheiros, 2006, p.17

⁶³ “É nesse ponto que aparece a realidade específica do poder de controle societário, inconfundível com as próprias ações cedidas. A cessão de 51 % das ações votantes de uma companhia difere da cessão de 49% dessas ações, não apenas por razões de ordem quantitativa, mas sobretudo pela diversidade qualitativa de objeto. Essa diferença de 2% não é apenas numérica, pois importa a alienação de outro bem econômico diverso dos títulos acionários. No primeiro caso, aliena-se, com a maioria das ações votantes, o poder de decidir e comandar na sociedade, em última instância.” COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p.229.

demais ações negociadas no mercado secundário. Esta diferença entre o valor atribuído às ações que integram o bloco de controle e as demais ações pertencentes aos acionistas minoritários é usualmente denominada como “ágio” ou “prêmio de controle”⁶⁴.

No Brasil, além dos textos normativos oriundos da CVM, a alienação de controle acionário é disciplinada por textos advindos de três fontes distintas: (I) pela Lei 6.404/76 (Lei das S/A), que cuida do tema sob o título alienação de controle, em seus arts. 254–A a 256; (II) mediante a autorregulamentação⁶⁵, através de preceitos da BM&FBOVESPA, em especial no regulamento do Novo Mercado, que trata da matéria na Seção 8, sob o título Alienação de controle; e (III) através de cláusulas estatutárias, nos estatutos sociais das companhias da OPA por atingimento de participação mínima⁶⁶.

De outra monta, no presente trabalho o enfoque será, apenas, a alienação de controle disciplinada pela Lei 6.404/76 em seu art. 254-A.

No ordenamento jurídico brasileiro, a OPA por alienação de controle de companhia aberta passou a ser exigida a partir do advento do Lei 6.404/76, em que o art. 254 impunha ao adquirente do controle acionário a obrigação de estender aos demais acionistas o mesmo preço que havia pago ao alienante pelas ações pertencentes ao bloco de controle.

Contudo, a Lei 9.457/97 revogou expressamente o art. 254 e os §§ 1º e

⁶⁴ “O ágio eventualmente pago representa na verdade, o somatório dos seguintes elementos: prêmio de controle; poder político de eleger a maioria dos administradores, fiar-lhes a remuneração e orientar a condução dos negócios da companhia; expectativa de resultados a serem obtidos a partir da condução dos negócios pelo novo controlador; ativos não reconhecidos nas demonstrações contábeis, que pertencem à sociedade e não ao seu acionista controlador, tais como marcas, tecnologia, qualificação dos funcionários, os quais podem ter, para o adquirente do controle, valor superior ao atribuído pelo mercado; eventuais expropriações (private benefits of control): apropriações indevidas em benefício do controlador ou de terceiros e em detrimento dos acionistas não-controladores da companhia (...)”. ANDREZO, Andrea Fernandes. A alienação de controle de companhia aberta e a recente reforma da legislação societária – efetivo avanço? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, Malheiros, v. 130, abr./jun. 2003, p. 172

⁶⁵ “No Brasil, trata-se de uma autorregulamentação mitigada, pois deriva de autorização legal e sujeita-se a ampla intervenção e fiscalização da CVM.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.285, nota de rodapé 1.

⁶⁶ “A poison pill estatutária mais utilizada pelas companhias abertas brasileiras consiste em cláusula estabelecendo que a aquisição de determinado percentual de ações de emissão da companhia no mercado (15%, 20%, 25%...) gera, para o adquirente, o dever de realizar Oferta Pública de Aquisição de ações (OPA) dirigida a todos os demais acionistas” CARVALHOSA, Modesto. *As poison pills estatutárias na prática brasileira – alguns aspectos de sua legalidade*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro (Org). *Direito societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.25

2º da Lei 6.404/76, retirando, assim, do ordenamento nacional a figura da oferta pública obrigatória para alienação do poder de controle.⁶⁷

A oferta pública para a aquisição de ações como condição para a alienação do controle ressurgiu com a edição da Lei nº 10.303/2001, mediante a inserção do art. 254-A na Lei das S/A.

A primeira inovação concernente a alienação do poder de controle diz respeito ao preço diferido a ser pago na oferta pública. Neste sentido, ao invés de obrigar o adquirente do controle a estender aos minoritários as mesmas condições oferecidas pelas ações integrantes do bloco de controle, zelando pelo tratamento igualitário ao minoritário, o referido art. 254-A determina que ele deve pagar aos minoritários titulares de ações com direito a voto, um preço mínimo de 80% por cento do valor pago por ação integrante do bloco de controle.

Desse modo, rompeu-se com o tratamento igualitário que prevalecia no passado, consagrando-se na legislação o reconhecimento de um valor econômico ao bloco de controle da companhia aberta, justificando-se, assim, que as ações integrantes do bloco de controle recebam um preço superior ao dos minoritários, por ocasião de sua alienação⁶⁸.

Ademais, diferentemente de seu texto predecessor, o preceito expresso no art. 254-A disciplina que a oferta pública de aquisição de ações em decorrência da alienação de controle da companhia aberta somente é destinada (obrigatoriamente) aos titulares das ações com direito de voto que não integram o bloco de controle.

Nesse sentido, os titulares de ações preferenciais, salvo no caso do Estatuto Social conferir a tais ações o direito de voto, não terão direito a vender suas ações por ocasião da alienação do controle da companhia aberta⁶⁹.

⁶⁷ Para uma análise detalhada acerca da evolução histórica do instituto ver: CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 385 - 390; MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.290 – 294.

⁶⁸ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flavia; HENRIQUES, Marcos de Freitas. *Mercado de Capitais – regime jurídico*. 3.ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.607

⁶⁹ Criticando tal posicionamento adotado pelo legislador ANDREA FERNANDES ANDREZO destaca que: "em toda a argumentação anteriormente apresentada para defender a obrigatoriedade da OPA por alienação de controle, não há qualquer diferenciação entre acionistas não-controladores titulares de ações com e sem direito de voto. Todos contribuem nas mesmas condições para a capitalização da companhia e para sua valorização, bem como encontram-se igualmente sujeitos à expropriação por parte do acionista controlador. Argumentar que o tag along somente deve ser assegurado aos minoritários titulares de ações com direito de

O art. 29 da instrução CVM 361/2002 foi ainda mais restritivo, estabelecendo que a OPA por alienação de controle se destina apenas “as ações de emissão da companhia às quais seja atribuído pleno e permanente direito de voto, por disposição legal ou estatutária”. Assim, não são destinatários da oferta pública as ações preferenciais que tenham adquirido direito de voto temporário em razão da não distribuição de dividendos, nos termos do art. 111, § 1º, da Lei 6.404/76, bem como aquelas com voto restrito, isto é, aquelas que tenham direito de voto apenas em determinadas matérias expressas no Estatuto Social⁷⁰.

Nos termos do § 1º do art. 254-A, caracteriza a alienação de controle a transferência direta ou indireta de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordo de acionistas, de valores mobiliários conversíveis em ações com direito de voto, a cessão de direitos de subscrição de ações e outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações.

Analisado tal dispositivo em conjunto com o § 4º, do art. 29, da Instrução CVM nº 361/2002⁷¹, se chega a duas conclusões a respeito do tema.

A primeira delas é que o conceito de alienação de controle não abrange apenas a venda direta das ações que compõe o bloco de controle, em que o acionista controlador ou os acionistas integrantes do bloco de controle transferem diretamente o controle da companhia a um terceiro⁷², mas também os casos de alienação do controle indireto, que ocorre mediante

voto, pois somente estes tem ligação com o controle da companhia, é distorcer a realidade dos fatos. Sabe-se que esses acionistas, assim como os preferencialistas sem direito de voto, não interferem na condição dos negócios de quase totalidade das companhias abertas brasileiras, em que há concentração do capital votante nas mãos de um único acionista.” ANDREZO, Andrea Fernandes. A alienação de controle de companhia aberta e a recente reforma da legislação societária – efetivo avanço? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Malheiros, v. 130, abr./jun. 2003, p. 174

⁷⁰ CARVALHOSA e EIZIRIK consideram essa restrição imposta pela CVM ilegal, afirmando que “se os titulares de ações preferenciais adquirirem o direito de voto, nos termos do art. 111, §º da Lei das S/A, também devem ser incluídos como destinatários da oferta pública decorrente da alienação de controle acionário, uma vez que o art. 254-A não estabelece qualquer requisito quanto ao caráter de maior ou menor permanência do direito de voto, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não o faz.” CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. A nova Lei das S/A. São Paulo: Saraiva, 2002, p.392

⁷¹ “Art. 29, §4º. Para os efeitos desta instrução, entende-se por alienação de controle a operação, ou o conjunto de operações, de alienação de valores mobiliários com direito a voto, ou neles conversíveis, ou de cessão onerosa de direitos de subscrição desses valores mobiliários, realizada pelo acionista controlador ou por pessoas integrantes do grupo de controle, pelas quais um terceiro, ou um conjunto de terceiros representando o mesmo interesse, adquira o poder de controle da companhia, como definido no art. 116 da Lei 6.404/76.”

⁷² ANDREZO, Andrea Fernandes. A alienação de controle de companhia aberta e a recente reforma da legislação societária – efetivo avanço? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Malheiros, v. 130, abr./jun. 2003, p. 170

a alienação de sociedade controladora de companhia aberta, e também os casos de alienação por etapas, que é aquela implementada por meio de uma sequência encadeada de operações que, ao longo de um determinado período, resulta na alienação do controle de companhia aberta⁷³.

A segunda conclusão é que não há a necessidade de ocorrer a transferência de todas as ações do bloco de controle para caracterizar a alienação de controle, devendo apenas que tal alienação “venha a resultar na alienação de controle” (parte final do § 1º do art. 254-A).

Conforme bem destacou EDUARDO SECCHI MUNHOZ, a parte final do § 1º do art. 254-A fortaleceu a tese de que, para qualificar o negócio de alienação de controle, o foco deveria estar no resultado da operação e na perspectiva do adquirente, e não no seu objeto (bloco de ações suficientes para conferir o controle) ou no ângulo do alienante.⁷⁴

Nesse sentido, não seria necessário que o antigo controlador alienasse a totalidade de suas ações ao adquirente para que ficasse caracterizado a alienação de controle, bastando apenas que com tal transferência o terceiro adquirente se torne titular de ações suficientes para lhe assegurar o controle e ter o poder de dirigir as atividades sociais⁷⁵.

Com relação ao terceiro adquirente, ressalta-se que devem ser considerados terceiros em relação aos acionistas integrantes do grupo de controle não apenas aqueles que não detinham qualquer relação com os antigos controladores, mas também aqueles que, apesar de integrarem o bloco de controle, possuíam uma posição minoritária em tal bloco⁷⁶.

Assim, também incidirá o tipo legal quando ficar demonstrado que houve uma mudança da vontade dominante dentro do bloco de controle, pelo fato de o adquirente, antes minoritário no bloco de controle, passe

⁷³ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. A nova Lei das S/A. São Paulo: Saraiva, 2002, p.403

⁷⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p.298

⁷⁵ Porém, deve-se destacar que é indispensável para a aplicação do art. 254-A da Lei das S/A que ocorra alguma transferência de ações, ou de direitos sobre elas, pelo acionista controlador ou, pelo menos, por um dos integrantes do grupo de controle para acarretar a alienação do controle acionário. Desse modo, o art. 254-A não se aplica a companhias sem acionista controlador, nos casos de aquisição originária de controle, em que o novo acionista tenha adquirido o controle mediante a compra de ações não integrantes do bloco de controle, ou, ainda, nos casos em que um grupo de acionistas passe a exercer o controle por meio de um acordo de acionistas.

⁷⁶ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flavia; HENRIQUES, Marcos de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 3.ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.614.

a ser titular da maioria dos votos e ter a capacidade de exercer o domínio da atividade social.

Destaca-se, ainda, que a aquisição de controle, com a efetiva mudança no comando das atividades empresariais, precisa ter ocorrido a título oneroso. Ou seja, somente incidirá a regra estabelecida no art. 254-A nas operações em que haja um pagamento pelas ações, ou direitos sobre elas, que ensejem a transferência do poder de controle⁷⁷.

Não obstante, nos termos do art. 254-A da LSA, a realização da OPA deve constituir-se em condição suspensiva ou em condição resolutiva da alienação de controle de companhia aberta.

Conforme relata ROBERTA NIOAC PRADO, a cláusula que previr a obrigação do adquirente do controle realizar a OPA será suspensiva ou resolutiva tendo em vista se este recebeu ou não do controlador a titularidade das ações que asseguram o poder de controle da companhia aberta. Desse modo, a condição será suspensiva quando não permitir ao adquirente o exercício do controle antes da realização da OPA; por outro lado, será resolutiva a condição se o adquirente do controle puder exercê-lo desde logo, ou seja, sempre que a transferência do bloco de controle tiver ocorrido antes da efetivação da OPA.⁷⁸

Por tal razão, e tendo em vista a costumeira preocupação com a esfera jurídica do adquirente, são raras as hipóteses em que a incidência da cláusula estatutária preveja uma OPA de bojo suspensivo.

Cabe destacar, por derradeiro, o instituto denominado “prêmio de permanência” instituído pelo § 4º do art. 254-A. Segundo tal prescrição, o adquirente do controle acionário poderá oferecer aos acionistas minoritários, como alternativa à venda da integralidade de suas ações, a opção de permanecer na companhia mediante o recebimento de um

⁷⁷ “Hipótese diferente, todavia, é a alienação de controle sem pagamento de qualquer ágio pelo adquirente do controle. Nesse caso, há obrigatoriedade para o adquirente do controle de realizar oferta pública para adquirir as ações dos acionistas minoritários, uma vez que a existência de ágio na operação não é um requisito legal para a obrigatoriedade de oferta pública e também não há, na legislação, qualquer ressalva em relação a essa hipótese.” ANDREZO, Andrea Fernandes. A alienação de controle de companhia aberta e a recente reforma da legislação societária – efetivo avanço? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Malheiros, v. 130, abr./jun. 2003, p. 171

⁷⁸ PRADO, Roberta Nioac. Oferta Pública de Ações Obrigatórias nas S.A. – Tag Along – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 178 – 179.

prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle⁷⁹.

O pagamento do prêmio não consiste em um procedimento alternativo à oferta pública, que é obrigatória conforme disposição expressa de lei (art.254-A), mas sim em uma faculdade⁸⁰, a ser adotada cumulativamente com a oferta pública. Tal opção permite aos acionistas minoritários o direito de participar do prêmio de controle, sem que com isso sejam obrigados a vender suas ações.

5) A INCIDÊNCIA LEGAL DO 254-A NA TRANSFERÊNCIA DO PODER MINORITÁRIO

“soprattutto nelle società ad elevata capitalizzazione e con azionario diffuso, è possibile che si abbia una posizione di controllo di fatto anche com una partecipazione inferiore al 30%” AULETTA, Giuseppe. SALANITRO, Niccolò. Diritto Commerciale. 19ª Edição, Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 278.

O desenvolvimento do mercado de capitais nos últimos anos, especialmente no âmbito do novo mercado⁸¹, veio acompanhado de uma tendência a uma maior dispersão acionária das companhias brasileiras, afetando diretamente as questões ligadas à transferência do controle acionário.

Isto porque, quanto maior a dispersão acionária, diferente será a forma de

⁷⁹ A Instrução CVM nº 361/2002 em seu art. 30, §4º, admite que outras modalidades de prêmio sejam adotadas na OPA por alienação de controle, a requerimento do ofertante, desde que: I - permaneça facultada aos destinatários da oferta a aceitação da própria OPA;II - seja concedida aos aceitantes da oferta de prêmio a faculdade de que trata o § 2º do art. 10 da mesma instrução, abatendo-se do preço devido em caso de exercício da faculdade a quantia que já houver sido recebida como pagamento do prêmio; e; III - as condições da oferta de prêmio sejam equitativas.

⁸⁰ Em sentido contrário, defendendo a obrigatoriedade do prêmio de controle por ampliar os direitos dos minoritários ver: ANDREZO, Andrea Fernandes. A alienação de controle de companhia aberta e a recente reforma da legislação societária – efetivo avanço? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Malheiros, v. 130, abr./jun. 2003, p. 160 - 179

⁸¹ “A partir de 2004, no entanto, o quadro modificou-se profundamente, tendo o Brasil assistido, sem dúvida alguma, ao período de desenvolvimento mais acentuado do mercado de capitais em sua história. Em apenas quatro anos (de 2004 a 2008), nada menos que 110 companhias abriram capital ou realizaram operações de emissão de valores mobiliários, sendo que, de um total de apenas sete companhias listadas no Novo Mercado em 2003, até o mês de junho de 2008, nada menos que 100 companhias se encontravam listadas nesse segmento” MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado. IN CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.).Direito Societário – Desafios Atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.121

configuração do poder de controle, uma vez que quanto mais acentuada for tal dispersão, maiores serão as chances da existência de um controle minoritário, isto é, um controle exercido por um acionista ou grupo de acionistas titulares de menos da metade das ações com direito a voto de uma companhia⁸².

Dentre essas questões ligadas à transferência do controle acionário, uma delas diz respeito acerca da incidência, ou não, do art. 254-A na hipótese de o alienante do poder não ser titular da maioria do capital votante.

Contudo, para tratar de tal assertiva, é preciso separar duas questões distintas na Lei das S/A. Primeiro, a definição de controle como poder decorrente de uma situação de fato, prevista nos arts. 116⁸³ e 243, § 2^o⁸⁴, ambos da Lei das S/A. Segundo, a definição de bloco de ações de controle, passível de ser objeto do negócio de alienação previsto no art. 254-A, e quais suas finalidades⁸⁵.

Começando pela definição de poder de controle, este é conceituado em dois dispositivos da Lei das S/A: no art. 166 e no art. 243, § 2^o, onde se definem, respectivamente, o acionista controlador e as sociedades controladora e controlada.

Conforme disposto no art. 116 da Lei das S/A, o poder de controle da sociedade pressupõe a verificação cumulativa de dois requisitos fáticos: (I) a titularidade de direitos de sócios que asseguram ao acionista, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; (II) a efetiva utilização do poder de comandar as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia⁸⁶.

⁸² OIOLI, Erik Frederico. Obrigatoriedade do tag along na aquisição de controle diluído. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França). São Paulo: Malheiros, 2011, p.318.

⁸³ “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

⁸⁴ “Art. 243. § 2^o Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

⁸⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p.302

⁸⁶ Entendendo que tal requisito não faria sentido no caso de existir um controle majoritário, COMPARATO relata que “a exigência do uso efetivo do poder ‘para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento da companhia’ somente se compreende, como elemento integrante da definição do controlador, em se tratando

O art. 243, §2º, ao qualificar a sociedade controladora, praticamente repete os requisitos presentes do art. 116, dispensando apenas o requisito do uso efetivo do poder. Isto porque, a sociedade controladora, como pessoa jurídica que é, não pode deixar de exercer essa prerrogativa, sob pena de violação ao seu objeto social. Assim, se a participação em outras sociedades integra o objeto social da sociedade controladora, ela tem o poder e o dever estatutário de exercê-lo⁸⁷.

Verifica-se assim, que o legislador optou por não exigir a titularidade de ações que representem a maioria absoluta do capital votante para definir o acionista controlador e sociedade controladora, mas sim os definiram em função de uma situação de fato, qual seja, na titularidade de direitos de sócio que asseguram a maioria dos votos na assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Não obstante, cuidou a Lei das S/A de indicar que esse poder emergente da titularidade de direitos de sócio deve possuir a característica de permanência. A expressão “de modo permanente” presente nos arts. 116 e 243, §2º, retrata que o poder de controle deve ser estável, ou seja, a preponderância nas deliberações da assembleia geral não deve ocorrer de forma esporádica, devendo ocorrer unicamente em função da vontade do titular de direitos de sócio.

Desse modo, não se exige que o poder seja eterno, incontestável ou imune a qualquer ameaça, mas sim que ele não decorra de maneira eventual ou em decorrência de acontecimentos fortuitos. “O poder exige estabilidade, mas não imutabilidade”⁸⁸.

Assim, para caracterizar a figura do controlador, deve ser examinado cada caso em particular para se detectar quem é o titular do controle acionário.

Nas hipóteses de companhias que possuam um controle majoritário,

de controle minoritário. Neste, com efeito, o titular de direitos de sócio que lhe assegurariam a preponderância nas deliberações sociais, em razão da dispersão acionária, pode manter-se ausente das assembleias gerais, perdendo com isso, de fato, o comando da empresa. Já no controle majoritário, porém, o desuso ou mau uso do poder não é elemento definidor do status, pois ainda que o controlador afete desinteressar-se dos negócios sociais, não pode arregar o fato de que o poder de comando se exerce em seu nome, ou por delegação sua, o que a tanto equivale”.COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima.5.ed. Rio de Janeiro;Forense, 2008, p.

⁸⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p.304

⁸⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013, p.305

em que existe um acionista ou grupo de acionistas vinculados por acordo de votos ou sob controle comum que possuam 50% mais uma das ações votantes, e que efetivamente utiliza-se de seu poder de voto para preponderar nas deliberações sociais, o requisito da estabilidade é facilmente identificado, uma vez que este acionista, ou grupo de acionista, apenas deixará de preponderar na assembleia geral se assim o desejar.

Quando, por outro lado, não se está diante de tal situação, ainda é possível que um grupo de acionistas, ou mesmo um acionista isolado, faça prevalecer habitualmente a sua vontade nas assembleias gerais de forma estável mediante um consistente e planejado exercício do poder de mando. Tal pode ocorrer tendo em vista o nível de dispersão acionária, além do acentuado grau de absentismo dos demais acionistas quanto ao comparecimento nas assembleias gerais⁸⁹.

Esse fenômeno do absentismo nas assembleias gerais é cada vez mais comum em companhias que têm as ações de sua emissão amplamente disseminadas no mercado. Factualmente, tal fato é caracterizado pela acentuação das disparidades nos objetivos visados pelos investidores, eis que: i) h[á] aqueles que efetivamente se interessam em conduzir os negócios sociais (empresários), e ii) os acionistas meramente investidores, que possuem o interesse de simplesmente auferir dividendos ou obter um rendimento no mercado após a valorização de suas ações⁹⁰.

Destarte, tendo em vista que grande parte do quadro social, corriqueiramente, não se interessa em comparecer às assembleias gerais, cria-se espaço para que um núcleo de poder seja exercido, de maneira habitual, por titulares de participação acionária inferiores a 50% do capital social com direito de voto.

Nessa linha de raciocínio, pode-se destacar como requisitos para a verificação da existência de um controle minoritário: (I) o nível de dispersão do capital social, além do número presente de acionistas nas deliberações sociais e o ativismo de um grupo organizado, ainda que possuidores de

⁸⁹ BOCATER, Maria Isabel do Prado. Poder de controle e influência significativa. In. KUYVEN, Luiz Fernando Martins (coord.). Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 835.

⁹⁰ OIOLI, Erik Frederico. Obrigatoriedade do tag along na aquisição de controle diluído. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França). São Paulo: Malheiros, 2011, p.319.

uma pequena parcela do capital social votante com direito a voto, capaz de preponderar nas deliberações da assembleia geral e de eleger a maioria dos administradores; (II) que tal capacidade de comandar as atividades sociais ocorra de maneira estável, levando em consideração o comportamento desses acionistas em um número significativo de assembleias⁹¹, e não apenas de maneira ocasional, em razão de eventos aleatórios ou da simples influência em uma única assembleia em decorrência de eventos fortuitos; e (III) que as assembleias a serem levadas em consideração para verificar o comportamento dos acionistas sejam aquelas mais relevantes para o andamento da companhia.

Verificados tais requisitos e acrescentando o fato de que o art. 116 não fixou um percentual mínimo de ações para identificar a figura do acionista controlador, torna-se inquestionável o reconhecimento pela Lei societária brasileira do controle minoritário. Desse modo, não é correto o entendimento de que, em virtude da expressão “de modo permanente”, a Lei das S/A apenas reconheceria o poder de controle (e, por consequência, as obrigações decorrentes de sua alienação) no caso de um acionista, ou grupo de acionistas, possuir 50% mais uma das ações com direito de voto⁹².

Isto porque, como bem aponta PAULO EDUARDO PENNA “o risco de a massa dispersa de acionistas minoritários se reunir para, em atuação concertada, destituir o minoritário controlador da sua posição, salvo em situações extremas, é muito mais um risco teórico do que um risco real, efetivo. O exercício do controle, nesse contexto, não é ocasional.”⁹³

⁹¹ “Não fixando a lei os contornos do que se deva entender como ‘permanente, pode ser seguido o parâmetro estabelecido por ocasião da edição Resolução 401/ 1976, do Conselho Monetário Nacional, hoje revogada expressamente pela Resolução 2.927/2002. O item IV daquela Resolução considerava como controlador o acionista titular de ações que assegurassem a maioria absoluta dos votos dos acionistas presentes nas três últimas assembleias gerais.” EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flavia; HENRIQUES, Marcos de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 3.ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.392.

⁹² “A expressão ‘de modo permanente’, contida nesse dispositivo, quer significar que existe um acionista ou grupo deles que, possuindo 50% mais uma das ações votantes, não podem ser destituídos do seu direito de eleger a maioria dos administradores por parte de qualquer outro grupo de acionistas – o que reveste a administração por eles eleita do atributo de estabilidade, na medida em que a maioria dos seus membros somente pode ser destituída pelos próprios controladores.” CARVALHOSA, Modesto. O desaparecimento do controlador nas companhias com ações dispersas. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França). São Paulo: Malheiros, 2011, p.517.

⁹³ PENNA, Paulo Eduardo. Alienação de Controle de Companhia Aberta. Ed. Quartier Latin; São Paulo, 2012, p. 105.

Definido assim o que seja poder de controle, cabe agora destacar foram os objetivos da lei em conceitua-lo.

Nesta esteira, o objetivo essência das regras previstas nos arts. 116 e 243, §2º da Lei das S/A, ao permitir a identificação do acionista controlador e da sociedade controladora, foi possibilitar a sua responsabilização pelos atos abusivos por ventura praticados no exercício do poder de controle.

Nesse contexto, o parágrafo único do art. 116 da lei das S/A fundamenta boa parte das normas de proteção dos minoritários em face dos controladores. Por sinal, esse dispositivo presumiu a existência de uma relação fiduciária entre o acionista controlador e os demais interessados no bom andamento da companhia⁹⁴. A ideia de deveres fiduciários encontra-se no trecho final do dispositivo, que faz referencia a atribuição de deveres e responsabilidades ao controlador “para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Tal regra ainda é complementada pelo disposto no art. 117 da Lei das S/A, que de forma expressa determina que o acionista controlador responderá pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder e relaciona uma série de hipóteses que configuram a sua conduta abusiva.

No caso do art. 254-A da Lei das S/A, ele não realiza uma definição do que seja o poder de controle (como uma situação de fato), tendo tal dispositivo como foco o conceito de alienação de ações da companhia que podem conferir ao seu titular a posição de controle.

O objeto do negócio não é, dessa maneira, o poder em si, mas sim o conjunto de ações que confere a seu titular esse poder. Assim, é possível afirmar que a característica da alienação de controle prevista no art. 254-A pressupõe a transferência de ações ou valores mobiliários conversíveis em ações, de titularidade de um único acionista, ou de um grupo de acionista ligados por um acordo de acionista ou controle comum, que assegurem ao seu titular o poder de controlar a companhia⁹⁵.

⁹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170

⁹⁵ EIRIZIK, Nelson. Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de oferta pública. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luiz André M. de Moura (org.). Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 182

Por esse motivo, não é possível se utilizar do conceito de acionista controlador previsto no art. 116 da Lei das S/A como base para a interpretação de todos os casos de alienação de controle, uma vez que, em determinadas situações, a aplicação de forma automática do conceito de acionista controlador para se analisar se deve ser realizada a oferta pública por alienação de controle conduziria a resultados equivocados.

Nesses termos, hipoteticamente, se o alienante é titular de mais da metade das ações com direito a voto da companhia aberta, mas não exerce seu direito de voto, o mesmo não é considerado acionista controlador, para fins do art. 116, uma vez que não preenche o requisito da alínea “b” do art. 116.

Contudo, no caso de uma alienação das ações de sua titularidade, o adquirente estará obrigado a realizar a OPA a que se refere o art.254-A da lei societária, uma vez irá adquirir um conjunto de ações capaz de assegurar, de maneira estável, e exercício do poder de controle⁹⁶.

Além disso, cabe destacar que a finalidade do art. 254-A, não é atribuir um regime especial de deveres e responsabilidade ao titular do poder de controle, como ocorre no caso do art. 116, mas sim assegurar uma maior proteção aos acionistas minoritários⁹⁷, conferindo a eles: (I) o direito de participar do prêmio de controle pago pelo adquirente do controle; (II) direito de saída, a preço adequado, em razão da transferência de controle da companhia, em razão da potencial alteração na conduta dos negócios sociais; e (III) inibir transferências de controle ineficientes e limitar a possibilidade de o controlador extrair benefícios particulares do controle.

Outrossim, justifica-se, primeiramente, a necessidade de realização de

⁹⁶ Em sentido contrário, ROBERTA NIOAC PRADO relata que “corretamente e seguindo o conceito de acionista controlador previsto no art. 116 da LSA de 1976 (tal qual fazia a antiga Resolução 401), a Instrução CVM 361 obriga a oferta pública apenas quando se tratar de alienação de ações de propriedade de acionistas que estão no efetivo exercício do controle, desconsiderando as situações nas quais o acionista alienante tem potencial para exercer o controle, mas por razões diversas, não o faz”. PRADO, Roberta Nioac. Oferta Pública de Ações Obrigatórias nas S.A. – Tag Along – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 127.

⁹⁷ “A minoria se apresenta sob dois aspectos distintos: o da minoria ativa e o da minoria ausente. A minoria ativa constitui uma espécie de oposição. Os seus integrantes comparecem às assembleias, discutem as questões a serem decididas, fiscalizam a atuação dos administradores, (...). A minoria ausente é passiva e distante, não se interessando em exercer qualquer forma de participação. Na grande empresa essa minoria se torna maioria, uma vez que parcela representativa de mais de metade do capital tem por hábito não comparecer às assembleia. Por isso, costuma-se dizer que as normas de proteção à minoria destinam-se, de certa maneira, a proteger a maioria ausente contra a minoria controladora (controle minoritário).” BORDA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 12.ed.rev.,aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.354.

uma oferta pública para os casos de alienação de controle pela necessidade de um tratamento equitativo aos acionistas minoritários na repartição do prêmio de controle. Dentre as justificativas que fundamentam tal socialização do ágio decorrente da venda de controle, destaque-se o fato de que o prêmio de controle não reflete apenas o poder político de controlar as deliberações sociais e orientar a condição dos negócios da companhia.

Entre os atributos que compõem o prêmio de controle estão, por exemplo, relacionados também a contribuição dos acionistas minoritários na formação do capital social da companhia e na sua valorização⁹⁸, ou ainda o fato que o valor da venda de controle inclui ainda ativos não reconhecidos nas demonstrações contábeis (tais como marcas, tecnologias, etc), que pertencem à sociedade e a todos os acionistas em geral e não ao seu controlador⁹⁹.

Por esses motivos, ante a somatória de diversos elementos para a composição do valor ágil, justifica-se a repartição do prêmio de controle, ainda que parcialmente, na operação de transferência de controle.

Além disso, outro fundamento que justifica a realização da oferta pública nos casos de alienação de controle consiste no direito de saída dos minoritários em razão da potencial alteração na condução dos negócios da companhia. Em adição a tal possibilidade, registre-se não ser possível impor ao acionista minoritário um novo controlador com o qual não mantém uma relação de confiança, posto que, muitas vezes são as características pessoas do controlador que podem motivar a vinculação do acionista minoritário à companhia¹⁰⁰.

Por fim, a oferta pública como condição para a alienação de controle tem como objetivo inibir transferências de controle ineficientes, e limitar a possibilidade de o controlador extrair benefícios particulares do controle.

Tal preceito é necessário pois, em que pese seja possível identificar

⁹⁸ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flavia; HENRIQUES, Marcos de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 3.ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.608.

⁹⁹ ANDREZO, Andrea Fernandes. A alienação de controle de companhia aberta e a recente reforma da legislação societária – efetivo avanço? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Malheiros, v. 130, abr./jun. 2003, p. 172

¹⁰⁰ Em sentido contrário, rejeitando o entendimento da troca de controle como fundamento da oferta pública para a alienação de controle ver: PENNA, Paulo Eduardo. Alienação de Controle de Companhia Aberta. Ed. Quartier Latin; São Paulo, 2012, p. 70 – 79; PRADO, Roberta Nioac. Oferta Pública de Ações Obrigatórias nas S.A. – Tag Along – São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 314 - 315

uma maior dispersão acionária nas companhias nacionais, a estrutura de controle concentrado, em que o controle da companhia é exercido por um acionista ou por um conjunto de acionistas claramente identificados, ainda é predominante no Brasil¹⁰¹.

Assim, ante a existência de um sistema de controle concentrado, em que a transferência do controle se dá por meio de um negócio de alienação diretamente entre o controlador e o terceiro interessado, é possível que tanto o alienante quanto o adquirente do controle tentem, apenas extrair benefícios particulares da negociação¹⁰².

Dentro desse contexto, a adoção da oferta pública obrigatória age como um filtro de probidade nas operações de transferência de controle, desencorajando o adquirente do controle que almeje unicamente a possibilidade de desviar para si a riqueza gerada pela companhia na realização de seus negócios.

Nesta esteira, em que pese o sistema de oferta pública obrigatória inibir a ocorrência de transferências economicamente eficientes¹⁰³, a possibilidade dos acionistas não controladores venderem suas ações

¹⁰¹ “Por exemplo, segundo nosso estudo elaborado em 2008, a análise da estrutura acionária das 92 companhias listadas no Novo Mercado em 31.12.2007 revelou dados interessantes sobre a dispersão acionária no país. Primeiramente, 17,39% das companhias declaram não possuir acionista controlador. Entre essas companhias havia 7 nas quais a maior acionista detém menos de 10% do capital social. Mas o resultado que mais desperta atenção é que aproximadamente 49% das companhias eram de capital disperso (ou seja, sem controle, com controle gerencial ou com controle diluído). O percentual médio de controle entre todas as companhias analisadas era de 51,62% (61,43% nas companhias com controle majoritário e 35,71% nas companhias com capital disperso). Na média, o maior acionista possuía 36,55% do capital social (47,38% nas companhias com controle majoritário e 24,98% nas companhias com capital disperso).” OIOLI, Erik Frederico. Obrigatoriedade do tag along na aquisição de controle diluído. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França). São Paulo: Malheiros, 2011, p.319 - 320.

¹⁰² MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado. IN CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). Direito Societário – Desafios Atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.125

¹⁰³ “O tratamento igualitário impede também transferências de controle eficientes. Se o controlador original tem relevante capacidade de extrair benefícios privados do controle, para que a operação faça sentido para ele é preciso que o valor oferecido pelo eventual adquirente contemple a importância correspondente a essa capacidade.(...) Ocorre, no entanto, que em virtude da obrigatoriedade de adquirir a totalidade das demais ações, o novo controlador não terá necessariamente a mesma capacidade do controlador anterior para extrair benefícios privados. (...) Se a maior competência empresarial do novo controlador não for suficiente para justificar esse pagamento, ainda que a transferência de controle seja eficiente, ela deixará de ocorrer, em virtude do princípio do tratamento igualitário.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. Transferência de controle nos sistemas de controle concentrado e de capital disperso: eficiências e ineficiências. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França). São Paulo: Malheiros, 2011, p.303 - 304.

juntamente com o controlador, por um preço adequado, é de grande importância para a proteção tanto dos acionistas minoritários com para o desenvolvimento do próprio mercado, tendo em vista que Lei Societária não é apta para coibir que o controlador extraia benefícios privados do controle de maneira eficaz.

Isto posto, levando em consideração que o art. 254-A tem como foco a alienação de ações da companhia que podem conferir ao seu titular uma posição de controle (e a finalidade de assegurar uma maior proteção aos direitos dos minoritários), defende-se que: i) a oferta pública deve incidir na alienação do poder de controle potencial; e que, ii) a OPA deverá ocorrer, por óbvio, na alienação de um bloco de ações numericamente minoritárias que, de forma habitual e efetiva, assegure ao seu titular o poder de comandar a companhia, em bases permanentes e estáveis, ante o alto grau de dispersão acionaria e o elevado absenteísmo dos demais acionistas¹⁰⁴.

Vale observar, por fim, que a CVM já teve oportunidade de apreciar a questão da incidência ou não do art.254-A no caso de alienação de poder de controle minoritário no Processo CVM RJ 2009/1956¹⁰⁵, no qual se discutiu a suposta alienação do controle minoritário da companhia aberta brasileira Tim Participações S.A. Embora o resultado do julgamento, por maioria, tenha sido no sentido de afastar a incidência do art. 254-A ao caso, três dos quatro votos proferidos no caso reconheceram, ainda que de forma hipotética, a possibilidade de aplicação desse preceito nos casos de controle minoritário.

O diretor Relator Eliseu Martins e o diretor Marcos Pinto, votos vencidos no caso, reconheceram a obrigatoriedade da oferta pública no caso de o

¹⁰⁴ Em sentido contrário, defendendo a não incidência do art. 254-A no caso de alienação de controle minoritário, NELSON EIZIRIK dispõe que “somente existe ‘bloco de controle, como uma universalidade que pode ser objeto de negócios jurídicos próprios, se ele for composto por ações representativas de mais da metade do capital votante da companhia, de forma a assegurar ao seu titular, em qualquer circunstância, o exercício do poder de controle. Nas companhias sujeitas ao controle minoritário, não existe um ‘bloco de controle’, mas apenas um conjunto de ações com direito de voto que, ocasionalmente, permite ao seu titular – o acionista controlador – exercer as prerrogativas que identificam o poder de controle. Dessa forma, diante da inexistência de um bloco de controle, apta a ensejar a aplicação da regra prevista no artigo 254-A da Lei das S.A, em companhias sujeitas ao controle minoritário ou naquelas que não possuam controlador definitivo.” EIRIZIK, Nelson. Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de oferta pública. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luiz André M. de Moura (org.). Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 186.

¹⁰⁵ Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em:

alienante qualificar-se como controlador minoritário. No presente caso, o relator Eliseu Martins assim manifestou seu entendimento:

“A lei, se quisesse se referir apenas ao controle majoritário, poderia tê-lo feito expressamente ou mesmo se referido à ‘maioria absoluta’ do capital votante da companhia, e não à ‘maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral’. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato, ao analisar o art. 116, menciona que ‘a fórmula legal abrange o chamado controle minoritário, dado que não se exige a detenção da maioria do capital votante’. A expressão ‘de modo permanente’ parece indicar a necessidade de continuidade ou ininterrupção para a caracterização do controle, mas a lei não determina um prazo mínimo de permanência. (...) É claro que essa preponderância, no extremo, apenas é garantida nos casos de controle majoritário, pois nesses casos há impossibilidade fática de o controlador encontrar resistência à sua vontade nas assembleias. Mas essa visão extrema não me parece a melhor interpretação do art. 116 e visivelmente esse também não é o entendimento do Prof. Comparato, já que ele admite que o art. 116 engloba o controle minoritário. Nos casos de alta dispersão acionária e forte absenteísmo, existe uma justa expectativa de que um acionista que tenha menos de 50% mais uma das ações representativas do capital votante da companhia consiga fazer valer sua vontade nas assembleias gerais.”

Por sua vez, o diretor Eli Loria mesmo reconhecendo a existência do controle minoritário para efeito de atribuições de deveres e responsabilidades previstos nos arts. 116 e 117 da Lei das S/A, adotou posição diametralmente oposta ao do diretor relator, entendendo que a incidência do art. 254-A exige que o alienante seja titular de um bloco de controle composto por 50% mais uma das ações com direito de voto, alegando que:

“A contrário senso, se o alienante não possui o poder de controle de forma permanente, ainda que seja o “controlador de fato”, não pode alienar o que não tem e o adquirente não se obriga a realizar oferta pública de aquisição perante os demais acionistas. Símile, a qualquer um, no caso ao acionista minoritário, não é permitido exigir aquilo a que não tem direito.”

Já o direito Otávio Yazbek defende admitiu a possibilidade de se aplicar a oferta pública nos casos de alienação do controle minoritário, ressaltando apenas que a análise da questão deve ser realizada caso a caso, afirmando:

“Não gostaria aqui de, no mesmo diapasão da declaração de voto apresentada pelo Diretor Eli Loria no presente caso, afastar de pronto qualquer possibilidade de negócio jurídico que transfira poder de controle minoritário e que, com isso, possa vir a ensejar a aplicação do art. 254-A da lei acionária. A bem da verdade, creio que tal possibilidade não é de todo inconsistente com o regime do citado art. 254-A, mesmo porque, ainda na vigência do art. 254 original (que, revogado pela Lei n. 9.457/97, foi o embrião do atual art. 254-A, incluído pela Lei n. 10.303/01), a Resolução CMN n. 401/76, que regulamentava aquele dispositivo, já tratava expressamente do controle minoritário.”

Finalmente, a presidente Maria Helena Santana votou pela não incidência da oferta pública por entender que se aplicava ao caso, para a qualificação do controle, a lei italiana. Contudo, advertiu a presidente que a CVM deve buscar aprofundar a discussão sobre a aplicação do art. 254-A às alienações de controle minoritário, já que é uma realidade que parece estar cada vez mais próxima de acontecer em nosso mercado. No entanto, fez a ressalva que a definição de controle poderá ser muito difícil de se verificar em determinados casos concretos, o que traria uma enorme insegurança para a avaliação da questão, recomendando a adoção de critérios objetivos para dar uma maior segurança ao mercado.

Destarte, neste importante precedente administrativo, muitos votos corroboraram a incidência da OPA, em tese, quando ocorrer uma alienação do bloco de controle, ainda que minoritário. Portanto, mesmo que afastada a responsabilidade in casu, tal raciocínio não tem o condão de ilidir a plena incidência do art. 254-A para as transferências de titularidade do bloco acionário que, factualmente, são suficientes ao exercício do controle de uma Companhia, ainda que, numericamente, possam ser denominados minoritários.

6) CONCLUSÃO

*“Quem tiver ouvidos que ouça, se não dividirdes, não multiplicareis”
SARAMAGO, José. O Evangelho Segundo Jesus Cristo. São Paulo:
Companhia das Letras, 1991, p. 361.*

Na tentativa de se realizar uma análise mais aprofundada acerca do instituto da alienação do poder de controle, foi necessário abordar o tema

através de uma perspectiva mais ampla a respeito da influência do poder nas ciências sociais como um todo.

Nesse sentido, uma rápida descrição acerca das concepções filosóficas, econômicas e jurídicas auxilia na demonstração de que o poder é um dado da realidade, existente em qualquer organização social, não podendo este ser combatido ou eliminado.

Dentro desta perspectiva, como forma de disciplinar o poder, e até mesmo limita-lo, a Lei das S/A reconheceu a figura do detentor do poder de controle da companhia, impondo a ele deveres e responsabilidades próprias, bem como regulando a transferência desse poder.

A Lei societária nacional, ao regular a figura do acionista controlador e as relações de transferências desse controle, foi fortemente influenciada pelo paradigma da companhia com controle concentrado, em que, via de regra, as companhias abertas brasileiras eram comandada por um controlador majoritário, ou seja, titular de ações representativas de mais de 50% do capital com direito de voto.

A partir de 2004, no entanto, com o desenvolvimento do Mercado de Capitais e do Novo Mercado, essa realidade da companhia brasileira observou uma transformação, existindo, principalmente no âmbito das companhias do Novo Mercado, uma inegável tendência à dispersão do capital acionário.

Tal dispersão acionária tem gerado inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito dos dispositivos legais pertinentes ao poder de controle da companhia, já que estes foram concebidos dentro de um contexto societário em que o controle concentrado era praticamente absoluto.

É o caso da regra que exige a realização de uma oferta pública em caso de alienação de controle minoritário.

Entretanto, a crítica sobre o controle minoritário (quantitativamente) não ter a capacidade de disparar a incidência da Oferta Pública Obrigatória a posteriori, é dotada de certa fragilidade retórica.

Indubitavelmente, é forçoso reconhecer que, em determinados casos, a caracterização do controle minoritário claudicará, tendo em vista que

não existe uma garantia que o exercício de poder de controle minoritário tende-se a perpetuar no período pós-alienação, do mesmo modo que o fazia no lapso pretérito do tempo.

Não obstante, quando bem caracterizado a existência desse controle minoritário e verificado a possibilidade do adquirente do poder ter a capacidade de gerir as atividades sociais do mesmo modo como exercido no período anterior à alienação, é inegável a aplicação da oferta pública.

Isto porque, se um bloco de ações quantitativamente minoritário, é suficiente para assegurar a seu adquirente, de maneira estável, a preponderância nas deliberações sociais e, conseqüentemente, o poder de conduzir as atividades empresariais, ante o alto grau de dispersão acionária e o absenteísmo dos demais acionistas em comparecerem às assembleias gerais, não há qual motivo para não se garantir aos acionistas não-controladores as benesses da OPA.

Não é correto, assim, o entendimento de que a lei societária brasileira, em virtude de uma interpretação literal¹⁰⁶ da expressão de modo permanente, constante nos arts. 116 e 243,§ 2º da Lei das S/A, não reconheceria a incidência da oferta pública obrigatória no caso de transferência do controle minoritário.

Tal interpretação poderá importar na perpetuação iníqua¹⁰⁷ dessa fonte normativa, significando um rompimento da estrutura de poder definida na Lei das S/A, enfraquecendo a proteção aos acionistas não-controladores e encorajando o adquirente do controle que almeje unicamente a possibilidade de desviar para si a riqueza gerada pela companhia, da mesma maneira que ocorreu após a revogação da oferta pública pela Lei n. 9.457/97¹⁰⁸.

¹⁰⁶ “Aquele que se contenta com a exegese in abstracto de um texto de lei é semelhante ao leitor mudo de uma partitura instrumental: limita-se a imaginar os sons sugeridos pelas notações gráficas, sem poder reproduzi-los” em COMPARATO, Fabio Konder. O papel do jurista num mundo em crise de valores. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 713, p. 277, Mar/1995.

¹⁰⁷ “A própria lei está em foco, de discuti-la é que afinal se trata duma hipótese particular. Esta idéia é da mais alta importância, especialmente para a compreensão do processo antigo da legis actiones. À luz desta idéia, a luta pelo direito é, por conseqüência, ao mesmo tempo uma luta pela lei; não se trata pois somente, no debate, do interesse do sujeito, de uma relação isolada em que a lei está incorporada, de uma fotografia, como há pouco disse, na qual fosse apanhado e fixado um reflexo fugitivo da lei, e que se pode inutilizar e destruir sem atingir a própria lei, - mas é esta que é ultrajada, calcada aos pés; deve então defender-se ou não é mais do que uma palavra vã; - com o direito pois do interessado é a própria lei que se desmorona e perece” em JHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972, p. 95.

¹⁰⁸ “Um estudo de Nenova demonstrou que benefícios privados de controle aumentaram significativamente

Desse modo, tendo em vista o atual momento vivido pelo mercado de capitais brasileiro, em que se pode notar o fenômeno da dispersão acionário com grande frequência (sendo até o padrão dominante nas companhias integrantes do Novo mercado), deve o interprete do Direito realçar a existência do controle minoritário, reconhecendo sua existência tanto para efeito de atribuições de deveres e responsabilidades, como também para permitir a incidência da oferta pública obrigatória no caso de sua transferência onerosa.

18.05.2013

7) BIBLIOGRAFIA

AULETTA, Giuseppe. SALANITRO, Niccolò. *Diritto Commerciale*. 19ª Edição, Milão: Giuffrè Editore, 2012.

ANDREZO, Andrea Fernandes. A alienação de controle de companhia aberta e a recente reforma da legislação societária – efetivo avanço? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, Malheiros, v. 130, abr./jun. 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2007.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3ª Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960.

_____. *Iniciação ao Estudo do Direito mercantil*. Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001.

_____. após a revogação dos tag along rights em 1997. De acordo com Neno, mudanças na proteção jurídica de acionistas minoritários afetam diretamente o valor de controle das companhias abertas brasileiras. Analisando mudanças jurídicas no Brasil, a autora conclui que o valor do controle cresceu mais de duas vezes após a edição da Lei n. 9.457/97, que enfraqueceu a proteção de acionistas minoritários.” GORGA, Érica. Análise da eficiência de nomas societárias: emissão de preferenciais e tag along. In. KUYVEN, Luiz Fernando Martins (coord). *Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p 535

- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Bauru: EDIPRO, tradução OLIVEIRA, Paulo M. 2ª ed., 2010.
- BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. A moderna sociedade anônima e a propriedade privada. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- BETTI, Emilio. Teoria generale Del Negozio Giuridico. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. Contratos Comerciais. Ed. Forense, 6ª edição, São Paulo, 2010.
- BOCATER, Maria Isabel do Prado. Poder de controle e influência significativa. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (coord). Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 13ª Edição revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- _____. Direito societário. 12.ed.rev.,aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução por TOMAZ, Fernando. 15ª Edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. Come Nasce Il Diritto. Milão: Rai, Radiotelevisione Italiana, 1956.
- CARVALHOSA, Modesto. O desaparecimento do controlador nas companhias com ações dispersas. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França). São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. As poison pills estatutárias na prática brasileira – alguns aspectos de sua legalidade. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro (Org). Direito societário: desafios atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____; EIZIRIK, Nelson. A nova Lei das S/A. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 2. 14ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. O papel do jurista num mundo em crise de valores. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 713, p. 277, Mar/1995.
- _____; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 5.ed. Rio de Janeiro;Forense, 2008
- DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ed. Servanda, 2008.

Polêmicas na hermenêutica incidente sobre a transferência do poder de controle: a hipótese do exercício do poder minoritário

EIRIZIK, Nelson. Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de oferta pública. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luiz André M. de Moura (org.). Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. GAAL, Ariádna; PARENTE, Flavia; HENRIQUES, Marcos de Freitas. Mercado de Capitais – regime jurídico. 3.ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

_____. Os Fundamentos do Antitruste. 4a Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

FERRI, Giuseppe. Manuale Di Diritto Commerciale. 30ª Edição, Milanofiori: UTET Giuridica, 2012.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 25ª Edição, São Paulo: Ed. Graal, 2012.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Alteração do controle direto e indireto de companhia. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luiz André M. de Moura (org.). Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Considerações sobre as ofertas públicas para aquisição de ações (OPAs) – estado atual da questão. Revista de direito mercantil, industrial, Econômico e Financeiro. v. 144, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro. São Paulo: Editora RT, 2011.

GORGA, Érica. Análise da eficiência de nomas societárias: emissão de preferenciais e tag along. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (coord). Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14a Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

_____. Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional. Curitiba: Malheiros, 2010.

JHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.

JHERING, Rudolf Von. Teoria Simplificada da Posse. Campinas: Editora Russell, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LONGHI, Maria Isabel C. Sica; MARTES, Camilla Ribeiro; e YOSHINAGA, Estehr Seiko. “A Alienação do Controle Minoritário” EM ORG. PENTEADO, Mauro Rodrigues. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mercado de Capitais Brasileiro. Ed. Quartier Latin; São Paulo, 2012.

MACNEIL, Ian R. O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Editora Centauro, 2001.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Aquisição de controle na sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado. IN CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.).Direito Societário – Desafios Atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2009

_____. Transferência de controle nos sistemas de controle concentrado e de capital disperso: eficiências e ineficiências. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França). São Paulo: Malheiros, 2011.

OIOLI, Erik Frederico. Obrigatoriedade do tag along na aquisição de controle diluído. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França). São Paulo: Malheiros, 2011.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Ed. Cia das Letras, 2009.

PENNA, Paulo Eduardo. Alienação de Controle de Companhia Aberta. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2012.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Apontamentos sobre a alienação do controle de companhia aberta. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. V. 76. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PLATÃO. O banquete. São Paulo: Edipro, 2009.

PRADO, Roberta Niac. Oferta pública de ações obrigatória nas S.A. Tag along. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 2º volume, 29ª.ed.rev. e atual. Por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva,2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social – Princípios do Direito Político. São Paulo: Editora Edipro, 2000.

SAINT-EXUPERY, Antonie de Saint-Exupéry. Le Petit Prince. Paris : Éditions Gallimard, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARAMAGO, José. O Evangelho Segundo Jesus Cristo. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

VERÇOSA, Haroldo M. D. Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. Ed. Quartier Latin; São Paulo, 2010.

WILLIAMSON. Oliver E. The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting. New York: The Free Press, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ASPECTOS REFERENTES ÀS FONTES DO DIREITO NO EGITO E NA MESOPOTÂMIA

Renata Marques Osborne da Costa - Técnica Judiciária da Justiça Federal da 2 Região. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

RESUMO: A proposta apresentada neste presente artigo é de tentar passar alguns aspectos históricos das Civilizações do Egito e da Mesopotâmia que permitissem inferir se, em tais Civilizações, havia traços ou pelo menos manifestações que tangenciassem características do princípio da legalidade na limitação do poder político dos soberanos, bem como na regulamentação das relações privadas. Para tanto, foram utilizadas fontes de leitura especializadas da área de história antiga do Oriente próximo. No artigo, há a presença de uma introdução ao tema, o que são os princípios da legalidade e da legitimidade, suas diferenças, a discussão acerca das peculiaridades das Civilizações do Egito e da Mesopotâmia e finalmente uma conclusão em que se apontam os resultados da análise do cotejo entre as características principais do princípio da legalidade e a história política e do direito daquelas civilizações.

PALAVRAS-CHAVE: Egito. Mesopotâmia. Princípio. Legalidade. Legitimidade. Poder

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva investigar se traços do princípio da legalidade, do modo que conhecemos atualmente ou pelo menos de forma parecida, já se manifestavam ou não em organizações estatais na Antiguidade, mais precisamente nas civilizações do Oriente próximo como as do Egito e Mesopotâmia, visto que tais civilizações foram consideradas para a época as mais desenvolvidas do ponto de vista da organização administrativa,

social e econômica e de certa forma inspiraram as civilizações Greco-romanas da Antiguidade ocidental.

Para isso, intentou-se fazer uma comparação entre as características que dimanam do princípio da legalidade no Estado Contemporâneo com institutos, fontes jurídicas e políticas daquelas civilizações. Como o objeto de estudo se concentra na Antiguidade, as fontes encontradas, as mais remotas, em muitos casos, foram frutos de especulações de estudiosos das áreas de história e arqueologia, sendo assim não se pode afirmar com absoluta certeza acerca da autenticidade dos documentos históricos que foram encontrados.

No Antigo Egito não houve em nenhum momento de sua história, ou pelo menos não foi encontrado, algum documento que expressasse veementemente uma compilação de leis, de costumes ou fontes emanado por uma autoridade de modo que pudesse ser explorado puramente no sentido jurídico. Diferentemente, na Mesopotâmia, há uma pluralidade de códigos jurídicos.

Entretanto, deve-se fazer uma ressalva no que concerne a esses códigos, visto que não devem ser entendidos no sentido moderno do termo, tal como o Código de Napoleão, expressão máxima do positivismo jurídico francês no século XIX. Porquanto, aqueles códigos não eram dotados de uma verdadeira organização e sistematicidade quanto aos assuntos abordados, mas considerados mais propriamente compilações de legislações anteriores e de costumes que bebiam na fonte de arranjos sociais trazidos desde a formação das primeiras cidades na região da Mesopotâmia.

Poder-se-á observar de antemão, uma característica comum aos Impérios dos Estados antigos da Mesopotâmia e do Egito, que concerne ao fato de o poder do Soberano fundamentar-se na Religião. E isto irá se refletir na necessidade de diferenciar a legitimidade da legalidade que não se confundem. Podendo-se inferir que o fundamento do poder tinha, na Antiguidade, um viés mais firmado na legitimidade do que na legalidade.

2. CONSIDERAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Este princípio está estritamente vinculado ao Estado de Direito e ao Constitucionalismo trazidos com a revolução francesa no século XVIII

como reação flagrante aos abusos do absolutismo monárquico na França durante toda a Idade Moderna.

Dessa forma, o titular do poder político, o povo, por meio de uma Assembleia Constituinte eleita, promulga uma lei suprema, a Constituição, traçando as competências de cada função do poder estatal, os direitos fundamentais dos indivíduos, bem como as formas de delegação legítima do exercício do poder político a uma autoridade para que este o exerça nos limites e moldes traçados na Constituição.

O princípio da legalidade concerne justamente ao exercício do poder político com fundamento cardeal nesta Lei Suprema, visto que esta abarca a expressão da vontade geral do povo, não sendo mais permitido à autoridade governar consoante suas convicções pessoais, mas sempre visando ao bem comum expresso na Constituição. Portanto, este princípio agrega liberdade e segurança jurídica ao povo, pois este terá consciência plena de que a lei os protege e de que não serão pegos de surpresa nas ações e decisões do governante.

Este princípio possui duas esferas de aplicação: perante o particular e perante o Estado. Ou seja, o princípio, perante o particular, denota que este somente será proibido de determinado comportamento caso haja uma lei que efetivamente o proíba. Perante o Estado, este somente poderá agir caso haja uma lei que o permita ou o obrigue a agir.

Para que o princípio da legalidade funcione plenamente como uma verdadeira garantia insurgente à arbitrariedade do governante, faz-se necessário a existência da separação das funções do poder soberano de um Estado, pois aquele que governa deve estar submetido à lei, portanto não pode ser o mesmo detentor da função de editar leis ou modificar a Constituição. Isto geraria um contra-senso, aniquilando com a própria ideia de Estado de Direito, do governo das leis e o ressurgimento do governo despótico.

Do mesmo modo, quem executa as leis não pode ter como função precípua decidir um conflito de pretensões entre partes, não pode julgar, até mesmo por que o interesse da autoridade executiva pode estar explícita ou implícita em uma das pretensões, não dotando o judiciário de

imparcialidade e liberdade imprescindíveis para se decidir conforme a lei e o valor da equidade e por conseguinte podendo esfolar o seu objetivo primordial, qual seja, o de fazer justiça.

3. RELAÇÕES ENTRE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

Neste presente trabalho, estudar-se-á um pouco a relação entre o soberano e o poder. Com antes dito, o fundamento do poder, nas civilizações antigas do Egito e Mesopotâmia, residia primordialmente na divindade e não no povo como ocorrerá em períodos posteriores por exemplo na época da edificação do Estado de Direito e do Constitucionalismo no século XVII na Europa.

Desse modo, há a necessidade de diferenciar legitimidade de legalidade. Enquanto a legitimidade está mais atrelada a uma análise de fundo, subjetiva do fundamento do poder político. A Legalidade está mais adstrita à questão de forma, de modo que a limitação do poder político estaria claramente descrita em um instrumento passível de avaliação objetiva como uma lei, por exemplo.

Sendo assim, a limitação do poder de mando do Rei nessas civilizações não se baseava em uma “Lei Maior” constituída pelo povo, mas se constituía, na verdade, na crença que o povo tinha de que o soberano agiria conforme a vontade dos deuses e não conforme a sua própria vontade a fim de perseguir o bem comum da civilização, caso contrário seria punido pelos próprios deuses. Para tanto, fez-se necessário que o Rei criasse objetos de legitimação de seus desejos perante os súditos e perante os deuses.

Um bom exemplo que ilustra um objeto de legitimação no Egito são os Oráculos como a seguir serão mais bem detalhados. Na Mesopotâmia, diferentemente do Egito, houve a constituição de Códigos que consistiam em compilações de fontes jurídicas diversas. No Código de Hammurabi, tanto no prólogo quanto no epílogo, o rei reforçou a legitimidade de seu poder por meio de palavras que exprimiriam sua adoração aos deuses, a prevalência da justiça e da verdade, assim como a proteção dos oprimidos frente aos opressores. O Rei compara-se até mesmo a um pastor que protege seu rebanho (o povo), exaltando seu carisma.

“De igual modo opera la idea de <pastor>, que si bien utilizada em un sentido metafórico, de vigilância del rebaño, en este caso el pueblo, también acerca la figura protectora del Rey a sus súbditos, utilizando una imagen cara al ámbito amorreo, de proveniência mayoritariamente pastoril.”¹

Ademais, o código de Hammurabi visto como uma compilação de códigos anteriores conservou a tradição. No entanto, o rei Hammurabi não estava somente preocupado em instaurar um governo com legitimidade tão somente na tradição e no carisma. Ele preocupava-se também em estabelecer a legitimidade através da própria legalidade, de maneira que o bom governo seria aquele que cumprisse os mandamentos de tal código considerados justos.

“Pero además Hammurabi intenta instaurar la legalidade (forzando em este contexto um término de teoría política actual), que es la que puede garantizarle el consenso: el buen gobierno, traducido em la concepción del rey como administrador de justicia; generador de bienestar, abundancia, prosperidade, garante del favor de los dioses; seguridade de triunfo frente a los enemigos y soberania sobre el conjunto de ciudades y territorios de <Sumer y Acad> (...)”²

4. EGITO

O Egito demonstra certa dificuldade no que concerne à análise da história do direito e das características na relação entre o próprio direito e o poder político do soberano, já que, como dito anteriormente na introdução, falta nesta civilização compilações e documentos legislativos. Ademais, a trajetória da história do país, na Antiguidade, é demasiadamente longa e marcada por diversas mudanças nas instituições políticas e sociais, incentivadas por conflitos entre civilizações próximas, o que dificulta em muito uma análise mais apurada e aprofundada que de todo modo seria facilitada se houvesse uma maior uniformidade e continuidade de tais instituições.

“(...) durante estes trinta e cinco séculos, a civilização egípcia nem sempre possuiu a mesma vitalidade. Conheceu períodos de esplendor e expansão, bem como outros, de declínio e como de

¹ De Bernardi, Cristina I.; Díaz Molano, Luis. Estado, sociedade y legalidade en la época hammurabiana. Rosario : Prohistoria & Manuel Suárez, 1999, p. 35.

² Ibidem, p. 36.

adormecimento. Três “impérios” egípcios sucederam-se, desde o início do III milênio, com a III e IV dinastias -a das grandes pirâmides- até o fim do século XIII a.C., quando desapareceu a XIX dinastia, a de Ramsés II. Mais tarde ainda, nos séculos VII e VI, entre o desmoronar da dominação assíria e a conquista persa, o país reencontrou, com a dinastia saíta, algo de sua vitalidade própria .Se procurássemos determinar o diagrama da civilização egípcia, veríamos que ele não resultaria numa curva simples, amplamente distendida no tempo, mas numa linha frequentemente interrompida por trágicos decaimentos, após elevados píncaros(...)”³

O soberano da primeira dinastia, Menés, governante do Alto Egito, impôs a unificação dos dois reinos, do Alto e do Baixo Egito, tornando-se o primeiro faraó. Para os egípcios, é a partir desse momento em que começa a história humana de seu país, sendo tal soberano especialmente preparado e escolhido pela vontade dos deuses, considerado, na verdade, um sucessor direto.

Portanto, no Egito, desde o início, o Rei é um deus e não representante dos deuses. O politeísmo egípcio era centrado principalmente no deus Amon-Ra. Entretanto justamente por ser um deus escolhido por outras divindades, ou seja, por ser considerado filho de Ré ou de Amon, o faraó possuía deveres, sendo assim deveria consignar o reconhecimento do Egito a seus deuses, para assegurar a permanência de benefícios.

Fato curioso e que não pode deixar de ser abordado na análise da limitação do poder do Rei no Egito concerne ao papel dos Oráculos. Estes, em geral, consistiam em orientações e inspirações derivadas diretamente de seu pai divino que prediziam as decisões reais, ou seja, o Rei “fundamentava” suas decisões em tais representações religiosas. Mas, na realidade, o rei criava todo um objeto de legitimação das decisões do que propriamente as seguia. Ou seja, não deixava de ser o Oráculo mais uma confirmação do que o Rei veementemente desejava e, portanto, possuía um teor eminentemente subjetivo, não passível de avaliação objetiva. No entanto, já no fim do Império Egípcio, os Oráculos contribuíram efetivamente para as decisões da Autoridade real.

³ AYMARD, André; AUBOYER, Jeannine. O Oriente e a Grécia antiga. v.I: As Civilizações Imperiais, v.1 da coleção organizada por CROUZET, Maurice. História geral das civilizações. Trad. Pedro Moacyr Campos. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1998, p.49.

(...) A distinguishing feature of the later New Kingdom and earlier Third Intermediate period is the prominence given to oracular or divine decrees.(...)⁴

Em contraposição, nesse momento da história do Egito, o Rei não era mais considerado uma figura de tão grande projeção, substancial à sustentação administrativo-burocrática como fora em outras épocas. Ademais, autoridades locais exerceram papel preponderante na Administração do País, ligadas ou não à autoridade central.

A despeito de o faraó não deixar de assumir uma atitude de déspota legitimada na figura da religião, a este também cabia legitimar suas atitudes perante o povo que o tanto venerava e tinha uma crença assídua na religião politeísta. Destarte, atribuía-se ao Faraó o dever de assegurar a segurança, a boa administração e a boa justiça em seu país. Dever-se-ia haver um equilíbrio, ou melhor, uma equivalência entre a sua vontade, a dos deuses e a felicidade do Egito, mesmo que isso pudesse constituir em uma verdadeira utopia.

(...) admite-se que a sentença e a ordem do rei não podem ser arbitrárias: e esta certeza é garantida por uma série de abstrações divinizadas. Sendo Hu, "Força Criadora", as ordens são também Sia, "Compreensão", e Maat, "Justiça" ou "Verdade".⁵

O conceito divino de "Maat", dentro da crença religiosa, sobrepunha-se ao poder de mando do Rei, de forma a limitar seus caprichos.

(...) The pharaoh is closely associated with maat, the Egyptian concept of right order and justice, personified as a goddess (...)⁶

No que se refere ao papel do Rei, pelas razões anteriormente expostas, principalmente para coadunar o conceito de Maat como dever do Faraó, impunha-se ao rei a atribuição legislativa. Muito embora se necessite fazer uma ressalva, qual seja, a de que não havia nessa época ainda uma separação de funções do poder, isto é, não havia uma distinção precisa entre as funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

⁴ BECKMAN, Gary M., WESTBROOK, Raymond. A history of ancient Near eastern law / edited by Raymond Westbrook. Leiden; Boston : E. J. Brill, 2003, p.777.

⁵ AYMARD, André; AUBOYER, Jeannine, op. cit., p.65.

⁶ O Conner and Silverman, Eds., *Ancient Egyptian Kingship*. In: BECKMAN, Gary M., WESTBROOK, Raymond, op. cit., p.99.

O Egito era regido por diversas fontes: normas gerais, decisões proferidas em caso concreto que constituíam precedentes, costumes locais, coletâneas de leis e atos administrativos da autoridade central. Tudo deveria basear-se nos princípios sedimentados pelo Rei.

O Estado egípcio era profundamente marcado por uma forte organização administrativa e burocrática que se constituiu por aquelas fontes. O que de todo modo, mesmo que pareça uma contradição, poder-se-ia vislumbrar com isso certa limitação às ações da autoridade real do faraó, apesar de este, como ora exposto, se constituir na figura de um deus e ser tal organização baseada em seu próprio poder de mando.

“(...) a partir da Quarta Dinastia houve uma mudança no conceito de poder real. O rei tornara-se o chefe de um governo muito forte e centralizado, cuja maquinaria e regulação (a escala de promoções, a hierarquia funcionários), pelo próprio fato de sua exigência, inibia qualquer inclinação que pudesse ter para agir de forma arbitrária. O mesmo rei estava no controle supremo da legislação, mas as leis eram consideradas expressões da justiça ideal. Uma lei promulgada de forma correta permanecia em vigor enquanto não fosse modificada ou ab-rogada, e vemos o rei rescindir decisões adotadas por sua administração em oposição a leis estabelecidas.”

“For much of the New Kingdom, Egypt was ruled by powerful kings in firm control of the administration. Emphasizing their close association with Maat, “Justice,” the kings issued detailed legal edicts regulating the status and behavior of individuals, such as the Nauri Decree. In theory the king was all-powerful. In practice, there were probably limitations on the authority or ability of a king to interfere in the legal sphere (...)”⁸

Portanto, não se pode deixar de considerar também a organização administrativa do Estado Egípcio como possível limitador das ações do Rei, ainda que isso só se delinee mais precisamente no Novo Império.

No fim do Novo Império, após a XIX dinastia de Ramsés II, que derrotou diversos povos asiáticos, bem como contribuiu para o renascimento do auge da civilização egípcia de outras épocas devido às vitórias militares e aos monumentos arquitetônicos do período, a intensa luta estabelecida

⁷ HARRIS, J.R. O legado do Egito. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1993, p.303.

⁸ Beckman, Gary M., Westbrook, Raymond, op. cit., p.294.

entre a classe de sacerdotes contra o faraó multiplicara-se, contribuindo para o seu enfraquecimento e conseqüentemente para a queda da autocracia estabelecendo-se a teocracia pura, com uma dinastia de sumos sacerdotes de Amon, a Dinastia XX.

5. MESOPOTÂMIA

No que concerne à Mesopotâmia, há uma diferença fundamental desta, relacionada a sua geografia, com o Egito. Qual seja, a de que as fronteiras do Egito são fixadas pela natureza, tornando a sua região menos propensa a conflitos, desfrutando de maior estabilidade e tornando possível o ideal de unidade centrada em um deus, o Faraó. Entretanto, na Mesopotâmia, todos os pontos de sua região ligam-se a outras, o que a torna mais vulnerável e propensa a conflitos

Outro fator importante que vale destacar na diferenciação físico-geográfica das regiões, concerne à regularidade do regime de cheias dos rios que banham ambas as regiões. Ou seja, no Egito, o rio Nilo detém maior regularidade do que os rios Tigre e Eufrates, assim, na Mesopotâmia, havia maiores períodos de instabilidade natural.

Esses fatores mencionados podem dar a explicação do porquê a Civilização Mesopotâmica desapareceu mais rápido do que a Egípcia. Bem como a diferenciação existente entre as formas de organização política, porquanto no Egito predominou a Instituição monárquica centrada na figura do Faraó, um verdadeiro deus, como visto em tópico anterior.

Enquanto na Mesopotâmia as cidades detinham maior autonomia, muito embora houvesse, depois da formação de suas cidades e conseqüentemente com o desenvolvimento dos Impérios, a figura central do Rei, fazendo-se a ressalva de que este não consistia em um deus, mas em um representante de deus na Terra.

Interessante notar que nas primitivas cidades da Mesopotâmia, há indícios, por parte de historiadores, de uma composição de assembleias de homens livres denominados anciãos. A função dessas assembleias, assim como a origem desses "cidadãos", os anciãos, são obscuras para

a história. De um modo geral, poder-se-ia inferir que tais funcionavam como assembleias consultivas dos governantes destas pequenas cidades. Entretanto, é forçoso afirmar que elas detinham um feição democrática e republicana na mesma proporção em que irá se vislumbrar em tempos posteriores nas civilizações da Antiguidade Ocidental.

“the king stands at the pinnacle of the state apparatus, with comprehensive powers. As head of the administration, he wages war and dispenses justice, appoints provincial governors, generals, judges, and high officials. The assertions of certain literary texts have led to speculation on the existence of an assembly or council with authority to debate royal decisions or even oppose them”⁹

“Segundo alguns sumerólogos, os mitos arcaicos mostram que a autoridade suprema, a soberania, residia na assembleia geral dos cidadãos. Os debates eram dirigidos por um chefe- na mitologia trata-se do deus Na- e as decisões tomadas por votos tinham força de lei, uma vez promulgadas formalmente por uma comissão restrita de sete pessoas, designadas como os “sete deuses legisladores”(…) Este esquema, também observamos, foi contestado por outros especialistas. As críticas destes recaem sobre pontos muitas vezes essenciais. Baseando-se também na mitologia, eles acham que o exemplo da assembleia dos deuses mostra antes uma “assembleia de registro”: os deuses apenas homologavam as decisões dos seus chefes. Por vezes estes últimos nem se preocupam com o acordo dos seus subalternos.”¹⁰

Desse modo há dissenso quanto ao real papel que detinha essa assembleia, ou seja, se ela manifestar-se-ia como um órgão embrionário da democracia ou se consistia em mais um objeto de legitimação das decisões do Rei encobrindo e disfarçando suas arbitrariedades.

Cada cidade na Mesopotâmia pertencia a um deus, desse modo sua vontade exercia primazia sobre qualquer outra vontade temporal, seja esta derivada da assembleia dos anciãos ou do próprio soberano. Portanto, o poder baseava-se fundamentalmente na religião.

Como citado anteriormente, o Rei na Mesopotâmia não é propriamente um deus mas sim um representante de deus na Terra. O que quer dizer que aquele exercia uma função intermediária entre os súditos e a divindade,

⁹ Steinkeller In: BECKMAN, Gary M., WESTBROOK, Raymond, op.cit., p.186

¹⁰ HAMDANI, Amar. Suméria, a primeira grande civilização. Rio de Janeiro: O.Pierre, 1978, p.178,179.

atuando como mensageiro desta. Dessa forma, ele tinha o dever, a obrigação de garantir aos súditos a vontade dos deuses, de modo que fosse bem visto por esses como legítimo mandatário.

Entretanto, por mais que a vontade divina se configure como uma possível fonte limitadora do poder real, ainda assim não é possível afirmar isto com veemência, pois mesmo que fosse devido pelo soberano obediência aos deuses, em contrapartida os súditos deviam obediência àquele, porquanto o Rei expressava os dizeres divinos na Terra, ele estava legitimado a isso. E conseqüentemente os súditos tinham o dever de respeitar suas decisões.

Portanto, não é possível mensurar até que ponto o domínio do Rei sobre a coletividade detinha fundamentos religiosos ou se consistia mais em uma “dissimulação” para ludibriar a boa-fé dos súditos e fazê-los cumprir suas decisões arbitrárias.

Vale ressaltar a dificuldade de harmonização do poder real do Rei com a autonomia das cidades depois da formação do Império. Essa harmonização teve maior êxito no Reinado Babilônico do tempo de Hammurabi. Isso se deve por que o Rei procurava manter influências e um contato direto com as autoridades locais, nomeando muitas vezes para tais funções seus funcionários, deslocando-os como bem entender de uma cidade para a outra.

“El proceso de reacomodamiento se resuelve em el reinado de Hammurabi, séptimo Rey de la dinastía fundada por Sumu-Abum, alcanzándose con la acción de este Rey, como ya dijimos, la máxima expansion territorial y capacidad de dominio político, lográndose la unidad de Mesopotamia bajo un mismo ordenamiento estatal (especialmente las regiones baja y media de la cuenca de los rios Eufrates y Tigris y tal vez com menos efectividad em la zona norte). El reinado de Hammurabi ejemplifica las etapas de este proceso.”¹¹

Assim, a partir do momento em que houve a formação e o desenvolvimento do Império na Mesopotâmia, em detrimento da organização das primeiras cidades que detinham uma maior autonomia político-administrativa, e com a maior complexidade nas relações entre os comerciantes, entre grandes proprietários de terra, bem como nas relações de família e a maior incidência de danos morais e materiais

¹¹ DE BERNARDI, CRISTINA I.; DÍAZ MOLANO, LUIS, op. cit. , p. 21

decorrentes dessas relações, fez-se necessário a imposição em todo o território mesopotâmico, de um Ordenamento Jurídico que tornasse claro à população a legislação a ser aplicada tanto pelo Estado quanto na relação entre particulares.

A autonomia das cidades não se descaracterizara totalmente com a formação dos Impérios, visto que era inerente à tradição e a posição geográfica mesopotâmica que se difere do Egito. Ademais, se o Rei insistisse em descaracterizar repentinamente a autonomia das cidades, este não seria bem visto pela população que as habitavam, contribuindo negativamente para a legitimidade de seu poder, podendo ensejar conflitos.

Desse modo, é imprescindível atentar à existência de compilações de fontes jurídicas como de costumes, julgados e decretos Reais, denominadas de “códigos”, não no sentido em que se conhece hodiernamente, promulgados em determinadas épocas da história política da Mesopotâmia com o intento de promover a estabilidade aos Impérios, assim como proporcionar segurança jurídica ao povo e de certa forma criar um objeto de legitimidade ao poder de mando do Rei venerando sua imagem perante os súditos e perante as divindades.

“(...) consideramos al famoso Código de Hammurabi el núcleo central de la acción propagandística de la realaza- coluna vertebral del estado- que tiende a reforzar el carácter <necesario> y <beneficioso> de la misma y a promocionar la figura de Hammurabi como < Rey de justicia> (sar misarim). La estela em que se incriebieran las leys, junto al prólogo y epílogo son condensado en que tanto el aspecto monumental, como el estilístico em sentido gráfico y literario parecen buscar um efecto de imposición de la magnificência real.”¹²

A mais antiga das compilações existentes na Mesopotâmia que chegou até nós é denominada de Código de Ur-Nammu, advindo do Rei Ur-Nammu (2112-2095 a.C), fundador da terceira dinastia de Ur unindo cidades do Norte e Sul depois da queda da dinastia de Acad (2334-2193 a.C). Há divergências perante estudiosos quanto ao real fundador deste código, pois como parte do prólogo não pôde ser identificado, alguns atribuem a sua realização, na verdade, ao filho de Ur- Nammu, Shulgi (2094-2047.a.C).

O segundo código conhecido é o de Lipt- Istar, denominado assim devido ao nome de seu fundador, quinto Rei da primeira dinastia de Isi

¹² DE BERNARDI, CRISTINA I.; DÍAZ MOLANO, LUIS, op. cit. , p. 30.

(fundada após o colapso da terceira dinastia de Ur). Escrito em língua suméria, possui um prólogo, um epílogo e cerca de cinquenta parágrafos identificados.

O terceiro código mesopotâmico denomina-se de Código de Eshnunna e consoante fontes históricas, provavelmente este código advém de Dadusha, rei do Império de Eshnunna (1770 a.C). É dividido em sessenta parágrafos e não há prólogo nem epílogo.

A despeito da existência desses códigos, é indubitável que o de maior projeção e o mais conhecido por nós é o Código de Hammurábi. Esse código foi promulgado pelo Rei Hammurábi (1792-1750 a.C), sexto Rei da primeira dinastia da Babilônia. O Rei Hammurábi dirigiu uma verdadeira política de expansão e promoveu um governo de envergadura sofisticada e organizado baseado em um modelo de administração burocrática.

“He defeated powerful rival kingdom and extended his political and diplomatic influence achieved by his early contemporary to the North, Shamshi-Adad of Assyria. The year name formula for Hammurabi’s second year, “Year in which Hammurabi established justice in the land”, is a testimony to Hammurabi’s concern for justice (...)”¹³

O Código de Hammurabi compreende um prólogo, um epílogo e um corpo de proposições que contabilizam, consoante separação feita pelos estudiosos, cerca de duzentos e oitenta e dois parágrafos. É o mais longo e o mais organizado de todos os códigos que existiram até então na Mesopotâmia. Suas fontes provêm dos códigos anteriores, bem como de costumes e tradições das cidades.

Em seu prólogo, nota-se a preocupação do Rei Hammurabi em expressar a sua adoração pelo deus do sol e da justiça, Chamach, o de fazer prevalecer, em toda a região mesopotâmica, valores como os da justiça, equidade, verdade e bem comum, bem como o de respeitar o culto às divindades pertencentes às cidades incorporadas ao seu domínio, talvez, em uma estratégia de conquistar os povos de cada uma dessas cidades sem a necessária utilização do uso da força, de modo a não abalar a estrutura de seu Império com conflitos.

¹³ ROTH, Martha t. Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor. Atlanta, Georgia: Scholars Press, 1997, p.71.

"At that time, the gods Anu and Enlil, for the enhancement of the well-being of the people, named me by my name: Hammurabi, the pious prince, who venerates the gods, to make justice prevail in the land, to abolish the wicked and the evil, to prevent the strong from oppressing the weak, to rise like the sun-god Shamash over all humankind, to illuminate the land."¹⁴

"When the god Marduk commanded me to provide just ways for the people of the land (in order to attain) appropriate behavior, I established truth and justice as the declaration of the land, I enhanced the well-being of the people."¹⁵

Existe certa desconfiança quanto a real intenção do Rei Hammurabi ao promulgar o código, o que quer dizer que, possivelmente, este pode ter sido criado com o fim máximo de não meramente uniformizar a resolução de casos derivados das relações privadas cada vez mais complexas, mas também o de tentar legitimar e fazer cobrir aos olhos do povo o caráter inerentemente conquistador e despótico do Rei, ampliando mais e mais seu domínio e satisfazendo o cunho unificador característico de um grandioso Império que aquele estava construindo.

Todavia, fica demonstrado um certo viés legalista do Rei Hammurabi ao prescrever, no Epílogo, que no código há a presença de decisões justas com a finalidade de promover valores éticos anteriormente citados.

"These are the just decisions which Hamumurabi, the able king, has established and thereby has directed the land along the course of truth and the correct way of life"¹⁶

Deixando bem claro que se o futuro rei ou qualquer outra pessoa ousasse desrespeitar ou descumprir os mandamentos do Código, o grande deus Anu, pai dos deuses e quem proclamou seu reino, privaria esta pessoa do esplendor da realeza e amaldiçoaria o seu destino. Contudo se fizesse o contrário, o mesmo deus o presentearia ajudando a ampliar o seu reinado, assim como o fez com Hammurabi.

"I am Hammurabi, king of justice, to whom the god Shamash has granted (insight into) the truth. My pronouncements are choise, and my achievements are unrivaled; they are meaningless only to the

¹⁴ ROTH, Martha t, op. cit., p. 76, 77.

¹⁵ Ibidem, p.80, 81.

¹⁶ ROTH, Martha t, op. cit., p. 133.

fool, but to the wise they are praiseworthy. If that man (a future ruler) heeds my pronouncements which I have inscribed upon my stela, and does not reject my judgments, change my pronouncements, or alter my engraved image, then may the god Shamash lengthen his reign, just as (he has done) for me, the king of justice, and so may he shepherd his people with justice.

(But) should that man not heed my pronouncements, which I have inscribed upon my stela, and should he slight my curses and not fear the curses of the gods, and thus overturn the judgments that I rendered, change my engraved image, erase my inscribed name and inscribe his own name (in its place) –or should he, because of fear of these curses, have someone else do so- that man, whether he is a king, a lord, or governor, or any person at all, may the great god Anu, father of the gods, who proclaimed my reign, deprive him of the sheen of royalty, smash his scepter, and curse his destiny.¹⁷

Disso infere-se que há uma verdadeira preocupação do Rei Hammurabi em que se fizesse cumprir, por parte dos próximos reis, as proposições presentes no código e conseqüentemente de perpetuá-lo por gerações. Ademais, vale repisar que o Código de Hammurabi não pôde ser fruto de uma só flagrante arbitrariedade do Rei nem de seus caprichos, justamente por que promanou de mandamentos prescritos em códigos anteriores e ao mesmo tempo conservou a tradição jurídica da região mesopotâmica por dimanar também de costumes praticados reiteradamente e constantemente nas cidades.

No que concerne ao emprego da Justiça a partir da equidade e da ética, não se pode inferir nem deduzir das proposições contidas no código, por razões históricas e pela própria estratificação da sociedade, que havia uma isonomia material no sentido em que conhecemos atualmente, qual seja, o de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual de modo a compensar as desigualdades.

Isso se deve por que a sanção advinda de um comportamento repudiado no código variava de acordo com a classe a que pertencia aquele que sofreu a sanção ou a vítima, dependendo do caso concreto. Exemplificando: Se um homem livre (*awilu*) cegasse outro homem livre, aplicar-se-ia a pena de olho por olho e dente por dente (Pena de Talião), isto é, aquele homem deveria ter seus olhos cegados também. Contudo, se o mesmo homem livre

¹⁷ Ibidem, p.135, 136.

cegasse um pessoa de classe inferior a sua, como um escravo, teria como pena uma indenização pecuniária que não seria, evidentemente, para o que sofresse a sanção, uma pena tão grave quanto seria o de cegamento, ainda mais se o apenado fosse detentor de riquezas.

“§196 If an awilu blind the eye of another awilu, they shall blind his eye.

§ 197 If he should break the bone of another awilu, they shall break his bone.

§ 198 If he should blind the eye of a commoner or break the bone of a commoner, he shall weigh and deliver 60 shekels of silver.

§ 199 If he should blind the eye of an awilu's slave or break the bone of an awilu's slave, he shall weigh and deliver one-half of his value (in silver).¹⁸

A despeito disso, há a concepção de justiça a partir do momento em que já se delineia, no campo da Responsabilidade Civil, em alguns casos, o emprego da reparação por pecúnia e não pelo próprio corpo (pena de talião). Isso denota uma traço para a efetiva transição de tais penas como irá efetivamente ocorrer em futuras civilizações.

As proposições, de um modo geral, apresentam-se sob a forma de caso concretos e expressam uma sanção como resolução de cada caso, tanto no Código de Hammurabi como nos Códigos anteriores.

“The form is casuistic. The Law is expressed as series of individual cases, the circumstances of which are put into a hypothetical conditional sentence, followed by the appropriate legal response in the particular case.(..)¹⁹

Uma característica peculiar das proposições presente no Código de Hammurabi e não presente em códigos anteriores relaciona-se ao fato de que aquelas prelecionavam a resolução de casos mais robustos, mais complexos que demandavam um juízo de cognição maior por parte daquele responsável pela interpretação e aplicação da legislação para a resolução do caso. Comparar-se-ia, grosso modo, ao que hoje se denomina de “Hard Cases”

¹⁸ ROTH, Martha t, op. cit., p. 121.

¹⁹ BECKMAN, Gary M., WESTBROOK, Raymond, op. cit., p.17

“The Law provisions refer to many situations that require resolution, often expresses as a complicated or hard case, by analogy to which the simpler case is readily resolved. For example, compare the complex first provision of the Laws of Hammurabi with the earlier and simpler first provision of the Laws of Ur-Namma; both provisions involve homicide and serve to establish immediately the state’s right to impose the death penalty on a subject:

LU § 1 If a man commits a homicide, they shall kill that man.

LH § 1 If a man accuses another man and charges him with with homicide but then cannot bring proof against him, his accuser shall be killed.”²⁰

No âmbito das relações entre particulares, existe um dissenso no que concerne à efetiva aplicação do direito prescrito nos códigos às práticas contratuais que se fundamentavam mais nos usos e costumes locais. Ou seja, não é possível aferir se havia traços de legalidade nas relações privadas, principalmente, nos setores da economia, do comércio e do trabalho.

Visto que essas relações, muitas vezes, caracterizavam-se pela grande volatilidade e mutabilidade. Desse modo, essas características poderiam constituir verdadeiros obstáculos à aplicação de um direito sedimentado em códigos, não maleável nem facilmente adaptável à prática avistada em tais relações.

“In numerous studies of a range of legal situations, little correspondence has been found between the provisions in the law collections and contemporary practice. Furthermore, no court document or contract makes a direct reference to any of the formal law collections. From such an absence of linking evidence some scholars have concluded that the law collections had little or no impact on the daily operation of legal affairs. There is, however, one old Babylonian letter which does make reference to a “stela”(Akkadian naru) upon which wages were inscribed, reminding us of the provisions in LH §§ 273-74, which establish daily wages for several categories workmen.(...)”²¹

Assim, não se poderia vislumbrar um efetivo poder de coercibilidade do Estado para o “cumprimento da lei” pelos particulares durante os Impérios

²⁰ ROTH, Martha t, op. cit., p. 71, 72.

²¹ Ibidem, p. 5, 6.

da Mesopotâmia. Mesmo que, com Hammurabi, este tivesse tentado impor os mandamentos do seu código aos súditos e até aos próximos reis, como já dito anteriormente, ainda assim a prática legalista ainda não era bem clarificada nem delineada na Mesopotâmia.

Essa possível contraposição entre o direito escrito dos códigos e o direito praticado comumente pelos particulares, na verdade, pode refletir a ideia do direito, nessas civilizações da Mesopotâmia, não como instrumento do Estado para impor sua força, mas um instrumento, um meio para servir diretamente à sociedade, para a resolução de casos adstritos às relações privadas, bem como para a regulamentação de tais relações.

"The many and varied manifestations of the law (...) are all evidence of the law as a function of social life. The collections translated in this volume - which range from the sophisticated, self-conscious articulations of legal rules, of administrative measures, and of judicial reforms, to the purely scholastic handbook or the crude student exercise- are all products of the cultural assumptions and values of their drafters and copyists and are clear reflections of the ancient Near Eastern concern for justice"²²

6. CONCLUSÃO

Foram levantados aspectos que caracterizavam a relação entre o direito e o poder político dos Soberanos na Antiguidade do Oriente Próximo a partir do Egito e da Mesopotâmia. Para tanto, intentou-se buscar na realidade histórica dessas civilizações traços que permitissem demonstrar se havia ou não um caminho para a limitação do poder político a partir da legalidade ou pelo menos a partir da legitimidade.

Como expresso nesse artigo, não havia legalidade no sentido em que se conhece atualmente, não havia uma Constituição, em ambas as civilizações, que demarcasse as linhas de atuação do Soberano frente ao Estado, que descrevesse suas competências, bem como transformasse o seu poder de fato em um poder de direito. Contudo, pode-se notar o esforço do soberano em legitimar as suas decisões, mesmo que isso se fizesse por meios subjetivos estritamente vinculados à religião e a ética

²² ROTH, Martha t, op. cit., p.7

tais como os oráculos e o emprego da equidade pelos reis em nome dos deuses nos códigos da Mesopotâmia.

Ainda assim, não é possível afirmar com veemência se tais ações dos Soberanos efetivamente ocorreram ou se eles governaram arbitrariamente agindo como bem entender e satisfazendo os seus desejos contrariando o próprio bem-estar do povo. Por ser o período muito remoto e fruto de estudos ainda recentes para a história, existem poucas fontes históricas que permitam fazer um estudo mais apurado da relação do Rei com o direito e o mesmo praticado entre particulares, principalmente no Egito.

No tocante à Mesopotâmia, apesar de ter existido uma variedade de códigos até mesmo considerados avançados para a época e que podem ter influenciado civilizações ulteriores como Roma, a relação entre o direito descrito nesses códigos e o efetivamente praticado não é claramente denotado. Portanto, não se sabe até que ponto os Reis do Egito e da Mesopotâmia cumpriram com o que os códigos prelecionavam nem se os particulares praticavam aquele mesmo direito ou se só baseavam-se em costumes locais.

É indubitável que os costumes são fontes jurídicas legítimas de aplicação do direito pelo Estado pois brotam diretamente do seio do povo, possuem um amplo grau de aceitabilidade por parte da população. Sendo assim, isso corrobora a tese de que legalidade e legitimidade são conceitos que devem andar juntos para que o direito escrito não caia em desuso nem se tone anacrônico.

Por isso, seria imprescindível que o direito escrito estivesse sempre aliado às tradições e ao direito costumeiro, a fim de que o rei que o promulgasse garantisse legitimidade em suas ações. E isso é identificado na Mesopotâmia, principalmente com Hammurabi. No Egito não é possível fazer esta asserção.

BIBLIOGRAFIA

AYMARD, André; AUBOYER, Jeannine. O Oriente e a Grécia antiga.v.I:As Civilizações Imperiais,v.1 da coleção organizada por CROUZET, Maurice.História geral das civilizações. Trad. Pedro Moacyr Campos.2.ed.Rio de Janeiro:Bertrand Brasil, 1998.

BECKMAN, Gary M., WESTBROOK, Raymond. A history of ancient Near eastern law /edited by Raymond Westbrook. Leiden; Boston : E. J. Brill, 2003.

DE BERNARDI, CRISTINA I.; DÍAZ MOLANO, LUIS. Estado, sociedade y legalidade en la época hammurabiana. Rosario : Prohistoria & Manuel Suárez, 1999.

HAMDANI, Amar. Suméria, a primeira grande civilização. Rio de Janeiro: O.Pierre, 1978.

HARRIS, J.R. O legado do Egito. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1993.

ROTH, Martha t. Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor. Atlanta, Georgia: Scholars Press, 1997.

A ANUÊNCIA PRÉVIA, PELA ANVISA – PATENTES FARMACÊUTICAS

*Ricardo Luiz Sichel, Professor Adjunto de Direito da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)*

O processo de concessão de patentes, no Brasil, possui uma peculiaridade, que até onde posso inferir, o torna único no mundo, que consiste na escolha de determinada modalidade de produto e submetê-lo a anuência prévia de uma Agência Governamental, que não venha a ser o próprio ente autárquico responsável pela concessão dos direitos patentários em geral. O certo é que as normas legais devem dar sustentáculo para esta ação administrativa. Nos termos do Decreto nº 3029, de 16 de abril de 1999, tem-se como competência da Anvisa a atuação nas seguintes áreas:

Art. 4º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;

II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;

III - cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes;

IV - saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos;

V - conjuntos, reagentes e insumos destinados a diagnóstico;

VI - equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos, hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem;

VII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados;

VIII - órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições;

IX - radioisótopos para uso diagnóstico in vivo, radiofármacos e produtos radioativos utilizados em diagnóstico e terapia;

X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco;

XI - quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, obtidos por engenharia genética, por outro procedimento ou ainda submetidos a fontes de radiação.

Da leitura do normativo regulamentar não se verifica a atribuição de competência para a área de propriedade industrial e, como ressaltado um dos pressupostos de validade do ato administrativo é a competência. Outro ponto fraco se situa no momento em que é exarada esta anuência prévia. Para tanto, mister é observar, dentro da sistemática legal, os momentos referentes ao deferimento e a concessão de uma patente; para tanto dispondo os artigos 37 e 38 da Lei nº 9279/96:

Art. 37. Concluído o exame, será proferida decisão, deferindo ou indeferindo o pedido de patente.

Art. 38. A patente será concedida depois de deferido o pedido, e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, expedindo-se a respectiva carta-patente.

§ 1º O pagamento da retribuição e respectiva comprovação deverão ser efetuados no prazo de 60 (sessenta) dias contados do deferimento.

§ 2º A retribuição prevista neste artigo poderá ainda ser paga e comprovada dentro de 30 (trinta) dias após o prazo previsto no parágrafo anterior, independentemente de notificação, mediante pagamento de retribuição específica, sob pena de arquivamento definitivo do pedido.

§ 3º Reputa-se concedida a patente na data de publicação do respectivo ato.

Do texto legal observa-se que, uma vez concluído o exame do pedido de patente este será deferido ou indeferido. Em função do preceito do §2º artigo 212 do mesmo Diploma Legal, somente é cabível recurso, quando do indeferimento daquele pedido. Portanto, uma vez deferido

o pedido este será concedido se satisfeita uma única condição, isto é o pagamento da retribuição respectiva. Portanto, parece-me fora da previsão legal que uma concessão possa estar subordinada a uma anuência prévia, sem que esta venha a ser regulamentada por Decreto. Em face desta dificuldade, poder-se-ia, em uma análise apressada, imaginar que esta anuência prévia poderia ver a ser outorgada em momento anterior ao deferimento do pedido de patente. Entretanto, a legislação pertinente não condiciona o deferimento, mas sim a concessão a anuência prévia. Por seu turno, inexistente no normativo legal vigente qualquer possibilidade de o INPI negar a concessão de uma patente, estando esta deferida e tendo sido recolhida a respectiva contribuição. Mesmo admitindo esta hipótese, isto é, o indeferimento de um pedido de patente, já tendo este sido deferido e a respectiva retribuição em vias de pagamento, decorrente da não concessão de anuência prévia, por força do §2º do artigo 212 da Lei de Propriedade Industrial, caberia a interposição de recurso, que será decidido pelo Presidente da Autarquia. Duas questões daí surgem: a primeira é quanto a hierarquia; como pode um recurso hierárquico ser decidido por uma Autoridade que não dispõe de poder desta natureza em função do ente administrativo (Anvisa) que negou a anuência prévia. A segunda e talvez mais complexa, se centra em que todo o indeferimento de pedido de patente viabiliza a interposição de um recurso e este pode ser desprovido ou provido. Em sendo provido, como ficaria a anuência prévia, na medida em que a decisão seria no sentido de deferir o pedido de patente? A legislação, por seu turno, não define que nestes casos estaria ultrapassada a questão da anuência prévia.

Por seu turno, tentando suprir esta falha, editou a Anvisa a Resolução DC/ANVISA Nº 21 DE 10/04/2013, que trata da anuência prévia. Esta norma, contém uma norma bastante interessante:

Art. 4º Após recebimento dos pedidos de patente encaminhados pelo INPI, a Anvisa analisará tais pedidos à luz da saúde pública, mediante decisão consubstanciada em parecer técnico emitido pela unidade organizacional competente no âmbito da Agência.

§ 1º: Considera-se que o pedido de patente será contrário à saúde pública quando:

I - O produto ou o processo farmacêutico contido no pedido de patente apresentar risco à saúde; ou

II - O pedido de patente de produto ou de processo farmacêutico

for de interesse para as políticas de medicamentos ou de assistência farmacêutica no âmbito do SUS e não atender aos requisitos de patenteabilidade e demais critérios estabelecidos pela Lei nº 9.279, de 1996.

Ora, de acordo com o inciso II acima, um pedido que seja do interesse para a política de medicamentos ou de assistência farmacêutica no âmbito do SUS será considerado como contrário a saúde pública. Quanto a questão relativa aos critérios de patenteabilidade mencionados, parece-me que este ponto extrapola da competência legal da ANVISA, uma vez que se trata de ponto cuja competência exclusiva é do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Ademais, como já dito, a Lei nº 9279/96 estabelece que a concessão da patente é que dependerá de anuência prévia e este ponto é posterior ao exame do requisitos de patenteabilidade.

Muito embora a referida Resolução dê um contorno administrativo a matéria, ainda cabe perguntar qual o seu alcance. Questionável é a sujeição do requerente de pedido de patente a seus termos. Uma análise jurídica evidenciará a questão. Inicialmente, merece destaque o preceito do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal:

Art, 5º.....

.....

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Desta norma constitucional advém o princípio de que o cidadão está sujeito ao cumprimento da Lei. Uma Resolução Administrativa, nos termos da melhor doutrina, se constitui em ato administrativo com repercussão interna, não podendo gerar obrigações para o administrado. A matéria já foi objeto de deliberação do Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque os seguintes acórdãos:

“O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder

regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.)." (AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-06, Plenário, DJ de 16-6-06)

"A reserva de lei em sentido formal qualifica-se como instrumento constitucional de preservação da integridade de direitos e garantias fundamentais. O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecimento de situação configuradora do periculum in mora. Medida cautelar deferida." (ACO 1.048-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-8-07, Plenário, DJ de 31-10-07)

Em relação a este último acórdão sobreleva enfatizar que o direito a obtenção de proteção patentária constitui um dos direitos assegurados pelo artigo 5º da Constituição Federal.

Algumas destas falhas acabaram sendo apontadas pela Advocacia-Geral da União, quando da lavra de parecer, analisando a questão:

A atuação da ANVISA, como visto, infelizmente não encontra eco nem mesmo, na doutrina dos poderes implícitos; em verdade, sua atuação vai de encontro ao princípio da legalidade, e de conseqüência, ao da finalidade (institucional).

.....

Estando certo de que ANVISA e INPI têm atribuições diversas. mas que não são excludentes em face da necessidade da prévia anuência estabelecida pelo art. 229-C da Lei n° 9.279, de 1996 e, ainda seguindo in totum a linha já traçada pela Advocacia-Geral da União (“42. Por fim, Sr. Advogado-Geral. para os casos futuros. é fundamental que seja criado ou, se já existente, seja aprimorado mecanismo de integração institucional envolvendo INPI e ANVISA. para a concessão de patentes de que trata o art. 229-C da Lei n. 9.279, de 1996. que exige a manifestação de vontade das duas entidades públicas federais” - cf. fls. 79), mas que até o momento não foi cumprida, sugere-se a edição imediata de Decreto regulamentador ou ainda que seja firmado um Convênio para que se fixe especificamente os procedimentos e as obrigações das Entidades com a finalidade de dar cumprimento ao citado dispositivo (art. 229-C, introduzido na Lei n° 9.279, de 14.5.1996, pela Lei n. 10.196, de 2001).

De toda a sorte, em recente parecer a Advocacia-Geral da União (AGU) emitiu, através de parecer, entendimento no sentido de definir a competência do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), no que se refere a anuência prévia. A ação da ANVISA se restringe a aferição de um efetivo dano à saúde, na forma do artigo 18, inciso I da Lei n. 9279/96. Em que pese tal entendimento, não resolve o deslinde de eventuais problemas decorrentes do procedimento administrativo. Por outro lado, deve ser separado o requerimento de concessão de uma patente de invenção de um produto ou processo farmacêutico, de eventuais questões decorrentes de uma autorização de comercialização. São questões distintas que não deveriam obstaculizar o direito do depositante, preenchidos os requisitos legais para a concessão patentária. O requerimento de comercializar o produto atende a requisitos não insculpidos no sistema de proteção de patentes e não é requisito para a sua concessão, sob pena de se criar um requisito adicional, que não encontra guarida nos compromissos internacionais firmados pelo Brasil.

Outrossim, mesmo que se ultrapasse esta questão, decorrente da finalidade do pedido de concessão de patentes, ainda temos a questão processual-administrativa, na medida em que continua em aberto o ponto relativo ao indeferimento do pedido de patente, em face da negativa de anuência prévia por parte da ANVISA, em que o depositante interponha recurso. Este

recurso, como já anteriormente exposto, será decidido pelo Presidente do INPI que pode, eventualmente concluir pela procedência da argumentação expendida. Neste caso, a reforma do ato administrativo implicará na concessão final do pedido de patente, haja vista que não está prevista em Lei que o exame pela ANVISA ocorra na fase recursal, o que seria também incabível, em decorrência da estruturação administrativa do INPI e pela ausência de vinculação hierárquica entre a Presidência do INPI e a ANVISA.

O que evidente há de se questionar é no tocante a necessidade deste exame, em fase de concessão do pedido de patente que, ao que seja do meu conhecimento, é singular, não encontrando paradigma em nenhum outro País. Esta singularidade aparente pode trazer inconvenientes ao sistema de proteção patentária, por torná-lo mais burocrático e extrapolar os requisitos básicos de concessão do privilégio, quais sejam: a novidade, aplicação industrial e atividade inventiva. Tradicionalmente são estes os pressupostos de concessão, não se imiscuindo a Autoridade competente em questões relativas a comercialização de produtos que leva em conta a exames que não figuram como necessários para o procedimento concessivo.

O ponto nodal da questão poderia indagar qual o sentido de incluir outro Agente Governamental em procedimento administrativo, cujo objeto se limita a concessão de direitos e não tem por escopo a comercialização de produto. Ora, se o objetivo for a justa proteção do consumidor em face de produto que cause dano a sua saúde, o que efetivamente constitui uma das obrigações do Estado, o atingimento desta meta não se relaciona com o ato concessivo do INPI. Independentemente de um direito concedido, a comercialização de determinado produto estará proibida. O eventual titular de direito de patente não poderá comercializar o seu produto no Brasil, da mesma forma que nenhum outro comerciante; entretanto, o que não é crível é que se proíba a concessão de uma determinada patente, sob a alegação de dano a saúde e, posteriormente, um terceiro venha a obter o direito a comercializar o mesmo produto, levando-se em conta fatores de ordem econômica.

Toda esta argumentação também pode ser questionada sob o âmbito do Direito Administrativo. Os atos em comento, de natureza administrativa, têm que atender aos princípios constitucionais, podendo ser apontados os da finalidade e o da eficiência. Todo o ato administrativo deve atender ao fim público. O ato que não atenda ao fim público, dele se desvia, mesmo que sob o eventual manto de legalidade, padece de vício de legalidade.

O ato administrativo não tem função, nem tampouco subsistência tão somente pela sua forma, mas sim pela sua destinação. Ora, no presente caso, a falta de anuência prévia não traz nenhum benefício para a sociedade, uma vez que, como já exposto, são searas de atuação diversas. A anuência em comento não se coaduna com o exame concessivo.

Por outro lado, o procedimento administrativo deve ser eficiente, ou seja, evitar o desperdício. Nesse ponto, impende indagar o que significa a adoção desse princípio. Ser eficiente significa adotar procedimentos que não sejam desprovidos do fim de atender ao interesse público. A eficiência impõe ao Estado o dever de que os procedimentos adotados tenham por fim uma decisão administrativa que ofereça a necessária estabilidade das relações jurídicas. Esta estabilidade é obtida através da adoção de atos de forma concatenada que tenham esta meta e não que estes sejam exarados sem que se tenha a noção de suas metas. Analisar os efeitos de eventual produto a ser protegido, tornando o procedimento administrativo em uma prévia análise de futuro requerimento de comercialização implica em misturar esferas sem trazer nenhuma vantagem para a sociedade. Um ponto que deve ser destacado é que em nenhuma outra esfera, impõe-se ao depositante de um pedido de patente um exame prévio de que o seu objeto não causará dano a saúde. É incabível conceber que somente produtos farmacêuticos possam causar algum dano à saúde e que estejam submetidos a um prévio exame para fins de comercialização; tal exame também tem lugar com relação a produtos alimentícios, cosméticos e toucador, sem que haja, quando do exame de um pedido de patente, uma prévia anuência prévia. Por outro lado, qualquer produto, seja químico, mecânico são eventualmente comercializados, podendo causar algum dano a saúde, mas, quando do exame de patenteabilidade, não estavam sujeitos a nenhuma anuência prévia, em um claro tratamento diferenciado para produtos farmacêuticos, o que, de per se, já constitui em uma violação a obrigações internacionalmente assumidas, através do ADPIC.

A ausência de uma decisão administrativa que seja célere e que atenda a necessária eficiência é questionável, em especial quando a mesma não atende aos fins a que o procedimento de concessão se destina, misturando searas distintas e compelindo a comercialização de um produto ao titular de um direito, em momento em que esta obrigação não lhe pode ser exigida e cuja negativa impedirá qualquer outro de também colocar o produto no comércio, porém colocando o seu objeto em domínio público, o que poderia levar a falsa conclusão de que o mesmo encontra-se

franqueado a qualquer interessado. Esta ilação estaria certa se a negativa de concessão, que veio a impedir o privilégio de patente e desta forma inserindo o seu objeto em domínio público não fosse calcada em dano a saúde pública. Ao se aduzir o dano a saúde pública, a sua comercialização estará sendo vedada, fator este que poderá não ser suficiente para vedar a sua comercialização de forma ilegal, através do contrabando ou produção por terceiros não autorizados, colocando em risco a saúde da coletiva, em especial em um Estado onde os controles e o combate ainda não se dá com a necessária e esperada eficiência.

O que se tem como uma evidente carência é a ausência de mecanismos para o controle de práticas comerciais abusivas, que possam coibir danos a sociedade, ressaltando que todo o mecanismo administrativo somente obterá a necessária efetividade se o seu exame pelo Poder Judiciário também ocorrer em prazo hábil, de nada adiantando a celeridade administrativa se a mesma não vier acompanhada com a agilidade do processo judicial, de forma a que a incerteza quando a duração de lides judiciais não acabe sendo inserido no custo do investimento e não propicie a indesejada impunidade, de onde somente o contrafator tem benefício.

Esta questão não se encontra na seara de atuação do INPI, uma vez que a Autarquia analisa a patenteabilidade de um produto ainda não colocado no mercado, como também não se insere na ANVISA, na medida em que uma vez estando comercializado, compete ao CADE, com a colaboração dos entes públicos citados, averiguar a ocorrência de condutas vedadas, dentre as quais se insere a obtenção de lucro abusivo, na forma como determinado pela Lei n. 8884/94. O que não parece crível é vedar a comercialização de um produto, no âmbito da concessão de uma patente, por completa falta de oportunidade para tanto.

O ponto em si revela a fragilidade do sistema brasileiro de defesa da concorrência. A concorrência, quando devidamente regulada, constitui em uma relevante ferramenta para conter abuso de preços e outras condutas que transformam o monopólio em uma violação das normas que regulam o mercado. O preço se torna abusivo pela permissividade e falta de controle do mercado, o que não implica em admitir que este se confunde com o fato de que determinado produto possa ter um alto custo de aquisição, sendo inacessível para uma parte da população. Neste último caso, não se está diante de uma conduta vedada e o preço elevado pode ser uma consequência do investimento para o seu desenvolvimento. Para remediar

a questão, levando em consideração o interesse público no segmento, cabe ao Estado organizar um sistema público adequado, sem condenar o que inova a vender o produto, desconsiderando os custos havidos.

Não se deve entender que o Estado deva abdicar de suas prerrogativas, já citadas no presente trabalho, de intervenção no domínio econômico, porém a Lei estabelece as condições e a indenização devida ao seu titular, porém, em todo o caso deve-se ter um titular, fato este que pode não acontecer, no caso de negativa da anuência prévia por parte da ANVISA.

De toda a sorte, impõe-se que o sistema de regulação e de repressão ao abuso de poder econômico trabalhem juntos. Em verdade, somente quando do pedido de comercialização de um produto farmacêutico é que serão efetivados os testes para configurar sua segurança. Ressalta-se que, durante a vigência de uma patente, uma vez verificado que a mesma atente a um dos preceitos legais, insculpidos na Lei n. 9279/96, poderá a mesma a ser anulada, através de procedimento administrativo próprio; o que não pode ser cabível é atropelar este, por mais nobre que sejam os seus motivos, haja vista o indispensável respeito ao princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed, São Paulo, Malheiros, 2001

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005

_____. **Propriedade Intelectual – A aplicação do Acordo TRIPS**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988

Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996

INADIMPLENTO CONTRATUAL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE DEVERES ANEXOS

*Rodrigo da Guia Silva - Graduando em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.*

*O autor agradece ao Prof. Eduardo Nunes de Souza pela fundamental
orientação na elaboração do presente trabalho, na esperança de
que com esse agradecimento se afaste de iniciar um estudo sobre
inadimplemento sem tentar sanar a maior das dívidas de gratidão.*

*As impressões antigas não são as únicas capazes de nos enganar;
os encantos da novidade têm o mesmo poder. Blaise Pascal*

1. INTRODUÇÃO

A doutrina pátria reconhece, de forma uníssona, a incidência do princípio da boa-fé objetiva sobre as relações privadas, em consonância com o inequívoco comando legal (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil).¹ Não logrou o legislador, porém, esclarecer plenamente o conteúdo do aludido princípio, tendo sido fundamental o esforço doutrinário em busca do cumprimento dessa tarefa.

¹ Mesmo antes da positivação do princípio da boa-fé objetiva pelo CDC/1990, renomados juristas brasileiros já reconheciam a sua incidência sobre as relações privadas. Comprova essa afirmativa o comentário de Arnaldo WALD acerca do Projeto 634-B/75 (projeto de novo Código Civil), o qual continha, em seu art. 422, disposição quase idêntica à do art. 422 do atual Código Civil: “Assim, se convertido em lei, o projeto adotará expressamente os princípios que a doutrina extrai para a formação e para a execução do contrato, de probidade e boa-fé” (Obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 153).

Afirma-se, nesse sentido, serem três as funções do princípio da boa-fé objetiva: i) função hermenêutica, segundo a qual a interpretação dos contratos deve preservar o escopo econômico pactuado pelas partes (identificada no art. 113 do CC); ii) função restritiva do exercício de situações jurídicas subjetivas, que reputa abusivo o exercício que, apesar de não caracterizar ato ilícito, revela-se incompatível com a confiança que se espera no perfeito desenvolvimento da relação contratual (prevista no art. 187 do CC); iii) função criadora de deveres anexos, por força da qual existem deveres a serem observados pelas partes com vistas ao atendimento do escopo pactuado (consagrada no art. 422 do CC).²

Inúmeros aspectos concernentes à tríplice eficácia do princípio da boa-fé objetiva ainda merecem maior atenção por parte da doutrina. Subsiste, por exemplo, relevante controvérsia a respeito da natureza e dos efeitos do descumprimento de deveres anexos. Basicamente, a discussão consiste em saber se tal descumprimento constitui o que a civilística alemã denomina violação positiva do contrato ou se, permanecendo na tradição brasileira, caracteriza efetivo inadimplemento contratual.

O objetivo do presente trabalho consiste em, precisamente, abordar os efeitos do descumprimento de deveres considerados como anexos à prestação principal dos contratos. Para tanto, lançar-se-á mão do seguinte método: primeiramente, aprofundar-se-á a análise da produção de deveres anexos, a fim de se caracterizar a natureza dessas obrigações decorrentes da boa-fé objetiva; em seguida, far-se-á uma breve apresentação das figuras da violação positiva do contrato e do inadimplemento contratual, para que se possa, posteriormente, enquadrar em uma delas a hipótese de descumprimento de deveres anexos. Ao final, buscar-se-á resumir a linha de raciocínio conducente à caracterização do inadimplemento contratual na hipótese de descumprimento de deveres anexos à prestação principal.

² A tripartição funcional do princípio da boa-fé objetiva é matéria comum à mais moderna doutrina: “A fim de contornar a excessiva amplitude do princípio, a doutrina procura dar conteúdo mais preciso à boa-fé objetiva por meio da identificação de três funções essenciais: i) cânon interpretativo-integrativo; ii) norma de criação de deveres jurídicos; e iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos” (Gustavo TEPEDINO, Maria Celina BODIN DE MORAES, Heloisa Helena BARBOZA et alii. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 17). No mesmo sentido, cf. Francisco AMARAL (Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 437) e Judith MARTINS-COSTA (A boa fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 427 e ss.).

2. BOA-FÉ OBJETIVA E A PRODUÇÃO DE DEVERES ANEXOS

A boa-fé objetiva, nos termos claros em que é concebida atualmente, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei 8.078/90),³ o qual menciona expressamente o referido princípio nos seus arts. 4º, III, e 51, IV. Essa positivação da boa-fé objetiva no diploma consumerista deu novo ânimo aos civilistas que defendiam sua incorporação no projeto do novo Código Civil, o que de fato veio a ocorrer.

O codificador de 2002 andou muito bem no tocante ao tema em questão: não bastasse prever expressamente a incidência da boa-fé objetiva no âmbito das relações paritárias, distinguiu as três funções basilares do princípio, motivo pelo qual recebeu o mais amplo respaldo doutrinário.⁴ Dentre essas funções, constitui objeto central do presente estudo a função criadora de deveres anexos – também chamados deveres laterais de conduta. Faz-se necessário, então, esclarecer o que diferencia tais deveres das obrigações contratuais principais (aquelas diretamente relacionadas à causa do contrato, sendo seu verdadeiro núcleo) e das secundárias (as quais podem ser meramente acessórias da obrigação principal ou traduzirem prestação autônoma).⁵

O cerne da distinção está na fonte de cada uma dessas obrigações: enquanto as obrigações contratuais – tanto as principais como as secundárias – têm origem em contrato celebrado pelas partes, os deveres anexos decorrem de previsão legal. Há de se destacar, ainda, que tais

³ Há de se mencionar que o já revogado Código Comercial de 1850 previa expressamente o princípio da boa-fé, mas o verdadeiro desprezo com que doutrina e jurisprudência brasileiras o trataram até o advento do CDC/90 faz com que consideremos como marco inicial da positivação da boa-fé objetiva no direito pátrio a promulgação do diploma consumerista. Vale registrar a observação de Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR: “(...) o Código Comercial de 1850 já continha regra sobre a boa-fé, que permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais” (A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/1995, p. 21).

⁴ “O Código Civil de 2002 aparentemente acompanhou esta construção, pois previu a boa-fé objetiva em três dispositivos: no art. 113, ao tratar da interpretação dos negócios; no art. 187, ao abordar o abuso do direito; e no art. 422, ao referir-se aos princípios gerais dos contratos. A divisão, contudo, tem finalidade essencialmente didática e sistemática, uma vez que as funções se confundem e sobrepõem” (Carlos Nelson KONDER. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 12763111. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, p. 221).

⁵ Acerca da distinção entre deveres principais, secundários e anexos, cf. Judith MARTINS-COSTA. A boa-fé no direito privado, cit., p. 437 e 438.

deveres, diferentemente do que ocorre, em geral, com as obrigações secundárias, não se voltam ao melhor cumprimento das obrigações principais, mas sim ao perfeito desenrolar da relação obrigacional.⁶ São exemplos de deveres laterais de conduta: a) os deveres de cuidado, previdência e segurança; b) os deveres de aviso e esclarecimento (comuns no exercício das profissões liberais); c) os deveres de informação; d) o dever de prestar contas; e) os deveres de colaboração e; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; g) os deveres de omissão e de segredo.⁷ Cumpre salientar que os deveres aqui aludidos como anexos não terão essa natureza quando constituírem obrigação principal ou secundária do contrato.⁸

Pode-se afirmar que a função de maior relevância da boa-fé objetiva é, precisamente, a criadora de deveres anexos.⁹ O fundamento dessa afirmativa reside na ideia de que alguns dos ditos deveres laterais de conduta poderiam, caso se objetivasse extremo sintetismo, resumir com clareza o conteúdo extraído do princípio da boa-fé objetiva. Bastaria se ter em mente o dever de lealdade: não seria um equívoco afirmar que os contratos devem ser interpretados – e os direitos, exercidos – segundo a lealdade que se espera dos contratantes.

Diante da distinção de fontes entre obrigações contratuais e deveres anexos, suscitam alguns autores dúvida quanto à possibilidade de o descumprimento destes últimos ensejar responsabilidade contratual.¹⁰

⁶ Cf. Judith MARTINS-COSTA. A boa fé no direito privado, cit., p. 440.

⁷ O rol é meramente exemplificativo, tendo sido extraído de Judith MARTINS-COSTA. A boa-fé no direito privado, cit., p. 439, onde se procede a ilustrações das hipóteses de deveres anexos elencadas.

⁸ Faz-se necessária a ressalva para se deixar claro que os contratantes podem, no âmbito da autonomia privada, prever esses deveres anexos como efetivas prestações a serem cumpridas. Em outras palavras, não há nenhum impedimento para que se pactue, a título de obrigação principal ou secundária, o dever de sigilo, por exemplo. É tão somente pelo reconhecimento dessa possibilidade que se afirmou que os deveres elencados no corpo do texto não se caracterizarão como anexos nas hipóteses em que representarem prestações contratualmente pactuadas.

⁹ V. Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In Gustavo TEPEDINO (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.

¹⁰ “A grande dificuldade de enquadramento destes deveres [os deveres anexos] – por vezes referida como o ‘mal-estar que rodeia a doutrina destes deveres’ – se inicia na indicação da sua fonte: oriundos da incidência do princípio da boa-fé, eles não são nem produto direto da autonomia privada, uma vez que atuam independentemente da vontade expressa das partes, mas também não são imposição específica legal, relativa ao tipo contratual adotado. Esta dificuldade de enquadramento na classificação dicotômica de fontes desemboca em um problema mais grave: a dificuldade de enquadrar sua violação na classificação dicotômica da responsabilidade civil [de um lado, a responsabilidade civil contratual, e, de outro lado, a

Tal dúvida merece não mais prosperar: o fato de os deveres laterais de conduta terem fonte legal não impede a configuração do inadimplemento contratual, já que inseridos no âmbito do conteúdo negocial, ainda que por força de lei.¹¹ Subsiste, contudo, controvérsia de maior relevo no tocante à caracterização dos efeitos desse descumprimento à luz do ordenamento jurídico brasileiro: de um lado, advoga-se pelo reconhecimento da figura da violação positiva do contrato; de outro lado, defende-se que tal descumprimento ensejaria simples inadimplemento contratual.¹²

3. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO E O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

Desde sua positivação no CDC, a violação da boa-fé objetiva muitas vezes é associada ao instituto de origem germânica da violação positiva do contrato. Deve-se, então, atentar – como em todo bom estudo de Direito comparado – para as particularidades do sistema jurídico alemão que explicam o desenvolvimento do referido instituto. Relata-se que o instituto da violação positiva do contrato decorre de uma criação doutrinária de Hermann Staub¹³ intencionada a suprir uma lacuna do Código Civil alemão (BGB).¹⁴

responsabilidade civil aquiliana]” (Carlos Nelson KONDER. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição..., cit., p. 223).

¹¹ A boa-fé objetiva costuma ser compreendida como instrumento de interpretação e integração contratual, neste último sentido contribuindo para o alargamento do conteúdo do próprio negócio e pondo em xeque, segundo alguns autores, a dicotomia entre responsabilidade contratual e aquiliana. Afirmar Teresa NEGREIROS: “verifica-se, com efeito, um alargamento do conteúdo do contrato, o qual não se reporta a uma vontade tácita das partes, mas resulta de uma direta intervenção heterônoma (legal ou judicial), legitimada pela assunção de que o contrato atende, ou deve atender, a finalidades sociais. Neste contexto, a existência de deveres decorrentes da boa-fé atenua a distinção entre responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. De fato, o conteúdo do contrato amplia-se, por força da boa-fé, para além das obrigações estritamente contratuais. Ao lado das obrigações que não existiriam fora do contrato, a boa-fé passou a incluir no contexto contratual o dever geral de não causar dano, em todas as suas múltiplas especificações. Este o campo de atuação dos deveres instrumentais” (Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 155-156).

¹² “(...) cabe verificar se, concebido o inadimplemento como conceito genérico, todas as hipóteses de descumprimento encontram-se representadas nas figuras que parcialmente o expressam, ou se há a necessidade da inclusão de uma nova figura [in casu, a violação positiva do contrato] ao lado das já tradicionais” (Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121).

¹³ A aludida teoria da violação positiva do contrato é desenvolvida em Hermann STAUB. *Le violazioni positive del contratto*. Tradução Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

¹⁴ Não faltam autores pátrios a relatarem a solução formulada por Hermann Staub para lidar com a aludida lacuna existente no BGB. Por todos, v. Carlos Nelson KONDER (Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição..., cit., p. 225) e Renata Domingues Balbino Munhoz SOARES (A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTr, 2008, p. 152).

Com efeito, o BGB prevê a obrigação de indenizar quando a prestação se impossibilitar (§ 280), assim como a obrigação de indenizar pelos prejuízos decorrentes da mora (§ 286). Não há previsão para a hipótese em que o descumprimento do contrato se der de forma positiva, pois neste caso não haveria subsunção à impossibilidade absoluta nem à mora (mora entendida como o não cumprimento no tempo devido).¹⁵

A título de ilustração do que pode ser considerado violação positiva, vale imaginar a situação em que, no bojo de um contrato de compra e venda a prazo, o vendedor deixa de prestar informações ao comprador sobre as dificuldades logísticas que este virá a ter se optar por buscar a mercadoria por via rodoviária, ou a situação em que o vendedor entrega a coisa no tempo e lugar devidos, mas viola o dever anexo de sigilo ao revelar a estratégia do comprador para seus concorrentes. Em ambas as hipóteses pode-se vislumbrar violação positiva do contrato, na medida em que o devedor cumpriu sua prestação principal (entrega da coisa), mas ignorou deveres atinentes ao perfeito desenrolar da relação contratual.¹⁶

Em nenhum desses exemplos seria possível identificar-se impossibilidade da prestação ou mesmo mora – repita-se, mora na sua acepção clássica de não cumprimento no tempo devido –, o que resultaria na ausência de obrigação de indenizar por parte de quem violou positivamente o contrato. Em reação a essa lacuna estabelecida pelo BGB, Staub propôs a aplicação analógica do regime da mora (§ 326),¹⁷ argumentando que mesmo uma conduta positiva (prestação realizada no tempo devido) pode ensejar a obrigação de ressarcir danos quando desrespeitadora de deveres anexos.¹⁸

¹⁵ Cf. Carlos Nelson KONDER (Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição..., cit., p. 225) e Aline de Miranda VALVERDE (Inadimplemento anterior ao termo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105).

¹⁶ Ainda na tentativa de ilustrar-se o instituto da violação positiva do contrato, cabe fazer menção ao registro feito por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA acerca de alguns exemplos dados por Staub para demonstrar o descumprimento de deveres laterais: “O primeiro é o do fabricante e vendedor de material brilhante que vende o produto para um comerciante. O material continha composto explosivo, mas tal característica não é informada ao adquirente. Em face disso, o material explode na loja do comprador, produzindo vários danos. O segundo caso é o da empresa que presta à outra errônea informação sobre a solvibilidade de um de seus mais conhecidos clientes, provocando-lhe danos. Em ambos os casos, o interesse envolvido não se relacionava aos diretos fins do contrato, mas à proteção do patrimônio da outra parte” (A boa-fé e a violação positiva do contrato, cit., p. 221).

¹⁷ V. Carlos Nelson KONDER (Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição..., cit., p. 226) e Aline de Miranda VALVERDE (Inadimplemento anterior ao termo, cit., p. 107)

¹⁸ Uma construção tão inovadora como a de STAUB não poderia se sustentar sem a indicação de um sólido fundamento jurídico para a obrigação de ressarcimento dos danos causados nas hipóteses reunidas sob a denominação “violação positiva do contrato”. Para STAUB, referida obrigação basear-se-ia em um princípio

Nasceu, assim, a doutrina da violação positiva do contrato,¹⁹ cujo grande mérito foi apresentar uma resposta satisfatória à lacuna de um sistema fechado de responsabilidade civil – no qual não se toleram ressarcimentos por violações de direitos patrimoniais não previstas.

A sistemática do Código Civil brasileiro, por sua vez, é nitidamente diversa daquela prevista pelo BGB, muito embora ambos os diplomas prevejam a mesma distinção entre o inadimplemento contratual absoluto e relativo com base no critério do interesse útil²⁰ – quando se perde definitivamente o interesse útil do credor na realização da prestação do devedor, caracteriza-se o inadimplemento absoluto; por outro lado, quando o não cumprimento por parte do devedor ainda não atinge por total a utilidade da prestação para o credor, está-se diante de mora (ou inadimplemento relativo).

A diferença entre ambos os sistemas reside na adoção, pelo ordenamento brasileiro, de um conceito amplo de mora: o art. 394 do CC define o inadimplemento relativo como a não realização da prestação no “tempo, lugar e forma” devidos.²¹ Trata-se de peculiaridade crucial do modelo brasileiro: não se restringe a mora à prestação no tempo devido.²²

geral de direito, inserto implicitamente no BGB, segundo o qual “la conseguenza giuridica dela violazione colpevole di un’obbligazione consiste nell’obbligo di risarcimento del danno, a meno che questa conseguenza giuridica non sia esclusa dalla legge” (Le violazione positive del contratto, cit., p. 40).

¹⁹ Vale registrar que a expressão “violação positiva”, adotada por Staub, merece crítica, nada obstante ao mérito do trabalho intitulado sob aquele nome. Nesse sentido, v. Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR: “Essas infrações receberam de STAUB a denominação de ‘violação positiva do contrato’. Seus trabalhos merecem uniforme aplauso, menos quanto à escolha da denominação, porquanto nem sempre o descumprimento resulta de comportamento positivo, decorrendo, muitas vezes, de omissão no cumprimento de dever anexo. Além disso, incluíram-se nessa categoria hipóteses que podem ser resolvidas pelas regras da mora ou da impossibilidade. De qualquer forma, como observa LARENZ, trata-se de denominação já consagrada” (Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 125).

²⁰ Cf. Anderson SCHREIBER, que, em uma tentativa de melhor compreender o critério distintivo entre o inadimplemento absoluto e o relativo, afirma: “(...) o que o adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato, que ‘se constitui, efetivamente, do encontro do concreto interesse das partes com os efeitos essenciais abstratamente previstos no tipo (ou, no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que lhe é atribuída pela própria autonomia negocial)” (A triplíce transformação do inadimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 32. Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2007, p. 12).

²¹ V. Agostinho ALVIM: “é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um retardo, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma – art. 955 CC)” (Da inexecução das obrigações e suas consequências. Rio de Janeiro: Editora Jurídica Universitária, 1965, p. 29. Grifos no original).

²² Cf. Aline de Miranda VALVERDE: “No direito brasileiro, o legislador conferiu à mora conceito amplo, a abarcar não apenas a violação ao prazo, como também ao lugar e à forma contratualmente fixados. Sendo assim, além da demora, a mora também resta configurada quando o devedor, culposamente, não observa

É justamente a adoção do aludido conceito amplo de mora que faz com que não se justifique o instituto da violação positiva do contrato no direito brasileiro.

Neste ponto, e sem embargo das eminentes vozes que o sustentam, não convence o argumento segundo o qual o inadimplemento relativo, apesar da inequívoca previsão legal, dependeria sempre do atraso na prestação – em outras palavras, que o cumprimento fora do lugar ou modo devidos apenas caracterizaria a mora se (como requisito cumulativo) não houvesse mais tempo para que o devedor efetuasse novamente a prestação, no local ou da forma adequados.²³ De fato, o devedor que, por exemplo, paga no lugar ou modo inadequados e antes do vencimento da sua dívida – *dies ad quem* presumivelmente estipulado em seu favor –, renuncia evidentemente ao benefício do prazo, de modo que a dívida se reputa vencida desde a data do pagamento imperfeito.²⁴

O direito impõe a qualificação dos atos jurídicos de acordo com a seriedade que se espera das pessoas, não sendo razoável enxergar o pagamento imperfeito anterior ao vencimento como um nada jurídico,²⁵

o lugar em que deve prestar, ou presta de forma diversa da pactuada” (Inadimplemento anterior ao termo, cit., p. 103).

²³ Este é o entendimento, por exemplo, de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA: “Apesar dos termos da definição legal, a mora no direito brasileiro continua vinculada exclusivamente ao tempo da prestação. (...) o que realmente importará será o tempo que terá de ser gasto para a correta realização da prestação, período que envolverá o estado de mora. As hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação, assim, somente ensejarão mora na medida em que provocarem atraso no prestar ou no receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora” (A boa-fé e a violação positiva do contrato, cit., p. 146). Não se deve confundir a qualidade da demora enquanto pressuposto da mora com uma – equivocada – qualidade de único elemento caracterizador do inadimplemento relativo. Esclarecedora, no sentido de demonstrar que a demora é pressuposto da mora, a lição de Aline de Miranda VALVERDE: “A rigor, sob certo sentido, a mora sempre será um atraso culposo. Mesmo na hipótese em que o devedor cumpre no tempo certo, mas no lugar ou forma diversa do pactuado, haverá, sim, atraso da prestação devida, uma vez que esta não restou adimplida. O cumprimento imperfeito não é o cumprimento devido, pelo que se pode entender haver, neste caso, atraso no cumprimento da prestação devida, entendida como aquela que abarca os deveres de prestação bem como os de conduta” (Inadimplemento anterior ao termo, cit., pp. 103-104. Grifos do original).

²⁴ A respeito, v. Aline de Miranda VALVERDE: “A doutrina assevera que apenas nas hipóteses legalmente previstas de vencimento antecipado, a obrigação se torna exigível antes do termo contratual. Todavia, leitura funcionalizada do termo indica outra conclusão: o direito ao benefício do termo que não realiza a função para a qual foi concedido não merece tutela do ordenamento jurídico, pelo que deve ser desconsiderado, e a prestação passa a ser, também nesta hipótese, exigível” (Inadimplemento anterior ao termo, cit., p. 79. Grifos do original).

²⁵ Conforme observa Anderson SCHREIBER a respeito da doutrina do inadimplemento antecipado (anticipated breach of contract), cuja ratio pode ser tomada por empréstimo para as hipóteses aqui analisadas, “seja na hipótese de impossibilidade, seja na improbabilidade do cumprimento, parece injustificável conservar o credor em estado de absoluta paralisia até o vencimento da obrigação, preservando um verdadeiro vácuo na relação obrigacional, que, embora regularmente constituída, nenhum efeito produz até que se verifique

sem qualquer consequência para o curso da obrigação.²⁶ Melhor compreender, assim, que aquele que se antecipa à data prevista para o pagamento realiza efetiva renúncia ao prazo que fora estipulado em seu favor, podendo assim ser constituído em mora por meio da notificação, da parte do credor, de que a prestação não lhe foi útil no modo em que foi prestada – tratar-se-á, em princípio, de mora *ex persona*, como nas obrigações que jamais tiveram prazo de pagamento estipulado.²⁷

Se tais considerações são verdadeiras, como parecem, não subsiste qualquer hipótese de pagamento imperfeito no direito brasileiro que já não esteja abarcada pelo conceito amplo de inadimplemento do Código Civil, a afastar qualquer necessidade, repita-se ainda uma vez, da adoção da noção de violação positiva do contrato.²⁸ Nesse sentido, também o descumprimento de deveres anexos (qualificado, no direito alemão, como hipótese de violação positiva) também deve ser enquadrado, no caso

a sua já anunciada frustração” (A tríple transformação do inadimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, cit., p. 13).

²⁶ Não se tratará, aqui, de inadimplemento antecipado do contrato, quando ainda houver interesse útil na prestação dentro da forma adequada: “nos casos em que o retardo ou a omissão de atos necessários ao adimplemento ou a inobservância de dever de conduta ensejam apenas o atraso na prestação sem, contudo, retirar-lhe a utilidade para o credor, é possível configurar o risco de descumprimento [...], não já o inadimplemento anterior ao termo. [...] Tudo se passa, portanto, como se a inutilidade da prestação decorresse da mora constituída após o advento do termo” (Aline de Miranda VALVERDE. (Inadimplemento anterior ao termo, cit., pp. 233-234. Grifos do original).

²⁷ Segundo Aline de Miranda VALVERDE, impõe-se uma análise dinâmica e funcional do termo: “Desse modo, tempera-se o tradicional entendimento, segundo o qual o termo importa, tout court, a inexigibilidade da prestação. Na realidade, deve-se afirmar que o termo importa a inexigibilidade da prestação se e enquanto o benefício realiza sua função. [...] Resta, por fim, verificar em que hipóteses o suporte fático enseja o inadimplemento absoluto ou a mora do devedor. Aplicam-se aqui os mesmos critérios utilizados para distinguir uma ou outra espécie de inadimplemento após o advento do termo” (Inadimplemento anterior ao termo, cit., p. 233. Grifou-se).

²⁸ Ainda no que tange à controvérsia sobre a aplicabilidade da violação positiva no direito brasileiro, seus defensores alegam que “seria absolutamente contra a boa-fé” que o devedor que efetuasse sua prestação de modo imperfeito, mas antes do prazo de vencimento, respondesse pelo fortuito nos casos de perecimento da coisa, conforme determina o art. 399 do Código Civil. Assim, por exemplo, se um vendedor de automóveis, entregando o veículo ao comprador, não lhe entrega o manual do sistema de som do carro (conforme prometido na contratação), haveria inadimplemento, mas o fato de ainda ser possível realizar a prestação posteriormente impediria a responsabilidade pelo fortuito, como imperativo da boa-fé (são os argumentos, por exemplo, de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA. A boa-fé e a violação positiva do contrato, cit., p. 161). A tais argumentos responde Aline de Miranda VALVERDE: “A ponderação do autor é de todo procedente. De fato, não parece razoável atribuir ao vendedor os riscos da impossibilidade da prestação por estar em mora em relação à entrega do manual do equipamento de som do veículo. Entretanto, para se explicar a exceção à aplicação da regra do art. 399, não se faz necessário lançar mão de uma terceira espécie de inadimplemento. A solução já existe no ordenamento brasileiro: embora esteja configurada a mora no adimplemento da prestação devida, a regra do art. 399 não incide sobre a hipótese formulada, porque a ela se aplica a teoria do adimplemento substancial, consoante já definida” (Inadimplemento anterior ao termo, cit., pp. 113-114).

brasileiro, no âmbito da teoria do inadimplemento contratual, como se buscará expor a seguir.

4. DESCUMPRIMENTO DE DEVERES ANEXOS E SEU ENQUADRAMENTO NA TEORIA DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

As dificuldades suscitadas pelo BGB que impulsionaram o desenvolvimento da doutrina da violação positiva do contrato não se verificam no CC brasileiro,²⁹ para o qual a mora abrange, além do tempo, também o lugar e a forma devidos. E é precisamente dessa previsão referente à “forma” devida que decorre a inexistência da figura da violação positiva do contrato no direito pátrio, plenamente absorvida pelo conceito amplo de mora do art. 394. De fato, não há por que se falar em conduta positiva violadora do contrato quando a lei já abre espaço para que se fale em mora – ou mesmo inadimplemento absoluto – nas mesmas situações de cumprimento inadequado e com idêntica produção de efeitos.

Atente-se para o fato de que tanto condutas positivas – prestação pelo devedor – quanto condutas negativas – omissão quanto à prestação devida – podem caracterizar inadimplemento no direito brasileiro, por força do conceito amplo de mora. A hipótese de conduta negativa é de mais simples entendimento: o devedor que não cumpre a prestação devida inadimple o contrato, pois se abstém de prestar aquilo que está contratualmente vinculado a fazer. Igualmente inadimple o contrato a parte que dá início ao cumprimento da prestação, porém a executa de modo diverso do devido, ou mesmo em desrespeito ao lugar previsto. Esta última é a hipótese de inadimplemento contratual por conduta positiva, a qual será de especial valia para a conclusão no sentido do enquadramento da violação de deveres anexos ao inadimplemento contratual.

Tal como apresentado, de acordo com a sistemática do CC, o descumprimento de deveres anexos é plenamente idôneo a caracterizar o inadimplemento contratual – seja absoluto ou relativo: cumprir as

²⁹ Assevera Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: “No Brasil, o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito por defeito quanto à forma e ao lugar da prestação, razão pela qual não sentimos a mesma dificuldade enfrentada na doutrina alemã, que derivou para a teoria da infração contratual positiva” (Extinção dos contratos por incumprimento do devedor..., cit., p. 126).

obrigações principais e secundárias sem que se respeitem os deveres criados pela boa-fé objetiva no âmbito da concreta relação contratual significa cumprir as prestações fora do modo devido.³⁰ De fato, em razão da relação de objetiva confiança fundamentada pelo contrato, a boa-fé objetiva impõe a observação de determinados padrões de comportamento – variáveis de acordo com a concreta relação que se desenha –, sem a qual não se pode vislumbrar perfeita atuação de cada um dos contratantes.³¹

Deve-se concluir, assim, que o modo adequado de se cumprir qualquer obrigação pactuada necessariamente engloba o atendimento aos deveres laterais de conduta que a boa-fé objetiva torna imprescindíveis ao perfeito desenvolvimento da relação contratual.³² Essa percepção, associada à já explicitada noção de que condutas positivas podem caracterizar inadimplemento contratual no direito brasileiro (por força do conceito amplo de mora adotado pelo CC), leva ao entendimento de que se configura inadimplemento contratual quando um devedor atua comissivamente em afronta aos deveres anexos (seria o caso, por exemplo, de se prestar informação sabidamente errônea).³³

Não é despidendo, porém, ressaltar o fato de que condutas negativas

³⁰ A partir de uma distinção entre interesses de prestação (assim entendidos aqueles diretamente atinentes às prestações pactuadas) e interesses de proteção (assim entendidos aqueles decorrentes da boa-fé objetiva como necessários para que não se produzam danos entre os contratantes), Gustavo Luís da Cruz HAICAL conclui pelo afastamento do descumprimento de deveres anexos em relação à mora: “(...) em face de a mora, no Direito brasileiro, abranger não só o atraso no cumprimento da prestação, mas também o não cumprimento desta, no lugar e no modo devido, referindo-se exclusivamente aos interesses de prestação, somente se dará a violação positiva do crédito quando ocorrer o descumprimento dos deveres laterais nucleados no interesse de proteção e quando não vier a afetar o interesse do credor na prestação, pois, na segunda hipótese, advirá o inadimplemento absoluto” (O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. Revista dos Tribunais, v. 900. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2010, p. 56).

³¹ V. Judith MARTINS-COSTA. A boa-fé no direito privado, cit., p. 449.

³² “Além da desatenção ao modo de cumprimento da prestação, devem ser aqui referidas as infrações contratuais positivas, que também pressupõem o cumprimento da prestação, igualmente de modo imperfeito, mas com imperfeição que não está nela mesma, e sim no fato de causar ofensa ao interesse do credor” (Extinção dos contratos por incumprimento do devedor..., cit., p. 124). Atente-se para o fato de que Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR usa a expressão “infrações contratuais positivas” apenas em respeito ao uso consolidado (vide a Nota nº 17 do presente trabalho), sendo certo que a sua intenção é se referir às hipóteses de comportamento comissivo ou omissivo em que se descumpram deveres anexos.

³³ A adoção do instituto da violação positiva do crédito faria sentido aos olhares da perspectiva tradicional do inadimplemento, em que este se resume ao cumprimento da prestação principal. “Não é, todavia, o que ocorre em uma perspectiva funcional”, ensina Anderson SCHREIBER, “na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do inadimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente” (A tríplice transformação do inadimplemento: inadimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, cit., p. 15).

desrespeitadoras dos deveres laterais de conduta também podem configurar inadimplemento contratual (seria o caso de abster-se de prestar informação importante para a outra parte). Via conduta positiva ou negativa, o fundamental para fins de caracterização do inadimplemento contratual é que a conduta do contratante desrespeite o modo devido – o que abrange, como repetido à exaustão, os deveres anexos criados pela boa-fé objetiva.

5. CONCLUSÃO

A diferenciação acima realizada entre a teoria de origem germânica da violação positiva do contrato e a teoria do inadimplemento contratual consagrada no CC brasileiro, ainda que breve, parece ter sido suficiente para que se pudesse visualizar a consequência jurídica do descumprimento de deveres anexos criados pela boa-fé objetiva. Uma vez assentada a incidência da boa-fé objetiva e a sua produção de deveres anexos no âmbito das relações contratuais e esclarecida a dimensão do conceito de mora no direito brasileiro, revela-se imperiosa a conclusão no sentido do enquadramento da violação aos deveres anexos à teoria do inadimplemento contratual. Não foi outro o escopo fundamental do presente trabalho, que, espera-se, logrou afastar a associação que ocasionalmente se faz entre o descumprimento de deveres laterais de conduta e a doutrina alemã da violação positiva do contrato.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/1995, pp. 20-27.

_____. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. Rio de Janeiro: Editora Jurídica Universitária, 1965.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever

- lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 900. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2010, pp. 45-84.
- KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 12763111. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, pp. 217-236.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do inadimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32. Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2007, pp. 3-27.
- SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In Gustavo TEPEDINO (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VALVERDE, Aline de Miranda. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Impressão e acabamento:
CPGRAF/SED
TRF 2ª Região



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região