

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 22

Nº 1 - Mai./Out.2015



San Tiago Dantas


EMARF



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 22
Mai./Out.2015

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 2014 - volume 22, n. 1
(mai./out.2015)

Semestral

Disponível em: <[http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.
php/emarf](http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf)>

ISSN 1518-918X

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

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro

EQUIPE DA EMARF

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Carlos José dos Santos Delgado

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Flávia Munic Medeiros Pereira

João Paulo de Jesus Baptista

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Osmani Valporto Moreno

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, Advogado e Professor de Direito da UFPR, 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

Denis Borges Barbosa, Jurista, 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 Dylund, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

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

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador 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

Salete 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 POUL ERIK DYRLUND

Vice-Presidente:

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Corregedor-Geral:

Desembargadora Federal GUILHERME COUTO

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ
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
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETÍCIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

SUMÁRIO

NOÇÃO E BASES DE FORMULAÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS 11

André R.C. Fontes

DESVENDANDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS PELAS PENAS PREVISTAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO 17

André Amaral de Aguiar

IMPARCIALIDADE E INDEPENDÊNCIA: DEVERES ESSENCIAIS PARA A CONSECUÇÃO DA JUSTIÇA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL..... 63

Bernardo Guitton Brauer

COMUNICANDO SOBRE O DIREITO A PARTIR DA COMUNICAÇÃO 85

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

LIBERALISMO E DEMOCRATISMO NA REVOLUÇÃO FRANCESA: AS DECLARAÇÕES DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 E 1793. 93

Fernando Quintana e Gabriela Fortes

CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E OS DIREITOS DO IDOSO..... 133

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Álvaro Andrade Antunes Melo e Marina de Almeida Gussem

A GENERIFICAÇÃO DA MARCA: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A PERDA OU ENFRAQUECIMENTO DA PROPRIEDADE MARCÁRIA 159

Julio Guidi Lima da Rocha e Rafael Meireles Saldanha

A PROLETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO AUTÔNOMAS 171

Marcelo Leonardo Tavares e Murilo Oliveira Souza

A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA: ENTRE A DOGMÁTICA PENAL E O DIREITO INTERCIONAL PENAL: EM ESPECIAL NO ESTATUTO DE ROMA..... 191

Maria João Carvalho Vaz

O ESTADO TEM DIREITOS FUNDAMENTAIS?(!) 213

Paulo Fernando de Mello Franco

GOVERNANÇA DE BANCOS CENTRAIS NA GLOBALIZAÇÃO: PARA ALÉM DAS METAS DE INFLAÇÃO	243
Rafael Bianchini Abreu Paiva	
DO PERICULUM IN MORA INVERSO (REVERSO).....	265
Reis Friede	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ...	303
Renata Marques Osborne da Costa	

NOÇÃO E BASES DE FORMULAÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

André R.C. Fontes¹

Toda compreensão do mundo circundante carece de um afastamento das formas fragmentárias das mais distintas ideias e o estabelecimento de bases que apresentem um sistema que revista algum caráter científico. Não se trata somente de uma suma de ideias, mas de uma concepção que esteja assentada em dados da ciência contemporânea, que se valha de métodos científicos de pensamento e que não haja lugar para opiniões não científicas, místicas ou religiosas. É dessa forma que as noções de natureza, de sociedade e de homem são estabelecidas, por exemplo.

A diferenciação e a especialização exigem que nas distinções entre ciências especiais se encontre sempre, no quadro das ciências em geral, todo o objeto do conhecimento. Sempre que se respalda em um conjunto de dados científicos, os problemas das relações entre a ciência e o objeto de estudo devem ser estabelecidos. Essa delimitação científica provoca no estudioso o que parecer ser sua primeira grande indagação a respeito do objeto de que se trata e de seu enquadramento científico. Uma compreensão do significado do termo *conhecimentos tradicionais* é muito mais do que se deter mais circunstancialmente à problemática conceitual e às definições, é uma delimitação do seu próprio objeto e, igualmente, a primeira manifestação do ato de compreendê-lo.

A longa atividade de pesquisa e estudos desenvolvida pelos teóricos

¹ 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).

conduz à primeira indagação primordial nos embates acerca dos conhecimentos tradicionais: uma definição.

Por mais diversas que sejam as orientações seguidas acerca dos componentes de uma definição, os problemas culturais de cada povo poderiam alterar profundamente um esquema teórico-conceitual a respeito, e, mais do que isso, desvirtuar suas características, limites e finalidade.

Ao próprio tempo, várias propostas surgiram, todas elas agregadas a partir de elementos comuns, marcados pela experiência assimilada e verdadeiramente sistematizada que se elabora, se acumula e se transmite de uma geração a outra, dos quais geram ou incorporam novos conhecimentos. Todas as multiformes correntes e tendências aderem a essas questões objetivas mencionadas à forma oral da transmissão do conhecimento e à ausência de uma educação formal, se considerada certa margem da qual partem os estudos em cada sociedade. Paralelamente aos aspectos sociais e culturais dos povos que lidam com esses conjuntos de saberes práticos, uma relação muito íntima é considerada entre pessoa e natureza.

Uma definição que contemple os elementos componentes e bem caracterizados dos conhecimentos tradicionais, assim como sua transmissão e caráter coletivo, pode ser encontrada, sem grandes desafios, no Convênio sobre Diversidade biológica em seu artigo 8 como sendo: o termo conhecimentos tradicionais se emprega no sentido de conhecimentos, inovações e práticas das comunidades indígenas e locais que se valem de estilos tradicionais de vida que interessam para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

O Instituto Alexander von Humboldt assinala que compreendem os conhecimentos tradicionais as ideias, juízos e raciocínios, os processos metodológicos, os sistemas explicativos e os procedimentos tecnológicos desenvolvidos por grupos étnicos e comunidades locais, em sua relação com os recursos biológicos do meio no qual vivem. E continua com a observação de que esses conhecimentos são tidos por tais grupos e comunidades como um legado, oral ou escrito, de caráter coletivo.

Sem tergiversar, a mais ampla consideração leva a que os conhecimentos tradicionais sejam compreendidos como *todos aqueles conhecimentos, costumes e crenças (materiais e espirituais) que são transmitidos verbalmente, de geração em geração, no seio de um povo ou de uma comunidade.*

A experiência dos povos que empreenderam os conhecimentos tradicionais não está assentada em palavras e em objetos de compreensão, pois a vida põe a descoberto novos objetos de pesquisa, especialmente diante de problemas desconhecidos e das descobertas mantidas em primeiro plano por certas comunidades em seu contato com o meio ambiente. No presente momento, entretanto, uma concepção integral do mundo somente pode ser formulada com dados presentes e imediatamente conhecidos. Ao seu próprio tempo, o progresso se encarregará das mudanças e de cada novo descobrimento na constituição de uma ideia sobre os conhecimentos tradicionais.

Estabelecer algo como objeto de estudos, seja ele de que natureza for, é uma tarefa árdua, intensa, repleta de percalços e marcada por ritmos alucinantes de velocidade e variedade que muitas vezes beira à contradição.

Nesse variado e complexo entrelaçamento, se de um lado o caráter imaterial dos conhecimentos tradicionais faz com que seja simples e fácil de manipular, por outro lado produz múltiplos impactos materiais resultantes de sua aplicação prática. Se o conhecimento tradicional, por sua vez, é heterogêneo, por se apresentar em distintos e variados formatos e esferas da vida, por outro lado, ele pode ser (sub)sistematizado. A par disso, sua fluidez espacial de conhecimentos lhe dá uma ampla abrangência geográfica, que se perfaz em movimentos que se canalizam em meio a tradições culturais específicas, projetado em forma difusa devido aos variados processos históricos de conflitos e interpenetrações culturais.

Na etapa atual das questões que envolvem os conhecimentos tradicionais brotam dificuldades que beiram às etapas mais elementares do conhecimento em geral. A própria noção, conceito e definição de conhecimentos tradicionais é algo ainda não superado.

Se os sociólogos e antropólogos dominam o quadro de iniciativas e ações destinadas à apreensão do significado da locução conhecimento tradicional, a verdade é que ele se situa em um campo absolutamente vago e pior, marcado por disputas e mal-entendidos que retiram boa parte do ânimo e da capacidade de compreender esse misterioso fenômeno.

Ao contrário da sapiência vulgar, há registros de que muitas das tradições documentadas foram simplesmente construídas pela imaginação dos grupos,

como parte de um processo de colheita da memória coletiva, mas, que de fato, não tinham nenhuma relação com o passado ou com a realidade.

À medida que, no Brasil, uma ideia se fez do que seria o conhecimento tradicional, dois novos usos surgiram, de origens distintas: um do movimento ambientalista e outro dos direitos étnicos.

É necessário reconhecer a contribuição dada pelos estudos de cada um dos grupos de pesquisadores. Mas seja qual for a opinião mais aceitável, o mais correto seria definir um conhecimento a partir do próprio conhecimento e não da comunidade que o forma e o utiliza. Isso poderia significar uma ampliação demasiada do objeto dos estudos, mas, uma coisa é certa, o enfoque sociogênico de cada uso, por meio dos estudos do grupo e de seu contexto histórico, étnico e geográfico, a despeito de permitir melhor compreender as fontes etnográficas com que se lida, está longe de contribuir para dar um caráter objetivo ao estudo do próprio conhecimento.

Se se limitassem os estudos dos conhecimentos tradicionais ao aspecto humano e social que representam, com um estudo do indivíduo que forma o grupo que o utiliza, haveria de ser feito um estudo de todas as áreas que haveriam de ser protegidas, com um limite correspondente ao tamanho do território do País. Se se limitasse à Amazônia, sua área pode induzir a uma falsa ideia de unidade monolítica da região. A pluralidade e a complexidade das populações humanas na região amazônica por si sós afastariam um exame possível e detalhado dos conhecimentos em uma perspectiva subjetiva.

No despontar da consciência humana, desencadeada pelo movimento ambientalista, a noção de conhecimento tradicional o associou às populações tradicionais. Por outro lado, a sociogênese do conhecimento não é estranha ao grupo dos direitos étnicos.

À medida que os defensores dos direitos étnicos e ambientalistas se associavam aos grupos que produziam os conhecimentos, temas conexos importantes para as comunidades foram ressaltados, dentre os quais os que desejavam a preservação das terras, a conservação da natureza e do modo de vida dessas comunidades.

Ao contrário dessa sapiência mais ampla que envolve terras, ambiente e costumes, um estudo que se encontra disposto a tratar da questão única do conhecimento ficaria de fora do contexto, por parecer uma injustiça

ou amesquinamento do problema. A indagação do que seria um estudo sobre conhecimento tradicional, com a determinação dos aspectos da realidade e os respectivos que lhe dão forma, ao contrário das ciências sociais particulares, afastam os conhecimentos tradicionais do mundo objetivo, da natureza, da sociedade e do pensamento humano.

O objeto de qualquer ciência tem que ser definido objetivamente, por meio de um sistema ordenado de ideias. Ampliar demasiadamente o objeto da ciência, tornando-o uma concentração de todas as outras ciências, é afastar o ímpeto que um dia formou a Física, a Química e a Biologia. No despontar da consciência humana, quando a ciência se encontrava ainda no seu estado embrionário, a ideia de que deveria englobar todo o conhecimento humano de alguma coisa, de fato, não foi a solução. À medida que se desenvolvia o conhecimento humano, nas ciências naturais, e mesmo nas ciências humanas e sociais, o horizonte do objeto sempre sofre cortes. Se o ser humano é dotado do poder de amar a ciência, isso não significa ampliá-la, ignorar limites e a capacidade real de encontrar um sistema ordenado e, logicamente, coerente.

Sintetizar as mais recentes conclusões sobre o que teriam os conhecimentos tradicionais para serem assim caracterizados constitui um dos problemas cardinais para sua delimitação e natureza. Revestem-se de imensa importância, não somente para a caracterização, mas, também, para o avanço dos estudos e do regime protetivo a respeito. Demonstração clara e indiscutível da incompreensão dos longos desafios no desenvolvimento dos conhecimentos tradicionais, servem as características de melhor maneira para se estabelecer uma síntese da experiência e prática dos povos que os utilizam e uma forma de contrastar com as interpretações que tomam os povos e não os conhecimentos a fonte para as mais amplas generalizações teóricas, e para o enriquecimento e a elevação do nível de tutela de que se valem as sociedades organizadas, e mesmo os Estados modernos.

As variadas interpretações possíveis associam-se ao espírito criador, associado e enriquecido pelo dinamismo das comunicações modernas, que sofre inevitavelmente os influxos do desenvolvimento científico, que altera o conhecimento arraigado. Não se negam alguns povos a verdade objetiva que encerram a experiência de outros povos e seu testemunho de um processo cognitivo sem complexidade e contraditório, não impede o caráter relativo da transmissão desses conhecimentos. Um bom exemplo é a forma como

o milho é cultivado e utilizado em todo o mundo: é inegável que algum conhecimento envolveu cada povo que dele se valeu, não somente para fins alimentares, mas, também, para um conjunto de utilidades conexas.

O afã de sistematizar os conhecimentos tradicionais tem levado os estudiosos a formar uma ideia que muito poderia significar uma confusão entre requisitos e características. O aporte criador legislativo de cada país é o principal fator de estímulo a esse verdadeiro problema para os conhecimentos tradicionais. É que o tratamento como requisito faz com que se adquira um especial significado nas condições contemporâneas de pesquisa e também de delimitação do assunto. As mais angustiantes injustiças nas questões dos conhecimentos tradicionais passam pelo entrelaçamento (ou colisão!) de ideias que refiram requisitos de características. Os que foram resolvidos em torno da elaboração de características operam melhor com problemas velhos e tradicionais que esses conhecimentos sofrem, sem necessidade de que novos problemas venham a ser erigidos, especialmente os relacionados à propriedade intelectual.

Os resultados do desenvolvimento dos estudos a respeito dos conhecimentos tradicionais, na eternidade da sua existência, no tempo, no espaço e no seu autodesenvolvimento interminável, algumas etapas de surgimento que poderiam ser listadas da seguinte forma, como características dos conhecimentos tradicionais

- a) são conhecimentos enriquecidos a cada geração;
- b) foram adquiridos e provados na prática;
- c) relacionam-se principalmente com o território, o uso dos recursos naturais e o ambiente (daí a relação dos conhecimentos tradicionais com os recursos genéticos);
- d) expressam-se na forma de trabalhar a terra ou a agricultura, a organização, a cosmovisão, a prática espiritual, a medicina tradicional e as relações entre as espécies animal e vegetal;
- e) refletem a cultura, religião, educação, a saúde e o estado do meio ambiente.

DESVENDANDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS PELAS PENAS PREVISTAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO

*André Amaral de Aguiar - Procurador Federal, Mestrando em
Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado
do Rio de Janeiro-UNIRIO*

Resumo: A Lei 12846/2013 visa combater a corrupção através do estabelecimento de uma responsabilidade objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas pelas condutas nela tipificadas. Tendo em vista a inexistência de diferença ontológica entre sanções administrativas e penais, os princípios de direito penal são aplicáveis ao direito administrativo. Dentre estes princípios sobressai a importância do princípio da culpabilidade para interpretação da responsabilidade objetiva criada pela lei. A teoria do defeito de organização criada por Tiedemann desenvolve uma noção de culpabilidade própria da pessoa jurídica, havendo possibilidade de compatibilizar a responsabilidade administrativa objetiva criada pela lei com este princípio. Esta responsabilidade é desvinculada dos elementos psicológicos dolo e culpa, o que gera uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, vez que desassociada destes elementos psicológicos inerentes a conduta humana. A análise de mecanismos de compliance é fundamental para averiguar a culpabilidade da pessoa jurídica e, portanto, sua responsabilidade pelas penas cominadas na lei anticorrupção.

INTRODUÇÃO

Em diversas pesquisas de opinião, a população brasileira aponta a corrupção como um dos maiores males do Brasil. A percepção a respeito do alto grau de corrupção em nosso país também é percebida internacionalmente, a ponto do então presidente do Bird ter afirmado

em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, em edição publicada em 16 de setembro de 2006, que a corrupção é um grande tema no Brasil, encontrando-se profundamente enraizada e atingindo níveis endêmicos.

A corrupção drena recursos de políticas públicas essenciais, dificultando a implementação de novas iniciativas e a revisão das políticas já existentes. Entretanto, ela não só acarreta o dispêndio indevido de dinheiro público, atinge também o ambiente de negócios privados realizados no país, afetando a livre concorrência entre agentes econômicos, desequilibrando o mercado. Este desequilíbrio acaba por interferir no preço e qualidade dos serviços públicos oferecidos no Brasil.

Em um mundo globalizado, o grau de corrupção do país acaba afetando a sua capacidade de atrair capital e gerar empregos, pois o mercado deseja obter previsibilidade de retorno de seus investimentos, a qual é extremamente abalada pela corrupção, pois o aumento da participação de mercado de cada agente econômico deixa de ser definido por mecanismos de mercado, como preço, eficiência e qualidade, e passa a ser influenciado pelo pagamento de propina.

Além disto, a corrupção realizada pelas lideranças corporativas da empresa visando angariar parcela do mercado pode acabar afetando a conduta de seus próprios empregados, que se veem tentados a utilizar as técnicas de corrupção em benefício próprio, o que acarreta um incremento dos custos realizados na manutenção do negócio e, conseqüentemente, sua perda de competitividade. Isto gera um círculo vicioso em que, em razão da falta de competitividade, a empresa oferece propina para angariar negócios, realizando pagamentos ilícitos, que, por sua vez, geram uma cultura de práticas ilícitas que se voltam contra a própria empresa, aumentando seus custos e, como consequência, sua falta de competitividade.

Vê-se, portanto, que a adoção de políticas públicas eficientes de combate à corrupção é uma condição necessária à inserção do Brasil no atual mundo globalizado e ao desenvolvimento do país, não só por evitar a drenagem de recursos públicos pelo ralo da corrupção, mas também por criar um ambiente concorrencial que estimula investimentos privados, atraindo capital produtivo internacional.

Historicamente, as políticas públicas anticorrupção adotadas no país focavam-se no desenvolvimento de mecanismos de controle e punição de condutas de agentes públicos que recebessem propina. O particular somente era penalizado quando tomasse a iniciativa da negociação, oferecendo ou prometendo vantagem a funcionário público visando à prática, omissão ou retardamento de um ato de ofício, pois o tipo do artigo 337 do Código Penal não pune a conduta de dar vantagem a funcionário público.

Assim, quando o agente de uma pessoa jurídica realizava o pagamento da quantia pleiteada por algum funcionário público, o mesmo não poderia ser punido por corrupção, pois esta conduta não é penalmente típica.

Além disto, tendo em vista o princípio da personalidade da pena, somente a pessoa natural que praticasse a conduta criminosa poderia ser punida, eventual pessoa jurídica a ela vinculada, muitas vezes afetiva beneficiária do ato de corrupção, não poderia ser penalizada pela conduta praticada em seu interesse.

Esta situação vem gerando situações curiosas, como a existência de uma indústria de corruptores especializados em fraudar licitações públicas, em que diversas empresas combinam entre si quais serão os vencedores de cada licitação e já formulam suas propostas previamente acertadas com as demais para ganhar ou perder a licitação, de acordo com a combinação previamente estipulada, como denunciado pelo programa fantástico exibido em 18 de março de 2012.

Visando subverter esta ordem, foi publicada em 2 de agosto de 2013 a Lei 12846/2013. Esta lei tem como objetivo implementar a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira.

A lei 12846/2013 visa combater a corrupção através do estabelecimento de uma responsabilidade objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática por seus agentes de atos contra a Administração Pública. Neste intuito, são tipificadas determinadas condutas como ilícito administrativo, cujas penas variam de 0,1%(um décimo por cento) a 20%(vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica, além da publicação extraordinária da decisão condenatória, que pode representar uma punição ainda maior do que as penas

pecuniárias previstas, na medida em que afeta a imagem da pessoa jurídica perante o mercado consumidor, afetando sua capacidade de atrair clientela.

A criação desta responsabilidade objetiva e a imposição de expressivas penas às pessoas jurídicas podem ser consideradas um dos pilares da nova legislação. O outro e, talvez mais relevante, é o incentivo a criação de mecanismos de “compliance” pelas empresas atuantes no mercado brasileiro.

O presente trabalho pretende analisar aludida responsabilidade administrativa objetiva, fazendo uma interpretação sistemática da lei e da dogmática aplicável ao Direito Sancionador.

1 - APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL AO DIREITO SANCIONADOR

A Lei 12846/2013 prevê a imposição de pesadas penas às pessoas jurídica em decorrência da prática das infrações nela tipificadas, a quais ensejam a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica.

A responsabilidade administrativa, assim como a responsabilidade penal, integra o *ius puniendi* do Estado, que é uno, ainda que se manifeste de formas distintas. Em consequência desta constatação, Miguel Bajo Fernandez e Silvina Bacigalupo Saggese(2008) afirmam que na atualidade é opinião doutrinária comum que os princípios de Direito Penal são aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador.

De fato, como ressalta GABARDO (2012), quando o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição prescreve que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa, e) suspensão ou interdição de direitos”, não faz distinção entre a responsabilidade penal e administrativa, podendo-se depreender da Constituição a existência de um núcleo comum de toda atividade punitiva estatal.

Conforme defende Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO e GARCIA (2011), ainda que não se afirme uma identidade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, deve ser reconhecida a existência de um núcleo principiológico orientador do poder estatal que toca ao

exercício do seu poder punitivo, o qual estaria albergado na Constituição.

Segundo MUNHOZ DE MELLO (2007) as garantias constitucionais decorrentes da adoção do princípio do Estado Democrático de Direito por nossa Constituição impõem em qualquer âmbito punitivo estatal a adoção dos princípios da legalidade, da tipicidade, da irretroatividade, da culpabilidade, da vedação do *bis in idem* e do devido processo legal.

A jurisprudência pátria também admite a aplicação dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, como se observa nas seguintes ementas:

MS 12.927 - DF (2007/0148856-8)

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

ORDEM DENEGADA.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

(...)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.697 - PR (2011/0096983-6)
EMENTA AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO.

(...)

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos

provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual “[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

11. O art. 14, caput, também é claro: “[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]”.

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

13. *Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo propter rem, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).*

14. *Mas fato é que o uso do vocábulo “transgressores” no caput do art. 14, comparado à utilização da palavra “poluidor” no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem.*

15. *Recurso especial provido.*

Dentre os princípios de direito penal aplicáveis ao Direito Administrativo sancionador, o princípio da culpabilidade possui especial relevância para a interpretação da Lei 12846/2013.

MUNHOZ DE MELLO (2007) afirma que a aplicação do princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador decorreria do princípio da proporcionalidade, que por sua vez seria inerente ao princípio do Estado democrático de Direito, previsto no artigo 1 da Constituição, mais precisamente do subprincípio da adequação, pois não seria adequado aplicar uma sanção a alguém que não agiu ao menos culposamente, uma vez que a função preventiva da sanção administrativa não estaria presente nesta hipótese. Assim, se a sanção não cumpre sua finalidade preventiva, ela não é um meio adequado para evitar a conduta tipificada. Referido autor aduz que do princípio da culpabilidade decorreria a exigência de dolo ou culpa para a imposição da sanção e a vedação de sua transmissão a terceiros que não participaram da conduta típica.

Segundo ZAFFARONI (2004), o princípio da culpabilidade representa a exigência de que a conduta seja ao menos culposa e reprovável ao autor. A primeira exigência afastaria a responsabilidade objetiva. ROXIN (2006) afirma que o princípio em questão é indispensável por constituir o critério

central de toda imputação, atuando já no plano do injusto a fim de excluir causações decorrente de mero acaso, sendo a espinha dorsal tanto da imputação objetiva como da imputação subjetiva, pois após determinar que a causação não é fruto do acaso, decorrendo de modo objetivamente imputável, deverá ser verificado se a constituição interior do agente permite uma imputação subjetiva. Segundo ele, cursos causais somente serão imputados na medida em que representem realização de um risco não permitido criado pelo autor.

Como visto, o princípio em questão veda a responsabilidade objetiva impedindo que causações frutos do acaso sejam sancionadas. Contudo, a Lei 12846/2013 afirma que a pessoa jurídica responde objetivamente pela prática das infrações nela cominadas aos estabelecer que:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Observa-se, portanto, que segundo o dispositivo transcrito, dois são a princípio os pressupostos para responsabilização da pessoa jurídica, a prática dos atos lesivos nela tipificados e a existência de interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Mencionada responsabilidade administrativa objetiva pode ser interpretada de diversas formas, consoante se passa a demonstrar:

2 - IMPUTAÇÃO DA SANÇÃO INDEPENDENTE DE CULPA OU DOLO DA PESSOA NATURAL QUE ATUA NO INTERESSE OU BENEFÍCIO DA PESSOA JURÍDICA

A pessoa jurídica age materialmente por meio de pessoas naturais a ela vinculadas. Assim, a primeira interpretação que se poderia atribuir ao dispositivo transcrito, seria imputar à pessoa jurídica a responsabilidade pelas condutas praticadas pela pessoa natural a ela vinculada independentemente da existência de culpa ou dolo desta pessoa natural.

Segundo ZAFFARONI (2004), quando se estabelece uma responsabilidade penal objetiva adota-se o princípio do “versari in re illicita,” conceituando-se autor

da infração aquele que tenha praticado a conduta prevista no tipo e causado o resultado, ainda que por puro acidente. Note-se, contudo, que afronta à própria razão ontológica de existência da pena punir a pessoa jurídica simplesmente em razão de uma pessoa a ela ligada ter praticado a conduta prevista na norma, quando no caso concreto não tinha condições de saber que se encontrava diante da situação fática nela prevista e eleger entre a sua prática ou não.

Com efeito, quando o Estado veda ou impõe uma conduta e estabelece uma pena para o descumprimento de seu comando, o que ele visa é adequar o comportamento do corpo social ao comando normativo. A aplicação da pena justifica-se em razão de seu efeito dissuasivo, pois aquele que foi penalizado tende a não violar novamente a determinação legal, e os demais membros do corpo social, ao tomarem ciência da punição do infrator, acabam refletindo antes de praticar a conduta vedada, sendo intimidados pela pena a se portarem de acordo com a prescrição legal. Além disto, a pena reforça na consciência nos integrantes da sociedade e do infrator a necessidade de respeitarem os bens jurídicos protegidos pela norma que cria a infração. Assim, a pena teria uma função preventiva, além de representar uma retribuição ao infrator de um mal proporcional ao por ele causado com o descumprimento do preceito legal.

Ora, a pena deixa de possuir qualquer função quando é aplicada a quem no caso concreto não tinha condições de saber que se encontrava diante da situação fática que dava ensejo a sua aplicação e possibilidade de eleger entre a prática da conduta vedada e outra permitida. Nesta hipótese, seu efeito dissuasivo perde a função de ser, uma vez que o agente não tem condições de eleger livremente entre praticar a conduta ou não, passando a punição a depender do acaso. Se a punição depende do acaso, sua incidência não reflete na conduta futura do apenado e dos demais integrantes do corpo social, pois a eles não é aberta a opção de elegerem entre a prática da conduta vedada e, conseqüentemente, eventual recebimento da pena, e a prática da conduta permitida, ficando a mercê de eventual punição simplesmente em razão de atuarem no setor objeto da regulamentação legal. Também o efeito retributivo se esvai neste caso, pois não há sentido em retribuir a alguém um mau que não poderia evitar.

Poder-se-ia alegar que esta linha de argumentação seria contraditória com a admissão da responsabilidade civil objetiva, pois, neste caso se

impõe a obrigação de reparar o dano àquele atuou sem culpa ou dolo. Observa-se, no entanto, que a responsabilidade civil objetiva se fundamenta na necessidade maior de se reparar a vítima e nos riscos assumidos pelo autor do dano, o que justifica a obrigação que lhe é imposta. Contudo, um Estado que considere primordial aplicar uma pena, mesma que desprovida de seus fundamentos e objetivos, não poderá ser considerado um Estado Democrático de Direito, pois estará sobrepondo-se à sociedade ao invés de servir como instrumento de seu desenvolvimento.

Assim, como a República Federativa do Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, segundo a dicção do artigo primeiro da Constituição, entendo ser vedado constitucionalmente o estabelecimento de responsabilidade administrativa objetiva à pessoa jurídica, impondo-lhe uma pena independentemente da existência de conduta dolosa ou culposa da pessoa natural por meio da qual ela atua e sem que seja demonstrado que ela poderia ter criado mecanismos que evitariam a prática da conduta vedada.

Com efeito, como afirmado acima, a constatação de que o *ius puniendi* estatal é uno, sendo exercido por meio do Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, impõe a extensão àquele ramo do direito dos princípios do direito penal, dentre os quais o princípio da culpabilidade, que proscree a responsabilidade objetiva, como defende BACIGALUPO (2012) com apoio na Jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha.

3 – IMPUTAÇÃO À PESSOA JURÍDICA DA CONDUTA DOLOSA OU CULPOSA DA PESSOA NATURAL QUE ATUA EM BENEFÍCIO OU INTERESSE, INDEPENDENTEMENTE DE SE PERQUIRIR A RESPEITO DA EXISTÊNCIA DE CULPA OU DOLO DA PRÓPRIA PESSOA JURÍDICA

A segunda interpretação que se poderia atribuir à aludida responsabilidade objetiva administrativa penal prevista no artigo 2 da Lei 12846/2013 seria no sentido de que a mesma imputa ao ente coletivo a conduta dolosa ou culposa da pessoa natural por meio da qual ela atua, independentemente de se perquirir a respeito da existência de culpa ou dolo da própria pessoa jurídica. Este é o modelo clássico de responsabilização da pessoa jurídica no âmbito administrativo, em que as condutas das pessoas naturais

que agem em seu nome e interesse lhe são imputadas diretamente, pois, são reputadas condutas do próprio ente coletivo. Tendo em vista a necessidade de primeiramente se demonstrar a conduta dolosa ou culposa da pessoa natural e posteriormente imputá-la à pessoa jurídica, este tipo de responsabilidade é também denominada de responsabilidade indireta, por reflexo ou ricochete, como esclarece Filipa Vasconcelos Assunção (2010).

Para deixar claro o afirmado, transcrevo a seguinte passagem da obra de Rafael MUNHOZ DE MELLO (2005. Pág. 209):

“Sendo assim, para que seja observado o princípio da culpabilidade, há que se investigar se a atuação das pessoas físicas que integram a pessoa jurídica é dolosa ou culposa. Dito de outro modo: para que se configure a infração administrativa, a pessoa física que age em nome da pessoa jurídica deve praticar a conduta ilícita com dolo ou culpa strictu sensu. Se assim age, descumprindo um dever imposta à pessoa jurídica, imputa-se a esta a má conduta praticada, devendo-se-lhe impor a correspondente sanção administrativa. Daí afirmar Blanca Louzano que a exigência de culpabilidade, no caso das pessoas jurídicas, deve se referir “a los titulares de sus órganos, a través de los cuales actua”. Ou seja: “la culpa de la entidad será así la culpa de sus administradores”.

Esta segunda interpretação da responsabilidade objetiva pelo cometimento das infrações previstas na lei anticorrupção manteria inalterado o clássico modelo de responsabilidade administrativa direta da pessoa jurídica adotado no Brasil, que se fundamenta na teoria do órgão.

A teoria do órgão é amplamente aplicável no direito administrativo para explicar a maneira pela qual se manifesta o querer e o agir do Estado, tendo em vista que na condição de pessoa jurídica ele não possui vontade e ação no sentido de manifestação anímica própria, como ressalta MELLO (1975).

Segundo CAETANO (1951), como somente as pessoas naturais manifestam seu querer, é necessário que qualquer pessoa coletiva indique através de quais órgãos toma consciência e exprime sua vontade. Para o consagrado jurista português, o órgão exprime a vontade imputável à pessoa jurídica.

DI PIETRO (2000) esclarece que como o Estado é pessoa jurídica atua

através de seus agentes, pessoas físicas, existindo três teorias para explicar a relação entre ambos. A teoria do mandato, segundo a qual os agentes seriam mandatários do Estado. Esta teoria não se sustentaria em razão de não explicar como o Estado, que é privado de vontade própria, pode outorgar mandato. A teoria da representação, que alude que os agentes seriam representantes do Estado por força da Lei, equiparando-se o agente ao tutor ou curador e o Estado ao incapaz. Esta teoria pode ser criticada, pois equipara o Estado ao incapaz, e levaria ao inconveniente de exonera-lo de responsabilidade quando o agente excedesse os poderes de representação. Já a teoria do órgão, estabelece que a pessoa jurídica se manifesta por meios dos órgãos, que quando atuam no exercício de suas funções no ente coletivo levam à imputação da vontade e da ação ao próprio ente coletivo.

Apesar de bastante difundida no Direito Público, a teoria do órgão explica a forma pela qual pessoas jurídicas em geral manifestam vontades e atuam no universo jurídico, adquirindo direitos e obrigações, sendo aplicável, portanto, a pessoas jurídicas de direito privado.

Com efeito, RUGGIERO (1971), na obra *Instituições de Direito Civil*, aduz que a pessoa jurídica atua e cria relações jurídicas por meio de seus órgãos, devendo-se considerar qualquer ato por este praticado como referido ao próprio ente coletivo. Caio Mario da Silva PEREIRA (2002), por sua vez, afirma que as pessoas físicas não são representantes ou intermediários da vontade da entidade, o que pressuporia duas vontades, havendo, na verdade, uma só vontade própria da pessoa jurídica emitida pela pessoa física, que é o elemento vivo de contato da pessoa jurídica com o mundo jurídico, constituindo-se assim no aparelhamento técnico ou órgão da pessoa jurídica, através dos quais ela manifesta sua vontade ou exerce sua atividade, não importando a natureza pública ou privada, civil ou mercantil da entidade.

Na verdade, um estudo a respeito da teoria do direito de Otto Gierke, apontado por DI PIETRO (2000) como o elaborador da teoria do órgão, deixa evidente a aplicabilidade desta última às pessoas jurídicas de direito privado também.

Segundo VICEN (1979), Gierke é integrante da escola histórica do direito, o qual para ele é por essência um fenômeno social, um produto da vida de agrupamentos humanos, sendo manifestação da vida de comunidades

humanas, constituindo-se em um sistema normativo no qual o conteúdo que recebe da vida histórica de uma coletividade é elemento essencial de seu conceito. Gierke se opõe a idéia de Estado como centro de poder absoluto distinto e independente da soma de seus súditos, afirmando a sua natureza como uma associação a mais no mundo de formas supra individuais nas quais se expressa a vida humana, possuindo a mesma estrutura das demais associações nas quais o homem se integra, as quais possuem existência própria distinta de seus membros, constituindo uma unidade real corpóreo-espiritual.

Vê-se, portanto, que seria incompatível com a teoria do direito do próprio fundador da teoria do órgão limitar sua aplicação à pessoas jurídicas de direito público, pois, para Gierke, o Estado possui a mesma estrutura das demais associações humanas.

Apesar de ser aplicável tanto a pessoas jurídicas de direito público como a pessoas jurídicas de direito privado, a teoria do órgão se difundiu de maneira mais ampla no direito administrativo, sendo quase que obrigatoriamente mencionada nos manuais desta matéria, ao passo que no direito privado ela é geralmente utilizada para explicar a forma como pessoas jurídicas manifestam sua vontade, mas sem sequer ser denominada de “teoria do órgão”. Acredito que esta diferenciação tenha decorrido da existência de regras de direito positivo que limitavam a ampla aplicação da teoria no direito privado ao tratar da responsabilidade por fato alheio.

Para se esclarecer este problema é preciso se ter em mente a advertência de OLIVARES (2006) de que a teoria do órgão se apresenta atualmente no direito administrativo de maneira bicéfala. Ela explica a maneira como a Administração pratica atos jurídicos, manifestando sua vontade através de seus agentes, e também a responsabilidade da Administração pelos atos praticados por aqueles no exercício da função que desempenham no ente coletivo.

Ainda segundo OLIVARES (2006), na sua origem conceitual a teoria do órgão se limitava a explicar a forma como o Estado na condição de pessoa jurídica praticava atos jurídicos, manifestando sua vontade. Neste contexto, ela somente atribuía a condição de órgãos a autoridades governamentais ou administrativas dotadas de poder de decisão, não se estendendo

aos demais agentes do Estado. Contudo, Duguít (apud. OLIVARES 2006) observou que a concepção de órgão se prestava também a justificar a responsabilidade das pessoas corporativas em geral, e do Estado em particular, por atos ilícitos, pois o ato voluntário do agente seria reputado ato voluntário da pessoa jurídica, e, assim, o que apareceria exteriormente como culpa do agente seria realmente culpa da corporação ou do Estado.

Com esta idéia concorda BIELSA (1966), que afirma que a Administração tem uma vontade e exerce uma atividade própria através de seus funcionário e empregados, e, assim, de maneira recíproca, a culpa a que tenha incorrido o funcionário se traduz em culpa da administração.

No âmbito do direito privado, Clovis BEVILAQUA (1946) relacionava a idéia de órgão com responsabilidade ao afirmar que a responsabilidade civil da pessoa jurídica decorreria da existência de um dano provocado por um órgão seu no exercício de suas funções. Caio Mario da Silva PEREIRA (1996) também relaciona os ensinamentos da teoria do órgão com a responsabilidade civil da pessoa jurídica, ao afirmar que quando um órgão da pessoa jurídica pratica um ato culposo é a própria pessoa jurídica que desta forma atuou.

Segundo OLIVARES (2006), Hauriou em matéria de responsabilidade estendia a noção de órgão a todos os agentes da Administração, o que acabou se difundindo no Direito Administrativo, pois o Estado pratica diversas atividades materiais por meio de agentes que não são dotados de poder de decisão, as quais, quando geram danos a terceiros, fazem surgir sua responsabilidade. No direito Brasileiro, a doutrina vincula a noção de órgão ao exercício da função pública sem distinguir entre agentes dotados de poder de direção ou não, como se observa nas obras de MELLO (1975), DI PIETRO (2000) e SANTOS (2004), que não fazem esta distinção.

Esta construção, contudo, não repercutiu no direito privado de imediato, pois o direito positivo de diversos países continha regra expressa regulando a responsabilidade civil do empregador por atos praticados por seus empregados, a qual somente restaria configurada na hipótese do evento danoso ter sido causado em decorrência de culpa do empregado, somada à culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do empregador, como previsto no artigo 1521, III c/c 1522 do código civil de 1916.

Em razão destas regras, prevalecia o entendimento de que a pessoa jurídica de direito privado somente responderia diretamente na hipótese de danos causados por seus órgãos dirigentes. Quanto aos danos causados por empregados sem poder de direção, sua responsabilidade seria indireta, ficando condicionada à demonstração de culpa do empregado somada à culpa in vigilando ou in eligendo do empregador, que em geral era presumida. Esta solução também era adotada no Direito Alemão, como se infere da obra de ENNECCERUS, KIPP e WOLFF(1947).

Tendo em vista esta dicotomia no que pertine à responsabilidade da pessoa jurídica, a noção de órgão no âmbito do direito privado permaneceu limitada aos agentes dotados de algum poder de direção, não sendo estendida às demais pessoas físicas que atuassem no exercício da sua função no ente coletivo.

Caio Mario da Silva PEREIRA (1996) observou, contudo, que se na responsabilidade contratual a vítima tem condições e o dever de averiguar os poderes do agente com quem trava relações jurídicas em nome da pessoa coletiva, na hipótese de responsabilidade decorrente de ilícito extracontratual isso não ocorreria, não sendo dado à vítima a oportunidade de averiguar a condição do órgão no momento da eclosão do dano. Esta observação sugere a extensão da noção de órgão no âmbito da responsabilidade extracontratual.

Soma-se a isto, o fato do Código Civil de 2002 ter previsto a responsabilidade objetiva do empregador pelos atos praticados pelo empregado no exercício do trabalho ou em razão dele, ou seja, em razão da função que lhe fora acometida na pessoa coletiva, como ocorre com o Estado com relação a seus agentes.

Diante da observação de Caio Mario e da responsabilidade objetiva do empregador pelos atos praticados por seus empregados no exercício ou em razão da função que exercem na pessoa coletiva, não há mais obstáculo à extensão da noção de órgão àqueles que praticam atos ilícitos no exercício ou em razão da atividade desenvolvida no seio da pessoa jurídica, ainda que não exerçam cargos de direção no ente coletivo, pois a pessoa jurídica pratica no mundo real atos materiais através de empregados sem poder de direção, devendo responder pelos ilícitos praticados de maneira dolosa ou

culposa por aqueles, independentemente de outras considerações, assim como ocorre com o Estado com relação às condutas de seus agentes.

Note-se que na prática em matéria de responsabilidade administrativa ou “penal” da pessoa jurídica a jurisprudência do STJ já vem adotando a teoria do órgão, analisando a culpabilidade da pessoa natural que no exercício de sua função no ente coletivo pratica materialmente a conduta vedada, a fim de transportar sua culpabilidade à pessoa jurídica, embora não afirme expressamente adotar esta teoria, como se observa no julgamento do Mandado de Segurança 35221, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, que restou assim ementado:

EMENTA

FRAUDE EM LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. ILÍCITOS PRATICADOS POR SÓCIO. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA EMPRESA. POSSIBILIDADE.

I - Comprovada pela administração, em regular processo administrativo, onde se possibilitou o exercício da ampla defesa, a prática das condutas ilícitas constantes de lei estadual, de rigor a penalidade prevista, in casu, a declaração de inidoneidade para licitar.

II - O fato de a empresa não ser denunciada juntamente com o seu sócio pelos crimes previstos no artigos 90 e 95 da Lei 8.666/93 não proíbe a investigação administrativa desta, máxime, ao se verificar que a referida lei não prevê sanções penais para as pessoas jurídicas.

III - Atuando o sócio de forma a fraudar licitações procurando obter vantagem ilícita para a sua empresa, tem-se viabilizada a responsabilização desta na via administrativa.

IV - Recurso ordinário improvido.

O voto do relator deixa evidente a aplicação da teoria do órgão nos termos aqui aventados, como se observa da seguinte passagem:

O fato de a empresa não ser denunciada juntamente com o seu sócio pelos crimes previstos no artiso 90 e 95 da Lei 8.666/93 não implica que não podem ser investigados administrativamente, máxime, ao se verificar que a referida lei não prevê sanções penais para as pessoas jurídicas.

Assim, apurada, no âmbito administrativo, com a observância do devido processo legal, a ocorrência de ilícitos pelo sócio da recorrente, visando beneficiar, em última ratio, a própria recorrente com a obtenção de valores indevidos, deve ser mantida a sanção administrativa imposta pela Lei Estadual 9.433/2005.

Sobre o assunto, destaco excerto do parecer do MPF, verbis:

Como é sabido, a empresa é movimentada pelos seus representantes devidamente constituídos. A pessoa jurídica não possui vida e vontade para agir por conta própria, necessitando de pessoas físicas para praticar atos em seu nome. Na esteira, é claro que, se um dos sócios pratica um ilícito administrativo, está cometendo-o em nome da própria empresa, sendo essa responsabilizada pelos atos de seus representantes.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça parece se utilizar da teoria do órgão mesmo sustentando a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelas condutas descritas na Lei 9605/98, como se observa nas seguintes passagens do voto condutor do Ministro Gilson Dipp no julgamento do Recurso Especial Nº 564.960 Resp, em que o mesmo afirmou:

“Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

(...)

*É certo que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). Germano da Silva continua: “Em princípio, sempre que houver a responsabilidade criminal da sociedade estará presente também a culpa do administrador que emitiu o comando para a conduta. **Do mesmo modo o preposto que obedece à ordem ilegal, como de resto o empregado que colabora para o resultado.**”*

(...)

*Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que **autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica**; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica.”*

A esse respeito também merece ser transcrita a seguinte ementa:

EMENTA RECURSO ESPECIAL Nº 610.114 - RN (2003/0210087-0)

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. **CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.**

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade

social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.”.

IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres.

XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.

XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.

XVI. Recurso desprovido.

Vê-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça transporta a conduta da pessoa natural que atua em nome da pessoa jurídica a fim de justificar sua culpabilidade e punição, o que nada mais é do que aplicar a teoria do órgão. Note-se que os acórdãos acima apontados se referem a condutas de dirigentes da pessoa jurídica, mas o que é relevante para o STJ é a presença de uma pessoa natural vinculada à pessoa jurídica a quem se possa imputar materialmente a conduta. Certamente o STJ não absolveria a pessoa jurídica caso se comprovasse que um empregado sem poder de direção praticou um fato tipificado na Lei de Crimes Ambientais em benefício do ente coletivo.

Ocorre, contudo, que quando à lei determina a aplicação de sanção administrativa cumulativamente à pessoa física que materialmente pratica a conduta e a pessoa jurídica, ocorre uma incompatibilidade com a teoria do órgão, como se passa a demonstrar.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2004), a teoria do órgão possui como característica fundamental o princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, assim, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e a coletividade, e uma relação jurídica interna, que vincularia o órgão à pessoa jurídica a que pertence. Pontes de Miranda (1970), com base nesta teoria afirma que quando o órgão pratica o ato ele entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não havendo representação e sim apresentação, o ato não é do órgão ou das pessoas que o compõe, mas sim da pessoa jurídica.

Segundo OLIVARES (2006), Hauriou também excluía a cumulação de responsabilidades, defendendo que a pessoa jurídica deveria responder pelos atos do agente no exercício de sua função na corporação, o qual seria responsável quando não estivesse em seu desempenho. O Supremo Tribunal Federal também parece ser partidário desse entendimento, como se observa na ementa abaixo:

“Consoante dispõe o § 6º do art. 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento – direito

de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-9-2008, Primeira Turma, DJE de 14-11-2008.)

A seguinte passagem do voto condutor do acórdão acima deixa clara a posição adotada:

“Em síntese, o recorrido não tinha ação a formalizar contra o recorrente, em razão da qualidade de agente deste último. Os atos praticados o foram personificando a pessoa jurídica de direito público e é esta a parte legítima para responder a ação indenizatória.”

Vê-se, portanto, que segundo a teoria do órgão, o ato da pessoa física que atua no exercício de sua função como órgão da pessoa jurídica é imputado ao ente coletivo e não à pessoa física que o pratica materialmente, tendo em vista o princípio da imputação volitiva, pois, como defende MUNHOZ DE MELLO (2007), para a administração pública foi a pessoa jurídica que praticou a infração, só podendo a ela ser imposta a sanção.

Quando a lei cumula a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da pessoa natural, como ocorre com o artigo 3 da Lei Anticorrupção, dando azo ao surgimento de duas sanções cumulativas, a teoria do órgão não pode ser aplicada para justificar a punição da pessoa jurídica, pois este cúmulo de sanções é incompatível com o princípio da imputação volitiva desenvolvido pela teoria do órgão, que, como acima exposto, dá vida a uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e a sociedade, e uma relação jurídica interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence, pois, a atividade do agente passaria a ser imputada à ele e não à pessoa jurídica, o que torna necessário o desenvolvimento de outro critério para imputação da conduta vedada à pessoa jurídica e, assim, ao surgimento de sua responsabilidade.

Note-se que este problema não existe quando se está diante da combinação de responsabilidade penal para a pessoa natural e de responsabilidade administrativa para a pessoa jurídica, uma vez que a responsabilidade penal é desenvolvida tendo em vista a conduta humana e não se utiliza da teoria do órgão. Contudo, quando estamos diante de responsabilidade administrativa para a pessoa jurídica e para a pessoa

natural, que ainda responderá na seara penal, não seria coerente deixar de aplicar a teoria do órgão, imputando a conduta da pessoa natural praticada no exercício de sua função no ente coletivo a ela própria, a fim de gerar sua responsabilidade administrativa pelo ato praticado e, concomitantemente, voltar atrás e utilizá-la para imputar a mesma conduta à pessoa jurídica, fazendo nascer cumulativamente sua responsabilidade. Deve ser observado que neste caso há o surgimento concomitante duas penas distintas e não o surgimento de simples responsabilidade solidária ou subsidiária, pois o cumprimento da pena estipulada para a pessoa natural não extinguirá o débito da pessoa jurídica e o cumprimento por essa não extinguirá a pena daquela.

Há aqui uma pena cujo cumprimento incumbe à pessoa jurídica e outra cujo cumprimento se impõe à pessoa natural através da utilização da mesma ação material para fundamentar a conduta da pessoa jurídica, através da aplicação da teoria do órgão, e da pessoa física, através da negação do princípio da imputação volitiva inerente a aludida teoria, o que não se pode admitir em decorrência da evidente contradição.

Assim, quando a Lei cumula a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da pessoa natural, como ocorre com o artigo 3 da Lei Anticorrupção, é necessário se criar outros critérios para imputação da responsabilidade à pessoa jurídica, pois a conduta de seu órgão será a ele próprio imputada, gerando sua responsabilidade administrativa, tornando-se inaplicável a teoria do órgão.

Além disso, fazer eclodir duas penas diferentes em decorrência da prática de uma única conduta que vulnera um único bem jurídico coloca em cheque o princípio da vedação do *bis in idem*.

Segundo TIGRE MAIA (2005), a regra da vedação do *bis in idem* decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, intangibilidade da coisa julgada, legalidade e proporcionalidade, estando associada à proibição de que um Estado imponha a alguém dupla sanção ou duplo processo em razão da prática de um mesmo crime. Esta vedação visa garantir de maneira conjunta a liberdade do indivíduo e a segurança jurídica, ao impedir a renovação indefinida do direito de punir do Estado, encontrando como uma de suas origens históricas a regra da proibição do *double jeopardy* do direito

americano, com base na qual a Suprema Corte daquele país cunhou o teste do Blockburger, que exclui a ofensa a este princípio quando cada provisão exige a prova de um fato que a outra não requisite.

Como demonstra CANO CAMPOS (2001), aludido princípio proíbe que alguém seja castigado duas vezes pelos mesmos fatos sobre o mesmo fundamento, não havendo proibição de que haja castigo pelo mesmo fato com fundamento diverso. Para ele, o que o princípio veda é a imposição de duas sanções em decorrência de uma só violação do ordenamento jurídico, devendo-se sempre ter em mira o bem jurídico violado para que se averiguar eventual aplicação do princípio.

Assim, se uma conduta viola diversos bens jurídicos protegidos por dispositivos penais diversos e com sanções autônomas, como ocorre no caso do concurso de crimes, não há violação ao princípio em questão. Contudo, se uma única conduta viola uma única vez um único bem jurídico, a mesma não pode receber mais do que uma sanção pelo ordenamento.

Ainda segundo CANO CAMPOS(2001), a doutrina considera configurada ofensa ao princípio quando configurada a tríplice identidade de sujeito, fato e fundamento, havendo *bis in idem* quando um único fato é apenado mais de uma vez apesar de só ter vulnerado um único bem jurídico.

Caso se adote a mesma conduta da pessoa natural que atua no exercício de sua função no ente coletivo para aplicar sanções diversas e cumulativas à pessoa jurídica e a pessoa natural, estar-se-á apenando duplamente uma mesma conduta que vulnera um único bem jurídico, embora as penas estejam sendo aplicadas a sujeitos diversos.

Como observa TIGRE MAIA (2005), é a identidade de fundamento que se revela decisiva para o reconhecimento do princípio em questão. Assim, como no caso há uma única vulneração de bem jurídico, somente uma pena poderia ser imposta, sob pena de ofensa a esta garantia. Com efeito, adotando o acima mencionado teste de Blockburger, cunhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, observe-se que não seria necessário provar qualquer fato adicional para punir simultaneamente e cumulativamente a pessoa jurídica e a pessoa natural que pratica a conduta na condição de órgão, o que deixa patente a ofensa ao princípio da vedação do *bis in idem* que esta segunda interpretação levaria.

Note-se que no caso do concurso de agentes para a prática de uma única infração não há ofensa ao princípio em questão, pois é necessário demonstrar a contribuição de cada agente para o cometimento da infração, razão pela qual todos respondem pela pena. Assim, a punição simultânea de todos aqueles que concorrem para a infração passa facilmente pelo teste de Blockburger, pois é necessário demonstrar a contribuição de cada um para o plano criminoso, o que não ocorre na hipótese vertente.

Desta forma, suponho ter demonstrado que quando a lei cumula a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da pessoa natural, como ocorre com o artigo 3 da Lei Anticorrupção, é necessário se criar outros critérios para imputação da responsabilidade à pessoa jurídica, pois a conduta de seu órgão será a ele próprio imputada, gerando sua responsabilidade administrativa, tornando-se inaplicável a teoria do órgão, o que é corroborado pelo princípio da vedação do *bis in idem*, uma vez que a consideração simultânea da mesma conduta, que afeta um único bem jurídico, para aplicar penas diversas à pessoa jurídica e a pessoa natural afronta esta garantia.

Embora tratando de responsabilidade penal, é importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 548181 refutou o entendimento do STJ no sentido de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica depende da responsabilização da pessoa natural, o que corrobora com o entendimento de que é preciso encontrar um critério para imputação de penas diretamente à pessoa jurídica.

Note-se, ademais, que as penas previstas na lei possuem claramente uma função preventiva, a qual se esvai com a interpretação de que a responsabilização da pessoa jurídica segue o critério da teoria do órgão, imputando-se diretamente a conduta da pessoa natural ao ente moral. Isto se dá porque em razão da vinculação da responsabilidade da pessoa jurídica, que melhores condições possui para identificar e trazer ao conhecimento das autoridades infrações à lei, à conduta da pessoa natural, aquela tenderá a encobrir a conduta desta a fim de evitar punições.

Além disto, o artigo 2 da Lei anticorrupção se afasta do modelo da teoria do órgão ao estabelecer que a pessoa jurídica responde pela infração que tenha sido praticada no seu benefício ou interesse, não exigindo que esta infração

tenha sido praticada por uma pessoa a ela vinculada na condição de órgão ou agente. Desta forma, a pessoa jurídica poderia em tese ser responsabilizada até por atos de terceiros, desde que praticados em seu benefício ou interesse, ainda que não exclusivo. Esta possibilidade poderia gerar uma extensão da responsabilidade da pessoa jurídica também incompatível com os princípios da culpabilidade e da individualização da pena, uma vez que ela poderia ser penalizada por condutas alheias que lhe trouxessem algum benefício, ainda que em nada tivessem para elas contribuído.

Vê-se, portanto, que é necessário se estabelecer critérios de imputação das infrações previstas na lei desvinculados da pessoa natural materialmente responsável pela conduta, pois o artigo 2 e 3 da Lei se afastam deste critério, mas que estabeleçam uma relação entre a pessoa jurídica responsabilizada e o cometimento da infração, a fim de se evitar afronta ao princípio da culpabilidade, de observância obrigatória em todo direito punitivo.

Por fim, é importante ressaltar que, apesar de prever que a punição da pessoa jurídica não afastava a punição da pessoa natural prevendo um sistema cumulativo de responsabilidade incompatível com a teoria do órgão, a Lei Anticorrupção no seu artigo 5 deixou de tipificar condutas de pessoas naturais, referindo-se exclusivamente à pessoas jurídicas. Assim, a punição de dirigentes e outras pessoas naturais deverá ser buscada em outros diplomas legais, como o Direito Penal e a Lei de Improbidade Administrativa.

4 – ADOÇÃO DE CRITÉRIOS NORMATIVOS DESVINCULADOS DA CULPA E DOLO, FORJANDO-SE UMA CULPABILIDADE PRÓPRIA DA PESSOA JURÍDICA

Como visto, uma interpretação sistemática da lei anticorrupção acarreta a negação das duas primeiras possibilidades interpretativas acima apontadas e o acolhimento de uma terceira, que vincula aludida responsabilidade objetiva ao afastamento dos elementos subjetivos dolo e culpa e a adoção de critérios normativos de imputação, capazes de fundamentar o desenvolvimento de uma noção de culpabilidade própria da pessoa jurídica, independente da culpabilidade das pessoas naturais que agem em seu nome e interesse, pois, como reconhecido pela sentença STC

246/1991 da Suprema Corte da Espanha, o princípio da culpabilidade com relação à pessoa jurídica há de se aplicar de maneira distinta da maneira como aplicado com relação à pessoa natural.

Note-se que a criação da responsabilidade objetiva e a imposição de expressivas penas às pessoas jurídicas podem ser considerados um dos pilares da nova legislação. O outro e, talvez mais relevante, é o incentivo a criação de mecanismos de “compliance”.

A avaliação dos sistemas conformidade que dentre outras coisas se destinam a prevenir e impedir a prática das condutas tipificadas na lei, e seu efetivo emprego, poderia servir de instrumento para forjar uma noção de culpabilidade própria da pessoa jurídica, de forma a diferenciar sua conduta da conduta das pessoas naturais por meio das quais atua, bem como exercer um juízo de culpabilidade a seu respeito. A análise da conduta e culpabilidade da pessoa jurídica pelas práticas previstas na lei poderá ser desenvolvida à luz da teoria do defeito de organização defendida por Klaus Tiedemann (1996), segundo a qual os entes coletivos têm o dever de se organizar corretamente, podendo ser especificamente responsabilizados quando deixem de empregar meios de controle e precaução capazes de garantir que sua atividade seja desenvolvida de maneira lícita.

Segundo SÁNCHEZ e VARELA(2013), já citados acima, a psicologia social demonstra que o ser humano quando se encontra agrupado nem sempre se comporta de acordo com sua disposição interna e tende a alterar sua conduta normal sem sequer perceber, influenciado pela organização do grupo que gera déficits e vieses cognitivos específicos. Os programas de conformidade devem visar justamente eliminar estes déficits de conhecimento ocasionados pelos vieses cognitivos que surgem no seio de agrupamentos, dos quais a pessoa jurídica constitui espécie.

Assim, se o agrupamento de pessoas através da constituição de uma pessoa jurídica diminui a capacidade cognitiva das pessoas naturais, facilitando condutas desviadas, sua organização interna deve buscar compensar esta debilidade cognitiva como contrapartida a esta liberdade de organização. Como destaca PLANAS (2013), o empresário tem o dever de evitar lesões a bem jurídicos decorrentes da organização empresarial, evitando a consumação de riscos dela decorrentes, como contrapartida à liberdade exercida mediante a constituição da pessoa jurídica.

Desta forma, a avaliação a respeito do efetivo emprego destes meios de controle e precaução e o estabelecimento de padrões variáveis de acordo com o ramo de atividade, tamanho, cadeia de comando e outras características específicas de cada pessoa jurídica poderiam servir de critérios normativos capazes de possibilitar o efetivo estabelecimento de uma culpabilidade própria do ente coletivo, dissociados dos elementos subjetivos dolo e culpa, que são relacionados à psique humana. Neste sentido, tendo em vista o afastamento destes elementos relacionados à psique humana, se poderia afirmar que a responsabilidade da pessoa jurídica teria cunho objetivo, como assinalado pela Lei Anticorrupção, mas não haveria ofensa ao princípio constitucional da culpabilidade, tendo em vista a construção de um critério de imputação capaz de relacionar a ofensa ao dispositivo legal à pessoa jurídica sujeita a pena, a qual não decorreria do mero acaso, permitindo que o ente legal se organize de forma a evitar a imputação, estabelecendo e colocando em efetivo funcionamento um programa de conformidade idôneo a assegurar que a condutas daqueles que agem em benefício e interesse da pessoa jurídica seguirão os parâmetros legais e éticos, além de identificar e punir condutas desviadas, levando-as ao conhecimento das autoridades.

Como assinala Tiedemann(1996), os ordenamentos jurídicos do Estados Unidos, Japão, Noruega etc., seguem esta linha. Ele afirma, ainda, que as resistências ao reconhecimento de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica está relacionada ao fato deste tipo de responsabilidade ser ligada a uma reprovação moral, a qual para alguns somente poderia estar relacionada a uma conduta humana. Contudo, como ele esclarece, a pessoa jurídica pode ser destinatária de normas jurídicas revestidas de conteúdo ético e violá-las, o que atrairia a reprovação moral de sua conduta e também sua responsabilidade para responder pelas penas previstas no ordenamento.

Cumprе ressaltar, que nos Estados Unidos e Inglaterra se começou a admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos delitos omissivos e culposos, pois neles a imputação do resultado está relacionada à violação de medidas e expectativas normativas. No caso vertente, é justamente isto que se defende, imputar-se à pessoa jurídica as condutas tipificadas na lei anticorrupção praticadas em seu benefício e interesse quando ela se organize abaixo do padrão normativo exigido, deixando de empregar os mecanismos de conformidade que lhe seriam exigidos no caso concreto.

Conforme salientado por Saad Diniz (2013), o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470 (“mensalão”) levou em conta a atitude conforme ou não conforme das instituições financeiras com os regulamentos que determinam a adoção de medidas preventivas à lavagem de dinheiro para embasar a condenação e absolvição de seus diretores por este crime, o que demonstra a tendência de se ter em mira os mecanismos de “compliance” no combate à criminalidade econômica.

Heine(1996) também relaciona a culpabilidade da pessoa jurídica à critérios normativos relacionados à deficiência de organização. Segundo ele, como condição do surgimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica seria necessária uma deficiente administração dos riscos relacionados à atividade empresarial e a materialização destes riscos no resultado, havendo a responsabilização do ente coletivo quando ele não se organizasse corretamente, deixando de empregar os meios eficazes para impedir a materialização dos riscos inerentes à sua atividade e o resultado danoso eclodisse.

Note-se que no Direito Administrativo a aplicação da teoria do defeito de organização poderá dar ensejo à restrição da responsabilidade da pessoa jurídica por infrações cometidas por aqueles que atuam em seu nome, pois já é indiscutivelmente aceito neste campo do direito a aplicação de sanções a pessoas jurídicas.

Com efeito, caso a pessoa jurídica não adote ou empregue de maneira ineficiente mecanismos de controle que lhe seriam exigíveis diante de seu porte, área de atuação e dos riscos inerentes a sua atividade, e pessoas naturais que atuem no seu benefício ou interesse pratiquem as condutas vedadas pela lei, ela deverá responder pelas penas previstas na Lei Anticorrupção, nos termos do artigo 2 da Lei 12846/2013.

Contudo, na hipótese de os mecanismos de controle serem adequados e efetivamente empregados e, não obstante isto, algum funcionário ou terceiro venha a praticar uma conduta típica em benefício ou interesse da empresa, à mesma não deverá ser imposta as penas previstas, pois não terá atuado de forma culpável, respondendo somente civilmente pela recomposição dos danos causados na medida do proveito obtido. Uma conduta será mais facilmente enquadrada nesta hipótese quando a própria

pessoa jurídica descubra o fato através de seus mecanismos de controle e o leve ao conhecimento das autoridades.

Alguns poderiam argumentar que esta interpretação daria ensejo a fraudes, propiciando que pessoas jurídicas se autodenunciassem sempre que se vissem na iminência de ser alvo de investigações por assuntos correlatos à lei. Contudo, não seria sempre que a autodenúncia acarretaria a ausência de punição, pois o que vai se analisar é a existência e efetivo funcionamento dos mecanismos de controle no momento da perpetração da conduta vedada e a atitude da pessoa jurídica diante da constatação de eventual infração. Além disto, esta interpretação melhor se coadunaria com a verdadeira intenção da lei, que é evitar a prática das condutas prevenindo a corrupção. Certamente uma pessoa natural que atua em nome da pessoa jurídica pensaria melhor antes de praticar qualquer conduta típica diante da possibilidade daquela eximir-se de punição, ou reduzi-la consideravelmente, revelando os fatos às autoridades, hipótese em que a responsabilidade cível, criminal e administrativa da pessoa natural subsistiria.

Para esclarecer o acima afirmado me socorro de um exemplo. Imagine que um gerente de uma pessoa jurídica seja encarregado pela direção da empresa de formular proposta para a obtenção de um contrato com a Administração que pode render lucros relevantes para a sociedade e para ele através de bônus decorrentes da obtenção do contrato. Mencionado gerente sabe, inclusive, que poderá até vir a ser promovido com a obtenção do contrato. Diante disto, ele cogita corromper o funcionário responsável pela contratação e avalia os riscos de ser descoberto. A possibilidade de a trama ser desvendada pela Administração é relativamente pequena, pois o servidor não dará recibo da propina e nem declarará seu recebimento no imposto de renda. Contudo, existe na empresa mecanismos que exigem a justificação de seus gastos, sendo difícil que o mesmo explique o pagamento da propina.

Diante deste quadro, o gerente pondera que mesmo que a empresa descubra o pagamento da propina, dificilmente revelará os fatos, pois o ato por ele praticado será imputado à própria pessoa jurídica, que poderá ser veemente punida por sua prática, pois a legislação anticorrupção do país adota a teoria da responsabilização indireta, ou por ricochete da

pessoa jurídica, imputando-a de forma objetiva as sanções decorrentes de condutas praticadas por aqueles que atuam em seu nome.

Agora imagine que no país em questão se adote a teoria da responsabilidade direta da pessoa jurídica, averiguando-se separadamente sua conduta e a da pessoa natural que age em seu nome. Mencionado gerente sabe que é difícil esconder o pagamento da propina dos órgãos de controle da pessoa jurídica. Sabe ainda, que ela somente será punida caso estes órgãos de controle deixem de atuar, encobrendo o ato por ele praticado, pois caso atuem estarão demonstrando a adequação e eficiência de sua organização e, por consequência, a provável inexistência de culpabilidade em sentido normativo da pessoa jurídica, que é objetiva em razão da ausência de conexão com os elementos culpa e dolo em sentido psicológico.

Parece-me que na segunda hipótese é mais provável que o gerente em questão contenha-se, deixando de oferecer propina ao servidor responsável pela escolha do contratado, pois a possibilidade de sua estratégia vir à tona é relativamente elevada.

Vê, portanto, que os programas de “compliance” criados no interior das pessoas jurídicas sujeitas à nova lei anticorrupção desempenharão um importante papel para análise da culpabilidade própria da pessoa jurídica.

Estes mecanismos destinam-se a garantir que a empresa cumpra e faça cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição, assegurando a adoção de padrões éticos e idôneos, por seus funcionários e por seus parceiros. Eles vão além do simples cumprimento de imposições legais, incorporando princípio de integridade e conduta ética. Um dos pontos fundamentais de qualquer programa de conformidade é dotar a pessoa jurídica de instrumentos necessários ao controle das práticas adotadas por seus funcionários e colaboradores. Uma empresa que possui um bom sistema de “compliance” deve conhecer seus parceiros comerciais e adotar cautelas no momento de sua escolha, a fim de evitar que eventuais condutas e práticas desconformes às imposições legais e regulamentares por estes adotadas acabem por repercutir na sua imagem.

Note-se que a falta de responsabilidade por condutas de parceiros tem favorecido o surgimento de empresas que nada mais fazem do que servir de instrumento para pagamento de propinas a servidores públicos. Estas

empresas geralmente são contratadas para prestar serviços, muitas vezes através de contratos que não especificam seus objetos, por empresas que desejam obter contratos com a Administração e acabam sagrando-se vencedoras em licitações públicas após firmarem aludidos contratos. Quando o pagamento de propina pela empresa prestadora de serviço é descoberto, a defesa da contratante limita-se a afirmar que ela não pode ser responsabilizada por conduta de terceiros, como se observa nas seguintes passagens de entrevista concedido por um CEO de uma empresa suspeita de subornar servidores da Petrobras através da subcontratação de terceira empresa, que operacionalizava o pagamento, a qual foi publicada na versão digital do jornal O Globo de 11/04/2014:

Qual foi o papel da consultoria?

Ajuda nessa conexão para sermos "EPCista". Era uma consultoria de intermediação de negócio. Precisava? Se eu estivesse lá, eu digo que não. Você não precisava ter ninguém intermediando algo. Mas em terra de cego, quem tem um olho é rei. Venderam isso internamente, como uma consultoria tornaria mais fácil o projeto de ganhar uma refinaria.

Foi para intermediar o contrato ou houve um corpo de funcionários da consultoria prestando serviços?

Não era uma consultoria de engenharia, foi uma consultoria comercial. Uma pessoa ajudou na finalização da proposta. A validar os números da proposta para dizer: essa proposta vai ser a ganhadora. Mas foi ganhadora num preço extremamente ruim.

Quem foi o consultor?

Eu não sei.

A PF afirma que eles são uma consultoria de fachada e vocês contrataram essa empresa...

Não sou obrigado a saber quem é o dono da empresa. Você pode comprar um bar, e você pode estar dentro de um bar, e ele pertence a um doleiro. E você comeu lá. A empresa está ativa no seu CNPJ? Sua constituição foi anterior ao nosso projeto? Foi. Isso a gente tem lá como provar. Não sou agente fiscalizador, não tenho prerrogativa de polícia ou Receita Federal para saber se estou comprando de um bandido ou não. Isso é o agente fiscalizador que tem que saber.

O Sr. poderia descrever da forma mais detalhada possível como foi prestada a consultoria?

Foi de intermediação de negócio, e nesse negócio eles tinham a única prerrogativa de validar um preço final para nossa proposta. Ponto. Isso pode ter sido um dia, dois dias. Não estava lá, não posso falar.

Era uma exigência formal para participar da concorrência?

Não, fomos nós que contratamos.

Contrataram mais de uma empresa para isso?

Apenas essa.

A PF diz que não havia serviço a ser prestado, você não teve curiosidade de saber quem foi?

Eu não estava lá.

Não teve curiosidade de saber disso?

Agora? A imprensa está dizendo.

A imprensa fala sobre pagamento de propina para agentes políticos, é uma hipótese possível?

Se você está dizendo que existe essa prerrogativa, não posso falar, não conheço os autos.

Mas isso pode ter acontecido?

Pode acontecer tudo. Você pode ter que pagar o guarda para livrar os pontos da carteira de motorista, esse é o Brasil de hoje. Posso responder pelos meus atos; pelos atos dos outros, não posso.

(...)

Com sua experiência de mercado, você já tinha ouvido falar dessa consultoria alguma vez?

Dessa consultoria, não. De outras, sim. Existem pessoas que se aposentaram da Petrobras e são totalmente hábeis a abrir sua consultoria pelo conhecimento que têm.

Causa perplexidade imaginar que uma empresa com larga experiência no campo de prospecção de petróleo tenha, sem desconfiar que estivesse

na verdade pagando propina, contratado uma empresa desconhecida para prestar uma consultoria visando à apresentação de uma proposta de preço para a Petrobrás, através de um contrato que não especifica quem será a pessoa responsável pela prestação direta dos serviços de consultoria, quem são os sócios da empresa contratada, que serviços ela prestou anteriormente e qual a sua experiência no mercado. Tamanha irresponsabilidade não pode ser admitida. Qualquer empresa que está disposta a se organizar de forma a impedir que haja pagamento de propina por seus colaboradores adotaria procedimentos a fim de evitar contratações como a relatada na entrevista acima reproduzida.

A correta interpretação da nova lei anticorrupção pode acabar com a irresponsabilidade retratada. Para tal, é fundamental que se utilize os mecanismos de conformidade como standards de organização exigíveis, sob pena de deflagração da responsabilidade administrativa objetiva prevista na Lei.

Note-se que a Lei não obrigou a adoção de mecanismos de “compliance” e nem criou um modelo de “compliance”, deixando para o aplicador avaliar diante do caso concreto se a pessoa jurídica investigada deveria adotar estes mecanismos e que modelo seria adequado, tendo em vista seu porte, sua área de atuação, o comportamento de suas congêneres em casos semelhantes e outros fatores inerentes a cada sociedade empresarial.

Portanto, entender o que é “compliance”, e quais são seus instrumentos é fundamental para compreensão da lei, pois, além de servir de instrumento para definição da culpabilidade da pessoa jurídica, os mesmos são utilizados como parâmetros para fixação das pesadas penas impostas pela lei, uma vez que para sua individualização o aplicador deverá levar em consideração a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, consoante determina o artigo 7, VII e VIII da Lei. Além disto, ela cria o instituto do acordo de leniência, que pode acarretar a diminuição das penas impostas em até 2/3, em caso de efetiva colaboração com a investigação de práticas vedadas, o que também estimula a criação de instrumentos de controle pelos destinatários da norma, pois caso eventual conduta irregular seja

constatada pela pessoa jurídica, ela poderá se comprometer a adequá-la e ser beneficiada com substancial redução de pena.

O estímulo à criação de mecanismos de “compliance” talvez seja o ponto mais importante da nova lei, pois a experiência vem demonstrando que a simples criação e incremento de punições não são suficientes para impedir a prática de condutas delituosas. Paralelamente a isto, é preciso criar uma cultura coletiva de combate à corrupção, alterando as relações e comportamentos daqueles agentes que atuam como parceiros do Estado na formulação e implementação de políticas públicas.

Alguns poderiam objetar o entendimento exposto, no sentido de que o emprego efetivo dos mecanismos de “compliance” adequados poderiam até mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica pelas condutas tipificadas na Lei Anticorrupção, sob o argumento de que esta lei somente prevê a consideração destes mecanismos para efeito de redução e não de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica, ao contrário do que prevê o art. 6 da Lei 231 da Itália e o art. 3 da Lei 20393 do Chile, que expressamente excluem a responsabilidade da pessoa jurídica quando hajam cumprido as exigências do modelo de prevenção impostos.

Contudo, como ressalta BACIGALUPO(2012) a luz do direito espanhol cuja lei a semelhança da nossa somente faz remissão aos mecanismos de conformidade para fins de atenuação da pena, se se parte da culpabilidade por defeito de organização como um pressuposto legitimador da responsabilidade da pessoa jurídica, a falta de culpabilidade por ausência de defeito de organização deverá ser considerada como circunstancia excludente da responsabilidade. Note-se que há na Lei da Espanha como na do Brasil pontos de apoio para sustentar que o legislador não desconhece a ideia de culpabilidade por defeito de organização, o que justifica o entendimento acima.

Com relação à Lei brasileira, a alusão feita pelos artigos 7, VII e VIII a instrumentos inerentes a mecanismos de controle e prevenção de ilícitos para a graduação da penalidade aplicada demonstra a tentativa clara de vincular a culpabilidade da pessoa jurídica ao emprego destes mecanismos, como feito pela teoria da culpabilidade por defeito de organização, pois, é na aplicação da pena que a análise da culpabilidade assume primordial importância.

Assim, tendo em vista que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são expressões do *ius puniendi* estatal, os princípios cunhados pelo Direito Penal, como o princípio da culpabilidade, também são aplicáveis na seara do Direito Administrativo Sancionador, podendo-se fazer algumas adaptações em razão do segundo não aplicar penas privativas de liberdade.

Diante disto, a responsabilidade objetiva administrativa prevista no artigo 2 da Lei 12846/2013 deve ser interpretada de forma compatível com o princípio da culpabilidade. A interpretação sistemática da Lei anticorrupção permite interpretar esta responsabilidade objetiva a luz da teoria da culpabilidade por defeito de organização, cunhando uma culpabilidade própria da pessoa jurídica desvinculada dos elementos dolo e culpa, gerando uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, vez que desassociada destes elementos psicológicos, a qual é compatível com o princípio da culpabilidade e se vincula a elementos normativos consistentes na implantação e efetivo emprego de sistemas de conformidade adequados a cada pessoa jurídica. Ou seja, a existência de uma organização defeituosa constitui o núcleo da responsabilidade, ou culpabilidade da pessoa jurídica e os programas de conformidade se constituem como o conjunto de medidas que a empresa deveria adotar para contar com uma organização virtuosa e não ser responsabilizada, consoante aduz MARTIN (2013).

Ao se fazer referência à culpabilidade da pessoa jurídica, é sempre preciso se ter em mente que toda a dogmática do direito penal foi construída tendo em vista a conduta humana, o mesmo ocorre com relação ao denominado princípio da culpabilidade, impondo-se a devida adaptação quando o mesmo é transposto para a análise da responsabilidade da pessoa jurídica, caso se pretenda desvincular esta responsabilidade da conduta do agente que diretamente adotou o comportamento previsto na norma que impõe a sanção, que é a finalidade do presente trabalho.

Segundo ZAFFARONI(2004), em sua formulação mais simples o princípio da culpabilidade revelava a necessidade de que o delito fosse causado ao menos em decorrência de culpa e que o injusto fosse reprovável ao autor. Disto se pode extrair que este princípio engloba elementos pessoais do

cometimento do delito que acarretam a reprovabilidade da conduta e a legitimação da imposição da pena.

Assim, quando se alude a organização defeituosa como culpabilidade da pessoa jurídica, o que se busca é estabelecer um vínculo entre a conduta prevista na norma e a pessoa jurídica, que deveria se organizar para impedir que ela fosse praticada em seu benefício ou interesse, estabelecendo programas de conformidade com os mandamentos legais, advindo a reprovabilidade de sua conduta e a legitimidade da imposição da pena, quando ela deixe de adotar instrumentos para impedir a infração à norma, sendo-lhe exigível na situação que os adotasse.

Para legitimação do *jus puniendi* do Estado se exige que a conduta seja típica, ilícita e culpável, quer se trate de verdadeira responsabilidade penal que se trate responsabilidade administrativa, como defende BACIGALUPO (2012). Quando se adota a teoria do órgão e se transporta a conduta da pessoa física que atua na condição de órgão para a pessoa jurídica nenhum problema decorre da adoção deste modelo, pois na verdade o objeto de análise é uma conduta humana que é transposta para a pessoa jurídica.

Contudo, quando se pretende adotar um modelo de imputação próprio do ente coletivo baseado no defeito de organização e na adoção de programas de conformidade que seriam exigíveis no caso concreto, é preciso verificar se esta sistemática tripartite de análise deve ser mantida, e, ainda, em qual destes elementos seria apropriado analisar a correta ou defeituosa organização empresarial.

O artigo 2 da Lei 12846/2013 dispõe:

Art. 2o. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Vê-se, portanto, que o surgimento da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica está condicionada à prática de umas das condutas tipificadas no artigo 5 da Lei em interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Adotando-se o modelo de culpabilidade por defeito de organização defendido no presente trabalho, para que surja a responsabilidade do ente coletivo é necessário que uma pessoa física pratique as condutas previstas no artigo 5 da Lei em interesse ou benefício de uma pessoa

jurídica e esta tenha se furtado a adotar e efetivamente empregar sistemas de conformidade idôneos a evitar está-la.

No direito espanhol, que possui norma semelhante, TOMILLO (2011) defende que o injusto típico restaria configurado pela prática da conduta descrita em um dos tipos por uma pessoa natural em benefício da pessoa jurídica, o que ele denomina fato de conexão, ainda que se conceba esta conduta de forma plural, fragmentada ou atomizada, ou seja, sem que seja necessário identificar e individualizar o autor do fato de conexão. Afirma, ainda, que o defeito de organização deveria ser analisado na culpabilidade, a qual restaria afastada quando a pessoa jurídica possuísse uma organização idônea a impedir o cometimento de delitos, o que restaria configurado quando as medidas de conformidade adotadas fossem suficientes para que um espectador objetivo excluísse racionalmente a possibilidade de cometimento de delitos na empresa.

SILVA SANCHES (2013), por sua vez, adverte que não se pode construir um autêntico equivalente funcional da culpabilidade pessoal para a pessoa jurídica e que os modelos de imputação direta de responsabilidade aos entes coletivos decorrentes de defeitos de organização, consistentes em ausência ou deficiente funcionamento de sistemas de conformidade, representam uma forma de imputação extraordinária e que exigem adaptações nas construções dogmáticas tradicionais.

Não obstante esta observação, propõe um sistema de imputação dos fatos de conexão às pessoas jurídicas paralelo à imputação objetiva dos crimes comissivos por omissão, de forma que o fato de conexão possa ser imputado à omissão do devido controle pela pessoa jurídica. Assim, aduz que a dinâmica de grupo interna à pessoa jurídica pode conformar uma realidade que favoreça a prática de delitos, decorrente de uma autorregulação defeituosa que caracteriza um estado de coisas antijurídico, que deveria ser analisado no momento de imputar o fato de conexão à pessoa jurídica em três momentos, quais sejam: um Juízo de passado que demonstre que a organização defeituosa facilitou a prática do fato de conexão, gerando um risco desaprovado que se materializou neste fato, um Juízo de presente, que averigüe se o defeito permanece, e um Juízo de futuro, que demonstre que este defeito favorece a prática de delitos no futuro. Um juízo negativo

com relação ao passado excluiria a imputação do fato à pessoa jurídica, com relação ao presente e ao futuro permitiria a redução da pena.

Apesar de ressaltar as necessárias adaptações, observa-se que SILVA SANCHES (2013) mantém uma construção paralela à dogmática tradicional, o que lhe permite realizar uma interpretação teleológica restritiva do teor literal da lei, como por ele próprio ressaltado.

Diferentemente, MARTÍN (2013) propõe uma abordagem da culpabilidade por defeito de organização dissociada da construção dogmática desenvolvida com base no comportamento humano caracterizado pelo fato típico, antijurídico, culpável e punível, que na sua visão traria complicações desnecessárias para a análise da responsabilidade de pessoas jurídicas e se revelaria inadequado. Ele chama atenção que a globalização fragilizou a capacidade reguladora dos Estados e que os sistemas de conformidade se desenvolvem como um instrumento de governança global, podendo ser definidos como um meio de controle social com a finalidade de impedir condutas desviadas dentro de uma organização, sendo necessária a construção de uma dogmática compartilhada internacionalmente, revelando-se inadequado seguir a estrutura do delito desenvolvida na tradição germânica, pois ela não seria compartilhada por diversos países.

Assim, propõe o desenvolvimento de uma dogmática de análise da responsabilidade da pessoa jurídica focada na construção do direito penal internacional distinguindo basicamente duas categorias, a “ofense”, que descreveria o comportamento proibido, e as “defenses”, que reuniriam todos os motivos materiais e processuais que levariam à exclusão da responsabilidade.

No que pertine à relação de imputação entre o fato de conexão e o defeito no programa de cumprimento, MARTÍN (2013) sustenta que o que é relevante para tal é a gravidade do defeito de organização, sendo a teoria da imputação objetiva inadequada para definir as relações entre o fato de conexão e o defeito de organização, pois seria empiricamente indemonstrável que o risco desaprovado gerado pelo defeito de organização se materializou naquele fato.

Assim, assinalando que a responsabilidade por defeito de organização se constrói em uma estrutura temporal diversa da responsabilidade individual,

abarcando momentos anteriores e posteriores ao fato de conexão, propõe que se analisem os sistemas de conformidade abstratamente em sua forma geral e em concreto, verificando qual sua eficácia para prevenir fatos semelhantes ao fato de conexão perpetrado e qual foi a falha ocorrida no caso concreto. O sistema de conformidade resultaria eficaz quando para a prática do fato de conexão tenha sido necessário iludir alguns dos sistemas de controle estabelecidos pelos sistemas de conformidade. O defeito de organização seria grave quando o sistema de conformidade não passasse pelo teste em abstrato, configurando-se mais leve quando tenha sido inadequado somente no caso concreto.

O enfoque desenvolvido por MARTIN (2013) é interessante pelo esforço de simplificação da dogmática envolvida na responsabilização da pessoa jurídica e pela tentativa de usar categorias do direito penal internacional que seriam comuns à comunidade internacional. Contudo, como demonstra CLEMENTINO (2010), apesar de o direito penal internacional ser estruturado de maneira diversa, seguindo a tradição dos países de *common law*, os elementos da teoria do delito desenvolvida no direito continental europeu, principalmente a culpabilidade, podem ser nele localizados, não havendo uma diferença inconciliável entre ambas construções que imponha o abandono de nossa cultura jurídica no estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica com o propósito de simplificar a atuação destes agentes no mercado global. Ademais, o sistema por ele proposto para análise dos sistemas de conformidade não permite ao interprete verificar no caso concreto qual seria a organização exigível do ente coletivo, levando a uma padronização que em alguns casos pode levar à ineficácia da lei e em outros ao estabelecimentos de exigências excessivas, impossíveis de serem cumpridas por pequenas empresas.

Por fim, como ressaltado por SILVA SANCHES (2013), manter uma construção paralela à dogmática adotada tradicionalmente para análise deste novo modelo de responsabilidade, ainda que com adaptações necessárias, nos permitirá realizar correções teleológicas do teor literal da lei, quando necessário.

Assim, me parece que o mais adequado para a análise da responsabilidade da pessoa jurídica de acordo com a culpabilidade

por defeito de organização é, em um primeiro momento, se verificar a materialização do defeito de organização no fato de conexão, que deve estar tipificado no artigo 5 da Lei. Havendo esta materialização seria possível imputar o fato de conexão ao ente coletivo e presumir a antijuridicidade da organização empresarial.

Caso o ente coletivo não demonstre a existência de alguma justificante legal para o defeito de organização materializado no fato de conexão, se passa a analisar se seria exigível que aquele ente se organizasse de forma diversa, e se o modelo de organização exigível eliminaria o defeito de organização materializado no fato de conexão, o que poderia excluir sua culpabilidade. A prova da inexigibilidade de outro modelo de organização incumbe à pessoa jurídica e, quando mais elevado o cargo ocupado pelo autor do fato de conexão na pessoa jurídica, mais dificuldades haverá para afastar sua culpabilidade, tendo em vista o grande cuidado que se deve ter com a seleção de pessoal responsável por ditar os rumos do ente coletivo.

Após, a sanção será imposta de acordo com o gravidade do defeito de organização existente, devendo-se comparar para tal qual seria o modelo de organização exigível e qual foi o efetivamente adotado, além dos demais parâmetros fixados pelo artigo 7 da Lei 12846/2013.

É preciso salientar que ainda que não seja necessário apontar qual foi o autor do fato de conexão e processa-lo conjuntamente à pessoa jurídica, é indispensável a demonstração da prática deste fato, pois, sem ele o defeito de organização não pode ser sancionado pela lei anticorrupção, tendo em vista que este fato de conexão é elemento do tipo da infração praticada pela pessoa jurídica. Haveria aqui uma espécie de acessoriedade limitada, como defende TOMILLO (2011).

Uma objeção que se poderia fazer a interpretação aqui defendida, no sentido de que o critério de imputação das condutas tipificadas na Lei anticorrupção seria o da culpabilidade por defeito de organização baseada na implantação de sistemas de conformidade adequados, seria que a mesma não individualiza totalmente a conduta da pessoa jurídica da qual decorreria sua responsabilidade, deixando de especificar quais medidas de “compliance” seriam necessárias para evitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, afrontando o princípio da legalidade.

Tal crítica, contudo, não procede, pois o direito penal admite plenamente a construções de tipos penais abertos, cujo conteúdo específico da conduta vedada somente pode ser obtido através de interpretações e do socorro a valorações, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, embora se reconheça que em razão do princípio da legalidade, do qual decorrem os princípios da taxatividade e da determinação, o tipo deva descrever a conduta vedada da forma mais específica possível.

Tendo em vista que a liberdade de organização empresarial decorre do princípio da livre iniciativa previsto no artigo 1, IV da Constituição, o Estado não teria como estabelecer de maneira pormenorizada um único modelo de organização da empresa com vistas a impedir a prática dos delitos tipificados na Lei Anticorrupção. Por outro lado, não se pode admitir que a liberdade de iniciativa seja utilizada de forma a fomentar a prática de delitos no seio da empresa e dificultar a identificação de seus autores. Assim, a fim de compatibilizar o princípio da liberdade de iniciativa com a preservação de bens jurídicos protegidos pela lei, o ideal é a utilização da técnica da autorregulação regulada descrita no segundo capítulo, mantendo a liberdade de auto-organização da pessoa jurídica, mas impondo-lhe como limite a preservação destes bens jurídicos, cuja ofensa em seu benefício ou interesse poderá gerar sua responsabilidade, sendo indispensável o socorro a tipos abertos na hipótese. Desta forma se pode compatibilizar a preservação de bens jurídicos importantes para o convívio social, o princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da legalidade.

Além disto, cumpre ressaltar, como destacado por FERNÁNDEZ (2013), que as normas que regulam um sistema de conformidade são detentoras de caráter técnico, sendo desaconselhável sua previsão detalhada em um diploma legislativo.

Observe-se, contudo, que a fim de atribuir maior previsibilidade possível ao modelo de organização exigível é muito importante que os organismos com atribuição para aplicar a lei estabeleçam um diálogo franco e aberto com a sociedade, divulgando ao público casos hipotéticos e reais em que entenda haver defeitos de organização, a exemplo do FCPA resource guide, produzido pelo Departamento de Justiça e pela Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos.

Além disso, seria interessante que estes órgãos credenciassem entidades destinadas a realizar certificação de sistemas de conformidade, os quais no exercício desta função poderiam, inclusive, efetivar sugestões de alterações visando melhorá-los. Para evitar fraudes, seria interessante que fosse designado um órgão para credenciar e arquivar resultados de certificações concomitantes a sua realização.

Com relação àquelas empresas que possuem contratos com a Administração, poder-se-ia incluir nos próprios instrumentos contratuais cláusulas facultando aos órgãos incumbidos da aplicação da lei, anteriormente à detecção de qualquer ilícito, identificarem e analisarem os sistemas de conformidade das pessoas jurídicas, sugerindo eventuais alterações a fim de evitar infrações à Lei. Tendo em vista que a Administração celebra muitos contratos, a efetiva averiguação destes sistemas ocorreria naqueles casos em que fossem identificados maiores riscos de infração à lei.

Por fim, cumpre ressaltar que, segundo ROXIN (1997), o princípio da determinação do tipo penal tem a função de impor limites a uma extensão arbitrária à interpretação, o que justamente é o objetivo da adoção do defeito de organização como critério de imputação das condutas prevista na Lei Anticorrupção à pessoas jurídicas, pois a alternativa a seu acolhimento é impor-lhes responsabilidade por todas as condutas praticadas em seu benefício ou interesse, consoante estabelece o artigo 2 da Lei, o que estenderia as hipóteses de punição legal.

Talvez também visando impedir aplicações arbitrárias da lei, o artigo 6 § 2 condicionou a aplicação das sanções ali previstas a manifestação jurídica da Advocacia Pública, o que visa resguardar o administrado, assegurando que a imposição das sanções ocorrerá conforme o direito. Contudo, para que esta missão seja cumprida a contento, é preciso dotar a Advocacia Pública de instrumentos indispensáveis ao cumprimento deste mister.

Como ressalta Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (1999), a Advocacia Pública é atividade fim do Estado, pois se volta ao estabelecimento, à manutenção e ao aperfeiçoamento da ordem jurídica. Contudo, sua atual estrutura, principalmente em âmbito federal, cujos membros da Advocacia-Geral da União recebem uma das remunerações mais baixas das carreiras jurídicas nacionais, vem impossibilitando o exercício desta relevante função, fazendo com que alguns de seus membros se curvem a caprichos de

Administradores simplesmente em razão de medo de virem a ser penalizados com a perda de cargos em comissão na administração federal, os quais se tornaram a tábua de salvação financeira dos membros da AGU.

Para que a Advocacia Pública possa exercer o controle de juridicidade dos procedimentos instaurados para imposição das sanções previstas na Lei Anticorrupção, é indispensável que seus membros possuam autonomia funcional e sejam bem remunerados, caso contrário suas manifestações serão sempre voltadas à punição da pessoa jurídica, muitas vezes descabida, por simples medo de serem responsabilizados.

Por isso, o Projeto de Emenda Constitucional número 82, que confere autonomia à Advocacia Pública, e o Projeto de Emenda Constitucional número 443, que retira do Poder Executivo a possibilidade de asfixiar financeiramente os Membros da Advocacia Pública, são os mais relevante projetos de combate à corrupção que entraram na agenda do Congresso Nacional nos últimos anos, como ressaltado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Por fim, cabe esclarecer que algumas considerações foram tecidas no segundo capítulo a respeito da configuração dos sistemas de conformidade, não sendo o escopo do presente trabalho descrevê-los de forma pormenorizada, até porque isso variará de pessoa jurídica para pessoa jurídica.

CONCLUSÃO

Como espero ter deixado claro no presente estudo, o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são expressões do *ius puniendi* estatal. Assim, princípios cunhados pelo Direito Penal, como o princípio da culpabilidade, também são aplicáveis na seara do Direito Administrativo Sancionador.

Diante disto, a responsabilidade objetiva administrativa prevista no artigo 2 da Lei 12846/2013 deve ser interpretada de forma compatível com o princípio da culpabilidade. A interpretação sistemática da Lei Anticorrupção permite interpretar esta responsabilidade objetiva a luz da teoria da culpabilidade por defeito de organização, cunhando uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, desvinculada dos elementos dolo e culpa, gerando uma responsabilidade objetiva, vez que desassociada

destes elementos psicológicos, a qual é compatível com o princípio da culpabilidade e se vincula a elementos normativos consistentes na implantação e efetivo emprego de mecanismos de “compliance” adequados a cada pessoa jurídica.

UNVEILING LEGAL ENTITY LIABILITY BY PENALTIES PROVIDED ON BRAZILIAN ANTI-BRIBERY LAW.

Abstract: The Brazilian law number 12846/2013 looks to combat bribery through the establishment of a civil and administrative liability of legal entity. In view of the absence of difference between administrative and criminal penalties, the principles of criminal law is applicable to administrative liability. Among these principles excels the importance of the principle of culpability for interpretation the liability created by the law. The theory of defect in the organization founded by Tiedemann develop a sense of culpability specific for the legal entity that is very important to understand the administrative liability created by this law. This liability is not related with psychological elements inherent of human conduct. A review of compliance mechanisms is mandatory to find out the entity culpability, so its liability for the anti-bribery penalties.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, Enrique. “Compliance” y derecho penal. 1 edição., Buenos Aires, Hamurabi, 2012.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Las Medidas Administrativas Y Penales De Prevención Del Blanqueo De Capitales Em El Ambito Urbanistico: Limites Entre Las Infracciones Administrativas Y Delito. Anuario De La Facultad De Derecho De La Universidad Autonoma de Madrid 12 (2008). Pag. 15-39.
- BEVILAQUA Clovis. Theoria Geral do Direito Civil atualizada por Achilles Bevilaqua. 3 Edição. Ed. Livraria Francisco Alves. 1946.
- BIELSA, Rafael. Principios de Derecho Administrativo. 3 edição. Ed Depalma. Buenos Aires 1966.
- CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 3 Edição. Coimbra. Ed. Coimbra Editora. 1951
- CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos em el derecho administrativo sancionador. In Revista de Administración Pública, Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, n 156, p. 191-211, set/dez. 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 11 Edição. Ed LUMEN JURIS. 2004.
- CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. A Culpabilidade no Direito Internacional Penal. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 51-65, out./dez. 2010.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 12 edição. São Paulo. Ed. Atlas. 2000.
- ENNECCERUS, Ludwig. NIPEERDEY, Hans Carl. WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Primer Tomo. Parte General. Traducción. Blas Pérez Gonzales y José Algüer. Ed. Bosh. Barcelona. 1947
- FERNÁNDEZ. Montaner Raquel. La Estandarizacon Alemana de los Sistemas de Gestion de Cumplimento. In Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención e Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sanchez e Raquel Montaner Fernandez. Ed. Atellier Libros Juridicos. 2013
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Ensaio Sobre a Teoria do Órgão. Editora da Universidade Federal do Paraná. 1981.
- GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: breve estudo jurisprudencial a partir do princípio da insignificância. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 917, abr. 2012. Fórum Administrativo - FA Belo Horizonte, ano 12, n. 134, abr. 2012.
- GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina. Sanciones penales contra empresas em Espanha (Hispanica societias delinquere potest). In Compliance y Teoria del Derecho Penal. KUHLEN, Lothar. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina (EDS.). Ed. Marcial Pons. 2013.
- MARTIN, Nieto Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho penal. In Compliance y Teoria Del Derecho Penal. Lothar kuhlen. Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Eds. Marcial Pons. 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre agentes e órgão públicos. Regime jurídico do funcionários públicos. São Paulo. Ed. Revista do Tribunais.1975
- MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Ed Malheiros. 23 Edição. 2007.
- MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. Revista Interesse Público, São Paulo, ano 1, n. 4, p 9-22, out./dez. 1999
- Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado: a juridicização dos resultados na Administração Pública. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37401>>. Acesso em: 21 jan. 2015.
- A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p 147/166, abr/jun 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=36079>>. Acesso em: 21 jan. 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2015
- MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição de 1988. Ed. Malheiros. 2007.
- OLIVARES, José Miguel Valdivia. TEORÍA DEL ÓRGANO Y RESPONSABILIDAD PÚBLICA EN LA LEY DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. Revista de Derecho Vol. XIX – n 2 –. Pag. 133-159-Diciembre 2006.

-
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. Forense 1996.
- Instituições de Direito Civil. Volume I. Editora Forense. 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Geral – Tomo III – Negócio Jurídico. Representação. Conteúdo forma. Prova. 3 Edição. Ed. Borsoi. 1970.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 edição. Saraiva 2002.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I . Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas. Diego Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz Y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas 1997
- Estudos de Direito Penal. Tradução Luiz Greco. Ed Renovar 2006.
- RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil, Volume I, Introdução e Parte Geral Direito das Pessoas. Tradução da 6 Edição italiana, Dr. Ary dos Santos. Ed. Saraiva. 1971.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na APn, 470/MG. Revista dos Tribunais. RT 933. Julho de 2013.
- SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. La Expansion del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales. Segunda Edição. Ed. Civitas. 2001.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho espanhol. In Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sánchez (director). Raquel Montaner Fernández (Coordinadora). Ed. Atelier Libros Jurídicos. 2013.
- SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. VARELA, Lorena. Responsabilidades Individuais em estruturas de empresa. In Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención e Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sanchez e Raquel Montaner Fernandez. Ed. Atelier Libros Juridicos. 2013.
- SANTOS, Hermilio. Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas. Civitas n 5. Pág. 59-68. 2005.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad Penal De Las Personas Juridicas. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf
- TOMILLO, Manuel Gómez. Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. El sistema español. Revista Jurídica de Castilla y Leon n 25. Septiembre 2011
- TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. Boletim Científico ESMU, ano 4 número 16, pag 11/75 – julho/setembro de 2005.
- VICEN, Felipe Gonzalez. La Teoría del Derecho y el Problema del Metodo Juridico en Otto Von Gierke. In Estudios de filosofia del derecho. Pag 259/334. Coordinador Felipe González Vicen. Ed. Universidad de La Laguna. 1979.
- VIVES. Beatriz Goena. La atenuante de la colaboración. in Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención e Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sanchez e Raquel Montaner Fernandez. Ed. Atelier Libros Juridicos. 2013.
- ZAFARONNI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Ed. Renovar. 5 Edição 2004.

IMPARCIALIDADE E INDEPENDÊNCIA: DEVERES ESSENCIAIS PARA A CONSECUÇÃO DA JUSTIÇA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Bernardo Guitton Brauer – Mestrando em Direito Processual na USP, LLM em Direito da Propriedade Intelectual pela Queen Mary University of London, Bacharel em Direito pela UFRJ. Associado do escritório Denis Borges Barbosa Advogados.

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar a importância em se observar os deveres de imparcialidade, independência e revelação pelos árbitros, com o intento de desenvolver o, em crescente prestígio, instituto arbitral, bem como contribuir com a pacificação social por meio da justiça.

Palavras-chave: Arbitragem – Árbitros – Imparcialidade e Independência – Revelação.

1- INTRODUÇÃO

A trajetória por qual perpassa a solução das contendas no seio das sociedades aponta para diferentes meios de composição¹ de conflitos. A

¹ O vocábulo composição, que aparece nos compostos autocomposição e heterocomposição, recebeu de conceituadíssima doutrina o significado de regramento, ou estabelecimento da norma que disciplina o conflito de interesses. Compor a lide significaria criar a norma que resolve (Francesco Carnelutti). Mas o juiz não compõe a lide nesse sentido, ou seja, ele não cria a norma do litígio: reconhece sua existência e revela os direitos e obrigações eventualmente emergentes dela no caso concreto. A composição que ele realiza (heterocomposição) ou a que realizam os próprios litigantes (autocomposição), não consiste em estabelecer normas mas em produzir resultados práticos socialmente úteis, representados pela concreta atribuição de

arbitragem desponta como alternativa menos ortodoxa na consecução da justiça na medida em que permite que as partes optem pelo procedimento arbitral se interessadas em resolver alguma questão da qual possam dispor, portanto, de conteúdo patrimonial

A arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias por meio da *“intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal”*² evidencia contornos bastante atrativos, sobremaneira, pela cada vez maior especificidade e complexidade das questões envolvidas.

O crescimento exponencial³ do mecanismo arbitral para solução de controvérsias, sobremaneira, nos últimos anos, tem inegavelmente como causa, inúmeros aspectos justificativos. Destacam-se dentre eles, a opção por um viés evolutivo de regulação pacífica das contendas e a premente necessidade de maior segurança e previsibilidade consubstanciada na oferta de certo controle na resolução de eventuais conflitos.⁴

Não se olvida, entretanto, que a arbitragem como *“meio paraestatal de solução de conflitos, inserido nas conquistas alcançadas pela ‘terceira onda renovatória’ do Direito Processual”*⁵, tem na atuação do árbitro – sujeito mais importante no procedimento arbitral – a razão determinante do conquistado prestígio.

Nesse sentido, reconhece-se o papel central dos princípios da

bens ou definição de condutas permitidas ou vedadas – ou seja, a eliminação não cria normas para dirimir o conflito em que se encontram: simplesmente dirimem o conflito, põem-lhe fim, sem qualquer preocupação com norma alguma” in DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil I. São Paulo: Malheiros, 2013, p.125

² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

³ “No cenário do comércio internacional, o Brasil foi considerado ‘uma ilha de ostracismo’ no que se refere à arbitragem, fato agravado pela falta de ratificação de vários tratados internacionais ligados a este instituto. Porém, na década de 90 e no início do terceiro milênio, este atraso tem sido compensado por uma mudança importante e transformadora no sentido de fortalecer e modificar a defasagem diante dos países mais desenvolvidos, ao ser editada a Lei Marco Maciel, ou lei de Arbitragem Brasileira, e haver a ratificação de tratados e convenções importantes como foi o caso da Convenção de New York, promulgada em 23 de julho de 2003.” In COUTO, Jeanlise Velloso. Árbitro e Estado. Interesses divergentes? São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.12-13 – Ainda para maior compreensão de como foi todo o tratamento-procedimento de elaboração da Lei de Arbitragem brasileira ver CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴ COUTO, Jeanlise Velloso. Árbitro e Estado. Interesses divergentes? São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 11.

⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei nº 9.307/96. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2005, p.9.

imparcialidade e independência, como características do paradigma pós-positivista, hoje vigente no direito, repercutindo no procedimento arbitral na medida em que operam a ligação entre o universo jurídico e o plano moral.⁶

Destarte, o presente artigo, que tem como escopo precípua evidenciar o necessário relevo com relação à observância da isenção no exercício cognitivo confiado aos árbitros, perfunctoriamente salienta alguns aspectos históricos, conceituais e práticos da instituição arbitral.

Em seguida, ainda com o propósito de demonstrar a pertinência dos aludidos princípios perante o procedimento arbitral, apresenta-se um sucinto cotejo analítico entre os procedimentos arbitral e estatal de jurisdição, demarcando algumas interseções aptas a afirmarem a primazia da imparcialidade e independência em ambos os procedimentos.

Nessa toada, o artigo, então, apresenta os princípios da imparcialidade e da independência de maneira a sacramentar sua proeminência no procedimento arbitral.

Segue-se, com o esquadriamento do dever de revelação dos árbitros com as hipóteses objetivas de revelação para, finalmente, apontar nas notas conclusivas o papel de destaque da figura do árbitro e a premente observância dos abordados princípios como forma de valorização do instituto arbitral e, sobretudo, como meio de se alcançar a justiça.

2- ALGUMAS NOTAS INAUGURAIS SOBRE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Para demarcação teórica desse artigo é imperioso que se faça uma breve digressão conceitual e histórica para que melhor se compreenda a criação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos. Como a mais antiga forma de composição de litígios, a autotutela pode ser explicada como uma maneira primitiva de solução de controvérsias, sendo caracterizada pela ação direta de uma das partes envolvida, pela imposição coercitiva de sua vontade, em detrimento do interesse do outro.⁷

⁶ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p.122

⁷ “Tratava-se da autotutela, naturalmente precária e aleatória, que não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, astuto ou ousado” in GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 10 – jul/dez 2007.

Com o surgimento das sociedades, sobremaneira, complexas – na qual a ausência de ordem seria determinante para um estado permanente e generalizado de conflitos⁸ – os métodos alternativos de solução assumem particular relevo.

As medidas autocompositivas, nas figuras da renúncia, submissão e transação, obtidas como resultado prático da negociação, mediação e, ainda, por meio da conciliação, surgem em um contexto no qual a força física é substituída pela razão.⁹

A arbitragem – como método heterocompositivo – por sua vez, surge pela impossibilidade de cunho prático de se obter a resolução dos entraves por meios das referidas formas autocompositivas de solução. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona¹⁰, *“a arbitragem – [é] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.”*

Detendo-se de forma mais específica à arbitragem, de acordo com Pedro A. Batista Martins, a sua prática perpassa pelos povos mais antigos, *“desde a mais remota antiguidade quando a desconfiança recíproca e as diferenças de raça e religião tornavam precárias as relações entre os povos”*¹¹

A maior ou menor importância da arbitragem no decorrer do tempo pode ser explicada por questões políticas de poder como verificado na França anteriormente à Revolução Francesa. Como naquela época não havia grande confiança na figura do Estado – pela sua forte ligação/confusão com o *Ancien Régime*.¹² - a arbitragem conquistou particular relevo, recebendo ainda maior impulso no período entre guerras.¹³

⁸ YOSHIKAWA, Eduardo H. de Oliveira. Execução extrajudicial e devido processo legal. (Coord.) Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2010, p.7

⁹ Id. *Ibid.*, p.14.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.31.

¹¹ DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil – Evolução Histórica e Conceitual in Arbitragem no Brasil, Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenadores Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.224.

¹² RICCI, Edoardo F. Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas In Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam. Coordenadores Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2007, p.407.

¹³ O período entre guerras a que se refere, diz respeito as duas grandes guerras mundiais (1ª e 2ª Guerra Mundial)

Ainda que hoje se saiba que a prestação jurisdicional é função do Estado – visão reconhecida por teóricos liberais da monta de Adam Smith e Friedrich Hayek – a arbitragem como forma adequada de resolução de conflitos precede a formação do Estado moderno¹⁴, apresentando-se sempre como importante alternativa para a administração da justiça.¹⁵

A história brasileira no que concerne à figura do instrumento da arbitragem, ainda que analiticamente possa parecer recente, remonta ao tempo em que o país encontrava-se submetido à imposta colonização pela metrópole portuguesa.¹⁶

No Brasil, entretanto, antes do advento da, então vigente por mais de 18 (dezoito) anos, Lei de Arbitragem – Lei 9307/96 – a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos jamais alcançou o sucesso obtido como em países europeus e nos Estados Unidos.¹⁷ Outrossim, partindo do pressuposto de que *“os homens andam, quase sempre, por caminhos já trilhados por outros e agem por imitação”*¹⁸, o desenvolvimento e a utilização da arbitragem do Brasil, sobremaneira, após o advento da lei não poderia apresentar resultados.

A hermenêutica, enquanto método interpretativo das normas jurídicas, evidencia a definição do conceito de arbitralidade consoante o artigo 1º da referida Lei de arbitragem, segundo o qual *“As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”*.

Logo, *“é a patrimonialidade ou não patrimonialidade do núcleo de interesse que determinará se a situação jurídica é patrimonial ou não patrimonial.”*¹⁹

Aliás, a disponibilidade caracteriza-se pela livre possibilidade de exercer algum direito pelo detentor de sua titularidade *“sem que haja norma*

¹⁴ PUGLIESE, Antonio C. F. e SALAMA, Bruno M. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor in Arbitragem no Brasil, Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenadores Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.74.

¹⁵ WATANABE, Kazuo. Cognição no Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.28.

¹⁶ DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil – Evolução Histórica e Conceitual in Arbitragem no Brasil, Aspectos Jurídicos Relevantes. Cit., p.229.

¹⁷ TIBURCIO, Carmen. Arbitragem no Brasil: Panorama dos últimos 15 anos in Arbitragens. Temas contemporâneos. Coordenadores Selma Ferreira Lemes e Inez Balbino. São Paulo: Quartier Latin, 2012 p. 76.

¹⁸ MACHIAVELLI, Nicolai. O Príncipe. Editora Centauro; São Paulo, 2001, p.41.

¹⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.23.

coigente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência."²⁰ Mais precisamente, a disponibilidade está diretamente correlacionada ao direito de transigir livremente o bojo do interesse juridicamente protegido.

Portanto, esse dispositivo além de limitar a prática da arbitragem às matérias patrimoniais, também limita àquelas situações em que as partes podem por meio da vontade, livremente acordar.²¹

Enquanto os preceitos coordenam a procedimentalidade da jurisdição estatal, são as próprias partes, que estabelecem as regras a serem observadas pela arbitragem, através da autonomia²² privada visto ser o poder de auto-regulamentação de seus interesses.²³

Confere-se ainda, às próprias partes, o direito de escolha e nomeação dos árbitros, ou seja, diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal, essa possibilidade é *a priori* prerrogativa das partes.

O que se afigura como uma preocupação em algumas circunstâncias, sobretudo, naquelas em que as partes confundem a prerrogativa de escolha com a suposição de eventual favorecimento por decorrência da confiabilidade que os aduna em face do procedimento arbitral.

Assim, percebe-se que, embora o procedimento arbitral conte com a possibilidade de escolha dos árbitros, enquanto julgadores, em nada se diferenciam dos magistrados togados, visto que exercem *múnus público*²⁴ e tem por missão, a mesma busca pela boa e *proba* justiça

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96 cit., p. 38.

²¹ A fixação de tal disciplina é da mesma forma compreendida em diversos ordenamentos, como no artigo 806 do CPC italiano e no artigo 2059 do Code Civil francês.

²² "a competência da vontade humana em dar-se a si mesma sua própria lei" in BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial, in O direito e o tempo: embates jurídicos e utopia contemporâneas. TEPEDINO, Gustavo José Mendes e FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.408.

²³ ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem in Arbitragem no Brasil, Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenadores Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 387-388.

²⁴ "Pessoas em quem as partes depositam a sua confiança, o árbitro exerce múnus público, sendo o responsável por fazer justiça no caso concreto que lhe é submetido." In CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem Lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.41

3- DO ÁRBITRO: ESCOLHA, RELEVÂNCIA E PARECENÇAS COM O JULGADOR ESTATAL

Para que se possa dispor dos elementos necessários para uma avaliação da importância dos requisitos imparcialidade e independência, é de fundamental relevância que se conheça com maior minudência o que dispõe a lei sobre a figura do árbitro, bem como a sua escolha e algumas das existentes interseções com a figura do julgador estatal.

A definição semântica de árbitro encontra abrigo no latim, onde *arbitru* "é aquele que é chamado para, como juiz, dirimir dúvidas, opinar em debates, julgar algum assunto, decidir sobre alguma coisa". Compartilha da mesma origem da palavra árbitro, ou seja, da ideia de resolução, de decisão que depende só da vontade dos envolvidos".²⁵

A Lei brasileira de arbitragem – Lei 9.307/96 - em seu capítulo III, traz especificamente em seu artigo 13, uma série de características atinentes não só a figura do árbitro, como também, relativas as vicissitudes presentes no momento da escolha do árbitro pelas partes.

A esse respeito, inicialmente, mostra-se imprescindível que as partes, quando da escolha do árbitro, o façam levando em consideração importante condição: a confiança. Embora não seja medida *sine qua non*, a confiança aparece como uma vantagem ínsita do instituto arbitral que não encontra convergência na jurisdição estatal.

A nomeação do árbitro por mútuo acordo das partes não é faculdade recente, tendo sido adotado pelo Império Romano desde a Lei das XII Tábuas, com a figura do iudex, o arbiter e o arbiter ex compromisso, como juízes eleitos para dirimir questões privadas no seio daquela sociedade.²⁶

Tal escolha, entretanto, vinha, acompanhada da obrigação do arbitro de prestar um juramento no momento em que era escolhido de maneira que, assim, afirmava-se ainda mais a nomeação, bem como o vindouro exercício de julgar.²⁷

²⁵ COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e Estado. Interesses divergentes?* São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.17.

²⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: o padrão de conduta ideal.* in *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional.* São Paulo: LTr, 1999, p. 235

²⁷ Idem, p. 236

Como bem elucidou Selma Lemes²⁸, o juramento que se fazia pelo árbitro desde aquela época tinha um propósito edificante no que diz respeito a forma como deveria se exercer a condição de árbitro.

“Para Justiniano o juiz jurava atuar com base na veritas e nas leges. A referência a veritas era de certa forma imprecisa. De qualquer modo, acentua o preclaro Prof. J. Parício, ‘o oposto de verum é falsum, e neste sentido significava atuar sem falsidade’. Ademais, se considerarmos que um dos sentidos mais frequentes do termo veritas nas fontes latinas é o de sinceritas, pode ser a isso que se refere Justiniano: que o juiz deveria atuar com sinceridade de consciência”.

O que se depreende facilmente, é que o exercício da função de árbitro desde sempre pautou-se pelos ditames da ética, onde destacava-se a valoração conscienciosa, o exame com profundidade dos elementos da demanda, sempre de forma isenta para se evitar qualquer eventual vício procedimental.

“O mecanismo de escolha do árbitro é normalmente determinado pelas regras procedimentais de uma Câmara de Arbitragem, quando a arbitragem é institucional. Nas arbitragens ad hoc, as partes podem prever como será feita a escolha do árbitro.”²⁹

Já com relação especificamente ao desempenho de sua função, o mesmo artigo 13 da Lei de Arbitragem, acima referida, em seu § 6º, estabelece a forma como deverá proceder o árbitro: com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.³⁰

Portanto, a atividade exercida pelos árbitros não se diferencia substancialmente daquela exercida pelos juízes togados, pelo contrário, muitas são as confluências que as aproximam uma da outra. Parte-se do mesmo escopo que é a condução de um procedimento amparado no respeito aos princípios fundamentais no intento de solucionar conflitos.

O que difere consideravelmente é a origem do poder jurisdicional³¹ de

²⁸ Idem, p. 236.

²⁹ WEBER, Ana Carolina. Imparcialidade dos árbitros: um exame à luz de precedentes judiciais. Revista eletrônica de Direito Processual. Ano 2, Vol II. Janeiro a Dezembro. Rio de Janeiro, p. 62

³⁰ Ressaltam-se ainda, outros deveres atinentes aos árbitros: “não deve exceder injustificadamente os prazos para sentenciar; deve tratar com urbanidade os participantes do processo arbitral; inclusive, é vedado ao árbitro manifestar opinião sobre processo pendente de julgamento, e, ainda mais, o árbitro deve guardar sigilo após ter proferido a sentença.” In PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & Árbitro. In Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 11.

³¹ “Poderosa tendência doutrinária atribuí à arbitragem natureza jurisdicional: a única diferença entre a

ambos. “*Enquanto o juiz é um funcionário do Estado, com poderes públicos, o árbitro recebe diretamente dos litigantes o poder de decidir seus conflitos.*”³²

Em que pese os entraves impostos ao árbitro no que diz com a possibilidade de conferir efetividade – *imperium* – aos seus próprios *decisums*, tal limitação não seria suficiente para subtrair da arbitragem, seu caráter jurisdicional.³³

Desta forma, enquanto o poder conferido pelo Estado aos magistrados é perdurável e predisposto por regras de organização judiciária estatal, o poder jurisdicional do árbitro, por sua vez, é derivado e limitado pela convenção de arbitragem e pelo contrato entre o árbitro e as partes, ou seja, restrito às questões oriundas do contrato na qual ele se insere.³⁴

Isso quer dizer que o uso da arbitragem, incapaz de conferir efetividade às suas decisões, tem muito de sua legitimidade decorrendo não somente da sua celeridade, mas, principalmente, da fidúcia depositada pelas partes no procedimento arbitral.

Referida fidúcia é assegurada por características que devem ser ínsitas a todos os árbitros, sobremaneira, a imparcialidade e a independência, características ainda mais importantes no procedimento arbitral que no judicial, já que a legitimidade do próprio procedimento arbitral é inerentemente ligada à respeitabilidade e confiança que as partes depositam nas decisões proferidas pelos árbitros.

jurisdição arbitral e a jurisdição estatal consistiria na circunstancia de que o juízo arbitral é atribuído a um privado, investido de jurisdição pela vontade das partes, enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais.” In CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p.39. Não obstante, faz-se aqui importante ressalva quanto à natureza jurídica da arbitragem que apresenta-se mais comumente fracionada em três principais possíveis correntes: “A natureza jurídica da arbitragem é tema controvertido. A doutrina desenvolveu três correntes possíveis: a contratual. A jurisdicional e a híbrida. Contratual, no sentido de que nasce de uma convenção firmada pelas partes e os poderes dos árbitros derivam dessa autorização. Para os que defendem a característica jurisdicional, enaltecem o resultado, que é o julgamento por um terceiro imparcial que define a controvérsia. E a natureza híbrida, que (...) ressalta ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto.” In LEMES, Selma. Arbitragem na administração pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 60.

³² LIMA, Leandro Rigueira Rennó. As sanções aplicáveis ao árbitro pelo descumprimento das obrigações de revelação e de independência. In Arbitragem 15 anos da Lei N. 9.307/96. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p.132.

³³ CATRAMBY, Alexandre Espínola. Das relações entre o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário para a Adoção de Medidas Cautelares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 18

³⁴ COUTO, Jeanlise Velloso. Árbitro e Estado. Interesses divergentes? São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 32

4- DA IMPARCIALIDADE E INDEPENDÊNCIA³⁵ COMO CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA O ALCANCE DA JUSTIÇA

A Lei de Arbitragem brasileira tratou de dispor no §6º do artigo 13, a forma de atuação dos árbitros, dando ênfase à imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Nesse artigo dar-se-á, no entanto, particular relevo as duas primeiras características que são importantes para o alcance do fim pretendido quando se promove a arbitragem.

Em que pese já se tenha, ainda que perfunctoriamente, aludido sobre algumas semelhanças e diferenças entre a jurisdição estatal e a arbitral, parece inquestionável que ambos, o juiz investido pelo Estado e o árbitro investido pelas partes, devem preocupar-se em observar talvez dois dos mais importantes aspectos-deveres procedimentais, quais sejam, a imparcialidade e a independência.

Cumpra ressaltar que juntamente com esses dois deveres, importa também atentar-se ao aspecto da neutralidade, ainda que essa feição possa apresentar-se muitas vezes de difícil observância.

Com o intento de melhor compreender de que maneira comportam-se tais aspectos na consecução da atividade arbitral, Selma Lemes³⁶ contribui com interessante conceituação etimológica da ética e da moral.

“A palavra ética deriva do grego etos, que significa costume. A etimologia da palavra tem significado idêntico ao radical latino mos do qual deriva a palavra moral. Ambos significam costume ou hábito. Tanto a Moral como a Ética se referem à ‘Teoria dos Costumes’, às regras de conduta. A moral estabelece normas de conduta, normas éticas, destinadas a regular os atos humanos tendentes à consecução dos fins que ao homem são próprios”.

A apreensão dessas significâncias auxilia a captar o alcance da medida

³⁵ Embora muitos doutrinadores elenquem a neutralidade como outra característica insita ao exercício da arbitragem pelos árbitros, esse trabalho fez a opção de não discutir tal aspecto por entender que seu controle é diferenciado uma vez que ocorre de dentro para fora, ou seja, cabe somente ao próprio árbitro a tarefa de se afastar de suas crenças, valores sociopolíticos e convicções íntimas, para exercer sua função de maneira neutra. Ainda, “a neutralidade está relacionada à objetividade, ao máximo distanciamento do árbitro e suas crenças e de suas convicções íntimas. É certo que o árbitro está sujeito à influência destas variantes e também de valores sociopolíticos, mas ele deve se abstrair ao máximo dessa interferência no julgamento” in COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e Estado. Interesses divergentes?* São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 36

³⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: o padrão de conduta ideal.* in Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr, 1999, p. 238.

em que a imparcialidade e a independência devem ser observadas pelo árbitro para que o procedimento arbitral não apresente máculas que poderão, eventualmente, conduzir a sua nulidade.³⁷

Não obstante, tais deveres apresentam-se ainda como um direito universal visto que previsto inclusive na Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, que estabelece em seu artigo 10 que, *“Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”*³⁸

Não obstante, ao que se percebe, a Lei brasileira de Arbitragem tratou da imparcialidade dos árbitros apenas em seu artigo 21, §2º, quando ressalta os princípios que devem ser respeitados, deixando, ainda assim, pouco claro os contornos relativos aos parâmetros de sua aferição.

Enquanto a imparcialidade apresenta-se como princípio preambular do procedimento arbitral que se comunica ao árbitro servindo de diretriz comportamental, a independência pode ser entendida como atributo do árbitro escolhido, referindo-se aos impedimentos quanto ao exercício da jurisdição arbitral.³⁹

Logo, o dever de imparcialidade pode ser traduzido como a expressão da atitude do árbitro em face de influências provenientes das partes. Visto sob a abrangência do princípio da impessoalidade, a imparcialidade traduz-se na absoluta privação de predisposição a favor ou mesmo contra qualquer das partes.⁴⁰

Também vinculada ao princípio da igualdade das partes, a imparcialidade é direito-dever assegurado pela maioria dos textos constitucionais⁴¹, determinante quanto ao respeito e as oportunidades conferidas às partes ao longo do procedimento arbitral.

³⁷ Esta ressalva se faz com base na dicção do inciso VIII do artigo 32 da Lei de Arbitragem que determina que a sentença arbitral será nula se desrespeitados os princípios tratados no §2º, do artigo 21, no caso a imparcialidade

³⁸ Declaração Universal de Direito Humanos das Nações Unidas de 1948, disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Último acesso em 30.10.2014

³⁹ DOLINGER, Jacob. O Árbitro da parte – Considerações Éticas e Práticas. Revista Brasileira de Arbitragem, Nº 6 – Abr-Jun, 2005, p. 32

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional. Ed. Malheiros; Curitiba.2010, p.85

⁴¹ COUTO, Jeanlise Velloso. Árbitro e Estado. Interesses divergentes? São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 35

A imparcialidade apresenta-se, portanto, como característica marcante e de enorme relevância de todo julgador, esteja ele vinculado a jurisdição estatal ou a arbitral.

Na arbitragem adquire particular relevo porque há hipóteses em que as partes apontam diretamente os seus árbitros que comporão o tribunal arbitral, podendo criar-se suposições de que os julgadores, uma vez escolhidos e nomeados, funcionariam como “advogados” das partes na defesa de seus interesses.⁴²

A Lei de Arbitragem nos termos de seu artigo 14, tratou, então, de estabelecer que “*estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmo deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo civil*”.

Depreende-se, portanto, que a Lei utilizou-se subsidiariamente dos comandos normativos constantes do Código de ritos para submeter os árbitros ao regime de impedimento e suspeição ao qual conforma-se os magistrados.

Desta forma, estão impedidos de atuar como árbitros aqueles que, de alguma maneira, incidirem em um dos incisos constantes do artigo 134 do CPC:

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

⁴² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239

No que toca à suspeição, por sua vez, a dicção do artigo 135 do CPC, estabelece quando se configurará a suspeição:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo

Desta forma, caso reste configurada alguma das hipóteses de suspeição ou impedimento, o árbitro estará, em tese, com sua imparcialidade comprometida, criando-se para ele, por conseguinte, uma impossibilidade de atuar no procedimento arbitral.⁴³

No que se refere a independência, também não se apresenta como um princípio novo, encontrando previsão desde o período dos Códigos de Hamurabi e de Justiniano.⁴⁴

Quanto à independência⁴⁵, instituto irmão da imparcialidade, mas que com ela não se confunde⁴⁶, apresenta-se como outro importante dever do

⁴³ “Importante ressalva se faz com relação aos vícios de suspeição que se não arguidos, desaparecem, eis que sanáveis. O mesmo não se dá com o impedimento segundo Alexandre Freitas Câmara in Arbitragem Lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.52

⁴⁴ LIMA, Leandro Rigueira Rennó. As sanções aplicáveis ao árbitro pelo descumprimento das obrigações de revelação e de independência. In Arbitragem 15 anos da Lei N. 9.307/96. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p.135.

⁴⁵ “No que se refere à independência, está a lei dispendo sobre o princípio da persuasão racional, ou livre convencimento motivado, aplicável à arbitragem. Por este princípio, o arbitro é livre para formar seu convencimento, estando porém sujeito a fundamentar sua decisão com base nas provas carreadas ao processo arbitral,” in CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem Lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.44

⁴⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 188.

árbitro que pode ser sopesado segundo duas diferentes circunstâncias: inicialmente, perante o Estado⁴⁷ e, o que aqui nos importa, perante as partes.

Carlos Alberto Carmona⁴⁸ elucida de que maneira a independência se configura enquanto observada com relação às partes, deixando claro sua preocupação quanto ao que se espera do árbitro na condução do procedimento arbitral.

“o árbitro não pode manter relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social que o liguem a alguma das partes. Espera-se que o julgador seja autônomo e livre, não tenha laços de subordinação espiritual, financeira ou política com qualquer um dos litigantes.”

Ressalta-se ainda que a independência deve ser apurada antes de instituída a arbitragem, consoante se infere do artigo 14 e §§ da Lei de Arbitragem. Destaca-se que *“o cumprimento do princípio da independência é apurado com base em cautelas e não em comportamentos, (...) [não sendo] independente o árbitro que seja parente ou amigo de estreitos vínculos com uma das partes, ou inimigo, ou aquele que, com alguma delas, mantenha ou tenha mantido recentes laços continuados de negócio.”*⁴⁹

Embora a doutrina apresente-se muitas vezes confusa quanto à diferenciação entre esses dois deveres, parte dela *“opera sempre a distinção (...) afirmando que a independência visa situações objetivas e que a imparcialidade é um conceito subjetivo”*.⁵⁰

Portanto, a diferença se definiria pelo grau de objetividade e subjetividade dessas obrigações do árbitro. A imparcialidade nesse contexto é uma noção subjetiva pautada na ausência de interesse pessoal do árbitro

⁴⁷ “Com relação ao Estado, uma vez que ele representa o interesse de nenhuma nacionalidade, não tem foro, o árbitro não está vinculado ou comprometido com nenhum Estado. Esta independência territorial distingue-se do juiz estatal que está ligado à competência territorial de seu Estado e fora dela não pode agir. O árbitro não conhece limites territoriais, o que implica dizer que seu julgamento deve ser independente dos interesses sociopolíticos e econômicos de seu Estado origem.” In COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e Estado. Interesses divergentes?* São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 35

⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9307/96.* São Paulo: Atlas, 2009, p. 242.

⁴⁹ DE VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Problemas da arbitragem por equidade.* Revista Brasileira de Arbitragem, Nº 9 – Jan-Mar, 2006, p. 50.

⁵⁰ LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *As sanções aplicáveis ao árbitro pelo descumprimento das obrigações de revelação e de independência.* In *Arbitragem 15 anos da Lei N. 9.307/96.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 137

com o objeto da ação, bem como a ausência de conhecimentos anteriores ou preconceções acerca do objeto litigioso.⁵¹

A independência por sua vez, seria um critério objetivo na medida em que analisada com relação aos participantes do procedimento arbitral seria proibitiva quanto a possibilidade de relações entre eles.

Portanto, os árbitros desde que atuem em consonância com seus direitos e obrigações, respeitando princípios como independência e imparcialidade, revelando sempre que necessário fato ou circunstância que possa comprometer o procedimento arbitral, são sempre livres para exercer sua cognição⁵²

5- DEVER DE REVELAÇÃO COMO PRECAUÇÃO DE UM PROCEDIMENTO ARBITRAL PROBO

Como se demonstrou, os princípios da imparcialidade e independência, muito caros à arbitragem, permitem que o procedimento arbitral inicie-se e se desenvolva sem inquinações que comprometam o alcance da justiça pretendida e perquirida.

Não obstante, o respeito a tais princípios deve ser considerado em vários momentos do procedimento arbitral. A aceitação da nomeação pelas partes cria automaticamente uma série de deveres que devem ser cumpridos – quanto ao procedimento e, sobremaneira, quanto às partes. Dentre os deveres ínsitos aos árbitros, o dever de revelação destaca-se como de precípua importância, máxime porque deve ser observado antes mesmo da aceitação da função.⁵³

⁵¹ LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro – Está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? Revista Brasileira de Arbitragem, N° 14 – Abr-Jun, 2007, p. 11

⁵² “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo.” in WATANABE, Kazuo. Cognição no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p.67

⁵³ “A melhor forma de garantir a independência e a imparcialidade dos árbitros é prevenir, o mais cedo possível, um conflito de interesses, isto é, de revelar um conflito que exista ou possa vir a existir.” in LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro – Está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? Revista Brasileira de Arbitragem, N° 14 – Abr-Jun, 2007, p. 10

“[O] dever de revelação está consentâneo com as obrigações contemporâneas de informação prévia e de transparência, pois a natureza da relação jurídica do árbitro com a parte é de contrato de investidura (contratual na fonte e jurisdicional no objeto)”

Assim, inspirado na confiança depositada quando da escolha daquele que exercerá a função de árbitro no procedimento arbitral, as partes esperam que o árbitro revele, então, toda e qualquer informação que possa, de alguma maneira, comprometer sua conduta.

Os regulamentos arbitrais estabelecem que os árbitros previamente à aceitação da escolha feita pelas partes deve revelar qualquer fato que possa acarretar dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e à sua independência, ou seja, devem demonstrar tudo aquilo que puder, de certa forma, comprometer sua isenção.⁵⁴

No intuito de se permitir que o árbitro possa revelar “*eventuais ligações diretas ou indiretas que ele possa ter com os litigantes ou o conflito, mais frequentemente nas arbitragens institucionais, mas também nas arbitragens ad hoc, ele é convidado a preencher uma ‘declaração de independência’*”⁵⁵ onde poderá declarar eventual ligação antecedente ao procedimento que se iniciará.

Não obstante, essa não é uma tarefa simplória visto que seus limites permanecem vagos e não claramente definidos. Nesse sentido, jurisprudência e doutrina têm buscado definir critérios quanto à necessidade ou não, dos árbitros revelarem eventuais ligações, quais sejam: a notoriedade da ligação e a incidência desta ligação na decisão do árbitro.⁵⁶

Como solução pode-se ‘*revelar tudo o que for de natureza a criar uma dúvida razoável no espírito*’ das partes: deve o árbitro, colocar-se na posição das partes no intuito de melhor analisar todas as eventuais ligações que possam criar alguma dúvida razoável relativa a sua independência.⁵⁷

⁵⁴ DOLINGER, Jacob. O Árbitro da parte – Considerações Éticas e Práticas. Revista Brasileira de Arbitragem, Nº 6 – Abr-Jun, 2005, p. 41

⁵⁵ LIMA, Leandro Rigueira Rennó. As sanções aplicáveis ao árbitro pelo descumprimento das obrigações de revelação e de independência. In Arbitragem 15 anos da Lei N. 9.307/96. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p. 139

⁵⁶ Idem, p. 140

⁵⁷ Idem, p. 142

Com o objetivo de se perquirir e conhecer os liames dos deveres éticos quanto à necessidade de revelação dos árbitros, é preciso ir além da Lei de Arbitragem – que pouco diz a esse respeito. Fontes secundárias como os regulamentos das instituições de arbitragem, portanto, apresentam-se particularmente relevantes porque estabelecem critérios uniformes, na medida do possível, quanto à atuação dos árbitros.⁵⁸

A referida uniformidade de diretrizes no que diz respeito às regras de condutas dos árbitros, tem como escopo conferir maior harmonia⁵⁹ à prática da revelação do que for passível de dúvida quanto ao eventual comprometimento de algumas relações entre árbitros e partes.

Nesse contexto, são inúmeras as associações e instituições internacionais que têm publicado regras e diretrizes relacionadas às condutas dos árbitros. Embora haja algumas aplicáveis tão somente ao âmbito interno, a International Bar Association elaborou no ano de 2004 um guia de conduta aplicável no âmbito internacional – o IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration - no intento de auxiliar a criação de um tratamento mais padronizado, sobremaneira, às aplicações práticas referentes à imparcialidade, independência e a revelação na arbitragem internacional.

Com esse intento, foram criadas diretrizes, agrupadas em situações identificadas que possibilitassem a organização de listas de aplicação de modo a proporcionar orientações mais específicas não apenas para os árbitros, como também para partes, instituições e tribunais quanto às situações que requerem divulgação por decorrência de algum aparente conflito de interesses.

As referidas listas de aplicação foram, então, divididas em Lista Vermelha (Red List); Lista Laranja (Orange List) e Lista Verde (Green List) de modo a segregar de maneira mais eficiente as gradações quanto a necessidade de se revelar algum conflito de interesses.⁶⁰

⁵⁸ GREBLER, Eduardo. Ética dos Árbitros. Revista Brasileira de Arbitragem, N 40 – Out-dez, 2013, p. 73

⁵⁹ LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro – Está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? Revista Brasileira de Arbitragem, N° 14 – Abr-Jun, 2007, p. 16.

⁶⁰ Informações tiradas do próprio Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration, disponível em http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Último acesso em 30.10.2014. Para mais informações a respeito da elaboração das Diretrizes, fontes de inspiração e seu conteúdo

I - Red List – contém situações específicas que, poderiam suscitar dúvidas justificáveis a respeito da imparcialidade e independência do árbitro – nessas circunstâncias, um conflito de interesses objetivo existe sob o ponto de vista razoável de um terceiro com conhecimento acerca dos fatos relevantes.

II - Orange List - apresenta situações que poderiam aos olhos das partes, suscitar dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade ou independência do árbitro, impondo assim ao árbitro o dever de divulgar a existência de tais situações. Em todas essas hipóteses, ficará implícita a aceitação do árbitro pelas partes se, após tal divulgação, não for apresentada objeção em tempo hábil.

III - Green List – apresenta situações específicas em que inexistente conflito de interesses aparente ou efetivo sob uma ótica objetiva relevante, desobrigando o árbitro de revelar situações que se enquadrem nessa lista.

Ainda que tais listas possam prever uma série de hipótese objetivas quanto à necessidade ou não de revelação de certas circunstâncias, o fato de não serem completas, cria uma insegurança não só aos árbitros, como também para as partes que restam *a mercê* de situações de conteúdo variável de acordo com a percepção subjetiva do interprete.⁶¹

Não obstante, o que se percebe é que se cria, assim, ainda que não de forma plena, uma maior segurança para os árbitros quando em dúvida quanto ao que efetivamente merece revelação; para as partes na medida em que a confiança depositada no árbitro torna-se mais expressiva e para a própria instituição da arbitragem que adquire parâmetros mais efetivos de controle de eventuais conflitos de interesses que possam levar a controvérsia para a jurisdição estatal.

6- CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Conforme restou evidenciado, a arbitragem como alternativa apta a consecução da justiça, já vem sendo praticada há tempos como meio menos ortodoxo para a solução de conflitos.

ver PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. Revista Brasileira de Arbitragem, N 16 – Out-Dez, 2007, p. 7-40.

⁶¹ GREBLER, Eduardo. Ética dos Árbitros. Revista Brasileira de Arbitragem, N 40 – Out-dez, 2013, p. 74.

Ainda que possua contornos que a diferenciam da jurisdição estatal, muitas são as semelhanças que as unem, o que efetivamente possibilita que a arbitragem possa angariar mais prestígio, sobremaneira para a solução de questões mais específicas e complexas que urgem por um procedimento menos burocrático.

Sem dúvidas, o reconhecimento que esse meio de solução conquistou ao longo dos anos se deu por uma postura mais participativa do Brasil com relação a ratificação de tratados internacionais afeitos à arbitragem, bem como com a edição da Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96, o que, evidentemente, colaborou a conquistar posição de destaque inclusive em âmbito internacional.

Não obstante a interrelação de todos esses aspectos, não se pode olvidar a relevância que possui a figura do árbitro⁶² como condutor da propalada recongnição do instituto.

Certamente a figura central no âmbito da arbitragem, é sob o árbitro que se ‘voltam todos os olhares’. E isto se dá porque “*[é] na figura do árbitro, diz-se, que descansa a confiabilidade e eficácia da arbitragem como método de resolução de conflitos*”⁶³

Confiança essa, que se constrói com o pleno respeito aos princípios da imparcialidade e independência do árbitro antes e durante o procedimento arbitral, sem esquecer mencionar o não menos importante, dever de revelação, caracterizado por apontar, antes de mais nada, qualquer fato ou circunstancia que crie justificável dúvida que possa ter como reflexo, eventual conflito de interesses.

Ainda que o árbitro seja, antes de tudo, um ser humano sujeito a todas as imperfeições de uma pessoa, no momento em que é escolhido pelas partes, a esse ser humano é outorgada a função de julgar,⁶⁴ que se conduzida com a isenção que lhe é peculiar, certamente alcançará

⁶² “É importante observar que não existe um arquétipo do juiz e outro do arbitro, mas apenas um arquétipo do julgador.” In PRADO, Lídia Reis de Almeida. O arquétipo do árbitro. In *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. Luiz Fernando do Vale (coord.) São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 247.

⁶³ DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p.207

⁶⁴ LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro – Está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 14 – Abr-Jun, 2007, p. 9.

ao menos dois significativos fins: primeiramente, contribuirá para o desenvolvimento desse instituto, que vem se consolidado como meio alternativo de bastante prestígio não somente de causas complexas, mas, sobremaneira, de causas que urgem por um procedimento mais célere, menos burocrático e técnico. Finalmente, também, colaborará com o precípuo intento de qualquer mecanismo de solução de conflito, que é a pacificação social por meio da justiça.

Abstract: The scope of this article is to analyze how relevant is the duties of impartiality, independence and disclosure by arbitrators, in order to develop the in ascending prestige arbitration institute, as well as contributing to social pacification by means of justice

Keywords: Arbitration – Arbitrators – Impartiality and Independence - Disclosure

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem in Arbitragem no Brasil, Aspectos Jurídicos Relevantes. Coordenadores Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial, in O direito e o tempo: embates jurídicos e utopia contemporâneas. TEPEDINO, Gustavo José Mendes e FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei nº 9.307/96. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2005.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9307/96. São Paulo: Atlas, 2009.
- CATRAMBY, Alexandre Espínola. Das relações entre o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário para a Adoção de Medidas Cautelares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2013.
- COUTO, Jeanlise Velloso. Árbitro e Estado. Interesses divergentes? São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- DE VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Problemas da arbitragem por equidade. Revista Brasileira de Arbitragem, Nº 9 – Jan-Mar, 2006.

- DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil – Evolução Histórica e Conceitual in *Arbitragem no Brasil, Aspectos Jurídicos Relevantes*. Coordenadores Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DOLINGER, Jacob. O Árbitro da parte – Considerações Éticas e Práticas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Nº 6 – Abr-Jun, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional*. Ed. Malheiros; Curitiba.2010.
- GREBLER, Eduardo. Ética dos Árbitros. *Revista Brasileira de Arbitragem*, N 40 – Out-dez, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 10 – jul/dez 2007.
- PUGLIESE, Antonio C. F. e SALAMA, Bruno M. *A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor in Arbitragem no Brasil, Aspectos Jurídicos Relevantes*. Coordenadores Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro – Está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? *Revista Brasileira de Arbitragem*, Nº 14 – Abr-Jun, 2007.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: o padrão de conduta ideal.in Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1999.
- LIMA, Leandro Rigueira Rennó. As sanções aplicáveis ao árbitro pelo descumprimento das obrigações de revelação e de independência. In *Arbitragem 15 anos da Lei N. 9.307/96*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.
- MACHIAVELLI, Nicolai. *O Príncipe*. Editora Centauro; São Paulo, 2001.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Apointamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2008.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. O arquétipo do árbitro. In *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. Luiz Fernando do Vale (coord.) São Paulo: Fiuza Editores, 2004.
- PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, N 16 – Out-Dez, 2007.
- PUCCI, Adriana Noemi. *Juiz & Árbitro*. In *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

-
- RICCI, Edoardo F. Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas In Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam. Coordenadores Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2007.
- SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- TIBURCIO, Carmen. Arbitragem no Brasil: Panorama dos últimos 15 anos in Arbitragens. Temas contemporâneos. Coordenadores Selma Ferreira Lemes e Inez Balbino. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- WATANABE, Kazuo. Cognição no Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WEBER, Ana Carolina. Imparcialidade dos árbitros: um exame à luz de precedentes judiciais. Revista eletrônica de Direito Processual. Ano 2, Vol II. Janeiro a Dezembro. Rio de Janeiro.
- YOSHIKAWA, Eduardo H. de Oliveira. Execução extrajudicial e devido processo legal. (Coord.) Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2010.

COMUNICANDO SOBRE O DIREITO A PARTIR DA COMUNICAÇÃO

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo¹.

Resumo: O presente texto pretende apresentar, de forma introdutória e didática, o direito a partir de uma perspectiva comunicacional. Isto porque, a partir da comunicação, é possível conceber o direito como uma grande tecnologia apta a lidar com os desafios impostos por uma sociedade hipercomplexa.

Palavras-chave: 1. Comunicação; 2. Direito; 3. Tecnologia.

1. COMPORTAMENTO, COMUNICAÇÃO E NORMA

O que é o comportamento? Uma comunicação! Todo comportamento transmite uma mensagem! Uma mensagem que pode ser veiculada por diferentes mídias. O silêncio, a fala, a escrita, o gesto, a expressão facial, dentre outras. Todos eles comportamentos. Comportamentos que sempre comunicam algo. E não há como ser diferente. Afinal, mesmo quando não se quer comunicar algo a alguém, comunica-se, pelo menos, que não se quer comunicar. Ou seja, não há comportamento que não seja uma comunicação.

Por conseguinte, e por este ângulo de observação, a comunicação é um dogma. Porém, não um dogma em razão da fé de quem nele acredita. Mas, sim, um dogma em razão da sua capacidade de resistir as refutações em sentido contrário. E, como dogma, ela, a comunicação, viabiliza a convivência social, pois só há convivência onde há comunicação. Contudo,

¹ Professor-Assistente na disciplina de Teoria do Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

onde há comunicação, pode haver ruído. E é isto que é o conflito, um ruído de comunicação. Logo, a mesma comunicação que viabiliza o convívio social, é a mesma que o expõe ao constante risco de conflito. O que já revela um outro aspecto da comunicação, a sua ambivalência. Pois, quanto maior for o volume de comunicação, maior será o risco de que aconteça um ruído. Esta, aliás, é uma das lições de Edgar Morin.

Mas, o que é, em si, a comunicação? Ela é o elemento mais básico do sistema social. Ela é um fenômeno complexo, contingente e seletivo. Complexo, porque sempre admite, em tese, um maior número de possibilidades de realização do que aquela que foi concretizada. É dizer, ela sempre poderia ser diferente do que acabou sendo. Seletiva, porque ela sempre implica na concretização de uma de suas diferentes possibilidades de manifestação. E contingente, porque há sempre a possibilidade de que o sentido que foi selecionado não coincida com aquele que se quis transmitir, como ensina Niklas Luhmann.

Em outras palavras, quem diz algo, diz uma das mil coisas que poderia dizer. E, ao dizer, seleciona uma das possibilidades de sentido que poderia dizer. Porém, ao selecionar uma das possibilidades de sentido, há sempre o risco de ser mal compreendido. Isto é, de quem o escuta entenda algo diferente do que o emissor pretendia dizer. O que já revela que a comunicação é, em si, improvável e, por isso, também, ambivalente.

O certo é que a comunicação é aquilo sem o qual não há sociedade. E, quando se fala aqui em sociedade, não se deve reduzir a observação e imaginá-la, apenas, como um grande conglomerado de indivíduos e instituições. Ela é muito mais do que isso. Ela, a sociedade, é uma grande rede de comunicação. Uma rede onde todos e tudo se encontram incluídos, e não apenas os homens. Uma rede de comunicação entre programas, partículas, vírus, bactérias e outros microrganismos. Enfim, esta grande rede chamada vida, sobre a discorre Fritjof Capra.

Neste sentido, a vida em sociedade, na realidade, não é, em si, apenas a interação entre seres humanos. É possível dizer, a partir desta perspectiva, que o sistema social, a vida no seu todo, é, na verdade, um grande sistema dentro do qual se encontram diferentes e intercomunicantes subsistemas. Subsistemas que, apesar de serem autorreferentes, não

deixam de se relacionar com o ambiente externo a eles, isto é, com os outros subsistemas. Em outras palavras, se recorrêssemos à biologia, isto significaria dizer que o sistema da vida é um grande sistema que engloba diferentes dimensões que estão todas entrelaçadas entre si sem que nenhuma delas se encontre hierarquicamente acima da outra. Ou seja, o sistema das abelhas é autorreferente, mas, ao mesmo tempo, se comunica com o sistema das formigas, o qual, por sua vez, se comunica com o sistema dos seres humanos, e assim sucessivamente.

Ora, quando se percebe que a vida é uma grande rede de comunicação e que a convivência social entre os seres humanos não é uma ilha isolada destes demais subsistemas (do subsistema das bactérias, do subsistema dos insetos, do subsistema dos vírus e etc.), logo, se conclui que, qualquer que seja a decisão tomada pelo homem e o comportamento que daí resulte, ela poderá ter repercussão sobre os demais subsistemas. E esta consciência, que o homem do século XIX não possuía, poderá dar à ciência e, em especial, ao direito uma pequena medida dos desafios que ele, em pleno século XXI, se verá obrigado a enfrentar, como já havia advertido Heidegger.

E um destes desafios será o de estabilizar a comunicação, minimizando as possibilidades de ruído. Não porque o ruído seja, em si, algo nefasto à comunicação. Não, não o é. O ruído é apenas uma comunicação que não foi equalizada. O que não impede que, futuramente, venha a sê-lo. Logo, o ruído não resulta apenas de um mal-entendido durante a comunicação. Ele, também, poderá decorrer, como conflito que é, de uma desobediência. Ou seja, da vontade deliberada de querer desobedecer. Não porque a comunicação não foi bem compreendida, ou porque não se reconhece, naquele que prescreve uma ordem, a devida autoridade para fazê-lo, mas, sim, porque se deseja testar os limites de sua autoridade e, com isso, a margem de sintonia da comunicação. E, por isso, a norma lança mão de diferentes técnicas de estabilização da comunicação, como, por exemplo, a ameaça de que uma sanção venha a ser aplicada ou, ainda, a promessa de uma premiação.

No entanto, uma coisa é certa, o ruído, sem dúvida, desperta o jurista para uma necessidade: é preciso desenvolver uma tecnologia capaz de estabilizar a comunicação. E uma das ferramentas mais importantes desta tecnologia comunicacional é a norma. Por conseguinte, a norma pressupõe

o conflito, e não a sintonia. Afinal, não há sintonia sem norma, nem conflito sem convivência, nem convivência sem comunicação.

Convém, então, perguntar: o que é, então, a norma? Uma proposta? Não. Porque ela não é apenas a mensagem que se transmite. Uma prescrição? Não. Porque ela não é só a relação que há entre os interlocutores. O que, então, ela seria? Uma tecnologia da comunicação. E, por quê? Porque a comunicação engloba, a um só tempo, tanto uma proposição quanto uma prescrição. Uma proposição, que é a mensagem que se quer comunicar. E uma prescrição, que é o tipo de relação que há entre aqueles que se comunicam.

Ora, se o comportamento é uma comunicação, e a norma pretende estabilizá-la, não é difícil concluir que a norma, enquanto tecnologia da comunicação, é uma tecnologia que pretende controlar os comportamentos. Sucede, porém, que ela, a norma, não é a tecnologia comunicacional em si. A tecnologia comunicacional não se reduz a ela. Ela é apenas um dos programas, desta grande tecnologia da comunicação chamada Direito.

Mas, se isto é certo, então, não basta concluir que a norma é um programa da tecnologia comunicacional do Direito, é preciso destacar, ainda, que ela, enquanto resultado de uma decisão – do legislador, do juiz, ou de qualquer outra autoridade –, poderá apresentar repercussões sobre outros subsistemas sociais. Repercussões previsíveis ou imprevisíveis, mas que, de qualquer modo, importarão em alguma consequência para o próprio subsistema do direito. O que colocará para o jurista um novo desafio, qual seja, não basta decidir o conflito, é preciso fazê-lo com a menor perturbação social possível. Ou seja, não basta controlar os comportamentos e decidir os conflitos jurídicos, é preciso, também, controlar as eventuais repercussões geradas pela decisão que foi tomada.

Porém, apesar de tal esforço, tudo indica que o conflito jurídico decidido pelo Direito, quase sempre, por força do próprio Direito, se torna um conflito ainda mais complexo. Como, aliás, parece sugerir João Maurício Adeodato. Em outras palavras, o mesmo Direito que se presta a decidir os conflitos jurídicos, é o mesmo que potencializa a complexidade do conflito jurídico que já foi decidido. E conflito jurídico complexo, é conflito com um número ainda maior de possibilidades de concretização. É conflito que envolve um maior número de variáveis. Um bom exemplo

é a sentença penal condenatória. Por meio dela se decide um tipo de conflito jurídico, o delito. Mas, ao fazê-lo, sobretudo por meio da pena privativa de liberdade, assume-se o risco de que o condenado venha a reincidir e que a penitenciária se converta em engrenagem de fomento e proliferação das organizações criminosas. Ainda que não compartilhe, na íntegra, da ideia aqui esboçada, convém analisar, a respeito, a lição de Juarez Cirino dos Santos.

2. O DIREITO COMO UMA TECNOLOGIA COMUNICACIONAL

Deste modo, o Direito, esta grande tecnologia da comunicação, cumpre uma das funções mais relevantes ao sistema social: a de viabilizar a convivência. E viabilizar a convivência, sem pressupor a inexistência de conflito, não é função das mais fáceis. Antes o contrário, é imaginar o Direito como uma tecnologia comunicacional bastante sofisticada. Uma tecnologia capaz de estabilizar a comunicação a partir da sua capacidade de processamento do ruído. Dito de outro modo, uma tecnologia capaz de reduzir a complexidade da comunicação com vistas a decidir os conflitos jurídicos.

E uma tecnologia com este grau de sofisticação não foi construída de uma hora para outra. Nem é obra acabada que tenha sido imaginada de uma só vez. Muito pelo contrário. É tecnologia em constante processo de atualização. Uma tecnologia que é resultado de um longo processo de evolução. E que, como toda evolução, está sujeita a avanços e retrocessos em sua programação. Pois, quando se aprende a diferença entre evolução e progresso, logo se descobre que a evolução, quando é evolução, não é obra de um só programador.

Pois bem. Esta tecnologia comunicacional desenvolveu, ao longo do tempo, por força da diferenciação social e, por consequência, do surgimento de novos subsistemas sociais (política, economia, religião etc.) e da interação entre eles, três diferentes modelos operacionais que, apesar de suas especificidades, se encontram acoplados entre si. Estes modelos operacionais, em conjunto, viabilizam o funcionamento do subsistema jurídico e, com isso, a decidibilidade dos conflitos jurídicos. Estes modelos, como anota Tercio Sampaio Ferraz Jr. são: o modelo analítico, o modelo hermenêutico e o modelo empírico.

Cada modelo desempenha uma função específica a qual implica, por sua vez, no funcionamento, do outro. E os três, em conjunto, conseguem cumprir, a contento, a tarefa de decidir os conflitos jurídicos. Sendo assim, o modelo analítico, por meio das teorias da norma e do ordenamento jurídico, simplifica o conflito social, transformando-o em conflito jurídico. O que faz, dentre outras formas, por meio de uma operação de seleção e descarte. Mas não apenas por meio dela. Por sua vez, o modelo hermenêutico se encarrega da tarefa de traduzir a língua do legislador para língua do magistrado, o que faz graças a uma terceira língua, a língua hermenêutica. Uma língua susceptível a um projeto hegemônico de poder. E, por fim, o modelo empírico, encarregado de construir a decisão jurídica e imunizá-la contra possíveis críticas. Afinal, mais importante que a decisão, é que ela tenha a capacidade de provocar a aceitação por parte de quem irá ser submetido a ela.

3. CONCLUSÃO

A partir do que foi dito até aqui, o que é possível concluir? Primeiro, que o direito não soluciona conflitos jurídicos, antes os decide. Decidir não é o mesmo que solucionar. Solucionar é uma ideia muito simplória e ingênua. Própria dos iluminados do século XVIII. Até porque solucionar, pressupõe a capacidade de eliminar, de dissolver o conflito. Como se o sistema jurídico fosse uma alquimia capaz das maiores proezas, que nem Nicolas Flamel poderia imaginar. E como, de há muito já se sabe, nada se cria, nada se perde, tudo se transforma. E com o Direito, em tempos de sociedade hipercomplexa, não parece ser diferente.

Então, o que vem a ser decidir? Decidir é pôr o conflito sob controle, segundo o código do subsistema jurídico. Logo, decidir não tem qualquer relação com solucionar, vez que a decisão pressupõe que os conflitos sociais são complexos e, como tais, requerem tecnologias igualmente complexas. Tecnologias que tenham a capacidade de lidar com a diferenciação social, reconhecendo-a, ao invés de negá-la. Tecnologias que tenham a capacidade de reduzir a complexidade dos conflitos sociais. E é isto que faz o sistema. Reduz a complexidade do conflito social, transformando-o em conflito jurídico. E ele, o conflito jurídico, tem a sua

própria operacionalidade, os seus próprios programas, papéis e agentes. Eis o que é o direito: uma grande tecnologia de comunicação. Uma tecnologia que deve saber se valer do senso comum para potencializar a performance de seu funcionamento.

Abstract: This paper intends to present introductory and didactic way, right from a communication perspective. This is because, from the communication, it is possible to conceive of the law as a great technology able to deal with the challenges posed by a hypercomplex society.

Key-words: 1. Communication; 2. Right; 3. Technology.

LIBERALISMO E DEMOCRATISMO NA REVOLUÇÃO FRANCESA: AS DECLARAÇÕES DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 E 1793.

*Fernando Quintana – Professor da Escola de Ciência Política da
UNIRIO*

*Gabriela Fortes – Bolsista de Iniciação Científica da Escola de
Ciências Jurídicas da UNIRIO*

Resumo: Discorre sobre os fatos históricos da Revolução Francesa, destacando os principais momentos, passando do seu estopim, à fase moderada e à radical. Analisa as ideologias inerentes a cada momento da revolução, adentrando nas noções de *liberalismo* – que acentua as liberdades individuais – ; e *democratismo* – que acentua a participação política; no primeiro a sobreposição do valor liberdade sobre igualdade; no segundo da igualdade sobre a liberdade.

Palavras-chave: revolução francesa, declarações de direitos do homem e do cidadão, ideologia liberal e democratista.

1. REVOLUÇÃO FRANCESA: FATOS HISTÓRICOS

O tema aqui proposto – a narração dos principais acontecimentos da Revolução Francesa – consiste na extração da abordagem exclusivamente histórica de outro estudo mais aprofundado a respeito da revolução, aonde se aborda as questões políticas da época, com destaque para os Princípios

Imortais de 1789 (o liberalismo) e dos Princípios Incendiários de 1793 (o democratismo). Aqui nos contentamos em trazer à luz o cenário dos fatos, da história, enquanto os ideais políticos por trás destes serão abordados nos próximos tópicos deste artigo.

Cabe minuciar, em um primeiro momento, como era a estrutura da sociedade francesa no séc. XVIII pré-revolução. A França encontrava-se dividida em três classes (um resquício feudal), que juntas formavam uma ordem política e social de pirâmide: o clero, seguido da nobreza (no topo) e o Terceiro estado (na base). O primeiro estado, ou classe, era formado pelo alto clero, bispos, arcebispos, que partilhavam do modo de vida da nobreza, da qual provinham. Ao contrário, o baixo clero, párocos, plebeus de nascimento, viam com ressentimento a vida luxuosa do alto clero e simpatizavam com as ideias do terceiro estado. O segundo estado (a nobreza), junto ao alto clero, pertencia a uma ordem privilegiada, ocupavam os mais altos postos da Igreja, do exército e do governo. Donos da maioria das terras, eram isentos da maior parte dos impostos, além de recolherem tributos dos camponeses.

Havia distinção dentro também da própria nobreza, em que a alta aristocracia advinha de uma origem mais antiga e a nobreza de toga fora criada pelos reis com a venda de títulos a membros ricos da burguesia – cujo intuito era conseguir dinheiro e contar com melhores quadros no governo. O terceiro estado era formado por pessoas da mais diversa origem: alta, média e pequena burguesia, profissões liberais, juizes, baixo clero, corregedores, grandes e pequenos comerciantes, operários urbanos, artesãos, etc. Dentre outros membros do Terceiro, estava o campesinato, classe que compreendia 80% da população na época, a quem cabia o dever de pagar tributos feudais reais, dízimo à Igreja, além de ônus feudais aos senhores.

Assentada em privilégios e desigualdades, essa estrutura encontra-se na base de tensões que precipitam a revolução. Sem desconsiderarmos, no entanto, outros fatores relevantes: a ineficiência política fiscal e administrativa da coroa; a vida extravagante da corte, responsável por arruinar os cofres; a enorme dívida provocada pelas guerras, em particular a guerra de independência norte-americana, tida por alguns especialistas como uma das principais causas da derrubada do Antigo Regime: “aquela que partiu a espinha dorsal da monarquia” (Hobsbawm, 2002: 17).

Com o país à beira da falência, ministros do monarca exigem que a nobreza e o clero abram mão de algumas das prerrogativas fiscais, mas eles se opõem levando ao enfraquecimento do poder real. Essa primeira revolta da nobreza contra a coroa, o *prefácio da Revolução*¹, tendo consequências inesperadas, uma vez que abre o caminho para o Terceiro acabar com a aristocracia e seus privilégios. A esse respeito assinala François Chateaubriand: os patrícios começaram a revolução, mas foram os plebeus que a terminaram. Ou seja, o que teve início como uma luta entre a coroa e a aristocracia transforma-se em algo mais significativo: um conflito entre duas ordens privilegiadas, de um lado, e o Terceiro, de outro.

Em relação a esse – novo – conflito, Sieyès, um dos membros mais importantes do Terceiro, declarava em tal oportunidade que as altas posições do país, contrariamente ao que defendia a aristocracia, deviam ser a recompensa pelo talento e não a prerrogativa da descendência. O abade também sublinhava que sem o Terceiro não haveria progresso e que tudo correria melhor sem a nobreza.

Diante da crise financeira e visando sair dela, convoca-se, com relutância da nobreza, os *États généraux du Royaume* (estados gerais do reino), que nada mais eram do que uma Assembleia representativa – medieval – formada pelas três ordens sociais (nobreza, clero e Terceiro), tendo cada uma delas direito a um único voto. Este regime de votação – por classe – perpetuava a ineficácia do voto do Terceiro, cuja vontade, apesar de majoritária em termos absolutos, era sempre abafada.

Em maio de 1789, os estados se abrem em Versalhes pela primeira vez desde 1614, mas paralisam-se por questões de procedimento: os delegados do Terceiro desta vez exigiam modificações nas regras do jogo, exigiam que os votos passassem a ser contados por cabeça. Havia cerca de 610 delegados do Terceiro, enquanto nobreza e clero juntos tinham um número equivalente. Considerando que o Terceiro podia contar com o apoio de setores do baixo clero e nobres liberais, teria maioria se as ordens se juntassem e os votos fossem contados individualmente; contrariando

¹ A reação da ordem privilegiada, a revolta nobiliária (Albert Mathiez) ou revolução nobiliária (George Lefebvre), estende-se desde a reunião da Assembleia de notáveis (1787) à decisão do parlamento de Paris de convocar os estados gerais (1788), sendo marcada, principalmente, pela resistência dessa Assembleia às propostas de reforma dos ministros de Luís XVI, a aristocracia conseguindo - ao menos transitariamente - impor sua vontade ao poder real.

diretamente os interesses da nobreza, que insiste em manter a tradição: a votação por ordens.

A divisão do clero e a firmeza do Terceiro fazem com que no mês seguinte se dê um passo decisivo, revolucionário, com a formação de um novo órgão: como denominar o conjunto dos deputados que permanecem em suas funções, os quais já não podem intitular-se corretamente representantes dos estados gerais do reino? Resposta: o novo órgão chama-se *Assemblée nacional*².

Posteriormente, o rei, influenciado pela corte, ameaça os deputados do Terceiro de proibir suas deliberações e fechar a sala onde deliberavam. Diante desta conjuntura, decidem reunir-se na sala do *Jeu de Paume* e, sobre proposta do deputado Mounier, prestaram juramento solene de jamais se separar e de permanecer juntos em todas as circunstâncias até a elaboração de uma constituição. O juramento do *Jeu de Paume* confirma, em 20 de junho, a vontade reformadora do mesmo ao desejar do ponto de vista político uma *monarquia constitucional*. Vale ressaltar que tal espírito reformador, moderado, da Assembleia estende-se aos privilégios feudais e senhoriais, o que, segundo o historiador francês Michel Vovelle, permite perceber até onde vão os limites dessa “generosidade”, ou seja, só desaparecem os direitos feudais que recaem sobre a pessoa, mas não os que incidem sobre a terra, que são mantidos (os dízimos, etc.). Já na opinião de outros estudiosos, a atitude (moderada) do novo órgão, em termos políticos, devia-se ao fato de que vários constituintes defendiam a ideia inglesa de constituição:

[...] seu uso mais freqüente está ligado à Constituição inglesa, cujo modelo, aliás, mais ou menos bem compreendido, alimenta em 1789 as esperanças dos mais moderados entre os revolucionários, os monarquistas [que são também os amigos e correspondentes de Burke na França]. Sua ambição é fechar o mais cedo possível a revolução que se abriu em maio-junho de 1789, por um compromisso entre as duas soberanias rivais, a do rei e da Assembleia: o exemplo da constituição inglesa, tal como a Glorious Revolution de 1688

² Diante da negativa da maioria dos membros da aristocracia e da minoria do clero (que tinha aderido a reclamações do Terceiro) o rei ordena que se juntem à Assembleia nacional, contribuindo, com isso, à afirmação da unidade e/ou soberania nacional. A Assembleia, criada em junho de 1789, dura apenas dois meses, quando se proclama constituinte, que dura até setembro de 1791; depois legislativa, que dura até setembro de 1792 - quando é substituída pela chamada Convenção.

definiu seu caráter, é utilizado para esse fim. O que equivale a dizer que essa referência própria da anglomanía liberal não sobreviveu muito tempo no curso acelerado dos acontecimentos: ela desaparece desde o verão de 1789, com a derrota esmagadora dos monarquistas pelos “patriotas” no debate constitucional (grifo do autor) (Furet, 2001:71-72).

Em julho de 1789 a tensão se agrava diante da esperança de reformas (traduzidas nos cadernos de dolências) que não são atendidas pelos Estados Gerais. Somado a isso, o complô aristocrático contra os poderes da nova Assembleia paira como ameaça; sem contar, ainda, o aumento assustador do preço do pão (que chega a representar até 80% da renda de um trabalhador). Temerosos dos soldados reais que sitiavam a capital, parisienses se armam e, em número de 800 a 900, em 14 de julho, reúnem-se em frente à Bastilha. *A prise de la Bastille*, o desmoronamento de um dos maiores símbolos visíveis do Antigo Regime, por ser uma prisão política, leva nobres cortesãos a abandonarem o país³ e o monarca a retirar as tropas que cercam a capital. As consequências mais notáveis desse importante evento residem em ter salvado a Assembleia nacional e com ela a própria revolução: quando os deputados estão sob a ameaça do golpe de força real, a entrada em cena do povo parisiense tornou-se o acontecimento mais importante da revolução – que se inicia com a marca da violência (Vovelle, 2007: 32).

Entretanto, a insurreição expande-se pelas províncias e em poucas semanas as municipalidades desaparecem; o país fecha-se numa rede de comitês que passam a vigiar suspeitos, prontos a desmanchar qualquer conluio aristocrático. Estimulados pelas insurreições, camponeses ateiavam fogo em casas senhoriais, destruindo cartórios e títulos de propriedade das terras. Esses levantes eram atizados por rumores de que os aristocratas estavam organizando bandos de salteadores para atacá-los; e, também, pelo perigo de uma intervenção estrangeira – o que contribuiu para espalhar o medo. A ameaça do exército dos salteadores não se concretizou,

³ Depois da tomada da Bastilha e no transcurso dos primeiros anos da Revolução dezenas de milhares de franceses abandonam seus lares e por ondas sucessivas cruzam as fronteiras. O ritmo do êxodo é ditado pela lógica mesmo do fenômeno revolucionário: na medida em que progredia a vontade geral na sua vocação unânime e que expulsava todos aqueles que procuravam freá-la (absolutistas, monarquistas, liberais, girondinos), uns atrás de outros conheceram a emigração. No caso da primeira onda de emigração, ela foi essencialmente aristocrática: os nobres saíram voluntariamente para manifestar sua hostilidade à revolução. O fato de se juntarem fora das fronteiras do país implicava um compromisso militar contra-revolucionário do lado dos estrangeiros (Boffa, 1988: 346 e 348).

porém a *Grande Peur*, como ficou conhecido o episódio, ajudou a abalar o feudalismo:

As revoluções camponesas são movimentos vastos, disformes, anônimos mas irresistíveis; o que transformou uma epidemia de inquietação camponesa em uma convulsão irreversível foi a combinação dos levantes das cidades provincianas como uma onda de pânico de massa, que se espalhou de forma escura mas rápida por grandes regiões do país: o chamado Grande Medo, de fins de julho e princípios de agosto de 1789. Três semanas após o 14 de julho, a estrutura social do feudalismo rural francês e a máquina estatal da França Real ruíam em pedaços (Hobsbawm, 2002: 25).

Os levantes em curso dão aos membros da Assembleia a oportunidade de atacar definitivamente os privilégios dos nobres, não sem antes uma outra insurreição, as *Journées de Octobre*, que obrigam o rei a concordar com as mudanças e oficializar a vitória dos reformadores⁴. Em relação a esse levante, pode-se afirmar que ele constituiu uma “amarga decepção” para a massa dos pequenos camponeses; para os setores mais abastados da população e para os dirigentes mais moderados da revolução, ao contrário, significou a restauração da propriedade⁵.

Na medida em que se punha fim à feudalidade, a Assembleia determina que a constituição a ser redigida deve ser precedida de uma “declaração de direitos”⁶. A declaração – aprovada em 26 de Agosto de 1789, cerca de

⁴ Em 5 de outubro de 1789, homens e mulheres de Paris descontentes pela crise econômica (desemprego, aumento do custo da vida, etc.) caminham quase 20 quilômetros até Versalhes para protestar pela falta de pão. Pouco depois, 20 mil guardas parisienses, simpatizantes da Revolução, marcham sobre Versalhes em apoio ao protesto. O rei não teve alternativa, senão prometer pão e voltar com os manifestantes à capital. Ciente de que não tinha o controle da população parisiense e temendo mais violência, Luís XVI aprova os decretos contra os privilégios feudais.

⁵ Em agosto de 1789, os aristocratas renunciam a seus privilégios especiais: direito de primogenitura, de caça exclusivos, isenções de impostos, monopólio dos altos cargos, cortes senhoriais, direito de exigir prestações de serviços aos camponeses, etc. Entretanto, cabe registrar que entre os deputados do Terceiro, a maior parte composta de juristas moderados, os direitos senhoriais eram tidos como uma propriedade individual legítima que não podia ser suprimida sem pôr em risco a própria ordem (burguesa). O compromisso com a abolição dos privilégios veio da nobreza liberal que entendia que era necessária uma justa indenização, visto que os direitos feudais eram uma propriedade, e toda propriedade era para ela sagrada. A abolição da feudalidade pela Assembleia constituinte foi, então, mais aparente que real (ela foi definitivamente abolida em julho de 1793 quando a abolição se estende aos direitos - feudais - que existiam ainda sobre a terra).

⁶ Dentre outras medidas da Assembleia constituinte importa registrar aquelas que foram contra os privilégios da Igreja Católica e que acabam por golpeá-la - duramente - ao decretar o fim dos dízimos e confiscar suas terras, colocando-as à venda. Ademais, em 1790, a Assembleia aprova a constituição civil do clero que modifica os limites das dioceses - reduzindo o número de bispos e padres - e transforma os membros do clero, em funcionários de governo - eleitos pelo povo e pagos pelo Estado. Essa medida divide o clero: os

um mês após a tomada da Bastilha – foi tomada de um viés liberal e revela que, em termos políticos, o problema não é a criação de um novo poder, mas, sobretudo, como fazer para limitá-lo mediante uma nova constituição – evidencia-se ainda aqui o caráter moderado desta fase da revolução (1789-1792), ao passo que adota a monarquia constitucional como forma de governo, além de um sistema representativo, um dos motivos para a posterior insurreição dos jacobinos e *sans-culottes*.

Sieyès, grande representante do Terceiro, era adepto da visão na qual a função do estado era tão somente garantir aos cidadãos o exercício de suas liberdades individuais e, portanto, defendia que não devia haver a diminuição da liberdade com a declaração. A maioria dos legisladores de 89 encontra-se de acordo com o pensamento do abade e, deste modo, a meta principal da associação política e do governo é entendida como a conservação dos direitos naturais do homem. A função constituinte da Assembleia Nacional, na matéria, devendo limitar-se à consagração desses direitos.

Apesar da universalização pregada na declaração de 1789, decorrente da perspectiva naturalista que, por sua essência, coloca os homens em um plano de igualdade, os direitos nela consagrados denotam de maneira evidente a ótica de quem estava agora no poder, a classe mais abastada, selecionando, conforme conveniente ao interesse dela, os direitos a serem protegidos. Pregavam a igualdade, contudo, uma igualdade meramente jurídica: todos são iguais perante a lei, mas diferentes nos outros aspectos. Antes o nascimento, o responsável pela diferenciação dos homens, agora, na opinião de críticos, a propriedade e o dinheiro tornaram-se os garantidores do prestígio social. Tal perspectiva fez perdurar uma situação de desigualdade econômica, uma vez que ocorreu uma transferência da órbita do poder da aristocracia para a alta burguesia, permanecendo à margem da sociedade, tanto econômica, quanto politicamente, a parcela menos abastada do Terceiro.

Em relação à constituição de 1791 (a revolução dos liberais), o eleitorado desta estava restrito aos esclarecidos⁷ – chamado por Sieyès de *classes*

padres “constitucionalistas” ou “juramentados” que dão seu compromisso cívico de fidelidade “À nação, à lei e ao rei”; e o clero “refratário” contrário à revolução. Tal ruptura estende-se à população como mostra a Guerra Civil da Vendée quando os “refratários” apóiam o campesinato católico dessa região - hostil à revolução (voltaremos a esse ponto).

⁷ Sieyès os chama de classes disponíveis do Terceiro estado, um estrato social específico do povo francês.

disponíveis do Terceiro –, que, dessa forma, controlavam toda a força e poder do Estado, sendo naquele momento, no entendimento deles, os únicos qualificados para controlá-los porque apenas eles tinham a inteligência necessária para o controle do governo, em decorrência de constituírem uma elite selecionada por sua capacidade, demonstrada por meio da independência econômica e da educação. Essa elite, fundada não no nascimento, mas no talento, era inevitável e majoritariamente composta dos estratos médios da sociedade.

A carta de 1791 não foi bem contemplada pelos partidários da república democrática (as classes mais populares) por a enxergarem como demasiadamente moderada, um modelo que se limitava aos interesses da maioria dos liberais burgueses, dando motivo à instauração de um regime mais radical, uma república mais igualitária. O burguês liberal clássico, aponta Hobsbawm, não é um democrata, mas um devoto do constitucionalismo; um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada; e, de um governo de contribuintes e proprietários.

Satisfeita em suas realizações – igualdade perante a lei; limitação do poder do monarca; governo representativo, etc. –, a burguesia não desejava que a revolução fosse mais longe. No entanto, em pouco tempo ela marcha numa direção não prevista e indesejada pelos moderados. O viés radical adotado deveu-se em grande parte à existência de uma contrarrevolução liderada por nobres irreconciliáveis, religiosos alienados, que, apoiados por camponeses católicos, ameaçam as conquistas obtidas: a Guerra Civil da Vendéia. Somado a isso, há também a ameaça proveniente de potências estrangeiras em reação à política de propaganda e anexação que a França podia praticar em nome dos princípios revolucionários e a insatisfação dos *sans-cullotes*, que exigiam reformas que permitissem um governo mais democrático, fundado na igualdade econômica, no qual o homem comum tivesse participação.

Diante da intenção da França em disseminar os princípios revolucionários e de outros países em arruiná-los, a Assembleia Legislativa declara, em abril de 1792, guerra à Áustria. O rei e os contrarrevolucionários defendem a guerra, na intenção de que o país seja facilmente conquistado. Já no clube dos jacobinos, Brissot prega a guerra para desmascarar a traição do rei e

assegurar a expansão francesa na Europa. Luís XVI encaminha a declaração de guerra ao imperador, que receberá o apoio do rei da Prússia (e da Rússia).

Em reação a isso, um exército formado de prussianos e austríacos invade o país e seu chefe (o duque de Brunswick) lança um manifesto dizendo que se “a família real fosse molestada uma vingança terrível recairia sobre a capital”⁸. Em 10 de agosto, os parisienses e milícias de outras cidades atacam o palácio real e matam centenas de guardas. No mesmo dia é criada a comuna insurrecional de Paris. Ela, formada de comissários designados por cidadãos passivos, substitui a Comuna – regular/legal – de Paris. Os girondinos são neste momento, então, afastados de seus cargos e a Comuna, dominada agora por revolucionários radicais, passa a dirigir o movimento dos *sans-culottes*, além de torna-se um dos principais órgãos do governo⁹.

Estudiosos contemporâneos entendem que o *espírito do 10-Agosto* influenciado pelos radicais jacobinos¹⁰ foi uma mistura de desprezo pelas leis e de idealismo republicano, uma mescla de suspeição generalizada e de utopia igualitária própria da pedagogia robespierrista. A relevância da insurreição de agosto deveu-se também ao fato de que ela trouxe mudanças significativas no tocante à extensão dos direitos políticos (que acaba por se refletir na constituição jacobina de 1793):

Em setembro de 1792, em meio a rumores de que membros do clero e aristocratas presos estão planejando fugir para apoiar o chefe das forças austro-prussianas, a população da capital entra em pânico. Levada pelo patriotismo e movida por impulsos violentos, ataca as prisões e massacra

⁸ O duque de Brunswick nunca entrou em Paris; porém, a guerra se estende até setembro de 1792, quando as forças estrangeiras são vencidas pelo exército dos *sans culotes*.

⁹ A Comuna insurrecional estende seu poder aos departamentos onde o temor de uma ditadura parisiense suscita a reação (em favor de um governo federal). Ela participa, ademais, nos massacres de setembro de 1792 e, nas jornadas de maio-junho de 1793, que culminam com a proscrição dos girondinos na Convenção. Também, nas jornadas de setembro do mesmo ano, quando a Convenção, dominada pela Montanha, põe em prática o Terror. No final de 1793, a comuna foi substituída pelo comitê de Salut public. Ela tenta em vão se insurgir para salvar Robespierre (1794), mas acaba sendo suprimida pela constituição termidoriana (1795).

¹⁰ O clube dos jacobinos (nome do convento em que se reuniam) era formado por políticos de opiniões diferentes. De tendência moderada, no início da Revolução, ele se divide, como vimos, depois da fuga do rei a Varennes e do episódio do Champ-de-Mars; os mais radicais como Brissot, Robespierre, etc, favoráveis à deposição do monarca passam a dominar o clube e a fazer parte da ala esquerda da assembleia legislativa. Os massacres de setembro de 1792 fazem com que muitos girondinos deixem o clube. Depois de junho de 1793 (eliminados os girondinos da convenção), os jacobinos passam a dirigir a nova assembleia. O clube, sob nova denominação Société des amis de la liberté et de l'égalité, visando ganhar o apoio dos *sans-culottes*, orienta-se em favor de teses cada vez mais radicais.

mais de 1.200 presos – a maioria prisioneiros comuns¹¹. Travou-se uma batalha – a batalha de Valmy –, aonde as forças francesas se impuseram à invasão das forças estrangeiras, que, vencidas, retiraram-se para a fronteira.

Em relação a esse importante evento pode-se dizer que não constituiu uma vitória estratégica, mas uma vitória moral. As tropas, formadas de *sans culottes*, haviam detido o exército número um da Europa. A revolução revelava sua força: ao exército de linha, habituado à disciplina passiva, opunha-se vitoriosamente o exército nacional ou popular (Clausewitz). Tal situação fazendo, na opinião de outros estudiosos, com que, pelo sufrágio universal e pelo armamento dos cidadãos passivos, a “segunda revolução” integre o povo à nação, marcando o advento da democracia. A entrada em cena da *sans-culoterie* reforçando a anunciada república-democrática e popular – confirma, ademais, a assertiva de Sieyès segundo a qual a identificação feita entre nação e povo podia ser uma “arma de dois gumes”.

Em 20 de setembro, data em que as forças francesas se impõem à invasão estrangeira (batalha de Valmy) a Assembleia legislativa é substituída pela Convenção Nacional, cuja tarefa era dotar o país de uma nova constituição eleita pelo sufrágio universal, sem mais divisões entre eleitores passivos e ativos. O novo órgão passa a deter todos os poderes: o chamado *regime de Assembleia*.

Insuflada pelo movimento dos *sans-culottes*, a Convenção (dominada ainda pela Gironda) abole a monarquia e instaura a República¹². Em dezembro de 1792, Luís XVI é submetido a julgamento. Em tal oportunidade, Robespierre, contrário à posição defendida pelos mais moderados (os girondinos: favoráveis ao indulto ou a uma prévia consulta popular sobre a procedência do julgamento do rei), afirma diante da nova Assembleia o seguinte:

Cidadãos! [...] Um rei destronado, na República, só serve para duas coisas: perturbar a tranquilidade do estado e abalar a liberdade,

¹¹ Nesse contexto, cabe destacar a figura de Jean-Paul Marat, tido como um dos responsáveis pelos massacres de setembro. Em 1789 tinha fundado o jornal revolucionário *L'ami du peuple*, célebre pela violência de suas posições. Membro do clube dos Cordeliers, quando da fuga do rei a Varennes e do episódio do Champ-de-Mars manifesta-se a favor da destituição do monarca. Depois de agosto de 1792 exige medidas extremas contra os inimigos do povo. Escolhido à Convenção, faz parte da Montanha e torna-se o porta-voz dos *sans-culottes*, contribuindo, ademais, ao fortalecimento da Comuna e às insurreições dos *sans-culottes* - que acarretaram a queda dos girondinos na Convenção.

¹² A Convenção aprova mediante proposta de deputados montanheses a fórmula: a République une et indivisible. Com a - nova - fórmula repeliam-se os projetos de federalismo pretendidos também pelos girondinos.

ou fortalecer uma e outra. Ora, sustento que o caráter que vossa deliberação tomou até aqui vai diretamente contra este último objetivo [...] Quando uma nação foi forçada a recorrer ao direito de insurreição, volta ao estado natural com relação ao tirano. Como poderia este invocar o pacto social? Ele aniquilou-o. A nação pode conservá-lo ainda, se julgar conveniente, no que concerne às relações dos cidadãos entre eles: mas o efeito da tirania e da insurreição é rompê-lo inteiramente no que se refere ao tirano; e colocá-los reciprocamente em estado de guerra [...] É uma contradição grosseira supor que a Constituição pode presidir essa nova ordem de coisas, seria supor que ela sobrevive a si mesma. Quais são as leis que a substituem? As da natureza, aquela que é a base da própria sociedade: a salvação do povo. O direito de punir o tirano e o de destroná-lo são a mesma coisa [...] o processo contra o tirano é a insurreição; seu julgamento é a queda de seu poder; sua pena, a exigida pela liberdade do povo (Robespierre, 1999: 55 e 57-58).

Por sua vez, o deputado montanhês Sain-Just declara:

Os mesmos homens que vão julgar Luís têm uma república a fundar: os que não atribuem qualquer importância ao justo castigo de um rei não fundarão jamais uma república [...] No que me toca, não vejo meio-termo: esse homem deve reinar ou morrer [...] Não se pode reinar inocentemente: a loucura monárquica é por demais evidente [...] Todo rei é um rebelde e um usurpador (Soboul, 1974: 143).

Os eventos em curso – a insurreição de agosto, os massacres de setembro, o julgamento do rei, a criação da Convenção (que passará a ser dominada pelos jacobinos em junho de 1793), bem como a vitória do exército revolucionário contra as forças austro-prussianas – são mostras do rumo radical que a revolução tomara.

Quanto ao novo órgão – a Convenção Nacional –, ele estava composto, seguindo designações políticas modernas, à direita pelos girondinos; à esquerda pelos montanheses; ao centro pela planície ou pântano¹³. Os

¹³ A convenção pode ser dividida em três períodos: a Gironda (até junho de 1793), a Montanha (até julho de 1794) e a Termidoriana (atAbstract: Discourses on the historical events of the French Revolution, highlighting key moments. Analyzes the ideologies inherent in each moment of the revolution, entering the notions of liberalism - which emphasizes individual liberties -; and democracy - which emphasizes political participation; at first, the value of liberty being above equality; at second, the value of equality above liberty. Key Words: french revolution, declaration of the rights of man and citizen, liberalism and democracy. é outubro de 1795).

primeiros, antipartidários de medidas radicais, querem apenas consolidar as conquistas obtidas em 89-91. Os segundos, representantes da burguesia média e das classes populares, ao contrário, exigem soluções drásticas para o cenário crítico do país, como, por exemplo, recorrer à limitação de certos direitos, em particular, à propriedade. Na necessidade de aprofundar a revolução, os montanheseiros se unem aos sans-cullotes, uma vez que, sem o apoio popular, as medidas drásticas que propunham jamais alcançariam eficácia. Por último, a planície, não possuidora de posição política definida, no início, pende para a Gironda, no entanto, posteriormente, aproxima-se da Montanha.

A contenção das forças estrangeiras pelo exército revolucionário leva a Convenção a anunciar aos povos da Europa que empreenderia, em nome da República, uma cruzada popular contra os privilégios e a tirania. A partir daí, o conflito se dá entre a França revolucionária e a aristocracia e monarquia europeias. Diante dessa ameaça, agravada pela execução do monarca em janeiro de 1793, os governos da Europa formam uma coalizão anti-francesa comandada pela Inglaterra. Em resposta, a França declara guerra ao Estado inglês, assim como à Holanda, no mês de fevereiro do mesmo ano. Em 7 de março, a Convenção aclama guerra contra a Espanha e, neste mesmo mês, a coalizão anti-francesa chegou às fronteiras do país, colocando a revolução em risco. O cenário era que, à exceção da Suíça e dos países escandinavos, a França encontrava-se em guerra com a Europa inteira. A isso se acresce o fato de a Revolução enfrentar uma das ameaças mais perigosas da resistência: a insurreição contrarrevolucionária da Vendée.

O levante armado das massas camponesas, sustentado e dirigido por nobres e padres refratários, obedeceu em grande parte ao descontentamento provocado pelo alistamento obrigatório de milhares de homens para enfrentar as forças da coalizão e os encargos de conscrição e tributação da guerra – em 10 de março de 1793 aos gritos de a paz! a paz! abaixo o recrutamento! os camponeses se sublevam. A insurreição dos camponeses da Vendéia, no entanto, obedece também a outros motivos, em particular, de caráter religioso, uma vez que se trata de uma região tradicionalista, catequizada desde o século XVII, contrária, portanto, aos ideais e princípios revolucionários. A guerra civil da Vendéia pode ser tida como uma sublevação de populações fanatizadas em favor da religião. Tal fanatismo, na opinião de alguns estudiosos, toma a dimensão espantosa de

uma guerra que ameaça a própria existência da República. Já para outros se trata de uma insurreição que coloca frente a frente um povo católico e um republicano, expressando a profundidade do conflito que se abre na história da França entre a tradição religiosa e a fundação revolucionária da democracia, etc.

Diante do levante da Vendéia, a Convenção coloca na chefia dos exércitos gerais *sans-culottes*, terroristas/descristianizadores, que, não sem experimentar uma forte resistência dos camponeses, prolongada até outubro de 1793, põem fim à sublevação. A partir daí, o exército revolucionário ganha terreno e consegue, em 1794, liquidar a primeira coalizão anti-francesa; não sem antes conhecer frustradas ofensivas militares com países beligerantes (Holanda, Bélgica). Tais derrotas, por sua vez, estando na origem de uma autêntica febre patriótica e das primeiras medidas de “salvação pública”.

O acirramento entre os principais partidos da Convenção torna-se iminente. No plano político, os montanhese procuram fundar uma nova legitimidade, revolucionária, através da identificação do povo com a soberania; para os girondinos, pelo contrário, a preocupação maior era manter a substituição da soberania pela representação. No plano econômico, os montanhese defendem controles governamentais para enfrentar as necessidades da guerra, enquanto os girondinos eram contrários a qualquer interferência do governo na economia. Ademais, os primeiros defendem um governo central forte tendo Paris como sede do poder - em contraste com os girondinos e os federalistas¹⁴.

As posições defendidas pelos jacobinos na Convenção fazem com que o apoio dos *sans-culottes* se intensifique ainda mais. Assim, reunidos em armas, em número aproximado aos 80 mil, cercam a Assembleia e exigem a prisão dos girondinos. E isso diante do apelo de Robespierre convocando o povo à insurreição:

Quando o povo é oprimido, quando nada mais lhe resta a não ser ele próprio, seria covarde quem lhe dissesse para não se rebelar. É

¹⁴ O grupo dos “federalistas” preferia um governo no qual os departamentos exerceriam controle sobre seus assuntos. Seu conteúdo, mais social que político, radica no fato de que o particularismo regional por eles defendido atendia melhor aos interesses econômicos do grupo. Composto também por partidários dos *Feuillants* e girondinos, o grupo era favorável ao sistema censitário, à propriedade privada e à liberdade de lucro.

quando todas as leis são violadas, quando o despotismo chegou ao cúmulo, quando se esmaga a boa fé e o pudor, que o povo deve insurgir-se. O momento chegou (Soboul, 1974: 268).

Tanto a expulsão dos girondinos da Convenção, em junho de 1793, como a insurreição do 10 de Agosto do ano anterior podem ser consideradas como exemplos jacobinos que celebram a intervenção do povo contra sua representação; centelhas da democracia direta e da inalienabilidade da vontade popular.

A derrubada da Gironda, na Convenção, dá mostra de que a república jacobina, a *revolução da igualdade*, tinha chegado. O jacobinismo robesperrista, no que tange à igualdade social, dá a um passo decisivo com a aprovação da Lei do Máximo em 1793, que fixa os preços do pão e de outros artigos essenciais e aumenta os salários. Ademais, em julho do mesmo ano, dá-se a abolição definitiva e sem indenização de todos os direitos feudais – mesmo aqueles fundados em títulos antigos (sendo queimados os que se encontram arquivados em cartórios municipais) –; em outubro é aprovado o decreto que impede os proprietários de exigir dos arrendatários e meeiros qualquer prestação de substituição. Essas medidas, acompanhadas de outras, aceleram a transferência da propriedade – como o sequestro e a colocação à venda dos bens da nobreza emigrada, que são divididos e oferecidos em lotes menores, a baixo preço, pagáveis em dez anos, a fim de que camponeses pobres possam adquiri-los –; sem contar, ainda, outra medida que autoriza a partilha dos bens comunais a ser feita em partes iguais por habitante domiciliado. O ponto culminante dessa política, igualitarista, tendente à criação de um país de pequenos proprietários, é ilustrado pelos decretos de início de 1794, que despojam os suspeitos de seus bens – transferidos a patriotas indigentes.

No plano político dá-se igualmente um passo decisivo com a aprovação do decreto, em agosto de 1792, que amplia o sufrágio. Tal medida, confirmada pela chamada *constituição jacobina* (24 de junho de 1793), estende o voto a todo cidadão maior de vinte e um anos. Quanto a este último documento, apesar de nunca ter entrado em vigor (devido às ameaças de invasão estrangeira e às revoltas internas), é considerado até os dias de hoje como o símbolo da democracia política: um dos documentos mais democráticos da história¹⁵.

¹⁵ A constituição jacobina de 1793, que proclama que a República francesa é una e indivisível, prevê (à

A instauração da república jacobina, ou da *república popular* ou *democrática* para usar a terminologia da época, implica uma virulenta crítica à representação, como mostra o discurso de Robespierre (lembrando Rousseau)¹⁶, em junho de 1793, diante da Convenção. A desconfiança do Incorrupível em relação aos representantes é diversas vezes evidenciada, como o fato dele determinar que estes possam ser demitidos sem outro motivo que não seja o direito imprescritível do povo de fazê-lo. A experiência jacobina não pode, entretanto, ser resumida aos princípios democráticos e igualitários de 1793, visto que conhece uma guinada tirânica: o regime da *Terreur*.

Danton foi uma importante figura da revolução francesa, em especial, da *segunda revolução*. Deputado montanhês foi acusado em 1792 com Robespierre e Marat pelos girondinos de concussão. Em abril de 1793, sob o impulso deste¹⁷, é criado pela Convenção o Comitê de *Salut Publique*¹⁸ – do qual se torna presidente –, encarregado de fiscalizar e acelerar a ação da administração e de tomar, em circunstâncias urgentes, medidas relativas à defesa geral. Ademais, é criado o Comitê de Segurança Geral com a finalidade de garantir a ordem interna; e o Tribunal Revolucionário de Paris com o objetivo de julgar os agentes do inimigo; acompanhado

diferença do projeto de constituição dos girondinos) a escolha imediata do povo para os membros da Assembleia - o que assegura a supremacia do legislativo sobre o executivo. A Assembleia era eleita pelo sufrágio universal direto, em escrutínio uninominal, por maioria absoluta, durante um ano. O conselho executivo, formado de 24 membros, era escolhido pela Assembleia entre candidatos designados pelos departamentos, por sufrágio universal. Ademais, o exercício da soberania foi ampliado pela instituição do referendo. O decreto de setembro de 1792, que estipula que não pode haver constituição que não seja aceita pelo povo, foi submetido à ratificação popular, assim como o texto constitucional de 1793, que foi aprovado por mais de 1.800.000 “sim” contra cerca de 17.000 “não”.

¹⁶ Seguindo Rousseau, Robespierre entende que a representação é radicalmente incompatível com o exercício da soberania popular e com a expressão autêntica da vontade geral. Sendo assim, ele endossaria a *boutade rousseaniana*, que diz assim: o povo da Inglaterra pensa ser livre, mas se engana redondamente; ele só é livre durante a eleição dos membros do parlamento, imediatamente depois ele se torna servil, ele fica reduzido a nada; nos breves momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca.

¹⁷ Danton funda, em 1790, a Sociedade de amigos dos direitos do homem ou do cidadão ou clube dos Cordeliers (nome do convento usado nas reuniões). Ele participa da Convenção como deputado da Montanha e, em 1792, é acusado com Robespierre e Marat pelos girondinos de concussão. Em março de 1793 tenta organizar a defesa nacional participando da criação do Tribunal Revolucionário e do primeiro Comitê de Salvação Pública, do qual se torna presidente. Muitas de suas decisões foram reprovadas e tornou-se suspeito aos olhos de deputados montanheses, em especial Robespierre. Em julho do mesmo ano é afastado do comitê, que não tinha conseguido ainda tomar medidas eficazes contra a invasão e as investidas dos contra-revolucionários. Em fins de 1793, Danton assume posição contra os ultra-revolucionários hebertistas (que tinham tomado conta do clube) pela política de descristianização por eles preconizada. Apesar de ter sido um dos instigadores do Terror, exige, junto com seus seguidores Camille Desmoulins, etc, o fim do regime do Terror - daí o nome de indulgentes dado aos dantonianos. Condenado pelo Tribunal, é executado em abril de 1794.

¹⁸ Formado de doze membros (Saint-Just, Couthon, Carnot, etc) que se torna responsável pelos exércitos

por comitês de vigilância que estendem seu poder às províncias – visando perseguir todo suspeito de ligação com os contra-revolucionários¹⁹. O chamado *governo revolucionário* do Terror converte-se num governo de guerra: um regime de exceção.

Em julho do mesmo ano, Robespierre adere ao Comitê de Salvação Pública e, com o apoio dos jacobinos, à Comuna de Paris e à Guarda Nacional, elege-se presidente do órgão máximo da nação: a Convenção Nacional – o chefe do governo. Em tal circunstância é aprovada a Lei dos Suspeitos, através da qual qualquer acusado pode ser sumariamente guilhotinado – o que acontece com os indulgentes, grupo que tinha apoiado os jacobinos, e com membros de facções de ultra-esquerda (furiosos e hebertistas), cuja execução (dos hebertistas) leva ao descontentamento dos *sans-culottes* e dos *Cordeliers*. Essas medidas impopulares, agravadas por outras – diante das necessidades da guerra – contribuindo para romper o contato entre o governo revolucionário e os *sans-culottes*.

Somada a isso, é colocada em prática uma política de descristianização a qual leva ao fechamento das igrejas²⁰ e a um novo calendário republicano que rompe com a influência religiosa²¹. Entrementes, o Comitê de Salvação Pública – reconstituído – passa a ter atribuições mais amplas e importantes que fazem dele um poder ditatorial, em nome da virtude republicana.

A atuação do Comitê de Salvação Pública pode ser “justificada” com base nas circunstâncias adversas que experimenta a Revolução, dentre as quais, vale lembrar, a agravação da guerra externa (diante das forças

¹⁹ O Tribunal era composto de doze jurados e de um acusador público que devia julgar todos aqueles que ameacem a liberdade, a igualdade, a unidade e a indivisibilidade da república. Responsável pela segurança interna e externa do Estado, seus pareceres eram executados em 24 horas sem recurso nem cassação. Em outubro de 1793 começam os grandes processos políticos: os girondinos são enviados à barra do tribunal e executados; Maria Antonieta, depois de julgada, é guilhotinada, etc.

²⁰ E isso, apesar de Robespierre criticar o culto da razão e afirmar a existência de Deus e a imortalidade da alma. O plano que apresenta para o que chama de religião cívica não descartava o culto ao Ser Supremo (expressão que aparece nas declarações de direitos). Em sua profissão de fé, o Incorruptível denuncia o materialismo de alguns filósofos (Helvétius), sem portanto deixar de apoiar, de forma oportunista, a deportação de padres refratários e o movimento de descristianização - defendido pelos *sans-culottes*. A religiosidade jacobina se apoia no culto à pátria, personalizada em torno dos mártires da liberdade. Sob a aparência do culto da razão e do Ser Supremo desvela-se em última instância um objetivo patriótico (Vovelle, 1989: 11). Ou, como afirmam outros historiadores, a nova religião de Robespierre, cheia de cerimônias, tentava contrapor-se aos ateus e levar a termo os preceitos do divino Jean-Jacques Rousseau (Hobsbawm, 2002: 45).

²¹ O novo calendário tinha características nitidamente anticlericais: cada mês do calendário recebe uma denominação baseada na natureza. O primeiro dia da nova era corresponde à data da proclamação da República (22 de setembro de 1792).

da coalizão) e interna (a Vendéia). Isso sem desconsiderar outros fatos como a pressão do movimento dos *sans-culottes*; a luta da Montanha em se afirmar diante da Gironda na convenção; a intenção da aristocracia em pôr fim ao regime de assembleia, etc. A atuação do comitê neste momento consiste, na verdade, na efetivação de um governo revolucionário, isto é, um regime de exceção em que a força substitui o direito.

Vale destacar que o Terror atinge seu auge no verão de 1794. Pela lei 22 *prairial*, o regime passa a eliminar sistematicamente todos os inimigos do povo. Em pouco mais de um mês (11 de junho-27 de julho) o Tribunal Revolucionário expede 1.376 condenações só em Paris. Ou seja, Robespierre, ao colocar um fim sublime a ser atingido – a criação de uma república de cidadãos virtuosos, tópico a ser abordado mais adiante –, mostra-se incapaz de realizá-lo a não ser através da eliminação de todo aquele se opõe ao projeto. Um regime, no dizer de Arendt, que em vez de contar cabeças *corta cabeças*²².

Em 9-10 de termidor (27-28 de julho de 1794), cai Robespierre. É o início da reação dirigida contra as forças radicais da revolução: Robespierre, Saint-Just e outros, que são acólitos, são guilhotinados sem julgamento. A data 9 de termidor é comemorada pelos partidários de Oitenta e Nove como de *heureuse révolution*. A nova liderança, *thermidorienne*, retoma os interesses da burguesia proprietária de anos anteriores.

A reação de Termidor constitui, de fato, uma contra-revolução, na medida em que o governo, além de purgar os radicais revolucionários, abole a Lei do Máximo e declara inválida a constituição anterior. Em reforço dessa tese, a nova Constituição de 1795 restabelece as exigências de propriedade para votar, ignora a soberania popular, fortalece a separação e controle dos poderes. Tais medidas, mais montesquianas que rousseauianas, são precedidas pela declaração de direitos que toma um viés mais liberal – próximo à de Oitenta e Nove.

O objetivo da experiência thermidoriana não é outro senão evitar a volta ao poder de radicais revolucionários, em particular, os *sans-culottes*, isto é, pôr um freio às classes perigosas, à reunião tumultuosa de cidadãos.

²² “Quantos mortos? Na guilhotina, sem dúvida por volta de dezesseis mil, mas as execuções coletivas [...] 130 mil só na Vendéia, embora se diga que foi muito mais” (Vovelle, 2007: 75).

Em outros termos, instaurar um regime político, moderado, que dê continuidade a uma revolução, que, apesar do viés despótico, violento, deve reencontrar sua origem “verdadeira”: assentar, pacífica e tranquilamente, a ordem burguesa com base, principalmente, no respeito e/ou resguardo dos direitos e liberdades individuais. A Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1795 sendo uma evidente volta aos princípios imortais de Oitenta e Nove, em relação aos princípios incendiários de Noventa e Três.

2.1. Princípios moderados de 1789

Em relação ao documento de Oitenta e Nove, ele adota um estilo abstrato, uma vez que seus autores se viam como escolhidos para anunciar a todos os povos e para todos os tempos certos *princípios imortais*. Seguindo tal entendimento, o deputado do Terceiro, Démonier, declara que esses direitos são de todos os tempos e todas as nações e, na mesma linha, o *maire* de Paris, Jérôme Pétion, anuncia: não se trata de fazer uma declaração de direitos unicamente para a França, mas para o homem em geral. Por sua vez, outro membro do Terceiro, Duquesnoy, acrescenta: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional, os direitos, pelo contrário, são sempre os mesmos (Gauchet, 1989: 139).

Na declaração de 1789 triunfam as propostas do comitê dos cinco, cujo viés liberal das leva a afirmar ser necessário, sobretudo, limitar o poder político com uma nova constituição. Para o deputado de La Fayette as vantagens do documento (do comitê) deve-se ao fato de lembrar os sentimentos que a natureza gravou no coração de cada indivíduo; de ele exprimir verdades eternas: os direitos naturais do homem do qual provêm todas as instituições.

Quanto à visão de Sieyès, a declaração de 1789 não devia diminuir a liberdade individual, mas, pelo contrário, garantir que o estado social assegure seu exercício. Essa atitude do abade, em favor da liberdade individual, fazendo com que o *voluntarismo liberal* por ele defendido se confunda, na verdade, com o *naturalismo*²³. Sieyès afirma que o homem ao

²³ Seguindo Habermas, os bill norte-americanos obtiveram o marco do naturalismo, uma vez que os legisladores queriam legitimar sua independência da mãe-pátria, limitando-se a recapitular, com base em premissas ius-naturalistas, direitos já possuídos pelos ingleses (Habermas, 1990:92). No caso francês, ao contrário, as declarações de direitos humanos foram marcadas pelo voluntarismo, tido que a intenção era realizar uma subversão do Ancien Régime, através da formação de uma *opinion publique*, ou seja, para os

entrar em sociedade não renuncia a sua liberdade, mas entra com o fim de regular o exercício e o uso da mesma através de leis moderadas, justas e convenientes, sendo assim, o que perde da liberdade natural, a sociedade obriga-se a lhe restituir em proteção. Com base nesse argumento pode-se afirmar que para Sieyès o sistema político não tinha outra finalidade a não ser o resguardo e/ou proteção dos direitos individuais:

Os direitos do homem que Sieyès define, na mesma linha de Locke, como uso da propriedade pessoal [liberdade da pessoa, liberdade de ir e vir] e direitos reais [liberdade de dispor do fruto de seu trabalho, garantia da propriedade dos objetos reais transformados pelo trabalho] devem ser garantidos e protegidos no estado social. Trata-se de direitos superiores e anteriores à formação do sistema político e que este deve limitar-se a garantir (Clavreul, 1987: 48).

Sob essa perspectiva *naturalista* pode-se deduzir que a intenção da maioria dos legisladores de 89 traduzia a ideia otimista, de extração liberal, segundo a qual o homem ao entrar em sociedade não o faz para diminuir os direitos naturais, mas para gozá-los de forma mais segura. O problema, em tal oportunidade, era o de saber até que ponto o governo pode interferir na conduta dos homens? Resposta: na menor quantidade possível, só naqueles casos que permitam o exercício e o resguardo da liberdade individual.

Nesse sentido, a sociedade não é considerada como antagonista ao estado natural nem aos direitos inatos do homem, mas um complemento dos mesmos. O naturalismo que parece dominar o documento, como destacam alguns estudiosos, cumprindo uma função ideológica no sentido de encobrimento da realidade: com a afirmação dos direitos naturais assistimos ao princípio mesmo do mito que transforma a História em Natureza. O *ius-naturalismo* do documento de 1789 participa da ideologia burguesa, uma vez que finge confundir a ordem política e a ordem natural, sob a roupagem de uma única natureza humana em que essa classe social não pode ser denominada senão através do nome neutro e despolitizado de nação. A deserção do nome burguês é a própria ideologia burguesa, o movimento pelo qual ela transforma a realidade do mundo em imagem do mundo (Barthes, 2006: 230-233).

legisladores franceses, não se trata de recapitular naturalmente direitos humanos preexistentes (o idílico estado natural lockeano), mas de criar voluntária e racionalmente condições favoráveis à difusão e implantação dos mesmos – recorrendo, para isso, aos philosophes, encarregados de difundir a verdade. A teoria, convertida em poder político, dita as leis e faz do direito natural um direito positivo (Habermas, 1990:100).

Um assunto já tratado durante a narração histórica, mas importante de ser resgatado é o fato de na declaração de 1789, apesar do alcance universal dela, os direitos consagrados relacionarem-se às circunstâncias específicas da sociedade francesa. Assim, o Artigo 6, consagra a *igualdade* jurídica, civil ou formal, mas não social ou econômica. Sendo a nova ordem social estabelecida assentada em valores burgueses, dinheiro, talento e propriedade passam a ser os critérios promotores da desigualdade entre as pessoas. Essa leitura sendo compartilhada por vários estudiosos que, em linguagem marxista, afirmam:

A declaração de 1789 não era apenas incompleta do ponto de vista dos direitos civis e políticos [mas] rapidamente aparece que os princípios jurídicos e abstratos da liberdade e da igualdade dão lugar à desigualdade social e chegam a fundar a liberdade de uma classe sobre a alienação do grande número (Soulier, 1981: 47)²⁴.

Quanto ao Artigo 17, a *propriedade*, direito *sagrado* e *inviolável* do homem, apesar do dispositivo prever limites ao seu exercício (a utilidade pública), ele pode ser entendido na acepção burguesa do termo, ou seja, que todo homem é livre de usar e abusar da propriedade. De fato, mesmo que o enunciado implique um sério questionamento à propriedade feudal, a concepção predominante em relação a esse direito se opõe a uma visão comunitária ou coletiva dos bens comuns.

Quanto ao Artigo 4, o direito à *liberdade*, embora não faça menção à liberdade econômica, ele aparece atrelado à ideia de *laissez faire* – tal como entendida pelos fisiocratas²⁵. A dimensão econômica da liberdade sendo confirmada pela adoção de uma série de medidas em curso: a liberdade de cultura – que consagra o triunfo do individualismo agrário –; a liberdade de produção – que suprime os monopólios e corporações –; a liberdade de comércio interno – que abole as aduanas e pedágios –; a liberdade de trabalho e empreendimento – que interdita a greve, etc. Vale frisar também que o projeto de declaração (dos cinco) contemplava o direito à liberdade de

²⁴ Importa notar que a declaração de 89 limita-se exclusivamente aos direitos e liberdades individuais e ignora as liberdades coletivas. O mesmo pode ser verificado na constituição de 1791 que (além de restringir o direito ao voto) acrescenta apenas a liberdade “de se reunir pacificamente e sem armas”. Das liberdades coletivas, tão relevantes quanto a liberdade de reunião e associação, elas serão reconhecidas mais tarde.

²⁵ À diferença dos economistas ingleses, aqui o voluntarismo permeia o pensamento dos fisiocratas, que estão convencidos de que as leis naturais da sociedade se impõem através de uma ordem positiva, defendem uma política ativa de intervenção, o *laissez-faire* assumindo uma significação relativa (ver nota de rodapé 1).

comércio e indústria, que, apesar de não ter sido acolhido²⁶, cumpre papel importante na concepção que eles tinham da liberdade:

Um certo número de constantes parece se impor: a defesa da ou das liberdades vem naturalmente em primeiro lugar [...] quais são os limites destas liberdades, sobretudo na área econômica e na área dos produtos de subsistência? O grupo dirigente, até o outono de 1791 e mesmo depois disso, era alimentado por uma ideologia liberal, ou ao menos próxima das ideias fisiocratas e, por isso, defendia a liberdade de circulação dos grãos, bem como a liberdade de preço dos bens de subsistência (Vovelle, 2000:91).

Em relação à liberdade, cabe reiterar então a dimensão econômica da mesma, ou seja, livre de toda restrição – o indivíduo é livre para produzir, buscar o lucro e usá-lo à sua vontade. Trata-se de uma liberdade nessa área que, quando absoluta, pode tornar-se um elemento de desigualdade e de opressão dos mais pobres; daí as duas visões sobre a mesma.

O viés liberal da declaração de 1789 resulta, também, da relação que guarda a liberdade com a igualdade – ambas legitimando o rebaixamento da aristocracia e a abolição dos privilégios –; porém, trata-se de uma igualdade formal ou jurídica, não econômica. Assim, a liberdade parece associar-se em termos contraditórios à igualdade no sentido de que se tem a liberdade de ser rico ou de ser pobre, defende-se a igualdade de direitos entre os cidadãos, ao passo que a desigualdade de riqueza é um acontecimento inevitável. É por isso, argumenta o mesmo autor, que o direito de propriedade figura logo depois do direito à liberdade e à igualdade no documento. O ideal a ser alcançado é o do produtor independente segundo suas posses.

No plano político, o documento consagra limites ao poder político. Assim, o Artigo 16, ao estipular que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem constituição. Visando excluir tanto a monarquia pura como a democracia pura, o princípio da separação dos poderes traz à baila a ideia

²⁶ O projeto estabelecia que todo cidadão é livre de empregar sua indústria e seus capitais da maneira que ele julgue bom e útil. Nenhum tipo de trabalho lhe é proibido. Ele pode fabricar e produzir o que quiser e como quiser; pode guardar ou transportar como quiser toda espécie de mercancia, e vendê-las [...] Em suas diversas ocupações, nenhum particular, nenhuma associação tem o direito de incomodá-lo, ainda menos impedi-lo. Vale destacar que em março de 1791 são abolidas as corporações, e a liberdade total de empreender é consagrada, nenhuma autorização era mais necessária para abrir um negócio, uma indústria, etc.

de que os – novos – representantes da nação são, na ordem legislativa, o corpo de deputados; e, na ordem executiva, o rei²⁷. A subtração do legislativo ao executivo²⁸ obedecia à desconfiança dos constituintes em relação a este último: a qualquer tentativa do poder real tomar a dianteira sobre as atribuições da nação (representada na Assembleia). A separação dos poderes erige-se em anteparo do governo arbitrário e garantia dos direitos individuais: sem dúvidas, declara Montmorency, é importante não deixar nas mesmas mãos o poder executivo e o poder legislativo, pois nesse caso teremos o despotismo. Ou seja, o governo dos homens que passa por cima dos direitos individuais.

A separação dos poderes como garantia dos direitos individuais encontra eco em escritos de Montesquieu quando coloca tal princípio como condição da “liberdade política”. Este se confunde, cabe notar, com a segurança legal, que pode ser traduzida na tranquilidade proveniente da confiança de cada um na sua segurança; é o direito de fazer o que a lei permite. Em paralelo, a liberdade política diz respeito ao direito de se dizer o que pensa e de se escrever tudo o que a lei não proíbe (lembrando Voltaire) – sendo necessário para isso a divisão do poder. Quando legislativo e executivo se reúnem na mesma pessoa, afirma Montesquieu, não há liberdade. Essa dimensão da liberdade, individual/liberal, é contemplada, quase na íntegra, na declaração em questão, Artigo 11, que estabelece, ademais, a liberdade de pensamento, opinião, falar e escrever, tendo apenas como limite o que a lei determina como abuso desse direito.

Em relação ao Artigo 6 (o mais rousseauiano de todos) - a lei é a expressão da vontade geral - , cabe dizer que a intenção do comitê dos cinco não era reconhecer uma soberania indefinidamente legislativa, mas limitar o poder do legislador, cuja tarefa principal, como vimos, é reconhecer os direitos naturais, preexistentes, do homem. Esse dispositivo relaciona-se com o sistema representativo defendido por Sieyès: num grande povo, escreve o abade, a vontade geral deve ser a obra de um corpo de representantes escolhidos. Deste modo, contra o mito da vontade geral - que não se representa (Rousseau) -, a ideia predominante é a de transferir a vontade geral para a representação - baseada, por sua vez, na

²⁷ Artigos 3 e 4 da Constituição de 1791.

²⁸ O título III, capítulo III, Artigo 1º do texto de 1791 estipula que a Constituição delega exclusivamente ao corpo legislativo (a assembleia nacional) o poder de propor leis.

distinção e diferente influência entre cidadãos ativos e passivos (tal como praticada e defendida na época)²⁹.

Importa sublinhar que para o abade o termo república é sinônimo de democracia direta; a solução, portanto, encontra-se no governo representativo através do qual é investida a soberania. Ademais, diferentemente de Rousseau, Sieyès não é partidário do mandato imperativo, mas da independência dos deputados, que representam cada um a nação na sua totalidade, e não seus mandantes. Sem contar, ainda, a visão otimista e até elitista que tem da representação ao acreditar, lembrando Montesquieu, que os representantes nomeados são muito mais capacitados do que os eleitores para conhecer o interesse geral e interpretar sua própria vontade; eles faziam do governo uma profissão particular.

Os argumentos em favor do governo representativo permitem mostrar como paira no espírito de muitos constituintes franceses de Oitenta e Nove a ameaça ou temor pelo “despotismo da vontade geral” (Rousseau). A intervenção do deputado Barnave parece confirmar o temor pela soberania popular e, deste modo, a necessidade de se afirmar o princípio da representação: o povo é o soberano, porém os representantes são seus tutores; seguindo a mesma linha de fundamentação de Sieyès. Já Clermont-Tonnerre ia mais longe em defesa da representação ao afirmar: é talvez a mais engenhosa invenção política a de declarar soberana uma nação proibindo o uso de sua soberania; nisso radica o efeito da adoção de um sistema representativo (Rosanvallon, 2000: 14).

Como foi assinalado, o compromisso burguesia-aristocracia, que marca o início da revolução, parece acomodar-se no modelo seguido pela revolução inglesa. Assim, o chamado grupo dos *monarchiens* acredita que com a formação da Assembleia Nacional a revolução tinha acabado e que era necessário então moderar as paixões, conciliá-las com a monarquia,

²⁹ Pela lei do 22 de dezembro de 1789 os direitos políticos para a escolha dos representantes do novo órgão de governo, a Assembleia Legislativa, foram reservados a uma minoria de proprietários, dividida em três categorias, hierarquizadas, segundo a contribuição: os cidadãos actifs agrupados nas assembleias primárias; os électeurs, que formavam as assembleias eleitorais-departamentais, e os élus à assembleia legislativa. Em contrapartida, os cidadãos passifs ficaram excluídos do direito de sufrágio por não atingirem o censo exigido (o que representava cerca de 30% de todos os homens com mais de 25 anos). A constituição de 1791, segundo avaliações de especialistas (que podem ser deduzidas da limitação consagrada no artigo 2) deu o direito de sufrágio a quase 4 milhões e meio de pessoas para uma população estimada de 26 milhões de habitantes. Tal situação, porém, supera amplamente a de outros países na época (Inglaterra).

fixando-as numa constituição que garantiria o justo equilíbrio entre monarquia e direitos individuais. Na opinião dos *anglomanos*, tratava-se, portanto, de realizar uma reforma razoável das instituições e dos homens que, sob o comando de um monarca esclarecido, sejam responsáveis pela regeneração nacional.

Assim, o deputado Mounier ao defender que cabe ao monarca a plenitude do poder executivo - com direito de veto absoluto sobre as leis votadas pelo legislativo -, defende, ademais, uma separação rígida dos poderes - em favor do executivo -, assim como um sistema bicameral composto de uma câmara de representantes, escolhidos indiferentemente em todas as ordens, e de uma câmara alta, fortaleza da aristocracia, composta de membros de direito, escolhidos no seio do clero e da nobreza. Tal proposta é repelida pela Assembléia Nacional, que deseja livrar-se da nobreza. Não sem resistência do marquês de La Fayette, que procura conciliar no marco de uma monarquia constitucional a aristocracia fundiária e a burguesia de negócios.

Contudo, a posição que prevalece em relação ao modelo político a ser posto em prática é a do grupo dos *Feuilliants*³⁰, cuja atitude moderada pode ser ilustrada no famoso discurso, em julho de 1791, do deputado Barnave ao questionar - contra da *pousée démocratique* e o desejo *d'arrêter la révolution* - o seguinte: há que terminar a revolução ou recomeçá-la? Aqueles que querem ir mais longe crescentaria pelo ynte, aoadade:não será que querem acabar com a propriedade? Um passo adiante será ruim. Um passo mais na linha da liberdade será a destruição da realeza. Na linha da igualdade, a destruição da propriedade (Soboul, 2003:49).

A Constituição promulgada em setembro de 1791 limitou o poder do monarca: o novo regime, a monarquia constitucional, expressa não apenas os interesses dos mais abastados, mas também o da nação. A partir daí, o rei não é mais *Luís, pela Graça de Deus e do direito constitucional do Estado*, o rei dos franceses, agora, a fonte de todo o poder é a nação.

³⁰ O clube dos Feuilliants (nome do convento em que se reuniam) composto por Thouret, Sieyès, Barnave, Duport, etc, nasce da separação com o clube dos jacobins, quando do affaire du Champ-de-Mars (julho, 1791). A fuga do rei, Luís XVI (em junho do mesmo ano), a Varennes - onde foi logo, ali, detido e reconduzido com sua família a Paris - fez com que grupos mais radicais (jacobins e cordeliers) exigissem, na ocasião, a deposição do monarca e mediante uma outra petição - depositada na esplanada Champ-de-Mars - o julgamento do rei. Membros do clube dos Feuilliants defendem o monarca e, sob o comando do marquês de La Fayette (outro membro do grupo), as guardas nacionais se levantam e atiram contra os manifestantes.

A soberania, como entende Sieyès, sendo compreendida como direta e imediatamente inerente à nação, nela residindo a totalidade do poder: é ridículo, declara o abade, supor a nação submetida a formalidades, ela está na origem de toda legalidade.

Nesta linha de raciocínio, cabe a seguinte indagação: como a soberania pode ser compatível com a representação? A esse respeito, Sieyès acredita que a vontade da nação só pode dar-se através de uma assembleia representativa³¹. Tal princípio levando a uma concepção negativa da soberania, no sentido de que o poder não pertence a ninguém em particular. Ou, no entendimento de outros estudiosos, a adoção do princípio da representação implica o afastamento de qualquer ideal democrático, visto que ele procura separar a sociedade do Estado (Pertué, 1989: 331).

A intenção de Sieyès é enquadrar a soberania nacional no sistema representativo. O regime, por ele proposto, uma assembleia legislativa eleita e um monarca hereditário - enquanto chefe do executivo e co-legislador com direito de veto sobre as leis do legislativo³²-, procura, na verdade, combinar o poder da nação com o do rei, isto é, uma representação *morcelée* que traduz a ideia de um governo equilibrado. Tal proposta dando a ela, na visão de alguns, uma entonação demasiadamente moderada (burguesa), dando motivo à instauração de um regime mais radical (uma república mais igualitária).

Em relação ao caráter moderado da constituição de 1791, importa conhecer com mais detalhes a posição do abade (um dos principais redatores do texto), e isso com o intuito de mostrar que o famoso libelo do autor, *O que é o terceiro estado*, não é, como se acredita comumente, um modelo de radicalismo político³³; mas, pelo contrário, nele se delineia um liberalismo dos direitos individuais, cuja finalidade mais importante é a de colocar limites ao poder político.

³¹ O título II, capítulo III, Artigo 2, da constituição de 1791 estipula que A Nação, de quem unicamente emanam todos os Poderes, não pode exercê-los senão por delegação. - A Constituição francesa é representativa: os representantes são o corpo legislativo e o rei.

³² Apesar de Sieyès ser contrário ao veto real absoluto quanto suspensivo, a constituição de 1791 adota este último. O motivo pelo qual o abade opunha-se ao veto correspondia, principalmente, ao fato de que a totalidade da vontade geral e sua identificação completa estavam dadas à sua expressão representativa (na nação). Nesse contexto, o da formação da lei, o rei era tido como um indivíduo entre outros. Para o abade não podia haver nenhum tipo de exterioridade à nação em relação à representação.

³³ Tal radicalismo pode ser resumido, como vimos, na fórmula lapidar que figura em *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*: "Todo o poder à nação", que, na opinião de Arendt, faz com que ela se encontre em estado de natureza permanente.

Para Sieyès, a liberdade tem inimigos, sendo o mais perigoso aquele que provém dos funcionários que exercem alguma parte do poder soberano: que espetáculo!, escreve, quando um mandatário (o rei) volta-se contra seus cidadãos em armas, quando o poder que recebe para defendê-los o transforma em instrumento de opressão. Diante disso propõe uma “boa constituição dos poderes públicos”, única maneira, segundo o abade, de preservar os cidadãos desse perigo. Tal solução exige, por sua vez, uma limitação do poder legislativo:

Acho [escreve o abade] que o que deve chamar-se constituição não é uma maneira de ser da nação, ela pertence apenas ao governo. É o governo que é constituído e não a nação. Acho que o pouvoir constitué e o pouvoir constituant não podem ser confundidos. E, que o corpo dos representantes ordinários do povo, ou seja, aqueles que estão encarregados da legislação ordinária, não podem sem contradição e sem sensatez toucher à la constitution (grifo do autor) (Pasquino, 1993:72).

A fase moderada da revolução, inspirada nos princípios imortais, apesar de não abolir a realeza, lhe retirou o caráter sagrado ao fazer do executivo um funcionário submetido à lei. Como reza o dispositivo votado pela Assembleia em 1789, ratificado pela constituição de 1791: *não há autoridade superior à lei, o rei governa segundo os ditames da lei, e só em virtude da lei pode exigir obediência*. A submissão de toda autoridade à lei, defendida pelo grupo dos *Feulliants* (Sieyès, etc.), implica uma separação menos rígida dos poderes, porém suficiente para impedir o *governo de assembleia* (que será adotado pela convenção jacobina)³⁴. Vale lembrar que a maioria dos burgueses liberais não é democrata, mas devotos do constitucionalismo.

Devido então ao cenário de guerra externa, à tensão proveniente do levante dos camponeses da Vendéia, à reiterada insatisfação dos *sans-cullotes*, somado a sua vitória moral na batalha de Valmy (a revolução de 1792) – marcos históricos anteriormente detalhados –, a revolução francesa tomou um rumo radical não previsto pela Gironda, sob a liderança dos jacobinos, apoiada pelos *sans-cullotes*.

³⁴ É o que se depreende do importante discurso, diante da tribuna da assembleia, em agosto de 1791, de um membro do grupo, o deputado Thouret: quando a revolução acabou, quando do que se trata é de estabelecer uma Constituição da qual deve resultar um verdadeiro governo que dê um movimento eficaz e verdadeiro à organização política [...] entendemos ser um erro profundo tratar ainda o poder executivo como inimigo da coisa pública e da liberdade nacional. O poder executivo não é também o poder da nação emanando dela como o poder legislativo?

Vale destacar que a chamada *revolução de 1792*, seguindo François Furet, foi uma radicalização da primeira (1789), mais fiel ao objetivo emancipador daquela que a precedeu. Segundo também o entendimento de Hobsbawm e Soboul, a eclosão do conflito contra a Áustria e a Prússia, junto com a insurreição popular de agosto de 1792 (ligada a esse evento), deu lugar a uma “segunda revolução”.

A segunda fase da revolução é marcada pelos ideais inerentes ao jacobinismo robesperrista, dito maximalista³⁵, em que pode-se destacar a ambição inovadora que propunha em termos normativos ou, como entende o deputado montanhês Barère de Vieuzac em relação ao documento de Noventa e Três, a nova declaração deve consagrar as novas descobertas feitas no domínio dos direitos do homem.

Convém mostrar, a seguir, algumas medidas adotadas pelos jacobinos em nível político e social. No entanto, tem-se em mente que a preocupação de Robespierre dá-se sobretudo, neste segundo nível, em torno do problema da igualdade – e não consiste em encontrar a melhor forma de governo: República? Monarquia? Escreve o dirigente jacobino, não conheço outra coisa senão a questão social. Assim, a principal tarefa do dirigente revolucionário parece ser a da efetivação da assertiva no Contrato social, segundo a qual só pode ser democrática a sociedade onde não há ninguém tão pobre que tenha necessidade de se vender e ninguém tão rico que possa comprar alguém.

Segundo o montanhês Robespierre, nas *Lettres à ses commettants* em 30 de setembro de 1792, os “falsos patriotas girondinos”, nos seguintes termos: desejam construir a república apenas para si mesmos, só pretendem governar no interesse dos mais ricos; contrariamente aos verdadeiros patriotas que procuram fundar uma república sobre os princípios da igualdade e do interesse geral.

Como vimos, o maximalismo jacobino adotou diversas e importantes medidas a fim de promover a igualdade econômica e também a ampla participação política, como, por exemplo, no plano econômico, a aprovação da Lei do Máximo, e, no plano político, a ampliação do voto a todo cidadão

³⁵ O chamado jacobinismo maximalista corresponde ao período 1792-93 (à diferença do moderado do início da Revolução, e do tirânico: o governo de salvação pública ou Terror).

maior de vinte e um anos – mudança também em absoluto contraste com os ideais pregados na primeira fase da revolução, uma vez que nela acreditava-se que a participação política devia ser restrita aos mais esclarecidos, os quais representariam a vontade do povo.

2.2. Princípios radicais de 1793

O democratismo robesperrista se estende à declaração de direitos de Noventa e Três, a chamada declaração jacobina - na qual o dirigente teve destacada atuação. Assim, em relação ao Artigo 4 (o mais rousseauiano de todos)- a lei é a expressão livre e solene da vontade geral - importa dizer que assume um viés marcadamente voluntarista, político, que dá margem a uma ampla intervenção do poder do legislador. Ademais, o dispositivo em questão não procura limitar o poder político através da representação (Sieyès) -, mas, pelo contrário, exaltá-lo, em toda sua plenitude, ao acreditar que a lei é revestida de uma majestade particular. Na opinião do antropólogo Pierre Legendre, trata-se do culto à lei: a vontade geral sendo capaz de estabelecer uma única verdade incumbindo ao legislador descobrir e realizar o interesse geral. A propósito, cabe lembrar mais uma vez a opinião de Robespierre, quando em maio de 1793 ressalta o aspecto popular da vontade geral nos seguintes termos: “quando ela tem por princípio o interesse público, tem o apoio do próprio povo, e sua força é a força de todos os cidadãos dos quais é obra e propriedade”.

A declaração de 1793 (em relação a sua homóloga de 1789) dá à soberania uma interpretação diferente, mais radical ou popular. Assim, o Artigo 25, a soberania reside no povo, resulta de que é o povo o centro e a origem de todos os poderes; de acordo com o Artigo 26, é o povo quem expressa a vontade - soberana; e, segundo o Artigo 28, é o povo que faz a constituição³⁶. Quanto ao poder dos representantes, ele é reduzido a uma “simples” faculdade de administração. Os representantes, conforme os Artigos 29 e 31 da declaração, são meros mandatários; e, segundo o Artigo 30 e 31, suas funções são temporárias e jamais podem ficar impunes a seus

³⁶ Em relação ao Artigo 28: Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua constituição, deputados mais moderados (Pelet de la Lozère, etc) sugerem várias correções, com base no argumento de que a revisão da constituição - pelo povo - implicava uma total ausência de garantia; que um dos maiores perigos enfrentados pela constituição era o de não ter nenhuma instituição protetora que a coloque ao abrigo das inovações dos legisladores (Gauchet, 1995: 128).

crimes. Já o Artigo 35 dispõe sobre o direito de insurreição do povo quando o governo viola seus direitos (visto que os mandatários que atentam contra a liberdade, a segurança ou a dignidade de uma parcela do povo podem ser culpados de rebelião). Tais dispositivos constituem eco das propostas e comentários do Incorruptível sobre as vantagens da democracia direta e sua profunda desconfiança em relação aos representantes.

Quanto à omissão do princípio da separação dos poderes no documento de Noventa e Três, pode-se afirmar que, sendo o povo o centro e a origem de todos os poderes, a consagração desse axioma podia dar lugar a equívocos. De fato, a oposição de Robespierre à sua inclusão atende (como ocorre em Rousseau) à preocupação em não confundir a soberania como princípio e a soberania como objeto³⁷, ou seja, as partes com a emanção da soberania. Em suma: em não deixar dúvidas sobre a atividade primordial do soberano, que é fazer a lei com a prática governamental que incorpora o princípio da separação dos poderes - aliás, previsto na constituição de 1793 (artigos 53 e 62).

A crítica de Robespierre ao “despotismo da representação”, assim como a omissão da separação dos poderes e a afirmação da soberania popular inscrevem-se no chamado modelo democrático de Rousseau; e isso se dá em contraposição ao modelo montesquiano, que incorpora, positivamente, ambos os princípios: a representação e a separação dos poderes (como mostra o documento de 1789). Dos principais enunciados da declaração de 1793 resulta que a intenção de Robespierre e de seus seguidores era a de aprofundar a democracia; esse objetivo traz consigo uma nova concepção da liberdade - a jacobina:

Em lugar de uma liberdade negativa que não assinala ao homem nenhum fim, uma liberdade suspensa à ação virtuosa. Em lugar da livre associação de indivíduos independentes, anteriormente a toda sociedade, um laço social que manifesta em todas as partes e para sempre sua preeminência sobre as individualidades. Em lugar da liberdade dos modernos, a liberdade militante e mobilizada

³⁷ Rousseau rejeita a ideia de que possam coexistir diferentes poderes iguais e autônomos. Longe de admitir a pluralidade dos poderes, empenha-se em demonstrar a unidade do poder. Assim, no Contrato afirma que a soberania é indivisível e que os políticos cometem um erro na medida em que não conseguem dividi-la no seu princípio, mas sim no seu objeto (legislativa e executiva). Esse erro, acrescenta, provém de não se terem formado conceitos exatos da autoridade soberana, e de se terem tomado como partes dessa autoridade as que só são emanções da mesma.

dos antigos. Aqui balança todo o individualismo dos direitos do homem. É necessário reconhecer aos Jacobinos a coerência. Se eles continuaram a evocar a liberdade em formulas paradoxais e exaltadas [o "despotismo da liberdade"] eles não escondiam o reino do extraordinário. Eles opunham a liberdade da constituição à liberdade da Revolução: "a constituição, diz Saint-Just, é o reino da liberdade vitoriosa e passível. A revolução é a guerra da liberdade contra seus inimigos" (Ozouf, 1988: 772).

Ademais, em relação à liberdade individual cabe dizer que existem diferenças entre o documento de 93 e o texto de 89. A definição robesperrista da mesma não se limita a dizer que ela é o direito de fazer tudo o que não prejudica a outrem, ou seja, um direito - quase absoluto - sem contrapartida; mas, conforme o Artigo 6 da declaração de Noventa e Três, que esse direito consiste no poder pertencente ao homem de fazer tudo o que não prejudica os direitos alheios [tendo] por regra a justiça, a qual, por sua vez, conforme o Artigo 4, é estabelecida pela lei - que ordena sempre o que é útil à sociedade.

Dessa maneira, a liberdade individual não é tida como um direito à indiferença, ao egoísmo, à solidão. A expressão não prejudicar a outrem, em perspectiva robesperrista, implica que se faça uso justo e legítimo da liberdade. Ou seja, a liberdade, apesar de ser um direito individual, deve estar em conformidade com o todo: ela não consiste em cada um se desenvolver separadamente em relação a seus semelhantes, mas sim na possibilidade oferecida a cada um de se desenvolver atuando no desenvolvimento de todos. De fato, Robespierre parece preocupar-se com os limites da liberdade individual, cujo princípio não condena. Sua crítica é que os constituintes de 89 omitem em mencionar as obrigações que limitam o uso da liberdade. Sua intenção, com o apelo constante à justiça, não seria senão, como opinam alguns comentadores, estabelecer uma declaração de deveres, e não uma declaração de direitos³⁸.

A propósito, o problema da liberdade, em perspectiva robesperriana, não é o de saber até que ponto o governo pode intervir na minha conduta (1789); mas o de saber por quem sou governado (1793)? Resposta: sou

³⁸ Segundo o projeto de Robespierre: A liberdade é o poder que pertence ao homem de exercer, a seu agrado, todas as faculdades. Ela tem a justiça como regra, os direitos de outrem como limites, a natureza por princípio, e a lei como salvaguarda.

livre na medida em que obedeço à lei que prescrevo a mim mesmo. O desejo de ser governado, isto é, de participar do processo através do qual minha vida deve ser controlada é mais relevante de que o desejo de cada um ter uma área livre para a ação individual. Trata-se da concepção rousseauiana, democrática, da liberdade - em contraste com a visão lockeana, liberal, da mesma.

A declaração jacobina não enfatiza apenas a igualdade político-participativa, mas também a igualdade social. Assim, no tocante à liberdade de empreender, Artigo 16, todo cidadão pode fruir e dispor de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de sua indústria, deve ser compreendida no contexto do ideal igualitário dos jacobinos. A reforma agrária por eles preconizada sendo compatível com as aspirações dos pequenos produtores independentes - que sem questionarem a propriedade individual defendem, no entanto, limites necessários a ela. Vale lembrar, também, que os jacobinos subordinam o direito de propriedade ao direito de existir, como se depreende da ideia defendida pelo deputado montanhês, Charles Gilbert Romme, que, no seu projeto de declaração, prevê a sujeição da propriedade ao direito de sobrevivência nos seguintes termos: os homens, ao receberem a vida, declara, recebem todos um direito igual para conservá-la. Tal enunciado fazendo eco da máxima jacobina segundo a qual tudo o que é necessário à manutenção da vida deve ser bem comum - já o supérfluo só pode ser reconhecido como propriedade privada.

Em igual sentido, o projeto de declaração de Robespierre, que, desde o início, dá a entender implicitamente a sujeição de todos os direitos, em particular o direito de propriedade, ao direito de sobreviver, como resulta do Artigo 2: os principais direitos do homem são aqueles relativos à conservação da sua existência; por sua vez, o Artigo 6 define a propriedade como o direito que cada cidadão tem de gozar e de dispor da porção dos bens que lhe é garantida pela lei; e o Artigo 7 dispõe que o direito de propriedade é limitado, como todos os outros, pela obrigação de respeitar os direitos de outrem.

Da leitura desses dispositivos do projeto resulta, então, que a propriedade não é um direito natural, inviolável, sagrado, mas uma instituição social, uma convenção entre os homens, que a lei protege, mas

que a lei pode, se for necessário, mudar os termos. Ou seja, que o direito de propriedade é um direito social ligado à consecução de outros direitos, assim como à obtenção da justiça. A concepção do dirigente jacobino em relação ao direito em questão corresponde à doutrina segundo a qual a propriedade não precede o Estado, mas o Estado à propriedade (aliás, como acredita Rousseau). Esse entendimento encontra respaldo, também, naquela máxima de que é “a sociedade que precede o indivíduo”, que são seus membros, de modo que a disposição sobre os bens implica a efetivação de um direito originariamente tido pela coletividade - sobre os mesmos. Dessa perspectiva, o Estado é um mediador que intervém entre a sociedade e os particulares: protege os direitos dos indivíduos, ao mesmo tempo em que garante os direitos orientados para o bem da sociedade.

As propostas de Robespierre em relação à propriedade visam, sobretudo, a constituição de uma sociedade mais igualitária - formada de pequenos proprietários. As medidas por ele defendidas em favor da igualdade incluem, ademais, uma condenação à escravidão - uma “forma de propriedade contrária à igualdade dos homens”, assim como o estabelecimento de um sistema de imposto progressivo sobre os ingressos, e, também, o reconhecimento de alguns “direitos” econômicos e sociais - retomados pela declaração de 1793³⁹.

A consagração desses “direitos” implica reconhecer a existência de uma dívida da sociedade em relação a seus membros, e isso como contrapartida lógica dos deveres dos indivíduos para com a sociedade. Ou seja, se cada um deve usar seus direitos, conforme reza o Artigo 1º da declaração de 1793, em vista da felicidade comum, cada um deve receber os meios necessários que lhe permitam agir em conformidade com esse princípio. Dessa concepção igualitarista da felicidade resulta, segundo palavras de Robespierre, que o governo “deve estar submetido à mais santa de todas as leis: a salvação do povo”, e ao mais inquestionável de todos os títulos: a necessidade. A urgência de se erradicar a pobreza, a miséria ou, segundo o manifesto do *sans-culottisme* de novembro de 1793, de se obter o *bonheur du peuple* não consiste senão em assegurar

³⁹ Artigo 21 da declaração de 1793: A assistência pública é uma dívida sagrada. A sociedade deve sustentar os cidadãos infelizes, dando-lhes trabalho, ou assegurando os meios de subsistência aos que não estejam em condições de trabalhar. E os infelizes, dando-lhes trabalho, ou assegurando os meios de subsistência. Artigo 22: A instrução é uma necessidade de todos. A sociedade deve favorecer, com todos seus poderes, os progressos da instrução pública, bem como pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos (ambos, com nuances, previstos na declaração de 1791).

certos direitos que permitam a sobrevivência. Esse igualitarismo, baseado na necessidade – urgente – do povo, contribuindo, na opinião de vários historiadores, a desencadear o Terror.

Pode-se afirmar que os direitos enunciados em Noventa e Três obedecem a um encadeamento da luta social sobre as conquistas políticas; ou seja, obtida a igualdade política, o desejo mais natural era a conquista da igualdade de fato. A esse respeito se posicionaram alguns membros da convenção na época:

Nada caracteriza melhor a democracia que a tendência para a igualdade, bem como as paixões e mesmo as violências para operá-la [...] A igualdade política estabelecida, os pobres sentem rapidamente que ela é fraca pela igualdade das fortunas, e, como igualdade é independência, eles se indignam e se amargam contra os homens de quem dependem pelas suas necessidades; eles exigem a igualdade de fortunas (Gauchet, 1989: 212).

A relevância que os jacobinos dão ao documento de 93 pode ser resumida na frase de seu principal dirigente: “a declaração dos direitos do homem e do cidadão será colocada no lugar mais aparente dos locais onde as autoridades constituídas realizam suas sessões, será pomposamente exaltada em todas as cerimônias públicas; será o primeiro objeto da instrução pública” (Robespierre, 1999: 112). A divulgação da declaração contribui, assim, para difundir a ideia de uma sociedade mais igualitária; isso se evidencia sem se desconsiderar o objetivo específico, oportunista, do principal dirigente jacobino que era o de obter o apoio da *sans-culotterie* – que exigia melhores condições materiais:

O igualitarismo constitui o traço essencial [dos sans-culottes]. Ao direito total de propriedade, gerador de desigualdade, os sans-culottes o baseiam no trabalho pessoal. Eles se atêm aos ricos e aos opulentos [exigem] à Convenção não apenas que fixe “os lucros da indústria e os benefícios do comércio” pela taxaçoão geral, mas também que imponha um maximum às fortunas e “que o mesmo indivíduo não possa possuir senão um maximum”. Qual seria ele? Corresponderia à pequena propriedade artesanal e comercial: “que ninguém possa ter mais que uma oficina, mais que uma loja”. Essas medidas radicais “fariam desaparecer pouco a pouco a imensa desigualdade das fortunas e crescer o número dos proprietários”.

Ademais, do ponto de vista político, exige que a soberania resida no povo:

[...] desse princípio deriva todo o comportamento político dos militantes populares, tratando-se, lá para eles, não de uma abstração, mas da realidade concreta do povo reunido em suas assembléias de seção e exercendo a totalidade de seus direitos; os mais conscientes tendiam para o governo direto. Em matéria legislativa, reivindicavam e praticavam na oportunidade a sanção das leis pelo povo. Desconfiando do sistema representativo, reclamavam o controle e a revogabilidade dos eleitos. Soberano legislador, o povo é também soberano juiz [os tribunais populares]. A força das armas constituía, enfim, um atributo essencial da soberania: o povo só pode estar armado [...] O povo em armas e retomando o exercício de seus direitos pela insurreição: aplicação extrema do princípio da soberania popular (Soboul, 2003: 64-65).

No entanto, como vimos na narração dos fatos históricos, a experiência jacobina viveu momentos bastante sombrios nos quais a liberdade individual foi sufocada em detrimento da construção de uma sociedade de cidadãos virtuosos, a qual implicava na eliminação de todos aqueles em desacordo com o projeto. Assim, trata-se de uma experiência que, além dos generosos princípios democráticos e igualitários, deu mostras também de um forte radicalismo, sobretudo, em nível político, que, levado ao paroxismo tornou-se despótico.

A propósito, duas frases de forte impacto retórico ilustram o – novo – viés tirânico do regime: é pela violência, declara o dirigente dos *sans-culottes* Marat, que se chega à liberdade; o momento requer a organização do despotismo da liberdade. Por sua vez, Robespierre sentencia: a mola do governo popular, na paz, é a virtude, na revolução é ao mesmo tempo a virtude e o terror. A virtude, acrescenta, sem a qual o terror é funesto, o terror sem o qual a virtude é impotente. E arremata: há que domar, pelo terror, os inimigos da liberdade, o governo da revolução é o despotismo da liberdade⁴⁰.

Dessas pequenas frases se depreende que o governo revolucionário, o regime do Terror, é um governo de guerra. A revolução, parafraseando mais uma vez Robespierre, é a guerra da liberdade contra seus inimigos (externos e internos); seu alvo, o inimigo vencido, é consolidar uma

⁴⁰ Palavras que lembram a posição de um dos personagens do romance *Esau e Jacó* de Machado de Assis, o republicano Paulo: “o dia da opressão é a véspera da liberdade” - contrariamente à posição do monarquista Pedro: “oh, liberdade, quantos crimes em teu nome se cometeram!”.

república-democrática, cuja virtude é retoricamente apresentada como anteparo do despotismo da liberdade (o governo revolucionário).

Assim, o regime do Terror identifica-se com a assustadora vontade popular, e isso se dá porque se funda na ideia de que o povo francês manifesta sua vontade e de que todos, em posição contrária, se encontram fora de sua soberania; que todos, fora de sua soberania, se tornam inimigos; entre o povo e seus inimigos não há nada em comum, exceto a força. Com tal pressuposto fica claro que não há como recorrer à instância mais alta que o soberano e, se esse soberano é identificado com o povo, faz com que certas pessoas ou grupos sejam declarados “estrangeiros” (inimigos).

O jacobinismo é uma experiência de “predileções diversas” dentre as quais cabe destacar: a figura central da autoridade pública soberana e indivisível; a vocação do Estado em transformar a sociedade; a regeneração dos indivíduos através da escola republicana, etc. Os eventos desta fase, tais como a criação do Comitê de Segurança Geral, do Tribunal Revolucionário de Paris, a Lei dos Suspeitos e a política de descristianização, dentre outros, elucidam o viés despótico que ela adota (o Terror), assim como a ambição fundadora da ideologia jacobina, o *democratismo*, uma república-democrática de cidadãos virtuosos: o Terror, declara Robespierre no início de 1794, não é senão uma emanção da virtude; é menos um princípio particular do que uma consequência do princípio geral da democracia aplicada às prementes necessidades da pátria (Robespierre, 1999: 149).

Nesse contexto – adverso – a atuação do comitê consiste na efetivação de um governo revolucionário, isto é, um regime de exceção em que a força substitui o direito. Um regime que dá mostras, em termos maquiavelianos, da distância que existe entre os tempos ordinários e os extraordinários, que leva à suspensão ou supressão do direito em nome da *razão de estado*. Assim, por exemplo, quando Robespierre afirma, diante da convenção, que sob o regime constitucional é suficiente proteger os indivíduos contra os abusos do poder público, mas, sob o regime revolucionário, é o poder público que está obrigado a se proteger contra todas as facções que o atacam. E questiona: o governo revolucionário que deve ser mais ativo e livre que o governo ordinário, será por isso menos justo e menos legítimo? Não, responde, ele se apóia na mais santa de todas as leis: a salvação do povo (Robespierre, 1999: 118 e 131). Um argumento fundado

na máxima *salus populi suprema lex*, aos olhos do principal dirigente jacobino, “autorizando” a aplicação de duras medidas que caracterizam o regime do Terror (prisões e execuções arbitrárias, censura à imprensa, etc.).

O jacobinismo, no entanto, além de ser um regime de exceção (o despotismo da liberdade), confunde-se também com uma ambição fundadora em nível político e moral. A esse respeito sublinham alguns estudiosos: o objetivo do jacobinismo não é conservar a república, mas fundá-la afastando-a de seus inimigos pelo Terror. Daí, acrescentam, sua superioridade ou independência em relação à lei, sua suspensão provisória; e, para além da salvação pública, sua exigência superior de fundar a sociedade sobre a virtude dos cidadãos. Ou no entendimento de outros, a república jacobina não é apenas um instrumento para ganhar guerras, mas um ideal que tem como propósito instaurar o terrível e glorioso reino da justiça e da virtude depois de haver liquidado os traidores. Enquanto teoria e prática do governo revolucionário, o jacobinismo é uma ideologia derivada do rousseaunismo: ele não é apenas uma técnica política, mas também um temperamento ou inclinação ideológica, etc.

Esses comentários sobre o jacobinismo parecem encontrar eco em discursos de Robespierre quando, em fevereiro de 1794, em pleno período do Terror, expõe, diante dos membros da convenção, os princípios que devem nortear a república-democrática, assumindo o Incorruptível o papel de enunciar em nome do povo os verdadeiros princípios que devem nortear a república-democrática e o cidadão virtuoso. A atitude de Robespierre revela o entendimento do próprio de que “há que traduzir, esclarecer o que o povo quer, mas que nem sempre vê”, ou seja, entende que a democracia deve ser dirigida e não confiada a espontaneidade revolucionária das massas.

Também merece ser destacado do discurso o fato de que a ideologia jacobina, baseada na virtude republicana, apresenta-se como *iliberal*. De fato, em relação a uma das predileções do jacobinismo - a regeneração dos indivíduos através da escola republicana⁴¹ - cabe dizer que ela se deu, como

⁴¹ Sobre a “regeneração republicana”, Robespierre compartilha de um projeto da época segundo o qual a criança de cinco anos, formada pela influência familiar, apresenta maus hábitos que era necessário eliminar. Através do uso da coação, dois instrumentos da regeneração eram previstos: o internato, que criava um ambiente artificial, rigorosamente fechado às influências de fora; e a obrigação de toda criança de submeter-se a ele. Prevvia, ademais, uma regra minuciosa do uso completo do tempo no qual o exercício, o entretenimento,

defende Robespierre, através da ação radical do governo revolucionário. Nesse sentido, papel importante foi desempenhado pela educação, pela “religião civil” (Rousseau), como meio de regeneração da totalidade do povo, fazendo com que a experiência jacobina se torne totalitária - absoluta.

O princípio fundamental ou mola propulsora do governo popular ou democrático, a virtude, não se apresenta, então, como anteparo/garantia do governo despótico, mas supõe medidas contrárias aos direitos e liberdades individuais. A tensão entre o público e privado sob o signo da desvalorização deste último sendo um elemento-chave da experiência jacobina. O discurso do culto republicano - da regeneração do homem em cidadão - não é senão que o intento de racionalizar a esfera pública na esfera privada. Tal entendimento confirma o temor, destacado no início, de pensadores de extração ideológica liberal, segundo o qual a ideologia democratista do jacobinismo é *antiliberal* ou *iliberal*, visto que se assenta num racionalismo construtivista que, em termos políticos, leva ao triunfo dos poderes ilimitados da maioria em detrimento da minoria.

O jacobinismo, como regeneração republicana, seria *iliberal* pelo fato de que a liberdade fica sujeita a uma virtude coletiva, isto é, a uma virtude do sacrifício, da abnegação ou contenção total dos interesses individuais em favor do bem de todos. Nesse contexto, o da regeneração republicana, a liberdade individual, em vez de contribuir para o desenvolvimento da virtude, apresenta-se como obstáculo ou empecilho à realização da mesma. A virtude republicana, a “mobilização dos estímulos morais” (Habermas), a “promoção do bem comum” (Gauchet) exigindo, em perspectiva jacobina, um forte dirigismo, uma ampla intervenção do Estado na esfera privada dos indivíduos que não deixa margem a qualquer desvio. Assim, a liberdade

o vestuário, a comida e até o sono não era deixados ao acaso. Baseado no modelo de Esparta, a consecução do projeto era o preço a ser pago por uma regeneração total, à qual se chega como resultado de um arquétipo republicano (Ozouf, 1988: 826-827). Cabe dizer, em relação ao modelo espartano, que a educação rigorosa que ele previa fazia com que ninguém fosse livre, com que ninguém pudesse viver a seu bel-prazer. O legislador ateniense Licurgo, por exemplo, habituava os cidadãos a não terem nem desejo nem capacidade para fazer vida privada, levava-os a se consagrarem à comunidade, libertando-os do culto do eu pessoal, para pertencerem inteiramente à pátria (Jaeger, 2001:113). Sempre em relação à regeneração republicana, quando Robespierre defende o culto ao Ser supremo oscila entre duas ideias: de um lado, fortalecer a religião republicana, que faz manter um sentimento vivo no coração do povo e, de outro lado, criar um homem novo. Em relação a esse último propósito, o Incorruptível afirma: “A ideia do Ser supremo e da imortalidade da alma é um chamado contínuo à justiça; ela é social e republicana [...] A tarefa da sociedade é a de criar no homem, para os assuntos morais, um instinto rápido que, sem o auxílio atrasado do raciocínio, o leva a fazer o bem e a evitar o mal” (Robespierre, 1912-1967 apud Jaume, 1987: 241).

individual pode ser posta de lado ou em segundo plano na medida em que constitui um freio ao sublime objetivo da revolução: a república-democrática de cidadãos virtuosos, que implica:

[...] ao mesmo tempo o princípio da conduta cívica em vista do interesse geral, e a regra que deve dirigir os costumes e os pensamentos, bem como a vida econômica. Referindo-se para isso a Rousseau, os Jacobinos se deram os meios de submeter à esfera privada e à esfera pública as mesmas exigências, ou seja, de submeter a primeira à segunda (Jaume, 1987: 234).

Para concluir, pode-se dizer do retórico e inflamado discurso de Robespierre, em prol de uma exigente democracia participativa e igualitária, que ele deixa uma marca (além das circunstâncias que o animam) na trajetória do pensamento político e normativo dos direitos humanos, a qual pode ser resumida nos seguintes termos: para construir uma nova ordem social e política o duro preço a ser pago é o sacrifício da liberdade individual em favor da liberdade e igualdade de todos.

3. CONCLUSÃO

Na produção deste artigo, procuramos mostrar, no primeiro momento, a partir da narrativa histórica, os desdobramentos iniciais da revolução francesa (fase moderada e fase radical) e, no segundo momento, como essa mudança se reflete em nível normativo, isto é, o conteúdo ideológico que transpassa, marca, cada uma das declarações (1789 e 1793), evidenciando no que se aproximam e no que divergem.

Essa leitura comparativa de ambos – os fatos históricos e as declarações – nos permitindo observar o fato de os direitos humanos pertencerem a uma daquelas noções que suscetíveis de serem historicamente situadas, filosoficamente pensadas, social e politicamente praticadas, juridicamente concretizadas e que, por fim, podem também ser polemizadas ideologicamente.

Busca-se compreender, portanto, os direitos humanos como um dado histórico, contingente, ambíguo e instável, sujeito a clivagens ideológicas que rivalizam entre si em função das circunstâncias e que levam os próprios atos de padronização ou mensuração de seus conceitos a se tornarem

matéria de disputa. A sua zona de indefinição confirmando a assertiva nietzschiana de que “não é definível o que tem história”. Em outras palavras, os conceitos estudados (liberdade, igualdade, propriedade) não são suscetíveis de definições, ao passo que acumulam uma variedade de significados e que, somente quando inseridos no plano fático, histórico, nas tensões concretas da realidade, podem encontrar seu alcance; jamais pairando, in vacuo, no céu tranquilo das ideias.

Abstract: Discourses on the historical events of the French Revolution, highlighting key moments. Analyzes the ideologies inherent in each moment of the revolution, entering the notions of liberalism - which emphasizes individual liberties -; and democracy - which emphasizes political participation; at first, the value of liberty being above equality; at second, the value of equality above liberty.

Key Words: french revolution, declaration of the rights of man and citizen, liberalism and democracy.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDE, H. *Essai sur la révolution*. Trad.do inglês M.Chrestien. Paris: Gallimard, 1967.
- BARTHES, R. *Mitologias*. Trad.R.Buongermino; P.Souza; R.Janowitz. Rio de Janeiro: Difel, 2006.
- BOFFA, M. *Emigrés*. In: FURET, F.; OZOUF, M. *Dictionnaire critique de la révolution française*, ed.cit., p.346-354.
- CLAVREUL, C. *Sieyès et la genèse de la représentation moderne*. *Droits*, Paris, n.6, p.45-56, 1987.
- FURET, A. *A revolução em debate*. Trad.R.C.Prates e Silva. São Paulo: EDUSC, 2001.
- GAUCHET, M. *La révolution des droits de l'homme*. Paris: Gallimard, 1989.
- _____. *La révolution des pouvoirs: la souveraineté, le peuple et la representation 1789-1799*. Paris: Gallimard, 1995.
- HABERMAS, J. *Teoría y praxis: estudios de filosofia moral*. Trad.S.Más Torres e C.Moya Espí. Madrid: Tecnos, 1990.
- HOBBSAWM, E.J. *A revolução francesa*. Trad.M.T.Lopes Teixeira e M.Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- JAEGER, W. *Paidéia: a formação do homem grego*. Trad.A.M.Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

-
- JAUME, L. Le public et le privé chez les jacobins (1789-1794). *Revue française de science politique*, Paris, n. 2, p. 220-248, 1987.
- OZOUF, M. Régénération. In: FURET, F.; OZOUF, M. *Dictionnaire critique de la révolution française*, ed. cit., p.821-830.
- _____. Liberté. In: FURET, F.; OZOUF, M. *Dictionnaire critique de la révolution française*, ed.cit, p.763-774.
- PASQUINO, P. Le republicanisme de E.Sieyès. *Droits*, Paris, n.17, p.67-77, 1993.
- PERTUÉ, M. Déclarations des droit de l’homme et du citoyen: 1789, 1793, an III. In: SOBOUL, A. *Dictionnaire historique de la révolution française*, ed.cit, p.330-333.
- ROBESPIERRE, M. *Discursos e relatórios na convenção*. Trad.M.E.Franco Martins. Rio de Janeiro: EDUERJ/Contraponto, 1999.
- ROSANVALLON, P. *La démocratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple en France*. Paris: Gallimard, 2000.
- SOULIER, G. *Nos droits face à l’État*. Paris. Seuil, 1981.
- SOBOUL, A. *História da revolução francesa*. Trad.H.Pólvora. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974.
- _____. *A revolução francesa*. Trad.R.Roque da Silva. Rio de Janeiro: Diffel, 2003.
- VOVELLE, M. *Jacobinos e jacobinismo*. Trad.V.Ribeiro. São Paulo: EDUSC, 2000.
- _____. *A revolução francesa: explicada à minha neta*. Trad.F.Santos. São Paulo: EDUSC, 2007.

CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E OS DIREITOS DO IDOSO

Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Associado de Direito Civil da UERJ e Professor Permanente do PPGD da UNESA. Desembargador Federal do TRF da 2a. Região. Conselheiro do CNJ.

Álvaro Andrade Antunes Melo - Membro do Grupo de Pesquisa do PIBIC/UERJ

Marina de Almeida Gussem - Membro do Grupo de Pesquisa do PIBIC/UERJ

Resumo: O artigo objetiva proceder à análise do tema referente aos contratos de plano de saúde e a função social do contrato. Busca-se desenvolver argumentos científicos e parâmetros que permitam solucionar as questões polêmicas.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Função social do contrato. Vulnerabilidade do idoso.

1- INTRODUÇÃO

É evidente a íntima ligação entre a necessidade de se garantir o equilíbrio nas relações contratuais estabelecidas com planos de saúde e a concretização dos direitos fundamentais do idoso. Imprescindível se faz observar que o idoso beneficiário de plano de saúde se mostra duplamente vulnerável perante a seguradora ou operadora. Primeiramente, em razão das dificuldades físicas e psicológicas naturalmente enfrentadas pela idade avançada. Por outro lado, também não se pode deixar de ressaltar que,

como consumidor e aderente, o idoso se mostra novamente vulnerável, levando em consideração sua hipossuficiência técnica, caracterizada pela falta de conhecimento especializado sobre os serviços contratados, sobre os medicamentos e procedimentos necessários para manutenção de sua saúde.

Nesse sentido, conforme se pretende demonstrar no presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro, para efetiva concretização das normas extraídas da Constituição Federal, demandou grau de especialidade cada vez maior quanto à legislação a reger os contratos de plano de saúde e as questões envolvendo a figura do idoso. Atualmente, dispõem simultaneamente sobre o referido tema o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 9.656/98, assim como o Estatuto do Idoso e as Resoluções Normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Diante da pluralidade normativa, os antigos critérios que levavam em conta a cronologia, a especialidade e a hierarquia das normas para resolução de antinomias se tornaram insuficientes e ultrapassados, sendo necessária, para verdadeira efetividade da ordem constitucional brasileira, a compreensão e o uso da técnica denominada "diálogo das fontes", sobre a qual se destacam as valiosas noções apresentadas pela Professora Cláudia Lima Marques. Entende-se o termo em questão pela necessidade de se extrair uma interpretação harmônica para aplicação simultânea das leis que regem determinado tema. O que se busca é que a aplicação de uma das leis não exclua a aplicação de outra, mas que, pelo contrário, complemente e endosse o sentido de suas normas, objetivando sempre a concretização dos princípios constitucionais da solidariedade e da função social do contrato para promoção do melhor interesse do idoso em equilíbrio com a manutenção das seguradoras e operadoras de planos de saúde.

Merece ainda atenção especial a Lei 9.961/2000 que, como desdobramento da Lei 9.656/98, criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar. A ANS foi denominada a agência reguladora responsável pelo controle e pela fiscalização da atuação das seguradoras e operadoras de planos de saúde. Para desenvolvimento do tema, faz-se necessário entender o sentido do surgimento da referida agência reguladora, a fim de que se compreenda o seu importante desempenho em relação à proteção da figura do beneficiário idoso.

Finalmente, cumpre ressaltar que a análise da relação entre contratos de planos de saúde e os direitos do idoso deve ser feita à luz do princípio da função social do contrato. Sendo assim, imprescindível entender a razão de ser de um contrato de assistência à saúde e seu objetivo maior de viabilizar o acesso aos procedimentos e medicamentos necessários para manutenção da saúde do beneficiário.

2- BREVE EXPOSIÇÃO DA LEGISLAÇÃO SOBRE OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Em um primeiro momento, as relações entre beneficiários e seguradoras de planos de saúde foram regidas pelo Código Civil de 1916. Mencionado diploma legal, porém, sob forte influência da corrente liberal, supervalorizava aspectos patrimoniais e a autonomia da vontade, permitindo com que se consagrasse no ordenamento brasileiro a famosa premissa do Código Civil Francês de que o contrato fazia lei entre as partes, sendo ignorada, no entanto, a existência de eventuais desequilíbrios permeando certas relações contratuais.

Em 1988, o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um viés mais existencialista, consagrando como valor maior a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, embora preveja como dever dos entes federativos a promoção do direito fundamental à saúde através do Sistema Único de Saúde nos moldes de seu artigo 200, reconhece as limitações do sistema público, de modo a expressamente mencionar, em seu artigo 199, a livre iniciativa privada em relação à assistência à saúde. Depreende-se, portanto, que o fundamento para a existência de pessoas jurídicas de direito privado voltadas à finalidade de operar planos de assistência à saúde é extraído da própria ordem constitucional vigente.

Deve-se ainda ressaltar que, a partir da constatação do notável desequilíbrio existente nas relações consumeristas, em que o consumidor figura como parte vulnerável perante o fornecedor de produtos e serviços, a Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor em seu artigo 5º, XXXII, bem como consagra em

seu artigo 170, V, como princípio da ordem econômica, o princípio da defesa do consumidor.

Sendo assim, como desdobramento dos mencionados ditames constitucionais, objetivando reestabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, em 11 de setembro de 1990 foi sancionada a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor.

Durante a maior parte da década de 90 do século XX, o Código de Defesa do Consumidor foi o principal diploma legal que regeu os contratos de planos de saúde, já que o beneficiário se enquadra claramente na definição de consumidor, sendo pessoa que utiliza serviço como destinatário final.

O Código de Defesa do Consumidor mostrou-se um marco importante para defesa dos direitos dos beneficiários nas relações com seguradoras de planos de saúde, tendo atuação eficaz principalmente no que tange à anulação de cláusulas abusivas e à responsabilização por falhas na prestação de serviços.

Os contratos de plano de saúde, porém, por tratarem uma relação tão específica, demandaram uma legislação altamente especializada. Em 03 de junho de 1998, foi sancionada a Lei 9.656 destinada a reger a atuação dos planos privados de assistência à saúde.

A Lei 9.656 trouxe importantes avanços em relação à proteção especial destinada genericamente à figura do consumidor beneficiário de planos de saúde, assim como tentou delimitar questões controvertidas recorrentes e específicas deste tipo de relação, buscando conferir maior estabilidade para as partes contratantes. A referida lei serviu, ainda, como fundamento para a edição da Lei 9.961/2.000, criadora da ANS.

Ainda de grande importância para o tema abordado foi o advento do atual Código Civil, sancionado no ano de 2002, que em harmonia com a Constituição Federal reforçou como princípio maior a permear as relações entre particulares o princípio da dignidade da pessoa humana. Embora não seja o Código Civil norma específica que trate as relações de consumo estabelecidas em contratos de planos de saúde, tampouco a proteção específica aos direitos do idoso, tem o referido diploma legal grande importância para o tema tratado, considerando que trouxe, de forma geral,

para o direito das obrigações e para as relações contratuais o conceito de boa-fé objetiva e de deveres anexos de cooperação e informação, valorizando, ainda, questões existenciais, de maneira a revogar o antigo paradigma patrimonialista do Código Civil de 1916.

Finalmente, com o intuito de concretizar os direitos fundamentais do idoso previstos na Constituição Federal, como desdobramento do princípio constitucional da solidariedade, em outubro de 2003 foi sancionada a Lei 10.741, o Estatuto do Idoso.

O Estatuto do Idoso dispõe sobre questões relativas à proteção dos direitos de cada indivíduo de idade igual ou superior a sessenta anos, estabelecendo normas que buscam a sua inclusão social, reafirmando direitos e programando políticas de ação afirmativa. Desta forma, prescrevem-se meios para que se persiga a igualdade material, uma vez constatada a vulnerabilidade da figura do idoso, entendendo-se a necessidade da discriminação positiva em uma situação em que o tratamento igualitário e indiferente deixaria que se passassem despercebidas graves violações a direitos fundamentais e à própria Constituição Federal.

Nesse sentido, estando o direito à dignidade e à saúde do idoso intimamente ligados a questões envolvendo contratos celebrados com planos de saúde, não poderia o Estatuto do Idoso se abster de prever normas que intensificassem a proteção já garantida à figura do idoso pelo restante da legislação que trata, simultaneamente, este assunto.

A breve apresentação deste elenco normativo, embora não pretenda exaurir as regras, tampouco os princípios, que regem as relações estabelecidas por contratos celebrados entre beneficiários idosos e planos de saúde, permite que se constate a pluralidade de normas que, de forma direta ou indireta, regulam este tipo de vínculo jurídico. Cada lei supramencionada, porém, trata o tema em questão sob uma ótica específica, de forma que, para que se torne possível a sua compatibilização, é de suma importância que se analisem suas particularidades, perseguindo sempre o paradigma do equilíbrio contratual, objetivo comum dos referidos diplomas normativos, diante da percepção da condição de vulnerabilidade especial do beneficiário idoso.

3- TRATAMENTO JURÍDICO ESPECÍFICO À FIGURA DO IDOSO BENEFICIÁRIO DE PLANOS DE SAÚDE

Embora seja o Código de Defesa do Consumidor norma destinada a perseguir o equilíbrio generalizado das relações consumeristas, como já observado anteriormente, foi a única lei em vigor no período de 1991 a 1999 a proporcionar algum tipo de proteção à figura do beneficiário idoso, por ele se encontrar na situação de consumidor.

Importante destacar que a Lei 8.078/90 faz expressa menção, em seu Título II, “Das Infrações Penais”, à figura do idoso, quando em seu art. 76, IV, “b”, considera como causa agravante de pena em crimes praticados contra o consumidor o fato de ser a vítima pessoa de idade superior a sessenta anos.

Deve-se observar ainda que o rol de vítimas listadas no art. 76, IV, “b” abrange, além da figura do idoso, as figuras do operário ou rurícula, da criança, do adolescente e do portador de deficiência. Figuras estas sobre as quais o legislador constatou uma vulnerabilidade maior, garantindo-lhes proteção mais intensa ao atribuir maior responsabilidade penal ao fornecedor de produtos e serviços que pratica uma das ações tipificadas entre os arts. 63 a 74 do Código de Defesa do Consumidor em seu detrimento.

Nesse sentido, a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro permite constatar vários julgados que, no período entre 11 de março de 1991 – data em que entrou em vigor a Lei 8.078 – e 02 de janeiro de 1999 – quando entrou em vigor a Lei 9.656 – embora sob a égide liberal do Código Civil de 1916, aplicam o Código de Defesa do Consumidor para proteção dos direitos dos beneficiários de planos de saúde de diversas faixas etárias. Nesse contexto, merece destaque a aplicação do art. 51, que anula cláusulas abusivas, assim como do art. 54, § 4º, que determina, sob pena de nulidade, que sejam redigidas de maneira clara e visível as cláusulas, contidas em contratos de adesão, que implicarem restrições de direitos, como se observa nos seguintes julgados:

Civil. Processual. Seguro-saúde. Cláusula limitativa de internação, que pode ser prorrogada a critério da empresa. Sogro de filiada ao plano, nele inscrito como dependente dela, que foi internado para submeter-se à cirurgia de revascularização de membro inferior esquerdo, havendo a Seguradora se recusado a cobrir despesas de

sua internação a partir do dia seguinte, porque haveria ultrapassado o prazo de trinta dias coberto no contrato. (...) Cláusula limitativa que não prevalece ante solicitação formulada por médico do paciente, não podendo a empresa se recusar a cobrir a internação. Não está seu prosseguimento adstrito a juízo exclusivo dela, pois equivaleria à condição potestativa pura, coibida no art. 115 do Código Civil, e a cláusulas abusivas, crivadas de nulidade no Código de Defesa do Consumidor (art. 51, I, IV e IX).¹

Apelação cível. Seguro-saúde. Ressarcimento de despesas médico-hospitalares. Contrato firmado entre a Golden Cross e a Associação de Servidores da UFRJ - ASUR. Estipulação de condições gerais de plano de saúde, para seus associados. Adesão da genitora da autora. Filha que necessita de internação em UTI Neonatal. Seguradora que recusa-se a pagar o período de internação superior a 30 dias. Existência de cláusula contratual expressa exoneratória de cobertura, para prazo excedente. Sentença monocrática declarando a nulidade da cláusula. Recursos. Não é nula a cláusula limitativa de riscos. Inteligência do art. 1460, do Código Civil. Em se tratando, todavia de contrato de adesão, a cláusula que implique em limitação a direito do consumidor tem que ser redigida com destaque. Possibilidade de fácil e imediata compreensão. Circunstância não ocorrente na hipótese. Caso de ineficácia da cláusula, mas não de nulidade. Interpretação do artigo 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. Provimento parcial do recurso.²

Os julgados do mesmo tribunal, porém, também permitem perceber a insuficiente proteção dada pelo Código de Defesa do Consumidor à figura do idoso e a demanda por legislação que cuidasse especificamente da condição de vulnerabilidade especial da pessoa com idade superior a sessenta anos. A leitura do julgado a seguir, sugere que, embora já percebessem os juízes que a figura do idoso merecia proteção especial, suas decisões, ao lhes garantir a devida proteção, não encontravam fundamento em norma específica positivada:

Agravo de Instrumento, comprovado o “periculum in mora”, ante a impossibilidade de senhora de 85 anos de idade aguardar prazo de carência de plano de assistência médica, mantém-se a liminar; as questões pertinentes ao direito hão de ser objeto de apreciação

¹ RIO DE JANEIRO, Apelação Cível nº 1410/97 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargador Luiz Roldão – 07/07/1996

² RIO DE JANEIRO, Apelação Cível nº 2361/97 – Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargador Marcus Faver – 27/05/1997.

nos autos da ação. Recurso desprovido. (...) A avançada idade da agravada, constitui fundamento inafastável para manutenção da liminar, pelo que, indefiro o efeito suspensivo à decisão recorrida; de ordem, comunique-se e solicitem-se as informações.³

Antes de se adentrar na análise das questões relativas à Lei 9.656/98 e suas expressas referências à figura do idoso, é de suma importância o destaque das diversas modificações que sua redação original sofreu por intermédio de Medidas Provisórias. Deve-se reconhecer que, embora tenham as derrogações de variados dispositivos acarretado considerável instabilidade, as mesmas foram imprescindíveis para que se caminhasse em busca da solução de questões delicadas e, conseqüentemente, polêmicas, suscitadas pela mencionada lei como se verá adiante.

Como bem observa a Professora Cláudia Lima Marques⁴, a atual Lei sobre Planos de Saúde se dirige à figura do beneficiário idoso em três momentos, em seus arts. 14, 15 e 35-E.

Conforme os ensinamentos da mencionada jurista, o art. 14, ao declarar a ilegalidade do ato de se impedir o ingresso em planos privados de assistência à saúde em razão de idade ou de se portar deficiência física, expressa uma ação afirmativa no sentido de se promover a inclusão social de figuras vulneráveis, garantindo o direito de contratar em prol da concretização do direito fundamental à saúde. Naturalmente, a posituação da norma em questão foi resultado de consecutivas práticas abusivas de discriminação, sendo certo que, para a efetiva concretização dos direitos individuais e sociais, não basta que o Estado se abstenha e deixe imperar a autonomia da vontade; pelo contrário, em determinados casos deve o Estado atuar positivamente de modo a garantir que a realidade social de fato reflita os ditames constitucionais.

Os arts. 15 e 35-E – conseqüências da Medida Provisória 2.177-44, de 2001 – são, simultaneamente, resultantes e propagadores de enorme controvérsia no que tange à questão do reajuste das mensalidades pagas pelo beneficiário conforme a progressão de sua faixa etária.

³ RIO DE JANEIRO, Agravo de Instrumento nº 34/97 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargadora Valéria Maron – 12/05/1997.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Ingo Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.213-219.

O art. 15 da Lei 9.656/98 prevê que as mensalidades nos contratos de assistência privada à saúde somente poderão variar em razão da idade do consumidor se houver previsão no contrato inicial a respeito das faixas etárias e de seus respectivos percentuais de reajustes incidentes, estando sujeitas à regulamentação da ANS. O mesmo artigo, porém, apresenta uma única ressalva, contida na hipótese do art. 35-E da mesma lei.

Antes de se mencionar o polêmico art. 35-E, no entanto, imprescindível que se trate a regra do parágrafo único do art. 15, que veda qualquer tipo de reajuste decorrente da mudança de faixa etária para consumidores com mais de sessenta anos de idade que tenham estabelecido vínculo contratual com o Plano de Saúde por período superior a dez anos, velando pela manutenção da relação contratual em momento de maior vulnerabilidade do beneficiário, considerando o aumento dos riscos relacionados à necessidade de amparo médico e cuidados à saúde quando atingida a terceira idade.

Finalmente, estabelece o art. 35-E, da Lei de Planos de Saúde, normas relativas aos contratos celebrados em período anterior à sua própria vigência, dentre as quais o condicionamento da aplicação de reajustes ao valor das contraprestações para consumidores idosos a prévia aprovação da ANS e a repactuação de contratos que tenham estabelecido reajustes em função de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, nos termos previstos pelos incisos seguidamente listados.

Alvo de inúmeras modificações realizadas por Medidas Provisórias, muito já se discutiu acerca da constitucionalidade do art. 35-E. Em 21 de agosto de 2003, ao longo do julgamento de Medida Cautelar na ADI nº 1.931, entendendo constituir o art. 35-E ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (protegidos pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal) decidiu unanimemente o Supremo Tribunal Federal pela sua aparente inconstitucionalidade, determinando a suspensão de sua eficácia e, conseqüentemente, a não aplicabilidade da lei 9.656/98 a contratos anteriores à sua vigência. No entanto, como já observara o Ministro Nelson Jobim naquela ocasião, "(...) nos casos concretos, as situações previstas nas normas ora reconhecidas como inconstitucionais poderão estar tratadas, validamente, a partir de outras normas eventualmente aplicáveis, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo".

O Estatuto do Idoso vem, finalmente, positivando o antigo sentimento comum de grande parte da sociedade, atribuindo-lhe fundamento legal, de que é preciso garantir um tratamento especial, um cuidado maior, àqueles que atingem a terceira idade, seja pela fragilidade física, ou pelas dificuldades na adaptação a novos contextos sociais. Prevê a Lei 10.741/03 meios de destacar positivamente a figura do idoso de modo a promover a igualdade material no sentido de garantir a real concretização dos direitos que lhe são inerentes como a toda pessoa humana.

No tocante às relações contratuais estabelecidas com planos privados de assistência à saúde, determina o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, que as sociedades de seguro saúde estão vedadas a cobrar valores diferenciados em razão da idade. O legislador pretende, com esta norma, garantir que a pessoa de idade igual ou superior a sessenta anos tenha condições de cumprir com as contraprestações estipuladas para que tenha acesso, em momento de maior vulnerabilidade de sua saúde, à cobertura do valor de medicamentos e procedimentos médicos, os quais lhe poderão ser necessários.

4 – NOÇÃO DE DIÁLOGO DAS FONTES

Certamente, o Direito, tal como molda, também é moldado pela realidade social, de forma a portar em sua essência a dinâmica de constantes inovações e reinvenções. Como já mencionado, são diversas as leis que regem simultaneamente as relações entre beneficiários idosos e sociedades de planos de saúde. Dada a complexidade do tema abordado, o legislador se vê na obrigação de atender às intensas demandas sociais para aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, acarretando, porém, certa instabilidade com a ocorrência de conflitos intertemporais de leis. Naturalmente, resta ao intérprete a difícil tarefa de determinar o comando adequado a ser extraído a partir dos enunciados conflitantes para aplicação em casos de aparentes antinomias.

Uma teoria mais simplória defenderia que um conflito de leis no tempo implicaria, necessariamente, a exclusão de uma das leis conflitantes do ordenamento jurídico, ou seja, sua revogação, segundo os critérios clássicos da cronologia, da especialidade ou da hierarquia.

Em busca da melhor solução, porém, fez-se imprescindível que se trouxesse para o direito interno brasileiro o conceito proposto por Erik Jayme para resolução de conflitos normativos na área do direito internacional privado que, detectando a tendência pós-moderna à pluralidade normativa, já sustentava na década de 90 que:

*Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles parlent l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent.*⁵

Nesse sentido, são extremamente valiosas as lições de Cláudia Lima Marques que, ao discorrer sobre o Direito do Consumidor, nos ensina sobre a interpretação que deve ser atribuída à expressão consagrada por Erik Jayme:

"Diálogo" porque há influências recíprocas, "diálogo" porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).⁶

Sob este paradigma, a opção pela solução mais favorável à parte vulnerável encontraria fundamento na própria Constituição Federal.

Ainda com base nos ensinamentos da Professora Cláudia Lima Marques, pode-se compreender como o ordenamento jurídico brasileiro comporta perfeitamente a concepção sobre o diálogo das fontes:

[...] a regra é a do diálogo das fontes, da continuidade das leis especiais e gerais no sistema, pois, segundo o § 1.º do art. 2.º

⁵ JAYME, Erik. Cours General de Droit International privé - Tiré à part du Recueil de Cours. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 259. Ainda que alguém invoque a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução de conflitos de lei surge como o resultado de um diálogo entre as fontes mais dispares. Os direitos, constituições, convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não são mutuamente excludentes, elas falam umas com as outras. Os juízes são necessários para coordenar essas fontes, ouvindo o que elas dizem (tradução nossa).

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.89-90.

da LINDB, a lei posterior revogará a anterior somente quando: 1) expressamente o declare; 2) regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior; 3) seja com ela incompatível. Esta regra é repetida no § 2.º do art. 2.º da LINDB, que afirma: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. O diálogo das fontes visa preservar a coerência do sistema, utilizando a lei mais benéfica ao vulnerável, de forma a solucionar a antinomia com os valores constitucionais “pro homine” [...]”⁷

Desse modo, fora situações em que ocorrer revogação expressa, regulação integral ou completa incompatibilidade da lei posterior sobre a lei anterior, o intérprete deverá empregar a técnica do diálogo das fontes, permitindo-se aplicar simultaneamente, complementarmente ou subsidiariamente, normas que a princípio seriam conflitantes, extraindo delas um sentido inédito como produto da busca pela coerência do sistema normativo, perseguindo-se sempre a *ratio*, a finalidade a qual justifica a existência de ambas as normas.

Numa primeira avaliação, constata-se um conflito intertemporal entre a Lei 8.078/90, a Lei 9.656/90 e a Lei 10.741/2003, que estão aptas a reger o mesmo tema, no mesmo espaço territorial, embora foquem suas abordagens sob perspectivas diversas. Refutando o paradigma clássico que invocava os critérios da cronologia, da hierarquia e da especialidade para resolução de antinomias, o qual implicaria a derrogação das outras leis por aquela considerada mais adequada, deve-se buscar a aplicação da técnica do diálogo das fontes, de forma a perseguir a *ratio* das referidas leis e permitir que estas se influenciem mutuamente a fim de que se possa extrair a interpretação mais adequada.

Deve-se ainda ressaltar que, ao longo da aplicação da técnica do diálogo das fontes, além das leis conflitantes, é preciso que se considere o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, de forma que não se poderão ignorar quaisquer outras regras ou princípios, legais ou constitucionais, em vigência.

A priori, percebe-se que as normas previstas nas referidas leis em aparente conflito podem ser aplicadas cumulativamente e subsidiariamente

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.97-98.

em prol da garantia de uma proteção mais consistente ao consumidor idoso. Nesse sentido, não há dúvidas de que o beneficiário idoso que celebrou contrato com seguradora ou operadora a partir de 01 de janeiro de 2004, estando em vigor tanto o Código de Defesa do Consumidor, como a Lei sobre Planos de Saúde e o Estatuto do Idoso, gozará de plena proteção das referidas leis, sendo considerada, sempre, a interpretação que lhe for mais benéfica.

A dificuldade no diálogo das fontes surge, porém, no momento da aplicação das normas a contratos celebrados em período anterior à vigência das Leis nºs 9.656/98 e 10.741/2003. Nesse sentido, a polêmica se dá, principalmente, no que tange à possibilidade de se conferir efeitos retroativos a uma norma legal, diante da proteção constitucional garantida ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

No tocante às especificidades quanto ao tratamento do beneficiário idoso, a questão de maior polêmica envolve o reajuste etário da mensalidade paga a título de contraprestação. O Estatuto do Idoso veda expressamente a diferenciação do valor cobrado pelas sociedades empresárias de planos de saúde para os consumidores idosos. Já a Lei de Planos de Saúde estabelece, em seu art. 15, a possibilidade de variação nas contraprestações pecuniárias cobradas para beneficiários idosos, contanto que haja previsão no contrato inicial das faixas etárias e dos percentuais de ajuste em conformidade com os regulamentos das ANS. Ainda a Lei de Planos de Saúde prescreve, em seu polêmico art. 35-E, cuja eficácia foi suspensa por decisão do STF que, em contratos anteriores à vigência da própria lei, qualquer variação nos valores cobrados a beneficiários idosos estaria sujeita à prévia autorização da ANS, estabelecendo ainda parâmetros para repactuação de contratos que já previam este tipo de reajuste. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, nada trata especificamente acerca do tema, porém, prevê, em seu art. 51, IV, a nulidade de cláusulas abusivas, assim como em seu art. 39, X, veda o aumento do preço de produtos e serviços sem justa causa.

Primeiramente, cumpre dissertar sobre a controversa questão da constitucionalidade do art. 35-E. Com a devida vênua ao STF, entende-se, a partir de interpretação segundo a técnica do diálogo das fontes, que o

mencionado dispositivo legal não viola em momento algum os preceitos constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, consagrados como cláusula pétrea.

A partir da clássica divisão das modalidades de retroatividade em máxima, média e mínima, a situação levantada pelo art. 35-E, se encaixa perfeitamente no conceito de retroatividade mínima, eis que se trata da aplicação de lei nova a efeitos de contratos anteriores que, estando ainda pendentes, só ocorrerão em momento posterior à sua vigência. Nesse sentido, conforme muito bem observado por Gustavo Tepedino em relação à retroatividade mínima:

*Esse mecanismo não viola direito adquirido, simplesmente pelo fato de que as partes, nos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida, limitam-se a ter a expectativa de direito no sentido de que os efeitos contratuais sejam produzidos na forma pactuada, segundo os preceitos legais em vigor no momento de sua produção.*⁸

No entanto, ainda diante da decisão do STF na ADI nº 1.931, entende-se que os contratos celebrados em período anterior à vigência das Leis nºs 9.656/98 e 10.741/2003, deveriam também se sujeitar à norma que veda a variação do valor das contraprestações para beneficiários com idade superior a sessenta anos sem prévia autorização da ANS. Isso porque, utilizando novamente a técnica do diálogo das fontes de modo a permitir um diálogo de reciprocidade entre as normas, tanto o art. 15 da Lei de Planos de Saúde, como o art. 15, § 3º do Estatuto do Idoso, consistem em mera consolidação da correta interpretação a ser adotada quanto ao conteúdo já previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, ao decretar a nulidade de cláusulas abusivas e a vedação da variação injustificada aos preços dos serviços prestados.

Por fim, deve-se ainda atentar que, em certas ocasiões, a técnica do diálogo das fontes deverá ser utilizada como fundamento para a ponderação entre os interesses das operadoras de planos de saúde e dos seus beneficiários. Ponderação esta que nem sempre deverá ser realizada pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário, cabendo, em muitos casos, ao Poder Executivo,

⁸ TEPEDINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem ao Professor Erik Jayme, Cláudia Lima Marques e Nadia de Araújo (org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 131.

através da ANS, a regulação acerca de certas minúcias relacionadas ao tema, que requerem maior conhecimento técnico e céleres atualizações.

Nesse sentido, como bem assevera Paulo Cesar M. de Cunha:

É certo, também, que, na maioria das vezes, os interesses do fornecedor e do consumidor se encontrarão em polos opostos [...]. Ao poder público, no vértice desta relação triangular, caberá a incumbência de ditar regras que, por vezes, poderão inviabilizar os interesses, tanto para o fornecedor, quanto para o consumidor. A meta de uma agência reguladora deve sempre ser voltada para o fato de haver uma independência técnica, no sentido de que não deve haver uma ingerência política. Ela deve buscar um ponto ótimo, equidistante, de conflitos em tensão que atenda aos interesses dos interessados na relação tripartite.⁹

5- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Antes de se adentrar no estudo da ANS e dos contratos de plano de saúde, é importante traçar um paralelo com a forma que o texto constitucional trata o direito à saúde. A Constituição de 88 consagrou à saúde como *política social* – art. 6º, *direito de todos e dever do Estado* – art. 196. Trata-se de política de *relevância pública* – art. 197, parte integrante da *Seguridade Social* – art. 194, devendo ser *financiada por toda a sociedade*, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – art. 195, e, §§ 1º e 2º, I, II e III do art. 198, além de contribuições sociais – incisos I, II e III, do art. 195, e outras fontes – art. 198, § 1º, sendo também um direito de aplicabilidade imediata – art. 5º, § 1º.

Como se depreende do texto constitucional, a assistência à saúde, além de direito, constitui um dever do Estado que, juntamente com o direito à vida, integra a própria noção de dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III, da CF/88. Esse dever prestacional pressupõe a realização de uma atividade pela qual se viabilize a fruição do mesmo. Tal dever abrange, simultaneamente, a consecução de medidas para salvaguarda da saúde,

⁹ CUNHA, Paulo Cesar M. de, Regulamentação Jurídica da Saúde Privada. In: Temas de Direito Médico, Roberto Lauro Lana e Antônio Macena Figueiredo (coord.) Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 529.

bem como a organização de “ações que viabilizem o seu gozo, traduzindo-se também pelo fornecimento direto de serviços e bens materiais aos titulares do direito fundamental”¹⁰.

É dever do Estado tutelar e promover o direito à saúde de seus cidadãos, garantindo políticas sociais e medidas econômicas que visem ao acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. Porém, essa função de proteção e promoção do direito à saúde pode pertencer tanto a Administração Pública, ao atuar diretamente na assistência à saúde, ou a terceiros, que têm tal obrigação delegada pelo Estado e devem seguir normas específicas e serem objeto de constante fiscalização - art. 197 da Constituição.

De acordo com Maria Sylvania Di Pietro¹¹, serviço público seria “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico ou parcialmente público”. Utilizando dessa definição, fica claro que a prestação do serviço de saúde, mesmo quando efetuado por entes privados – como as operadoras de planos de saúde – continua sendo um serviço público, obrigando o prestador a exercer as suas atividades segundo os ditames da Administração Pública. A tudo isso se soma que o fato de a Administração, ao delegar o serviço de saúde, não se exime de suas obrigações, como bem destaca o art. 200, I a VIII da Constituição Federal.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS - foi criada pela lei nº 9.961/90. Trata-se de uma agência reguladora com personalidade jurídica de Direito Público, constituída sob a forma de autarquia e vinculada ao Ministério da Saúde. Sua função, de acordo com o art. 3º da mesma lei, é “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”. A mesma lei também estabelece, ao longo do seu art. 4º, diversas competências de tal agência, tais como regular, normatizar e fiscalizar a atuação de toda atividade referente à prestação de assistência suplementar à saúde, trabalhando para incentivar a

¹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 65.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo/SP: Atlas, 1997, p. 84.

concorrência no mercado de saúde suplementar, fazendo-se diminuir ou excluir os efeitos dos monopólios. Sua relação de trabalho encontra-se sob regime estatutário, com seus agentes regidos pela Lei nº 10.781/04 e dotados de poder de polícia para realizar as devidas fiscalizações.

Apreciados os diplomas legais referentes à matéria, cabe agora o estudo das diferentes formas de atuação da ANS.

A referida agência reguladora se insere nesse contexto como de instrumento da Administração Pública para fiscalizar a atuação dos entes privados – como as Operadoras de planos de saúde – garantindo que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam concretizados da melhor forma possível. A ANS disponibiliza em seu sítio eletrônico as diversas formas de atuação, que vão desde publicações de estudos e análise de dados demonstrativos sobre a qualidade das atividades prestadas pelo SUS até a efetiva fiscalização do cumprimento dos contratos de planos de saúde, com uma forte campanha para o aumento do poder regulatório de tal agência.¹²

Uma das imposições referente à ANS foi o ressarcimento ao SUS, no qual a operadora do plano de saúde deverá ressarcir o SUS por todo atendimento que um dos beneficiários do plano receba pelo sistema público de saúde. Isso se deve porque, em tese, se o beneficiário já é assistido pelo plano privado de assistência à saúde, não haveria necessidade de se utilizar de recursos públicos escassos do SUS para seu atendimento, o que explica tal ressarcimento pelas Operadoras.

É possível encontrar também, no supracitado sítio eletrônico, uma lista de programas e ações de tal autarquia, como a qualificação das operadoras que prestam assistência à saúde. Essa qualificação se dá através do IDSS – Índice de Desempenho de Saúde Suplementar – no qual as Operadoras devem enviar diversas informações e indicadores que permitam analisar tanto a situação econômico-financeira da mesma quanto a satisfação do consumidor com os serviços adquiridos. Anualmente, a nota é divulgada para tais Operadoras, podendo variar de 0 a 100.

¹² <http://www.ans.gov.br/acessoainformacao/-acoes-e-programas/1489-lista-de-programas-e-acoes-da-ans>. Acesso em 25 de julho de 2014.

6- FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social é um tema de especial relevância em matéria contratual atualmente, e que surgiu com a edição do Código Civil de 2002, que no seu art. 421 dispõe: “a liberdade de contratar será exercida em razão nos limites da função social do contrato”. A função social do contrato já era estudada e analisada anteriormente ao Código Civil, mas sempre no plano metajurídico ou baseada no Código de Defesa do Consumidor, que correspondia ao papel que o contrato deveria desempenhar como atividade de fomento às trocas e ao comércio como um todo.

Diante desse novo instituto, a doutrina se dividiu para tentar elaborar o conteúdo e o alcance da função social do contrato, dando origem a três principais correntes doutrinárias no Direito Privado brasileiro.

A primeira delas sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela seu significado através de outros institutos que já estão positivados, seja no próprio Código Civil quanto no texto da Constituição – exemplos como resolução do contrato por onerosidade excessiva (CC, art. 478) e simulação como causa de nulidade (CC, art. 167). Tais normas têm seu fundamento na função social do contrato. Essa não parece a melhor interpretação para a noção da função social, justamente porque esvazia todo o seu conteúdo, limitando a sua eficácia apenas a normas já positivadas, além de cometer o equívoco de interpretar os princípios constitucionais em função do Código Civil, quando o Constitucionalismo moderno se direciona justamente em sentido contrário, como consequência do princípio da interpretação conforme à Constituição.

A segunda corrente de pensamento afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância destas relações na ordem jurídica. Tal concepção concebe a função social do contrato como forma de reforçar a posição do contratante mesmo em face de terceiros, que teriam a obrigação de respeitar a situação jurídica anteriormente estabelecida pelo contrato – trata-se da “teoria do terceiro cúmplice”. De acordo ainda com essa teoria, o terceiro poderia ser responsabilizado se, conhecendo a existência de contrato anterior, contribui de alguma forma para o descumprimento das obrigações de uma das partes.

Todavia, essa corrente doutrinária peca em diminuir a importância da função social do contrato a um mero instrumento de garantia da posição contratual das partes, sem tecer parâmetros de comportamento e atuação entre as próprias partes no âmbito daquele contrato.

Nesse sentido, como bem assevera o professor Gustavo Tepedino:

*“A função social em última análise, importa na imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato”.*¹³

A terceira corrente, que parece mais acertada, preenche a função social do contrato com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana - art. 1º, inciso III, do valor social da livre iniciativa - art. 1º, IV, e da solidariedade social - art. 3º, inciso I, no qual os contratantes têm a obrigação de perseguirem, além dos próprios interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente úteis e relevantes, principalmente aqueles que dizem respeito a direitos fundamentais, que possam de alguma forma se relacionar ou até mesmo serem atingidos pelo contrato.¹⁴

Tendo em mente a presente definição de função social dos contratos, podemos estudar a fundo as disposições dos contratos de plano e seguro-saúde, analisando a forma que se dá a sua função social.

7- FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Ainda que a Constituição Federal tenha facultado aos particulares a assistência complementar à saúde, não têm os planos e operadoras de saúde a mesma liberdade contratual que existe em outros contratos, uma vez que tal a essencialidade do direito à saúde e a série de restrições que o ordenamento impõe – tanto a nível de regulamentos até proteção

¹³ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do the Best knowledge of the Sellers, in Temas do Direito Civil, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.251, nota 14.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, In: Temas de direito civil, t. 2, cit. p. 20.

constitucional – impedem que os entes privados fixem preços abusivos, que onerem demais o usuário. Assim, pode-se dizer que a ANS tem o papel de fiscalizar o correto cumprimento da função social do contrato de plano de saúde, garantindo ao segurado todo o tratamento necessário, assegurando uma vida com dignidade, no que diz respeito ao procedimento de combate à enfermidade sofrida. Essa série de obrigações não torna a assistência particular à saúde um negócio gratuito, mas demonstra que essa atividade não visa primordialmente a aferição de lucro, o que obriga ao particular que, caso queira investir seu dinheiro em alguma área de alta lucratividade como prioridade de sua atividade, que procure outra área para investimento.

Os contratos de planos de saúde são contratos de cooperação e solidariedade, cuja essência é justamente o vínculo recíproco de cooperação, de interdependência de cada um de seus participantes, que têm consciência da necessidade de direcionar-se para o mesmo fim, apoiando um ao outro na busca pela realização do contrato. A solidariedade deve estar presente não só enquanto mutualidade, mas também enquanto cooperação com os mais velhos, oferecendo possibilidade de acesso por esses vulneráveis ao sistema suplementar de saúde e garantindo uma divisão paradigmático-objetiva da sinistralidade, e não subjetiva¹⁵.

Tratam-se também, conforme ensina Cláudia Lima, de contratos cativos de longa duração, pois envolvem por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum: assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo à saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários.

Aqui está presente um elemento moral dos contratos, que é o princípio da boa-fé objetiva, já consagrado em precedente do STJ, no qual “impõe aos contratantes, desde o aperfeiçoamento do ajuste até sua execução, um comportamento de lealdade recíproca, de modo a que cada um deles contribua efetivamente para o atendimento das legítimas expectativas do outro, sem causar lesão ou impingir desvantagem excessiva¹⁶”.

Na ocasião, a ministra Nancy Andrighi afirmou que, se uma pessoa contribui

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.207-209.

¹⁶ BRASIL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1378703 – Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – Relator: Ministro Sidnei Beneti

para um seguro-saúde por longo tempo, durante toda a sua juventude, colaborando sempre para o equilíbrio da carteira, não é razoável, do ponto de vista jurídico, social e moral, que em idade avançada ela seja tratada como novo consumidor. “Tal postura é flagrantemente violadora do princípio da boa-fé objetiva, em seu sentido de proteção à confiança”, afirmou.

A vulnerabilidade e a solidariedade são dois fatores principais dos contratos de plano de saúde. A solidariedade é um fator ligado justamente à idade dos consumidores. O grupo de segurados ou de consumidores presentes no plano se une, em mutualidade, pois expostas aos mesmos perigos, unem-se para organizar uma espécie de fundo gerado pelo fornecedor que organiza uma cadeia de prestadores de saúde ou reembolsa despesas de saúde e gere as verbas. Para garantir que poderão manter-se no sistema, apesar de aposentados e mais propícios a doenças comuns da idade avançada, os consumidores ligam-se ao sistema ainda quando jovens e por muito tempo contribuem para o sistema, devendo os cálculos do fornecedor assegurarem que os mais novos poderão sustentar no sistema aqueles com maior sinistralidade. Só deve ser possível o aumento ou reajuste geral por faixas que não seja objetivo, específico ou por sinistralidade, e sim um aumento do risco abstrato de doenças.

Os contratos de plano de saúde são, portanto, de alta catividade: com o avançar da idade do consumidor, com novas contribuições feitas ao sistema e com o criar de expectativas legítimas de transferência de riscos futuros de saúde, os consumidores só tem a perder saindo de um plano. Há, então, um dever de boa-fé no sentido de cooperar para a manutenção do vínculo contratual e de respeito a vulnerabilidade do idoso contratante. Vide jurisprudência abaixo.

Ementa: CIVIL. Seguro Saúde. Plano de Assistência Médico – Hospital. Resilição Unilateral. 1. Constitui abuso do exercício de direito, após manter o contrato de assistência médico-hospitalar por largos aos, invocar cláusula contratual e resili-lo, justamente no momento em que o segurado, por sua idade avançada, mais carece da cobertura. 2. Apelação Provida.¹⁷

¹⁷ RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 596177501, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 26/11/1996.

Portanto, a catividade típica dos contratos de plano de saúde gera uma vulnerabilidade especial, que obriga um tratamento legislativo diferenciado para o assunto, no qual são consideradas abusivas as cláusulas de fim de vínculo e de aumentos arbitrários face à faixa etária.

A função social do contrato de plano de saúde é recorrentemente utilizada pelos tribunais, como se pode observar nos julgados transcritos a seguir.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, embargante pretende rediscutir a decisão, afirmando que a obrigação de assistência plena à saúde é do Estado. A função social do contrato de plano de saúde impõe à seguradora o dever de cobertura de todas as doenças e procedimentos, não podendo cobrir aqueles menos custosos e negar atendimento aos mais custosos Não há qualquer violação ao princípio da legalidade em vista de seu sopesamento com a função social do contrato. Embargos rejeitados.¹⁸

PLANO DE SAÚDE. Recusa indevida de cobertura para procedimento prescrito por médico cooperado. Negativa de cobertura que implicaria quebra do sinalagma do contrato, pois o prêmio seria pago sem a correspondente cobertura de sinistro - Ilícitude da exclusão contratual da cobertura para o procedimento cirúrgico com uso de bisturi harmônico - Forma especial de cirurgia, com diversas vantagens, tanto para a paciente quanto para a cooperativa - Exclusão contratual da cobertura que afrontaria a própria função social do contrato de plano de saúde, impedindo o acesso da segurada ao tratamento de moléstia coberta pelo contrato. Método cirúrgico recomendado pelo profissional que assiste a paciente. Dano Moral. Inocorrência. Dissabor que não atinge o patamar do dano moral indenizável. Ação parcialmente procedente. Recursos improvidos.¹⁹

Cabe, todavia, buscar uma definição da função social do contrato de plano de saúde, com vistas a aplicar tal conceito de uma forma científica e que busque o melhor equilíbrio entre os direitos dos consumidores vulneráveis do plano – dando ênfase aos idosos, que são ainda mais vulneráveis que os consumidores comuns – e as próprias operadoras de plano.

¹⁸ SÃO PAULO, TJ - ED: 1044002720078260000 SP 0104400-27.2007.8.26.0000, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 04/09/2012, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/09/2012

¹⁹ SÃO PAULO, TJ - APL: 16314520118260114 SP 0001631-45.2011.8.26.0114, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 25/10/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/10/2012

Conforme já dito anteriormente, os contratantes têm a obrigação de perseguirem, além dos próprios interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente úteis e relevantes, principalmente aqueles que dizem respeito a direitos fundamentais, que possam de alguma forma se relacionar ou até mesmo serem atingidos pelo contrato. A função social do contrato de planos de saúde, ao ser vista sob uma ótica de proteção ao direito dos idosos, busca protegê-los de cláusulas arbitrárias, que violam sua expectativa legítima de serem atendidos pelo plano, terem suas sinistralidades cobertas e garantindo segurança e tranquilidade ao longo – já que é um contrato de grande catividade – e principalmente, no final de sua vida. Por outro lado, é importante também levar em consideração à saúde econômico-financeira das Operadoras de planos, que frequentemente têm seus orçamentos abalados por várias sentenças judiciais determinando o cumprimento da prestação de um tratamento caro e específico, que por vezes não está expressamente previsto no contrato.

Não se trata aqui de proteger um desproporcional “direito à lucratividade” no setor da saúde, mas sim encontrar um meio-termo, que seja este capaz de garantir a efetividade dos direitos dos idosos, que são vulneráveis frente às Operadoras de Planos de saúde -seja por intervenção direta ou por regulação da ANS - e oferecer espaço para a atuação da iniciativa privada, uma vez que a atuação exageradamente garantista do Poder Judiciário (judicialização da saúde) pode ameaçar o mercado, afastando possíveis novas sociedades que poderiam prestar serviços melhores e mais competitivos, o que a médio e longo prazo prejudicaria apenas os próprios consumidores. Todo contrato possui uma função social, e não função assistencial – essa sim deverá ser prestada pelo Estado, que possui outros meios para tal.

No caso, a melhor saída para uma aplicação desse princípio no caso concreto é analisar se aquela enfermidade específica, que não estava coberta pelo plano de saúde: a) pode ter seu tratamento coberto sem por em risco a própria segurança do sistema (evitando assim tratamentos de valores astronômicos); b) se o número de casos idênticos ou semelhantes àquele for baixo (já que seriam poucos os indivíduos portadores de tal enfermidade); c) o quão grave aquela enfermidade afeta a dignidade da pessoa que vier a contratar o plano.

Não restam dúvidas de que a função social do contrato nos planos de saúde é um instrumento importante para a proteção e concretização do direito fundamental à saúde, justifica o estudo sobre o tema e implica numa conceituação e boa aplicação pelo Poder Judiciário e pelas próprias Operadoras e Usuários, de forma que todos possam alcançar seus objetivos – seja a lucratividade para um e a segurança na vida para outro – da melhor forma possível, respeitando todos os relevantes valores da nossa Constituição.

8- CONCLUSÃO

Em prol da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia constitucional ao direito fundamental à saúde, a figura do idoso, como beneficiário em contratos de plano de saúde, faz jus à proteção especial por sua acentuada vulnerabilidade.

Com esta constatação, o ordenamento jurídico pátrio comporta um amplo elenco de normas constitucionais, legais e infralegais, que dispõem, genérica ou especificamente, acerca do tema, proporcionando diversas garantias ao beneficiário idoso em busca da manutenção do equilíbrio contratual.

Nesse contexto, é de suma importância a aplicação da técnica do diálogo das fontes a fim de que as normas definidoras de garantias sejam interpretadas harmonicamente, de forma a se construir uma proteção devidamente consistente à figura do beneficiário idoso.

Além disso, é importante ressaltar a importância de uma atuação séria da ANS e uma boa regulamentação dos contratos de plano de saúde, de forma que os direitos dos beneficiários idosos sejam preservados nas relações com as Operadoras de Plano de Saúde, garantindo a fruição do direito fundamental à Saúde e à Segurança na fase final da vida de todas as pessoas humanas.

Abstract: The paper aims to analyse the theme related to health care contracts and the social function of agreements. It seeks to develop scientific statements and parameters to solve controversial issues.

Key words: Consumer Law. Social function of contract. Vulnerability of the elderly.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1378703 – Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – Relator: Ministro Sidnei Beneti
- CUNHA, Paulo Cesar M. de, *Regulamentação Jurídica da Saúde Privada*. In: *Temas de Direito Médico*, Roberto Lauro Lana e Antônio Macena Figueiredo (coord.) Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo/SP: Atlas, 1997.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- <http://www.ans.gov.br/acessoainformacao/-acoes-e-programas/1489-lista-de-programas-e-acoes-da-ans>. Acesso em 25 de julho de 2014.
- JAYME, Erik. *Cours General de Droit International privé - Tiré à part du Recueil de Cours*. The Hague/ Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Ingo Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- SÃO PAULO, TJ - ED: 1044002720078260000 SP 0104400-27.2007.8.26.0000, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 04/09/2012, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/09/2012
- SÃO PAULO, TJ - APL: 16314520118260114 SP 0001631-45.2011.8.26.0114, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 25/10/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/10/2012
- RIO DE JANEIRO, *Apelação Cível nº 1410/97 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargador Luiz Roldão – 07/07/1996*
- RIO DE JANEIRO, *Apelação Cível nº 2361/97 – Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargador Marcus Faver – 27/05/1997*.
- RIO DE JANEIRO, *Agravo de Instrumento nº 34/97 – Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça – Relator: Desembargadora Valéria Maron – 12/05/1997*.
- RIO GRANDE DO SUL, *Apelação Cível Nº 596177501, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 26/11/1996*.
- TEPEDINO, Gustavo. *A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional*. In: *O Novo Direito Internacional – Estudos*

em Homenagem ao Professor Erik Jayme, Cláudia Lima Marques e Nadia de Araújo (org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005..

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do the Best knowledge of the Sellers, in Temas do Direito Civil, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar,2006..

A GENERIFICAÇÃO DA MARCA: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A PERDA OU ENFRAQUECIMENTO DA PROPRIEDADE MARCÁRIA

Julio Guidi Lima da Rocha¹

Rafael Meireles Saldanha²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo fazer uma breve revisão acerca da propriedade marcária. Primeiramente será analisada a legislação pátria sobre o assunto. Será enfatizado a distintividade como um próprio requisito para validade, legalidade e existência de uma marca, conforme determina a Lei 9279/96 em seu artigo 122. Nesta esteira, será observado o entendimento dos tribunais sobre a matéria. Além disso, buscar-se-á, principalmente, dar foco a perda e/ou enfraquecimento da marca, ressaltando-se a diluição marcária e a generificação ou degenerescência. Por fim, pretende-se com o presente estudo ressaltar que, em decisões judiciais pátria, existe grande preocupação com o consumidor e com a tentativa de evitar a confusão quanto a origem de produtos ou serviços, entretanto, não se dá igual importância ao valor comercial de uma marca e a desvalorização comercial que uma diluição ocasiona, mesmo quando não gera confusão ao consumidor.

Palavras-chave: propriedade intelectual; marca; generificação.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2012). E-mail: guidi@cfgadvogados.com.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A rapidez com que vem ocorrendo a evolução econômica em todo mundo, com o surgimento quase infinito de novos negócios e relações contratuais, exige do Direito soluções e conceitos que, de uma forma genérica, possam regular e resolver os mais diversos tipos de litígios e controvérsias surgidas no dia-a-dia empresarial.

O desenvolvimento tecnológico na área da comunicação é algo espantoso e facilitador de todas as formas de comércio. O ser humano possui a necessidade, o anseio de criar laços e se comunicar, almejando encontrar uma solução para seu desamparo no mundo. Isto é para a psicanalista e professora Denise Maurano (MAURANO, 2006:11) o que, perante tantas possibilidades de evolução tecnológica, o ramo da comunicação foi o que se desenvolveu tão fortemente.

Procura-se analisar neste trabalho a responsabilidade sobre informação omissa a respeito da propriedade intelectual, de forma que se possa estudar possíveis responsabilidades cíveis por frustrações econômicas e por exclusividades prometidas, mas não-cumpridas sobre determinada propriedade intelectual, é necessária para que se consiga chegar a parâmetros que visem a minimizar perdas e alcançar Justiça Social.

Logo, tem-se como objetivo identificar esta relação problemática, diante de algumas hipóteses de problemas envolvendo propriedade intelectual, apresentar pontos de vistas, posições jurisprudenciais e doutrinárias, no Brasil e no exterior, de modo a lavrar uma conclusão sobre espinhoso assunto.

2. AS MARCAS EMPRESARIAIS

De acordo com a Lei n. 9279 de 1996 – LPI, as marcas são expressões ou sinais distintivos, visualmente percebíveis e com capacidade para identificar e individualizar produtos ou serviços de outros no mesmo mercado, desde que não estejam dentro das proibições e vedações deste mesmo instituto.

Conforme ilustre e conceituado doutrinador (CERQUEIRA, 1982:777) os requisitos para a existência de uma marca se resumem em ter a expressão

um cunho distintivo, ser dotada de novidade relativa, possuir caráter lícito e haver veracidade ou efetividade do produto ou serviço que identifica.

A propriedade da marca no ordenamento pátrio se adquire não com a criação deste sinal distintivo, mas sim, com o a concessão de seu registro pelo estado por meio da publicação do ato de concessão (Despacho “400) pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, mas sua proteção retroage à data do depósito.

O sistema brasileiro quanto ao regime de marcas é principalmente um sistema atributivo – ou seja, a propriedade marcária apenas se adquire com o registro válido e concedido pelo INPI, existindo, entretanto, a exceção delimitada pelo § 1º do art. 129 da LPI, referente àquele que de boa-fé utilizava uma marca há pelo menos seis meses antes do depósito do signo feito por qualquer terceiro.

De qualquer forma é a função distintiva de um signo empresarial aliado ao não conflito com nenhuma das proibições do Art. 124 da LPI, e seu regular depósito e concessão pela Autarquia Federal, que haverá o título desta propriedade imaterial.

É justamente esta função da marca, ou seja, a distintividade, que possibilita um sinal a conferir identidade própria a um produto ou serviço. A distintividade de uma marca, historicamente, é a capacidade que esta tem de se diferenciar das demais e do uso comum, se distanciando dos elementos vulgares, criando uma identidade singular para um produto ou serviço.

Em princípio, a marca se prestava a identificar a origem ou procedência de um produto ou serviço e estabelecer uma ligação entre fabricante ou prestador de serviço e produtos comercializados. Atualmente, esta função distintiva supera esta utilidade inicial para criar uma identidade do produto/serviço em si, sem ter, necessariamente, a antiga ligação com o fabricante.

Tanto é assim, as empresas e corporações de sucesso consolidaram a imagem de suas marcas ao longo dos anos, transformando estas expressões distintivas em sinais de desejo e sinais culturais, percebendo-se que o sucesso de um sinal se alinha com um determinado estilo de vida, com uma forte carga valorativa que atinge grande parte da população, conforme leciona Tolentino (TOLENTINO, 2009:42-43) e demonstra todo o valor que uma marca pode alcançar.

É esta função que confere a uma marca diferentes graus de cunhos distintivos (com cunho próprio em si e em relação às demais marcas já empregadas) não sendo apenas um requisito doutrinário, mas, na verdade, um pressuposto legal de sua própria existência e fundamento para a sua proteção jurídica, uma vez que o Art. 122 da Lei 9.279/96 (LPI) define a marca como um “sinal distintivo” e que somente sobre este recairá a proteção legal.

A distintividade assim compreendida implica em próprio requisito para validade, legalidade e existência de uma marca, conforme determina a Lei 9279/96 em seu artigo 122.

Logo, aqueles termos ou signos originais que foram totalmente criados, imaginados e cunhados sem qualquer resquício evocativo, por serem fantasiosos, possuem alto grau de distintividade e proteção intrínseca, enquanto outros signos que evocam algum significado preexistente apenas terão distintividade suficiente se agregados de formas ou arranjos em uma criação original (JABUR; SANTOS, 2007:85-86).

Esse cunho distintivo ou distintividade não implica necessariamente em uma novidade absoluta, mas sim, em uma relativa apurada em certo contexto ou segmento mercadológico. Em outras palavras, essa relação da distintividade e a novidade relativa se traduzem no princípio da especialidade, segundo o qual a exclusividade de uma marca termina no limite do gênero de atividades que designa.

O limite apenas é rompido diante da existência de marcas consideradas de alto renome que gozam de proteção especial estendida a todos os ramos de atividade, conforme preceitua o Art. 125 da LPI.

Entretanto, a relação da função distintiva com uma função identificadora da marca com o produto pode criar uma identidade tão forte que passa a substituir o nome vulgar de um produto ou serviço pelo sinal distintivo empresarial.

É o que, dentre outros fatores, pode gerar uma perda da força marcária, ou de sua oponibilidade perante terceiros. Na maioria das vezes, é no direito de exclusividade de uma marca e no fundo de comércio que esta representa que se encontra o grande diferencial de um negócio.

3. A PERDA OU ENFRAQUECIMENTO DA PROPRIEDADE MARCÁRIA

Existem duas formas, em geral, que pode ocorrer a perda de *enforcement* de uma marca, ou seja, a perda de sua oponibilidade perante terceiros: pela extinção do registro marcário, onde há a perda da própria titularidade marcária; ou pela perda de seu poder distintivo, com a manutenção da titularidade marcária.

No primeiro caso, a extinção do registro marcário ou perda da titularidade está prevista no Artigo 142 da Lei 9.279/96, que determina tal fato ocorrerá quando houver a expiração do prazo de vigência, sem a devida renovação; pela renúncia ao direito marcário; pela declaração de caducidade e, ainda, pela não manutenção de pelo menos um procurador domiciliado no Brasil no caso de titular domiciliado no exterior.

Há ainda casos em que pode ocorrer não a extinção, e sim, a anulação do ato administrativo do INPI que concedeu o registro marcário através de PAN – Processo Administrativo de Nulidade, previsto no Art. 168 da LPI a ser instaurado em até sessenta dias da concessão da marca; ou por meio de ação de nulidade perante a Justiça Federal, prevista no Art. 173 da LPI a ser ajuizada em até cinco anos contados da concessão.

Apesar da diferença nos efeitos entre a extinção de uma marca – *ex nunc* – e a anulação da mesma – *ex tunc*, fato é que ambas podem ocorrer mesmo depois de já concedida a marca.

Já a perda da distintividade marcária pode ocorrer de duas formas: pela diluição marcária e pela generificação ou degenerescência marcária.

4. A DILUIÇÃO E A GENERIFICAÇÃO MARCÁRIA

Quando após o registro de uma marca, esta expressão ou parte dela passa a ser utilizada de forma corriqueira num determinado ramo de mercado é que se percebe a diluição marcária.

Ocorre com o surgimento de marcas similares de concorrentes ou não, podendo haver similaridade parcial ou total. Há neste caso a perda da força ou função distintiva da marca.

Outros agentes no mesmo segmento mercadológico passam a utilizar aquele termo diluído acessoriamente às suas próprias marcas ou designam uma determinada característica de seu produto ou serviço.

Esta expressão acaba se tornando útil ou necessária para a divulgação dos serviços e produtos de concorrentes, embora o termo não tenha sido dicionarizado ou se tornado designador daquele bem.

O conceito de diluição e perda da função distintiva da marca tem sido aplicado na prática em conjunto com a teoria da distância para solucionar situações de suposta colidência marcária. Conforme a teoria da distância, a proteção de um sinal distintivo se apura justamente no que este se diferencia dos demais da concorrência ou do código de mercado, ou seja, da distância que a marca possui das concorrentes. Caso contrário, havendo a proximidade dos termos já existentes no mercado, poderá ocorrer a coexistência de sinais, mesmo que guardem similaridade.

Já a degenerescência ou generificação ocorre pelo excesso de fama que no âmbito da função identificadora extrapola a identidade de um determinado produto ou serviço de um fornecedor para passar a dar nome ao próprio produto de um modo geral, podendo ocorrer até a dicionarização do que antes era um sinal distintivo.

O homem médio passa a identificar o objeto pela marca. Este fato normalmente é relacionado ao lançamento de um produto ou serviço inovador no mercado, diferenciado ou que se torna líder absoluto.

Conforme relata o doutrinador José Carlos Tinoco Soares (SOARES, 2010:237-238), nos Estados Unidos da América, o assunto tomou determinada proporção quando no início da segunda metade do século XX, *The United States Trademark Association* – Associação Americana de Marcas Registradas – editou o *Model State Trademark Bill* que em seu artigo 12 tornava proibido qualquer tipo de uso de um sinal registrado como marca que pudesse lhe causar diluição – *anti-dilution provision*.

Em âmbito federal naquele país, apenas em Janeiro de 1996 foi sancionada lei federal contra a diluição, *Federal Anti-Dilution Act*. Percebe-se que tais atitudes representa tentativas de impedir o valor agregado e a distintividade que uma marca possui.

No Brasil, não existe dispositivo para prevenir a diluição marcária, fato que ocasiona, sem sombra de dúvidas, uma dilapidação patrimonial. Percebe-se, em decisões judiciais pátrias, a preocupação com o consumidor e com a tentativa de evitar a confusão quanto a origem de produtos ou serviços, mas não se dá muita importância ao valor comercial de uma marca e a desvalorização comercial que uma diluição ocasiona, mesmo quando não gera confusão ao consumidor.

Traz-se a interessante decisão prolatada pela Primeira Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, ao analisar os embargos infringentes em 29 de abril de 2010 (data do julgamento), interpostos em processo que analisava a validade marcária do signo CHESTER CHEETAH em virtude da existência anterior da marca registrada CHESTER.

Apesar de ser um termo original e criado pelo titular que registrou o termo anteriormente, o Colegiado decidiu, por maioria, em não proibir o registro CHESTER CHEETAH por outra empresa, ambas no ramo de alimentos, pois não levaria o consumidor a erro³.

O Relator assim se manifestou sobre o caso:

A divergência diz respeito à possibilidade, ou não, de convivência no mercado das marcas “CHESTER” e “CHESTER CHEETAH” sem causar confusão ao consumidor.

O acórdão de folha 356 foi exarado mediante a prevalência do voto médio de folhas 334/335, segundo o qual a expressão “CHESTER” com o significado que a autora quer emprestar à lide – galináceo resultante de engenharia genética, que apresenta maior desenvolvimento do peito e das coxas – diz respeito unicamente à marca engendrada pela autora, que de tão popular e criativa, passou a designar aquela espécie de ave, dada a inexistência de uma outra expressão no mercado que identificasse a inovação genética em referência. Assim, concluiu que a apropriação de um vocábulo designativo de uma marca amplamente conhecida, ainda que acompanhado de outras expressões ou de elementos figurativos, atua no sentido de enfraquecer o signo original, com aproveitamento do significado emprestado pelo titular e efetuado à

³ TRF-2ª Região, EAC nº 220817, E-DJF2R 03/09/2010, p. 152-153

custa de vultosos investimentos, caracterizando ato de concorrência parasitária e, portanto, passível de nulidade.

(...)

Após o relato, determina-se uma posição sobre o que seria a função precípua de uma marca, unicamente sobre a ótica da proteção de interesses difusos do consumidor:

A função primordial da marca é identificar um produto, distinguindo-o de outros iguais ou similares existentes no mercado, de forma a evitar que os consumidores se confundam com produtos afins da concorrência.

Nesse contexto, como o Brasil adota o sistema atributivo, o registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Industrial garante o direito de propriedade e de uso exclusivo ao seu titular.

Importa ressaltar que, dentre os requisitos exigidos para a registrabilidade da marca destaca-se sua distintividade e disponibilidade, de forma que o sinal pelo qual se apresenta a marca deve ser distinto dos demais existentes em uso ou sob registro de outra empresa, pertencente ao mesmo gênero de atividade ou afim.

Percebe-se a preocupação em se proteger um interesse difuso envolvendo o consumidor, que em verdade, nunca é a razão principal de um litígio entre duas empresas pela validade de um signo, e esquece-se de analisar o principal fator do que se está disputando: um ativo empresarial de suma importância, a marca.

A conclusão alcançada no julgado acima foi de que não era necessária a anulação da marca registrada posteriormente, entendendo os Desembargadores que não haveria chance de o consumidor comprar um produto acreditando ser outro.

Cumpramos ressaltar a existência de voto vencido da lavra do Desembargador Federal André Fontes, que ao analisar a situação, assim se manifestou:

Desse modo, são proibidos os atos desleais na concorrência, atos mediante os quais as sociedades empresárias tentam se apropriar do sucesso de uma outra.

(...)

Para alcançar esse propósito desleal, usam nomes ou outros signos legítimamente usados por outra concorrente, de modo a gerar uma confusão. E geralmente se apresentam como uma imitação servil (CHESTER para salgadinhos para associar e persuadir o consumidor ao sabor CHESTER); ou seja, é criada de modo tal a gerar confusão com os produtos que são usados por outra concorrente e, assim, provocar o engano dos consumidores.

A concorrência desleal é o sucedâneo conexo dos casos de ausência direta de tutela de uma marca e forma subsidiária de proteção do nome e de um produto no mercado. E a repressão à concorrência desleal, por atos de confusão, destinados a capturar indevidamente clientela do concorrente legítimo, constitui a forma subsidiária, indireta, instrumental, conexas e mais ampla do capítulo de proteção dos signos e dos produtos do comerciante.

A deslealdade se agrava porque não atinge tão-somente o concorrente legítimo, mas, e o que é mais grave, causa danos à coletividade dos consumidores dos produtos, que são induzidos a erro pela utilização parasitária da palavra CHESTER.

Vê-se que, até no voto divergente, que entendeu ter havido a concorrência desleal e o aproveitamento parasitário – excelentes conceitos que visam impedir a diluição de uma marca – dá-se muito peso ao “fator confusão do consumidor” e pouco se fala da questão do empresarial e do valor de uma marca.

Esquece-se que a função principal do INPI não é a de “proteção ao consumidor”, e sim de registro de propriedade industrial, ou seja, de concessão de um título ou outorga de um direito que gerará uma exclusividade de um aproveitamento econômico a um determinado titular.

Não se está aqui querendo destituir a função social da Justiça e das instituições públicas, mas apenas salientar que as atividades empresariais não são prejudiciais à coletividade são, principalmente, voltadas para a indústria, o que não deixa de ser uma causa socialmente valorosa.

Pouco se dá ou não se dá importância à dilapidação patrimonial decorrente da diluição marcária. Raras são às vezes em que isso é levado em conta em decisões que versam sobre anulação de um registro baseada no Inciso XIX do Art. 124 da LPI.

Mesmo que se entenda não haver chances de um consumidor “trocar” um produto por outro, deve-se proibir a reprodução total, parcial ou com acréscimo de uma marca, a fim de se evitar a concorrência desleal, o aproveitamento parasitário e a diluição marcária.

Quando tal fenômeno se verifica, a distintividade da marca ou de parte da marca será perdida. Em outras palavras, como a distintividade é pressuposto da própria existência do sinal empresarial, perde-se a razão de ser de uma marca.

Alguns doutrinadores (JABUR; SANTOS, 2007:93) acreditam que existe uma renúncia ou abdicação do direito de zelar pela integridade da marca⁴ quando o seu titular permite que haja a diluição de seu signo empresarial.

Pela teoria da distância, muito aplicada em litígios marcários, um signo distintivo possui proteção justamente naquilo em que se distancia dos demais signos num segmento mercadológico.

Na prática, é o mesmo que afirmar que caso haja a diluição de uma expressão, esta deixará de ser distante das demais no mercado, havendo a necessária coexistência ou perda de *enforcement*.

Também poderá haver uma espécie de propaganda enganosa ou divulgação de informação falsa, quando o franqueador, na circular de oferta, no pré-contrato ou já no contrato final, garante ao franqueado o uso exclusivo do sinal distintivo em determinada região, de uma marca que já se encontra em franco estágio de diluição ou que não tem qualquer efetividade perante terceiros.

O mesmo se verifica quando ocorre a generificação, ou seja, quando uma marca que outrora tinha distintividade, passa a ser sinônimo do próprio produto, tornando-se um termo dicionarizado e descritivo, o que a lei proíbe como sendo um sinal não registrável⁵.

Como ensina o Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama (GAMA, 2011:87):

Como se tem considerado, uma marca solidamente registrada pode perder a exclusividade em razão do fenômeno conhecido como

⁴ Artigo 130, III, da Lei 9279/96 – LPI

⁵ inc. VI do Artigo 124 da Lei 9.279/96

“generificação”, que consiste na circunstância de marca – diante do fluxo de comunicação – deixar de ser associada a determinado produto ou serviço – do titular da marca – para se tornar um “descritor funcional”, integrando o domínio comum. Trata-se do fenômeno patológico da notoriedade, como nos exemplos do “celofane” e da “fórmica”.

Pode existir neste caso também a falta de diligência de seu titular ao permitir que seu sinal seja dicionarizado. Normalmente ocorre relacionada a um produto de nova tecnologia ou a um lançamento de um serviço ou produto original.

Ou seja, a marca de um produto que era inexistente no mercado tem a grande chance de se tornar um sinônimo do próprio objeto, passando a defini-lo. Da mesma forma percebemos esta situação com prestação de serviços inovadores ocorrendo um verdadeiro suicídio da marca, que de tão forte pode se tornar fraca.

Para a doutrina (BARBOSA, 2006:27-28), o efeito se assemelha a perda do objeto do direito, uma vez que o efeito de uma marca gira em torno de sua propriedade ou de seu uso exclusivo em um território e mercado, sendo que a perda da distintividade afasta tal exclusividade.

Há ainda, segundo a mesma fonte, uma contrastante disputa de um interesse particular com o interesse coletivo, uma vez que a generificação retira do uso particular exclusivo um termo que se tornou interessante a toda a sociedade.

5. CONCLUSÕES

A rigor, a ordem constitucional brasileira é a da liberdade no direito econômico e liberdade nos atos de concorrência. O Estado intervém em alguns casos onde se percebe a necessidade de uma regulamentação ou criação de ficções jurídicas, como é o caso de uma propriedade intangível relacionada ao registro de uma marca ou de uma patente.

O que, de fato, acaba ocorrendo em tais situações é uma insegurança jurídica, pautada na concessão e manutenção de um registro autorizado pelo Estado que, a princípio, possuiria oponibilidade perante terceiros, mas na prática, quando analisado o caso concreto, são marcas de pouco valor distintivo que não conseguem garantir qualquer exclusividade.

A fim de acabar com essa insegurança causada por um “registro vazio” já há decisão em tribunal brasileiro afirmando ser possível, não a anulação do registro marcário, mas sim a sua extinção pela perda da distintividade⁶.

Em outras palavras, não estaria autorizada a anulação de um registro marcário pela sua generificação, o que implicaria em dizer que houve um vício insanável no ato administrativo do INPI que concedeu o registro e retiraria retroativamente todos os efeitos produzidos por aquela marca, e sim, sua extinção com efeitos interrompendo a existência da marca a partir de sua declaração por via judicial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Denis Borges. Generificação e marcas registradas. 2006. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/generifica.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. 2. ed. v. 1. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Propriedade Intelectual. Revista SJRJ. v.1. n. 30, p.69-94, abr. 2011.

JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAURANO, Denise. Para que serve a psicanálise?. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SOARES, José Carlos Tinoco. Marcas notoriamente conhecidas: marcas de alto renome vs. diluição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOLENTINO, Cláudia Lopes. O discurso imagético da marca Nike e a deseabilidade dos jovens da classe média carioca. In: NIELSEN, Viviane Mattos (Org.). Marcas e propriedade industrial. Rio de Janeiro: Edições do Autos, 2009.

⁶ Encontra-se na jurisprudência brasileira alguns apontamentos como o feito pela Desembargadora Federal Lílíane Roriz da Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, em julgamento que envolvia um termo generificado informou que “pode, sim, ser apreciado não como pedido de nulidade, mas com base no perdido alternativo que seria de extinção pela degenerescência da expressão.” (TRF-2ª Região, AC nº 351.458, DJU 4/9/2006, p. 260).

A PROLETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO AUTÔNOMAS

*Marcelo Leonardo Tavares*¹

*Murilo Oliveira Souza*²

1 – INTRODUÇÃO

As relações de prestação de serviços vêm se alterando a reboque da globalização do capital. Com o passar do tempo e com a inserção de novas tecnologias, o modo de trabalhar se aperfeiçoou e se adaptou a novas realidades. O emprego de novas técnicas de produção permitiu o aumento nos lucros das empresas e a diminuição dos custos da produção, como no caso do modo de produção *toyotista*. Em contra partida, nota-se ultimamente uma mudança no modo de produzir do trabalhador autônomo, tendo em vista que este prestador de serviços cada vez mais se subordina a um superior hierárquico. Com isso, percebe-se a mutação da produção técnica destes trabalhadores tendente à flexibilização de direitos trabalhistas.

A consequência é que cada vez está mais difícil identificar de fato a diferença entre o emprego e a atividade autônoma. Esta diferença se torna importante porque os trabalhadores tidos como autônomos, mas que exercem a sua profissão como se subordinados fossem, serão prejudicados, pois não terão a garantia proporcionada pelos direitos trabalhistas e previdenciários diante de um risco social, como o desemprego ou um acidente do trabalho.

¹ Professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito pela UERJ. Juiz Federal.

² Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie. Mestrando do PPGDIR da UERJ. Advogado.

O objetivo é analisar como a jurisprudência tende a enfrentar as transformações nas relações de trabalho, como por exemplo, o *toyotismo* e a parassubordinação,³ e qual a contribuição a ser dada pelo conceito de subordinação.

No decorrer deste estudo optou-se pelo exame de textos teóricos e normativos com a finalidade de identificar um sistema analítico de conceitos a ser aplicado na interpretação de questões envolvendo as relações de trabalho. A estratégia metodológica utilizada é a de pesquisa qualitativa e o método é o dedutivo de análise de conteúdo. A técnica de pesquisa empregada é a de documentação indireta, com coleta de documentos a partir da análise de conteúdo. Não obstante, ainda foi realizada pesquisa jurisprudencial em diferentes Tribunais Regionais do Trabalho.

No próximo capítulo, será desenvolvido o estudo da evolução das relações trabalhistas em face do fenômeno do *toyotismo* e da parassubordinação. Em seguida, será analisado criticamente o enfrentamento jurisprudencial do tema, propondo-se, ao final, uma via de solução para o problema colocado, através do conceito de subordinação estrutural.

2 – AS RELAÇÕES DE TRABALHO DIANTE DO *TOYOTISMO* E DA PROLETARIIZAÇÃO DO TRABALHADOR AUTÔNOMO

2.1 – O *Toyotismo*

O mundo, após décadas de transformação nos mais variados campos do conhecimento e da indústria, depara-se ultimamente com mudanças significativas no espaço destinado à prestação de serviço e na relação entre o capital e o trabalho.

Uma das alterações mais relevantes é o critério de subordinação, que

³ É importante estabelecer um conceito de parassubordinação para esclarecer a visão dos autores com relação a este instituto. Nesse sentido, pode-se dizer que:

“[...] a parassubordinação pode ser conceituada como um contrato de colaboração coordenada e continuada, em que o prestador de serviços colabora à consecução de uma atividade de interesse da empresa, tendo seu trabalho coordenado conjuntamente com o tomador de serviços, numa relação continuada ou não-eventual. Na relação parassubordinada, o tomador de serviços continua, como no contrato de trabalho autônomo, perseguindo a consecução de resultado. Mas não se restringe à realização de apenas uma atividade, havendo uma ligação entre os resultados. (AMANTHÉA, Dennis Veloso. A evolução da teoria da parassubordinação: o trabalho a projeto. São Paulo: LTr, 2008, p. 43).

tende a se flexibilizar na relação de emprego e tende a estar mais presente na relação do trabalho autônomo. O fenômeno decorre da sofisticação da sociedade pós-industrial, da aplicação de novas técnicas de produção pelas empresas e da revolução na comunicação entre as pessoas.

Em relação às novas técnicas, até pouco tempo a linha de produção de uma fábrica era caracterizada pelo desempenho repetitivo de uma atividade em cada seção de trabalho como forma de obtenção do máximo de produtividade. Atualmente busca-se a polivalência do trabalhador como fonte de redução de custos.

Quanto à comunicação entre as pessoas, o avanço exponencial de meios de contato eletrônico, através de e-mails, de mensagens de dados e de inserção em redes sociais, possibilita a ligação permanente entre o tomador e o prestador de serviço, especialmente em atividade de esforço intelectual, e permite o estabelecimento de cadeia de ordens à distância, sem presença física. A exploração das comunicações eletrônicas e telefônicas são ainda mais efetivas em grandes aglomerados urbanos, como medida de redução de custo e de tempo de deslocamento de trabalhadores até a sede da empresa.

A fim de que se possa compreender a amplitude das mudanças que vêm sendo operadas, é importante fazer uma breve remissão sobre a evolução das relações de trabalho.

Após a Revolução Industrial, a exploração do trabalho humano aperfeiçoou-se, permitindo maior acumulação de riquezas para o tomador, que passou a aproveitar sistematicamente o esforço humano alheio para a produção do lucro. É neste cenário que surge a figura do empregado como pessoa subordinada a outra no desempenho de uma função. Tal cenário foi moldado nos últimos séculos, surgindo importantes instrumentos de regulamentação de vinculação pessoal na prestação do serviço, como o contrato de trabalho, a padronização de remuneração em relação à atividade desempenhada e a estipulação de jornadas. Após a primeira grande crise do capital em 1929, as regras da prestação do serviço sofreram importantes mudanças, notando-se, a partir de então, uma estreita relação entre a economia e o trabalho. As consequências da crise de 1929 foram as piores possíveis, sendo que as grandes potências econômicas da época

sofreram com elevados índices de desemprego, preços baixos de produtos, diminuição de produção e falências de empresas⁴.

Para combater a crise, surgiram importantes políticas sociais econômicas, como o *New Deal* nos Estados Unidos da América (EUA) e o *Welfare State* (Estado do Bem Estar Social) na Europa. O objetivo dessas políticas foi a proteção da economia por meio da intervenção do Estado, criando limites à visão liberal da autorregulação do mercado.

A política do Estado do Bem Estar Social na Europa perdurou até o início da década de 80 do século passado e foi importante no esforço contra o desemprego e na garantia da proteção do trabalhador na primeira metade do século XX e no pós-guerra. Contudo, a partir dos anos 90, passou a ser responsabilizada pela perda de competitividade das empresas europeias, pelo aumento significativo da carga tributária e pela estagnação dos meios de produção.

Em reação, alguns países, como a Inglaterra, passaram a promover a privatização dos serviços públicos, reduzindo a intervenção do Estado na economia, além de flexibilizar normas de cunho social, como, por exemplo, direitos trabalhistas e previdenciários, sob o argumento de que tais medidas eram necessárias para superar a crise econômica. Paralelamente, o setor privado da economia buscou novas formas de produção, do que resultou a modificação na relação entre capital/trabalho.

No final do século passado, a globalização passou a ter papel preponderante na economia, impondo alterações significativas no sistema industrial. Para atingir o objetivo da redução de custos, a globalização econômica buscou evitar uma nova crise da superprodução, mediante a diversificação⁵ de bens produzidos⁶.

⁴ Nesse sentido, Avelãs Nunes ressalta que: “Em 1929, com o *crack* na bolsa de Nova York, na célebre sexta-feira negra, estala a grande depressão, que depois se propagaria à Europa capitalista. Os preços baixam, as falências sucedem-se, a produção diminui enormemente, o desemprego alastra. Mais de 30 milhões de desempregados no conjunto dos países capitalistas, dos quais cerca de 06 milhões cabiam à Alemanha. Nos Estados Unidos, Roosevelt tenta uma solução reformista, através de uma política de fomento financeiro, ao mesmo tempo que, com a promulgação do *National Industrial Recovery Act* (1933), o Estado concede às associações profissionais o poder de elaborar e fazer aplicar coercitivamente regulamentos que determinam os limites e as formas de concorrência nos vários sectores”. (NUNES, António José Avelãs. Os sistemas econômicos. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 183).

⁵ Segundo Avelãs Nunes, diversificação consiste na produção pela mesma empresa de bens com diferentes utilidades, dificilmente substituíveis uns pelos outros (NUNES, A. J. Avelãs. Op. cit., p. 189).

⁶ Percebe-se que o processo que entrou em plena vigência entre a década de 60 e 70 já tinha um embrião desde a crise de 1929, como destaca Avelãs Nunes:

Um dos aspectos mais marcantes da globalização é o do deslocamento de parques de produção das grandes empresas, que preferem instalar linhas industriais em países com menor proteção de direitos sociais. A exploração da força de trabalho com menores encargos sociais permite a maximização de lucros em sistemas jurídicos menos avançados na proteção social, o que merece comentário de Jean-Jacques Dupeyroux et al (2005, p. 69):

La mondialisation des échanges pose le problème de la concurrence entre des pays dont le prix des produits et des services inclut le coût d'une protection sociale développée et d'autres où la protection sociale est inexistante. L'articulation des règles du commerce international avec des normes équitables du travail est discutée depuis la fin du XIX siècle. La concurrence des pays à faible protection sociale risque, en effet, d'entraîner à la baisse les normes sociales des pays développés s ceux-ci veulent rester compétitifs.

Diante desse cenário, é de se notar que as relações laborais se tornaram cada vez mais complexas, fragmentando-se o modo de produção.

Na principal alteração que interessa ao trabalho, o *toyotismo* baseia-se na intelectualização do trabalho manual com novas tecnologias e novas demandas do mercado. O trabalhador, que até então era orientado a executar a mesma tarefa, é exigido em atividades variadas antes atribuídas a diversos setores da linha de produção. Aproveita-se ao máximo o tempo de trabalho, com redução de postos. O trabalhador passa a ter domínio de outras áreas da cadeia produtiva e torna-se um empregado multifuncional. Acerca do *toyotismo*, Ricardo Antunes (2001, p. 54) destaca que:

O toyotismo (ou ohnismo, de Ohno, engenheiro que o criou na fábrica Toyota), como via japonesa de expansão e consolidação do capitalismo monopolista industrial, é uma forma de organização do trabalho que nasce na Toyota, no Japão pós-45, e que, muito rapidamente, se propaga para as grandes companhias daquele país.

“Já em 1915 Bukarine falava da internacionalização do capital, de que seria o trust internacional o mais elevado grau de organização. O que agora é novo, portanto, não é a exportação de capitais privados, nem a existência de empresas que estendem a sua atividade produtiva a vários países. O que é novo é a internacionalização do próprio processo produtivo, traduzida na realidade das empresas multinacionais com a sua rede de produção e comercialização e com os canais de mobilização e centralização dos meios de financiamento espalhados por diversas partes do mundo, estabelecendo uma divisão internacional do trabalho à medida dos seus interesses, fracionando o processo produtivo e localizando em regiões ou países diversos cada uma das fases do processo. (Ibid., p. 193)”

Em virtude das características anteriormente mencionadas, a primeira resposta que a técnica de trabalho *toyotista* proporcionou para o Japão foi a solução da crise financeira que assolou aquele país no pós-guerra. Houve melhoria na produção, sem aumentar o contingente de trabalhadores. Giovanni Alves (2007, p. 185 e 186) afirma que:

Temos salientando que o eixo central dos dispositivos organizacionais (e institucionais) do toyotismo, o “momento predominante” da reestruturação produtiva, é a “captura” da subjetividade do trabalho indispensável para o funcionamento dos dispositivos organizacionais do toyotismo (just-in-time/kanban, kaizen, CCQ, etc.) que sustentam a grande empresa capitalista. Mais do que nunca, o capital precisa do envolvimento do trabalhador nas tarefas da produção em equipe ou nos jogos de palpites para aprimorar os procedimentos de produção. A organização toyotista do trabalho capitalista possui maior densidade manipuladora do que a organização fordista-taylorista. Não é apenas o “fazer” e o “saber” operário que são capturados pela lógica do capital, mas sua disposição intelectual-afetiva que é mobilizada para cooperar com a lógica da valorização.

No *toyotismo*, os empregadores também se utilizam de mecanismo de convencimento da importância da dedicação cada vez maior em prol da empresa, o que pode se tornar uma pressão para o obreiro. Além disso, os empregadores criam mecanismos de controle de qualidade como requisito para que os empregados, agora denominados de “colaboradores”, mantenham-se nos postos e subam na carreira.

A imposição da cultura de identificação ideológica dos trabalhadores com a empresa (sua missão e valores) é fundamental no *toyotismo*, a fim de que se obtenha a intensificação da prestação de serviço. Nesse sentido, Ricardo Antunes (2001, p. 56) comenta:

O processo de produção de tipo toyotista, por meio dos team work, supõe portanto uma intensificação da exploração do trabalho, quer pelo fato de os operários trabalharem simultaneamente com várias máquinas diversificadas, quer pelo ritmo e a velocidade da cadeia produtiva dada pelo sistema de luzes. Ou seja, presencia-se uma intensificação do ritmo produtivo dentro do mesmo tempo de trabalho ou até mesmo quando este se reduz. Na fábrica Toyota, quando a luz está verde, o funcionamento é normal; com a indicação da cor laranja, atinge-se uma intensidade máxima, e quando a luz

vermelha aparece, é porque houve problemas, devendo-se diminuir o ritmo produtivo. A apropriação das atividades intelectuais do trabalho, que advém da introdução de maquinaria automatizada e informatizada, aliada à intensificação do ritmo do processo de trabalho, configuraram um quadro extremamente positivo para o capital, na retomada do ciclo de acumulação e na recuperação da sua rentabilidade.

Dessa forma, o aperfeiçoamento capitalista do modo de produção provocado pelo *toyotismo* consegue aliar novas tecnologias ao trabalho desempenhado pelo obreiro, trazendo maior exploração do trabalho humano e podendo causar prejuízos à saúde dos empregados. A utilização dessas novas tecnologias e da técnica de trabalho flexibiliza a noção de jornada e faz com que o trabalhador não tenha mais horário determinado a cumprir. O empregado deve buscar atingir metas, sempre cada vez mais rigorosas, mesmo que para isso precise se dedicar em prejuízo do descanso legal e do lazer.

Isso tem acontecido em especial mediante a adoção de novas tecnologias de comunicação entre o empregador e o empregado, que pode ser acionado a qualquer hora do dia, mesmo em local distante da sede da empresa.

Por essa razão, afirma-se que a organização da economia global conduziu à reestruturação produtiva. No caso do *toyotismo*, as principais consequências são: descentralização e terceirização do sistema produtivo, redução do proletariado fabril estável, superespecialização desgastante de trabalhadores, piora das condições de trabalho e sub-contratação de trabalhadores.

Em consequência, as novas técnicas de organização laboral, aliadas à revolução das comunicações, proporcionam maiores lucros para as empresas, com redução da qualidade de vida do trabalhador. O empregado/colaborador é mais explorado na força de trabalho, com destaque em países em que as garantias sociais são falhas. A redução do custo da produção obtida no mundo contemporâneo baseia-se, assim, na diminuição da proteção do trabalhador, sob o argumento de que essa redução torna-se necessária para superar crises econômicas.

A jurisprudência não tem ficado insensível ao avanço do fenômeno, como se pode observar nos dois julgados abaixo:

[...] um novo modelo de produção, denominado “toyotismo”, que possui como ideias centrais empresa enxuta, trabalho em equipe, produção adaptada à demanda, trabalhador responsável por uma diversidade de tarefas (trabalhador “flexível” ou “adaptável” - e, com isto, empregável -, isto é capaz de se adaptar a novas funções, em oposição ao trabalhador preso a uma qualificação), transferência a terceiros de parte das atividades da empresa ou trabalho em rede de empresas (este último aspecto está diretamente relacionado com a diminuição de custos fixos, a descentralização da produção e a especialização) e fuga à coerção do direito do trabalho. É neste contexto que surge a “terceirização de serviços”, ou seja, uma empresa (e, posteriormente, a própria Administração Pública. No Brasil, entre as primeiras normas jurídicas a tratar da terceirização estão duas que se referem à Administração Pública - art. 10, § 7º, do Decreto 200/67 e Lei n. 5.645/70) transfere para terceiro, a responsabilidade pela produção de uma mercadoria ou prestação de um serviço, cumprindo a este terceiro a contratação dos trabalhadores necessários àquela produção ou prestação de serviços e, principalmente, adaptar-se às necessidades do mercado. Trata-se também denominada “flexibilidade externa”, que “supõe uma chamada organização do trabalho em rede, na qual empresas ‘enxutas’ encontram os recursos de que carecem por meio de abundante subcontratação e de uma mão-de-obra maleável em termos de emprego (empregos precários, temporários, trabalho autônomo), de horários flexíveis ou de jornada do trabalho (tempo parcial, horários variáveis)”. (BRASIL, MINAS GERAIS/MG, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, 2014, s. p.).

[...] O fenômeno, cuja origem remonta ao Toyotismo, tinha por finalidade tornar a empresa mais competitiva mediante concentração em sua atividade principal, flexibilizando sua produção e possibilitando maior customização. Ela não pode, todavia, ser utilizada como simples instrumento de redução de custos e precarização das relações de trabalho e das garantias mínimas estatuídas em lei para proteção do trabalhador, especialmente o empregado. (BRASIL, SÃO PAULO/SP. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região, 2012, s.p.).

2.2 – A proletarização do trabalhador autônomo

A subordinação é um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, conforme estabelece o artigo 3º, da Consolidação das Leis

do Trabalho⁷ (CLT). Com relação à natureza jurídica da subordinação, é importante destacar que existem duas diferentes correntes, subjetivista e objetivista, que traçam a característica deste instituto para identificar o grau de dependência do empregado conforme dispõe a legislação.

Nesse sentido, acerca destas duas correntes, é importante destacar:

Para os subjetivistas o elemento subordinação atua sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição. Por outro lado, para os objetivistas, corrente amplamente majoritária, a subordinação classifica-se inquestionavelmente como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação de trabalho. Para alguns estudiosos da corrente subjetivista, a subordinação é um estado (ou uma condição) pessoal do trabalhador no seio de um vínculo laboral e não uma qualidade da atividade de trabalho, na medida em que, tomada só por si, a prestação de um trabalho não se presta a tal qualificativo, podendo ser idêntica, quer desenvolvida no quadro de uma mera prestação de serviço quer decorra de um contrato de trabalho. Em situação oposta, encontram-se os objetivistas, para quem, como já exposto, a subordinação decorre e deriva do contrato de trabalho, em decorrência do qual o empregado acolhe o direcionamento objetivo do empregador sobre forma de realizar a prestação de serviços. (PAROSKI, Mauro Vasni; FERREIRA, Cícero Pedro, 2012, p. 588).

Por isso, sustenta-se que o elemento capaz de diferenciar a subordinação do trabalhador empregado em detrimento da ausência de subordinação do trabalhador autônomo seria o fato de o último não estar sujeito ao poder disciplinar do empregador, e, conseqüentemente, não há dever de obediência a um superior hierárquico.

Todavia, constata-se atualmente que cada vez mais trabalhadores autônomos, em especial os que prestam serviços intelectuais a empresas, têm realizado a prestação de serviço de forma subordinada, característica própria do emprego. A ausência de subordinação, que sempre foi uma dos pilares da atividade do autônomo, vem sendo colocada em xeque pelas alterações nas relações de trabalho, o que conduz a uma aproximação

⁷ Consolidação das Leis do Trabalho, Artigo 3º: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (BRASIL, 1943).

fática dos contornos do emprego em relação à prestação autônoma do trabalho, com prejuízo das garantias sociais:

Tal realidade indica a reconfiguração do trabalho na sociedade. O processo econômico-social de reorganização das formas de trabalho é chamado de reestruturação produtiva. O crescimento e a criação de formas de trabalho sem proteção legal, tais como o trabalho informal, subemprego, trabalho (falsamente) cooperado e os trabalhadores pseudo-autônomos desvela a pretensão de fuga da relação de emprego. Dessa forma, a nova organização do trabalho está plenamente associada à crise do emprego, que pode ser chamada, de outra maneira, de crise do trabalho (OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio, 2007, p. 109).

Aliás, é importante destacar que:

[...] a releitura da subordinação, além de permitir a inclusão no espectro de proteção do Direito do Trabalho das variadas novas formas de prestação laboral, nascidas com o desenvolvimento e o avanço tecnológico, serve aos fins fundamentais da própria existência de um direito laboral, afastando as diversas e criativas tentativas empresariais para se isentarem dos seus deveres, enquanto empregadores, incluindo as modalidades de terceirização de alguns segmentos da atividade econômica, sem a mínima preocupação com os trabalhadores e seus direitos mais comezinhos. (PAROSKI, Mauro Vasni; FERREIRA, Cícero Pedro, 2012, p. 584).

Desta forma, a classificação tradicional estaria superada, sendo possível a identificação de subordinação de autônomos em virtude do modo como estes trabalhadores desempenham a sua função, além da forma de controle desempenhado pelos empregadores.

Não por outro motivo, o legislador brasileiro tem procurado aumentar a proteção legal do prestador autônomo, reconhecendo sua hipossuficiência frente aos novos interesses econômicos. Como exemplo, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 alargou a possibilidade de acesso à jurisdição laborista, mediante a alteração da redação do artigo 114, da Constituição da República.

Em determinados casos, como o do exercício de atividades pelo empregado em tele-trabalho e o da prestação de serviço autônomo mediante prescrições rígidas do tomador do serviço, há real dificuldade fática de identificação do enquadramento jurídico, se de emprego ou de trabalho autônomo.

O fenômeno atinge em cheio a característica de subordinação na relação empregatícia. Trabalhadores autônomos em atividade intelectual têm cada vez mais “chefes” nas empresas tomadoras, razão pela qual é importante estabelecer critérios para identificar se há ou não verdadeira subordinação e como ela se estabelece. Como ressalta ZANGRANDO (2008, p. 446):

Assim, a par dos critérios subjetivos e objetivos da subordinação, para distinguir uma relação de emprego de uma relação de trabalho, é necessário recorrer a indícios outros, que podem ser sintetizados no direito residual de controle do empregador, consubstanciando-se, concretamente: - no poder do empregador aplicar sanções disciplinares ao trabalhador; - na capacidade do empregador de admitir o empregado na empresa; - na capacidade do empregador em fixar a remuneração pelo serviço do empregado; - na capacidade do empregador de, ainda, que potencialmente, dirigir as atividades do empregado. [...] Porém, nem mesmo o direito residual de controle parece ser suficiente.

O que se observa é que a subordinação tende a estar presente, com alguma variação em relação ao conceito tradicional, em relações de trabalho autônomo.

Na evolução do fenômeno, o modelo de subordinação jurídica construído no século XIX, passou a ser questionado a partir da década de 1970, com o surgimento de novas tecnologias e métodos de trabalho. O crescimento do excedente de mão-de-obra e o incremento de trabalhadores informais, autônomos e à distância, dentre outros, fez com que o critério da subordinação jurídica ganhasse novos contornos, tornando mais tênue a linha divisória fática entre o emprego e a autonomia.

Trabalhadores autônomos tradicionalmente desempenham função com status diferenciado em virtude da alta qualificação técnica, o que lhes permite escolher os meios a serem utilizados para a produção ou para a prestação do serviço a ser entregue ao contratante. Em regra, estabelecido os contornos finais do que o contratante pretende, o autônomo age com liberdade de escolha do melhor caminho para atingir ao fim pretendido.

No entanto, a relação entre tomador e prestador de serviço está sendo alterada. Cada vez mais os prestadores autônomos são instados a observar determinadas prescrições de conduta no exercício de sua atividade, a atender impositivamente a exigências de “superiores” da empresa

tomadora. Com as demandas do mundo contemporâneo, provocadas em larga escala pela globalização econômica dos meios de produção, notou-se ultimamente, na perspectiva trabalhista brasileira, uma mutação na produção técnica dos trabalhadores autônomos, na qual alguns profissionais se comprometem a desempenhar a sua atividade mediante a coordenação do tomador de seus serviços, o que levaria a identificar a possibilidade de subordinação destes obreiros, como visto anteriormente.

É importante destacar que o fenômeno é mais grave em algumas atividades, em que trabalhadores autônomos desempenham a função como se subordinados fossem. Advogados, médicos, dentistas e outros profissionais liberais têm trabalhado para empresas cada vez mais com subordinação a um “superior hierárquico”. São formalmente contratados como profissionais liberais, mas na prática exercem sua função de forma subordinada.

Além dos trabalhadores autônomos, outras profissões também desempenham a função como se subordinados fossem, mas sem que haja um vínculo formal de contrato de trabalho. Esses trabalhadores são compelidos a criar pessoas jurídicas, com objetivo de descaracterizar o vínculo de emprego, surgindo o fenômeno que foi denominado pela doutrina de “pejotização”.

A “pejotização” consiste em uma prática que tem por objetivo lavrar um contrato civil de prestação de serviços ao invés de um contrato trabalhista. O objetivo é reduzir custos com direitos sociais, estabelecendo um vínculo civil entre o prestador de serviços e o tomador de serviços, ao invés de trabalhista. Nesse sentido, Adriano Jannuzzi Moreira (2013, p. 61) afirma:

Consiste a pejotização no meio atualmente utilizado para se praticar uma ilegalidade na medida em que se frauda o contrato de trabalho para descaracterizar a relação de emprego existente, mediante a criação regular de uma empresa.

Afirma-se que a “pejotização” é utilizada para fraudar a lei porque a relação existente entre o trabalhador e o tomador seria de fato uma relação de emprego, uma vez presentes os requisitos previstos no artigo 3º da CLT. No entanto, sob aspecto formal, o empregador procura descaracterizar a relação de emprego sob alegação de falta de personalidade, tendo em vista haver contratação de prestadora de serviços ao invés de uma pessoa física.

Mas qual a razão para o surgimento desses vínculos precários de trabalho? Adriano Jannuzzi Moreira (2013, p. 61) afirma que:

Por ser um sistema dinâmico, o capitalismo se adapta diante das novas necessidades surgidas após uma crise. Nem sempre esta adaptação é favorável à sociedade, senão, apenas ao sistema econômico.

O fato é que o Direito não pode ficar insensível a essas duas modificações contemporâneas nas relações sociais trabalhistas, o *toyotismo* e a proletarização do trabalho autônomo, e precisa se adaptar, a fim de garantir um mínimo de proteção social aos trabalhadores, em atendimento ao princípio do Estado Social de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Tais questões têm sido objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, que tende a enfrentar os fenômenos cada vez com maior incidência nas reclamações trabalhistas.

3 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

3.1 – Quanto ao *toyotismo*

Há posição jurisprudencial relevante tratando o *toyotismo* como caso de terceirização fraudulenta. Nesse sentido, o seguinte acórdão:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - As reclamadas celebraram um contrato de prestação de serviços referente às atividades de recepção e encaminhamento de pedido de empréstimo, e execução de cobrança de títulos. Estas eram as atividades desenvolvidas pela 1ª empresa demandada, enquanto a 2ª demandada tinha por objeto social a liberação ou aprovação desses empréstimos. Ora, a terceirização é um dos fenômenos da globalização e se consubstancia em prática administrativa nascida em meio ao toyotismo, que visa diminuir o custo da produção, descentralizando a gestão da mão-de-obra por meio de contratação por interposta pessoa. Tal prática fere o valor do trabalho e gera o enriquecimento ilícito, na medida em que permite uma empresa desenvolver sua atividade econômica sem arcar diretamente com a força de trabalho que lhe proporciona lucro. Ademais, viola o princípio máximo da não discriminação, na medida em que permite

que trabalhadores que exercem a mesma função, trabalhem lado a lado recebendo distinta e a regramento diverso e específico. Destarte, o vínculo se forma diretamente com o tomador e a responsabilidade é solidária. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, RIO DE JANEIRO/RJ, Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região, 2007, s. p., grifo nosso).

No caso, a empresa sustentou que o empregado não lhe era subordinado, mas sim a outra pessoa jurídica com a qual contratara a prestação de serviço. No julgamento de primeira instância, foi reconhecido o vínculo, caracterizando a terceirização como burla à legislação trabalhista.

O Tribunal, em sede de recurso, convenceu-se de que foi celebrado contrato fraudulento de prestação de serviços. O prestador atuava em atividades de recepção e encaminhamento de pedido de empréstimo e de execução de cobrança de títulos, sendo esta a atividade-fim desenvolvida pela tomadora. Foi preponderante o fato de ter ficado comprovado que a loja na qual havia a prestação de serviço era de propriedade da empresa tomadora. Logo, o empregado estava na realidade subordinado a esta.

Em outro caso, o trabalhador foi contratado por empresa de segurança e transporte de valores para prestar serviços a uma instituição bancária, em atividade de compensação e de verificação de depósitos de valores. No fundo, a empresa de transporte estava colocando sua força de trabalho à disposição de atividade fim do Banco.

O acórdão foi o seguinte:

TERCEIRIZAÇÃO PARA FORA (OUTSOURCING) VIA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS - GLOBALIZAÇÃO E ECONOMIA DE MERCADO - ACUMULAÇÃO FLEXÍVEL COM REDUÇÃO DE CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO HUMANO - EMPRESA CESSIONÁRIA DOS SERVIÇOS E NATUREZA DE SUAS ATIVIDADES NUCLEARES - TIPO DE SERVIÇOS DESEMPENHADOS PELO EMPREGADO DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS - CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DA LEGALIDADE - DÚVIDA QUE DEVE BENEFICIAR AO EMPREGADO - Diante da globalização e da economia de mercado (consenso de Washington), a terceirização, que se expande sob várias formas, é um fenômeno irreversível, para o qual nenhum sistema juslaboral pode fechar os olhos, pois, de uma maneira ou de outra, está intimamente ligado à acumulação flexível, ao toyotismo e à reestruturação da

produção, sistemas imperantes na atual fase da história e que têm privilegiado o lucro ao ser humano. É preciso enfrentar tal fenômeno com equilíbrio e serenidade; razoabilidade e realizabilidade, preocupado o intérprete com os princípios e os objetivos sócio-fundamentais constitucionais e sem a desqualificação dos direitos trabalhistas clássicos, importante instrumento de distribuição de renda e de destaque da livre iniciativa, assim como do ser humano, para quem convergem todos os valores constitucionais e infra-constitucionais. Indiscutivelmente, a economia e a competitividade influenciam o Direito mais intensamente, a cada dia, embora não exista dominante nem dominado. Os valores de ambas as Ciências devem buscar a harmonia, de forma a manterem as suas independências científicas, sempre com vistas ao mais importante de tudo: o bem estar individual e coletivo, à luz da efetividade dos direitos e das garantias fundamentais [...]. (BRASIL, MINAS GERAIS/MG, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, 2009a, s. p.).

Para o órgão julgador, o Banco pretendeu descaracterizar a prestação de serviço de um empregado bancário, negando-lhe acesso a um rol maior de direito trabalhistas. A principal contribuição deste julgado foi a afirmação de que o deslocamento do eixo de proteção promovido pela terceirização torna precários os direitos trabalhistas.

As duas decisões têm em comum a fundamentação no princípio da realidade, o que foi essencial para a garantia da aplicação do artigo 9º da CLT8. Da leitura dos acórdãos pode-se concluir também pela necessidade de um instrumental jurídico capaz de acompanhar a evolução das técnicas contemporâneas utilizadas para se negarem direitos trabalhistas e previdenciários a empregados.

3.2 – NO QUE SE REFERE À PROLETARIZAÇÃO DO TRABALHADOR AUTÔNOMO

A primeira decisão a ser objeto de estudo foi proferida pelo 16ª. Turma do TRT – 2ª. Região, de cuja ementa se destaca:

Recurso ordinário. Pejotização. Fraude aos preceitos trabalhistas. Vínculo empregatício reconhecido. Da análise de todo processado,

⁸ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 9º: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (BRASIL, 1943).

resta indubitável que houve a ocorrência do fenômeno da pejetização, que consiste na contratação de trabalhador por meio de empresa criada para mascarar o real liame jurídico entre as partes, no claro intuito de fraudar a legislação trabalhista. Implementados os requisitos da relação de emprego, ainda que escamoteados sob a forma simulada de contratos de prestação de serviços, o reconhecimento do vínculo empregatício é medida que se impõe. Apelo patronal desprovido”. (BRASIL, SÃO PAULO/SP, 2014, s. p.).

O pano de fundo fático do caso é a lavratura de contrato de prestação de serviços entre uma empresa e outra criada para mascarar o vínculo trabalhista.

No julgamento, o tribunal frisou haver evidência de burla à legislação trabalhista: no contrato social da empresa prestadora de serviços constavam como sócios o trabalhador e seu pai; a tomadora era o único cliente da empresa prestadora, e o sócio da prestadora foi designado pela tomadora como preposto com plenos poderes para diariamente coordenar o trabalho em suas dependências.

Não obstante, outros elementos que podem servir de base para o convencimento do juízo acerca da existência de vínculo empregatício foram o fato de o prestador de serviços comparecer todos os dias na empresa, cumprir jornada de trabalho e remuneração apurada por hora de trabalho.

O órgão julgador declarou nulo o referido contrato, com base no art. 9º CLT, por haver desvirtuamento da lei trabalhista, e reconheceu o vínculo entre o empregado/prestador de serviços e a empresa contratante.

A terceirização e a “pejetização” não são, contudo, as únicas formas de se buscar burlar a lei trabalhista. Tem-se observado também a tendência de contratação de autônomos, submetendo-os a uma relação fática de subordinação.

A hipótese foi enfrentada pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região no seguinte acórdão:

SUBORDINAÇÃO OBJETIVA E OBJETIVADA, COM POUCOS TRAÇOS SUBJETIVOS - MÉDICOS E OUTROS PROFISSIONAIS DE NÍVEL SUPERIOR OU DE ALTA QUALIFICAÇÃO - CONTRATO DE EMPREGO - SUBORDINAÇÃO SEM AÇÃO E SEM ROSTO - RESTOS DE UM MODELO QUE SE DESPEDAÇOU E CUJOS FRAGMENTOS SE REDIRECIONAM PARA AS CÉLULAS DE TRABALHO COM OUTRA CONFORMAÇÃO- APROXIMAÇÃO

DE CONCEITOS: NÃO EVENTUALIDADE E SUBORDINAÇÃO- TIPO DO SERVIÇO PRESTADO E NÚCLEO MATRICIAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL- IMPUTAÇÃO JURÍDICA QUE SE FAZ NECESSÁRIA SOB PENA DE DESPOVOAMENTO DA EMPRESA E DA SUA FUNÇÃO SOCIAL - Subordinação é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado, é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo- corpo a corpo ou boca/ouvido- típica do taylorismo/fordismo, e, até por assemelhação própria dos regimes políticos da época, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial, própria do toyotismo [...]. (BRASIL, MINAS GERAIS/MG, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, 2009b, s.p.).

Em que pese a contratação de autônomo, o tribunal reconheceu a relação de emprego, pois a trabalhadora laborou em atividade intimamente ligada à dinâmica da finalidade da empresa, com traços de onerosidade, de pessoalidade e de habitualidade. Quanto à subordinação, o órgão julgador verificou que a ausência de comando não seria o único critério capaz de desfazer o vínculo empregatício quando todos os outros estão presentes.

À vista do julgamento, ficou patente a relevância de se reconstruir o conceito de subordinação, tornando-o adequado aos fenômenos trabalhistas contemporâneos.

Nesse sentido é que Maurício Godinho Delgado (2006) propõe o conceito de subordinação estrutural:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. (DELGADO, Maurício Godinho, 2006, p. 665).

[...] nessa dimensão de subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental

é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços. (DELGADO, Maurício Godinho in: DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel; SENA, Adriana Goulart de (coord.), 2010, p. 30).

À luz dessa concepção, busca-se inserir trabalhadores autônomos, que estão intimamente vinculados à dinâmica da empresa tomadora de serviços, na relação de emprego. A partir de algumas evidências, como exercer a função no estabelecimento da tomadora, cumprir jornada de trabalho e receber salário pela hora trabalhada, o fato de o prestador não receber ordens diretas, mas apenas ser controlado, não seria suficiente para descaracterizar o emprego.

O conceito tradicional de subordinação, verifica-se, não está sendo suficiente para resolver a contento as complexas questões das relações de emprego, quando mascaradas por contratações de autônomos.

Por esse motivo, entende-se que o conceito de subordinação estrutural tem muito a contribuir face aos novos desafios e pode servir de elemento determinante na proteção de direitos trabalhistas e previdenciários para empregados de fato.

4 – CONCLUSÃO

O trabalho dedicou-se a analisar as dificuldades encontradas para a caracterização do vínculo de emprego, diante da utilização de novos mecanismos pelas empresas com a finalidade de descaracterizar o vínculo, e propor uma solução capaz de enfrentá-las.

De início, procurou-se expor que os fenômenos do *toyotismo* e da proletarianização de trabalhadores autônomos são uma consequência da nova organização da economia mundial e fruto da reestruturação das técnicas produtivas, com objetivo de reduzir custos e de aumentar lucros das empresas.

Neste ambiente, o elevado gasto advindo do reconhecimento de direitos trabalhistas e previdenciários é considerado pelas empresas como principal obstáculo ao desenvolvimento econômico e à competitividade em mercado global.

Como consequência, há uma tendência empresarial de procurar burlar obrigações legais através de simulação de contratação de autônomos e de contratação com empresas de fachada.

No que se refere aos trabalhadores autônomos, muitos estão sendo contratados para exercer atividades próprias de empregados e não possuem autonomia para desempenhar sua função. Como exemplo, citou-se o fenômeno de “pejotização” e da contratação de advogados, médicos e dentistas. A consequência de tal prática é a negativa de direitos trabalhistas e previdenciários.

Quanto à contratação de empresas de fachada, a Justiça do Trabalho cada vez mais se depara com casos em que pessoas jurídicas prestam serviços com exclusividade a outra, algumas vezes com os sócios da prestadora laborando no estabelecimento da tomadora, sob a coordenação de um “chefe”. Os sócios da prestadora, em geral, são pessoas com vínculos familiares e afetivos e não profissionais, o que ratifica os indícios de que as empresas são criadas somente para que os direitos trabalhistas não sejam observados pela tomadora do serviço.

A solução proposta para enfrentar esse problema está no fortalecimento do conceito de subordinação estrutural. Através dele, considera-se que os pseudo-autônomos e os sócios de empresas de fachada estão vinculados à dinâmica da empresa e, portanto, devem ter seus vínculos empregatícios reconhecidos.

5 – REFERÊNCIAS

- ALVES, Giovanni. Dimensões da reestruturação produtiva: ensaios de sociologia do trabalho. 2ª ed. Londrina: Praxis, 2007.
- AMANTHÉA, Dennis Veloso. A evolução da teoria da parassubordinação: o trabalho a projeto. São Paulo: LTr, 2008.
- ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 5ª ed. São Paulo: Boitempo editorial, 2001.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Recurso ordinário processo nº 00845-2009-105-03-00-5, da 04ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator Desembargador Luiz Otavio Linhares Renault, 2009b. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3207>, consultado no dia 14.07.2014.

-
- _____. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Recurso ordinário processo nº 00971-2008-007-03-00-3, da 04ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator Desembargador Luiz Otavio Linhares Renault, 2009a. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3207>, consultado no dia 14.07.2014.
- _____. MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Recurso ordinário processo nº 01807-2012-001-03-00-1, da 01ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator Juiz Convocado Cleber Lucio de Almeida, 2014. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3110>, consultado no dia 13.07.2014.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região. Recurso ordinário processo nº 00236-2006-052-01-00-3, da 02ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relatora Desembargadora Aurora de Oliveira Coentro, 2007. Disponível em: http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/bitstream/handle/1001/109880/00236003220065010052%2325-07-2007.pdf?sequence=1&#search=00236-2006-052-01-00-3, consultado no dia 14.07.2014.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Recurso ordinário processo nº 0000575-57.2012.5.02.0373, da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator Desembargador Orlando Apuene Bertão, 2014. Disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=1963064>, consultado no dia 14.06.2014.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Recurso ordinário processo nº 0062700-15.2006.5.02.0036, da 09ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relatora Desembargadora Maria da Conceição Batista, 2012. Disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=443611>, consultado no dia 13.06.2014.
- DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel; SENA, Adriana Goulart de (coord.). Dignidade humana e inclusão social. São Paulo: LTr, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista LTr, São Paulo, ano 70, nº 6, p. 660-673, jun. 2006.
- DUPEYROUX, Jean-Jacques et al. Droit de la sécurité sociale. 15ª ed. Dalloz,
- LESSA, Sérgio. O processo de produção/reprodução social; Trabalho e sociabilidade. Disponível em: http://www.sergiolessa.com/artigos_97_01/producao_reproduca0_1999.pdf, consultado no dia 30.06.2014.
- MOREIRA, Adriano Jannuzi. Pejotização e parassubordinação – O direito do trabalho frente a esta nova realidade e os passivos trabalhistas previdenciários pela caracterização da relação de emprego. Revista LTr, São Paulo/SP, v. 77, nº 01, p. 55-67, janeiro 2013.
- NUNES, António José Avelãs. Os sistemas econômicos. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação Jurídica: Um Conceito Desbotado. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo/SP, v. 126, p. 107-138, abr-jun, 2007.
- PAROSKI, Mauro Vasni; FERREIRA, Cícero Pedro. Subordinação na relação de emprego e a necessidade de sua releitura nas sociedades contemporâneas. Revista LTr, São Paulo/SP, v. 76, nº 05, p. 584-595, maio, 2012.
- ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de direito do trabalho, tomo II. São Paulo: LTr, 2008.

A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA: ENTRE A DOGMÁTICA PENAL E O DIREITO INTERCIONAL PENAL: EM ESPECIAL NO ESTATUTO DE ROMA¹

Maria João Carvalho Vaz²

INTRODUÇÃO

A punibilidade da tentativa encontra o seu fundamento e a sua legitimação num longo caminho, elaborado pela dogmática penal, desde a civilização hebraica até à contemporaneidade. Assim, partindo da premissa da sua utilização, pelo Direito Internacional Penal – com o intuito de antecipar, de forma subsidiária, a tutela de valores de suma importância para a humanidade – procuraremos estabelecer um paralelo entre aquela visão jurídico-penal, em sentido estrito, e uma visão mais internacionalista e permeável a conceitos de direito humanitário inspirada nos sistemas de *common law*.

Deste modo, trataremos, num primeiro momento, de relatar a evolução do fundamento da punibilidade da tentativa sob uma perspectiva dogmática para, num segundo momento, podermos mobilizar esses conceitos na sua análise no Direito Internacional Penal, tendo também em conta o exercício

¹ No âmbito da problematidade da tentativa, cabe-nos afirmar que a chamada “tentativa impossível” (punível em Portugal) equivale à figura do ‘crime impossível’ no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

² Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutoranda em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Contacto de e-mail: maria-vaz100@hotmail.com.

da função jurisdicional dos tribunais penais internacionais para o Ruanda e para a antiga Jugoslávia.

A partir desse paralelo procuraremos problematizar as lacunas que o Estatuto de Roma apresenta nesta matéria: relativamente à definição de ‘acto de execução’ (e à conseqüente possibilidade de se estender a punibilidade às tentativas inidóneas ou impossíveis), relativamente à possibilidade de se punir a tentativa por dolo eventual; e, por último, relativamente à possibilidade de aplicação de uma pena igual ao agente da tentativa e ao agente do respectivo crime consumado.

1. EVOLUÇÃO DO FUNDAMENTO DA PUNIBILIDADE DA TENTATIVA NA DOGMÁTICA PENAL

A punibilidade da tentativa encontra as suas raízes num tempo em que a religião e o direito não se distinguem: em que a palavra de Deus era a lei.³ Assim, muito embora tenha sido punida como ficção do crime consumado pela civilização romana⁴, só na Idade Média se elaborou uma distinção entre as várias etapas (ou percurso) do crime doloso, que ficou conhecido como *iter criminis*^{5,6}.

Com base no supra mencionado, podemos dizer que a tentativa, entre a Idade Média e a época das luzes, foi vislumbrada como um *minus*

³ A primeira referência na História relativamente à punibilidade da tentativa encontra-se nos primórdios da civilização hebraica. Pode ler-se no Código da Aliança que, “quem empregasse artifícios para matar um semelhante” seria expulso da religião e o pretense ofendido pela conduta tentada poderia conduzir o seu agente “até à morte”. Neste sentido: Bíblia Sagrada. Livro do Êxodo, XXI, 14. Também: GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1995, p. 72.

⁴ Os romanos estabeleciam já uma distinção da tentativa do crime consumado, apesar de aplicarem a mesma consequência jurídica que seria aplicável ao crime consumado. A distinção estabelecia-se com base nas noções de flagitium perfectum e de flagitium imperfectum. Neste sentido: COSTA, José de Faria. Tentativa e Dolo Eventual (ou da relevância da negação em direito penal). Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”. Coimbra, 1987, p. 7, nota 6.

⁵ Ao longo da Idade Média, com o contributo da escola dos glosadores e dos comentadores, passou a distinguir-se a tentativa do crime consumado com base no “conatus”. Assim, o crime consumado corresponderia ao conatus proximus e a tentativa corresponderia ao conatus remotus. Assim: LIFSCHITZ, Sergio Politoff. Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustracion: Estudio de Dogmatica Penal y de Derecho Comparado. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 25.

⁶ O *iter criminis* dividia-se em três fases. A primeira traduzia-se na fase de cogitação ou pensamento, mais conhecida por nuda cogitatio. A sua irrelevância jurídico penal encontra respaldo na célebre afirmação de ULPIANUS, no Digesto: “Cogitationis poenam nemo partitur”. Assim: Digesto. 48, 19, 18. Após a cogitação vinham as fases preparatória e executória do facto.

relativamente à consumação. Todavia, com o advento do Iluminismo e a sucedânea humanização do direito penal – que se laicizara, abandonando a ligação religiosa que fora mantida ao longo das ordenações medievais⁷ – foi-se deixando para trás o pensamento de que a tentativa mais não era do que um crime imperfeito. E tudo isso se deveu ao surgimento e à atribuição de relevância penal à ideia de perigo⁸.

O direito penal pós-iluminista – encetado pela conhecida Escola Clássica do Direito Penal⁹ – caracterizou-se pela adopção de uma noção objectivista de perigo e, nessa medida, baseava a punibilidade da tentativa na “perigosidade de uma acção objectivamente capaz de produzir um resultado”¹⁰. Encontrava-se, assim, a imputação radicada numa ideia de causalidade naturalista.¹¹

Com base nessa ideia objectiva de perigo e na dificuldade de distinção da tentativa dos actos preparatórios, parte da dogmática começou a vislumbrar a tentativa como uma defeituosidade típica, ancorada a um desvalor de resultado de dano – a que corresponderia o crime consumado

⁷ Um exemplo da estreita ligação entre o direito penal e uma restrição à liberdade ideológica ou religiosa, encontra-se v.g., na previsão do Crime de Heresia. Vide, a título de exemplo: Ordenações Filipinas, Livro V, Título I.

⁸ HUGO GRÓCIO, jusnaturalista, defendia que a punibilidade da tentativa apenas quando ela evidenciasse um mal certo e grave, funcionando como forma de prevenção para a não ocorrência de delitos futuros. Cfr. LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. Los actos preparatorios del delito (...) op. Cit., p. 109. Já CARRARA fundamentava a punibilidade da tentativa na evidência de um perigo que se materializava num facto e não num perigo de previsão. Ibidem, Idem, p. 108.

⁹ Aqui inserimos o surgimento de princípios (ainda hoje) basilares do direito penal, designadamente o princípio da legalidade penal (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege), o princípio da determinabilidade dos elementos do tipo ou o in dúbio pro libertate.

¹⁰ PIEDECASAS, José Ramón Serrano. Fundamento de la punición en la tentativa. In Livro de Homenage al Prof. Doctor Don Ángel Torío Lopez. Editorial Comares. Granada, 1999, p. 523.

¹¹ O causalismo de que aqui falamos encontra as suas raízes no nascimento e proliferação do método científico experimental, encontrando-se muito ligado a esse método nas ciências exactas. Desse modo, a perigosidade da tentativa baseava-se numa acção objectivamente capaz de produzir um resultado desvalioso, ou seja, punia-se com base na conjectura provável de produção de resultado de dano, não sendo, ainda, vista como um desvalor de resultado de perigo. Resumindo: falamos de um causalismo que via a acção como um movimento corporal, disposto pela vontade, que provoca uma mudança no mundo circundante.” “O movimento corporal constituiu-se como causa de um resultado que se traduz numa mudança do mundo externo, perceptível pelos sentidos.” Cfr. MONTT, Mario Garrido. Derecho Penal: parte general, Tomo II: nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ª Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003, p. 3. Da relação de uma ideia de ‘perigo objectivo’ com uma ‘causalidade naturalista’, surgiu a opinião de VON BURI, que negava a existência de qualquer perigosidade até que ocorresse a consumação. Esta posição de VON BURI foi bastante criticada, especialmente por VON HIPPEL: “segundo VON BURI e o “Reichsgericht”, nenhum dos soldados que regressam à pátria estão sujeitos a um perigo. Eles criam que a pátria pensava o mesmo. Mas seria um erro subjectivo de toda a Alemanha! Em perigo só estiveram os que caíram, uma vez que o curso causal é objectivamente necessário e aquele que caiu com vida não corria perigo”. VON HIPPEL apud LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. Los actos preparatorios del delito (...) op. Cit., p. 113.

– e a uma desconsideração *ex ante* da perigosidade, a par da irrelevância jurídico-penal que atribuíam ao desvalor da acção.¹²

Não obstante o supra mencionado – nos inícios do século XX –, as correntes objectivistas em matéria de tentativa, foram contrariadas pela assunção do subjectivismo¹³. Por outras palavras: a ilicitude da tentativa deixou de situar numa perigosidade averiguada *ex post* para se centralizar na figura do desvalor da acção, passando a perigosidade a relevar sob um ponto de vista *ex ante* ao momento da prática do facto.

Não podemos, contudo, deixar de atribuir importância, naquela passagem, à teoria finalista da acção, que surgiu como forma de resposta ao causalismo naturalista. WELZEL veio, assim, propor que se deixasse de vislumbrar a acção como uma mera sucessão causal para que passasse a ser vislumbrada como um acontecimento gerado por uma vontade final, que se traduziria na consumação¹⁴. Assim, a legitimação da punibilidade da tentativa fez-se com base na deslocação do ‘dolo’ da culpa para a acção e, nesse sentido, tanto infringiria a proibição contida na norma de determinação¹⁵ a tentativa possível quanto a impossível e, *maxime*, a

¹² A teoria da falta de tipo surgiu, assim, influenciada pelas correntes mais absolutistas do positivismo legalista, que deificaram o princípio da legalidade penal com base num ideia (não demeritória) de certeza jurídica.

¹³ Como forma de reacção à absolutização da legalidade, pelas perspectivas que viam a tentativa como uma defeituosidade típica (que originaria atipicidade do facto), o Tribunal Imperial Alemão começou a punir o animus do autor. Deste modo, começaram a ser punidas, não só as tentativas consideradas idóneas ou possíveis, mas também as tentativas inidóneas ou impossíveis (caindo no absurdo de punir as consideradas irreais).

¹⁴ WELZEL inspirou a sua teoria da acção final no pensamento de ARISTÓTELES, SÃO TOMÁS DE AQUINO e HEGEL. Aquele autor defendeu que “a actividade finalista da acção baseia-se no facto de o homem, com base no seu conhecimento causal, poder prever a escala de consequências possíveis da sua actividade, propor-se a objectivos de distinta índole e a dirigir a sua vontade segundo um plano tendente à satisfação dos seus objectivos.” Cfr. WELZEL, Hans. Derecho Penal: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque depalma editora. Buenos Aires, 1956, p. 45. No mesmo sentido, sobre a capacidade de “previsão causal que o homem detém”: WELZEL, Hans. Teoria de la acción finalista. Editorial depalma: Uruguai, Buenos Aires. Astrea: 1951, pp. 18, 19 e 20.

¹⁵ O vislumbre da norma penal como norma de determinação encontra a sua raiz na teoria kantiana dos imperativos. Um imperativo seria um “comando emitido pelo espírito humano e dirigido a ele mesmo”, havendo os categóricos (comando incondicional) e os hipotéticos (comando condicionado a um fim a ser atingido). Para um melhor entendimento: KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Edipro: edições profissionais. São Paulo, 2003, p. 32.

Sobre a distinção entre norma de determinação e norma de valoração: HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. Tentativa del delito y delito irreal. Tirant lo blanch: Valencia, 1999, p. 36. No sentido da defesa de uma norma penal de determinação, em que a ilicitude num desvalor da acção imbricado na quebra da vigência da norma e da confiança que ela deve conferir aos cidadãos: JESCHECK, Hans-Henrich/ WEIGEND, Thomas. Tratado

tentativa passou a ser equiparada à consumação: o resultado passou a ser visto sob uma óptica meramente consequencialista¹⁶.

Não obstante, passou-se de um extremo para outro: o núcleo da ilicitude deixou de se situar no desvalor de resultado para se imbricar no desvalor da acção. Todavia, na medida em que o desvalor da acção passou a relevar enquanto ‘intenção delituosa’¹⁷ – revelada no momento da acção, independentemente da possibilidade ou impossibilidade de lesar ou colocar em perigo qualquer bem jurídico com dignidade penal – a dogmática penal foi ao extremo de considerar o ilícito pessoal¹⁸, naquele que ficou conhecido como o “direito penal da vontade”¹⁹.

Com base nisso, o *Reichsgericht* começou a considerar a mera vontade criminosa²⁰ como elemento subjectivo suficiente para que tivesse lugar a punição das tentativas inidóneas – ainda que a inidoneidade derivasse da

de derecho penal: parte general: volume I. Biblioteca comares de ciência Jurídica, 5ª edición, Granada, 2002, p. 213. Em sentido oposto, defendendo o vislumbre da norma penal como norma de valoração por ser “mais plástica” e, consequentemente, mais “adequada às tensões normativas de uma sociedade plural”: COSTA, José de Faria. O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 391, 396, 444 (n. 78)e 454.

¹⁶ De acordo com o pensamento de WELZEL, a tentativa deveria ser punida quando o autor iniciasse os “actos de execução de uma acção ético-socialmente intolerável”. Cfr. WELZEL, Hans. Derecho Penal: parte general. (...) Op. Cit., p. 191.

¹⁷ ZIELINSKY apud MAURACH, Reinhart/ ZIPF Heins. Derecho penal: parte general: volume I: Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, pp. 272 e 273. KAUFMANN e ZIELINSKY defendiam que a ilicitude se esgotava no desvalor da acção (intenção). equiparando a tentativa à consumação, passando o resultado a ser uma condição objectiva de punibilidade.

¹⁸ A tentativa passou a ser reconhecida como o corolário do ilícito. A perigosidade passou do facto para os elementos internos da psique do agente, mesmo que este não lesasse ou colocasse em perigo um bem jurídico com dignidade penal. “Não se castiga alguém por ter cometido um fato punível, mas porque é uma pessoa socialmente perigosa, como se depreende do próprio fato que cometeu. Por isso, o fundamento verdadeiro da pena está situado na perigosidade da personalidade do autor.” Cfr. MEZGER, Edmund. Derecho Penal: libro de estudio: parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, p. 86. Também: MOURA, Bruno de Oliveira. O desvalor da conduta e o desvalor de resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente pessoal. In RULP, V, 3, A.3 (3), pp. 158 – 175.

¹⁹ WELZEL argumentava que o que mudava entre a tentativa e a consumação era uma gradação de vontade, “que seria mais débil do que na consumação do facto”. Cfr. WELZEL, Hans. Derecho Penal (...) op. Cit., p. 192. Nas palavras de JAKOBS, o Reichsgericht não tinha dúvida alguma de que era “a vontade delitiva o fenómeno contra o qual se dirigia a lei penal”. Cfr. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. In Estudios de Derecho Penal. Madrid: UAM Ediciones, 1997, p 300.

²⁰ “A mais antiga teoria da vontade (MEZGER) reconduz a culpa inconsciente a um acto concreto de infracção consciente do dever, a maior parte das vezes, num momento anterior a acção que causa a lesão do bem jurídico.” Cfr. WELZEL, Hans. El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción e notas por José Cerezo Mir. Montevideo – Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2ª reimpressão, 2004, p. 150.

inexistência de objecto²¹ –, com base na nascente teoria do “erro ao revés”.²²

A teoria do erro ao revés foi considerada por muitos autores, após a queda do nazismo, uma forma de aplicação da analogia *in malam partem*²³. No nosso entendimento, acaba por existir, em ambos os casos, um erro. No primeiro caso, o erro recai sobre as circunstâncias do facto, com base na falha do elemento intelectual ou representativo do dolo, que origina um afastamento do seu elemento volitivo. Todavia, o que acontece nas tentativas inidóneas é que o erro recai sobre a realidade em que se desencadeia o início da prática do facto²⁴.

Não obstante, para adequar os absurdos gerados pelo subjectivismo puro aos ditames do Estado Democrático de Direito, surgiram teorias que

²¹ Originando a punibilidade de tentativas absolutamente inidóneas, v.g., punir a senhora X que, achando estar grávida, resolve comer torrões de açúcar acreditando que isso mataria o feto (que, na realidade era inexistente). Um caso citado por MEZGER e comentado por SPENDEL – relativo a um homem ariano que mantinha relações sexuais com uma senhora, também ela ariana, mas que o senhor pensava, equivocadamente, que era judia –, em que o senhor foi condenado por tentativa(impossível) de desonra à raça. Cfr. LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. Los actos preparatorios (...) op. Cit., p. 114 e 116.

²² A teoria do “erro ao revés” foi uma criação do Reichsgericht, para punir a tentativa impossível (incluindo as absolutamente impossíveis), com base numa inversão de lugares com o erro sobre as circunstâncias do facto. O pensamento reduziu-se a esta lógica: se o erro sobre as circunstâncias do facto exclui o dolo – pelo facto de o agente não conhecer as reais circunstâncias (falha do elemento intelectual do dolo) e pelo facto de ter querido praticar aquele facto (falha do elemento volitivo do dolo) – então a tentativa, ainda que absolutamente inidónea, deve ser punida com base na ideia de o agente, com base nos conhecimentos que tem da realidade ‘quer’ praticar o crime (verificação do elemento volitivo do dolo).

²³ A certeza proveniente de elevação da legalidade a princípio basilar do direito penal leva a que a seja proibida a interpretação analógica *in malam partem* da norma incriminadora. Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raul / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: parte general. Buenos Aires: EDIAR editora, 2000., p. 117. A apontar as subversões de política criminal: MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger e el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. Valencia: Tirant lo blanch, 4ª edición, revisada e ampliada, 2003, p. 33.

²⁴ Daqui resulta a problematidade de perceber se, de acordo com a fenomenologia do conhecimento, a realidade é subjectiva (com base na experiência interna do sujeito, condicionada pelas suas estruturas lógicas e mentais) ou se a realidade é objectiva (e, nesse sentido, existe uma autonomia das coisas em relação ao sujeito). Enquanto que: se seguirmos a primeira hipótese (kantiana) chegamos à conclusão de que há uma subjectivização do objecto cognoscível pelo sujeito cognoscitivo e, conseqüentemente, da realidade à sua volta; contrariamente, se seguirmos a segunda hipótese (husserliana) percebemos que o que gera o conhecimento da realidade é o encontro do sujeito cognoscente com o objecto cognoscível. Assim, ao punirmos as tentativas inidóneas (*maxime*, por inexistência ou ausência do objecto), com base na existência de uma realidade subjectiva, estamos a punir a personalidade do próprio agente, que o levou àquela percepção errónea. Pelo contrário, se entendermos que a realidade é objectiva, estaremos a punir (naquelas tentativas inidóneas) uma percepção errónea do sujeito sobre a realidade do objecto que, facticamente, era outra (v.g., pense-se no caso da tentativa impossível de homicídio de cadáver). Se, no primeiro caso, se punia a personalidade, neste caso pune-se a aparência ou a ilusão do agente sobre o objecto material da acção. Para um melhor entendimento da primeira hipótese: KANT, Immanuel. *Crítica da Razão pura*. Lisboa: Edições Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1994. Para uma compreensão da segunda hipótese: HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1992.

procuraram mitigar aquele subjectivismo com notas de objectivismo. Assim, surgiu a teoria da impressão e a teoria normativo-funcional da tentativa. A teoria da impressão veio trazer a inovação objectivista de exigir o início de actos de execução, enquanto momento de externalização da vontade do agente, para que possa ter lugar a punibilidade da tentativa – independentemente da sua idoneidade ou inidoneidade –, com base na ideia de que a exteriorização da vontade do sujeito vem fazer com que a sociedade perca a confiança na vigência da norma, gerando uma impressão social de perigosidade.²⁵

Muito embora a teoria da impressão tenha os seus méritos, pela inovação do momento objectivo de externalidade de uma vontade que nasce e se sedimenta num domínio interno da psique e pela exclusão da punibilidade das tentativas irrealis, peca pela sujeição a um critério volúvel da apreciação de perigo nas tentativas inidóneas: a elaboração, por parte do jurista judicante, de um juízo *ex ante* de prognose póstuma, tendo o observador médio como parâmetro.²⁶

Do mesmo modo, entendemos que faz com que a realização judicativo-decisória, *in casu*, fique receptiva a considerações da perigosidade do agente – que ressalta do alarme social causado pela conduta –, ao invés de ter lugar uma consideração objectiva da perigosidade da conduta, em si mesma, relativamente a um bem jurídico-penal, em concreto²⁷. E ressalte-se, ainda,

²⁵ A teoria da impressão foi criada por HORN e desenvolvida por VON BAR, constituindo a teoria aceite pela maioria da dogmática, sobretudo para legitimar a punibilidade das tentativas inidóneas. Assim: DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição reimpressa, 2012, p. 691, n. 7. Esta teoria foi acolhida pela maioria das legislações europeias, como a portuguesa (art. 23º do CP português) ou a alemã (vide § 22 e § 23 do StGB). Exemplo de não adopção desta teoria é o Brasil, em que as tentativas inidóneas não são punidas por serem consideradas ‘crime impossível’ (vide art. 17º do CP brasileiro).

²⁶ Sobre o parâmetro do observador médio: GREEN, Edward. The reasonable man: legal fiction or psychosocial reality? In *Law and Society Review*, vol. 2, n.º 2, 1998, pp. 241 – 258.

²⁷ Existe uma necessidade de concretização das abstracções: estabeleçamos uma analogia entre o conceito abstracto de Justiça e a necessidade de a sua realização se dar no plano da concreticidade, atendendo às especificidades do caso concreto. Assim, afastando-nos dos sistemas fechados de inspiração luhmanniana, voltamo-nos para a possibilidade de atender à perigosidade da conduta, em concreto, aproximando-nos do Jurisprudencialismo de CASTANHEIRA NEVES, ainda que não nos afastemos de um normativismo, que impera no âmbito penal por força do princípio da legalidade. Destarte, entendemos que essa aproximação se dá com a adopção do normativismo onto-antropológico de FÁRIA COSTA, baseado na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo do eu para com o outro. Assim, em matéria de tentativa, a quebra da relação onto-antropológica (que originaria a ilicitude material) basear-se-ia no vislumbre do perigo não como um desvalor de acção mas, antes, como um desvalor de resultado (de perigo). Para uma melhor

que o parâmetro do observador médio, enquanto ficção jurídica, pode originar flutuações no momento da realização judicativa, em razão da permeabilidade à impressão que se gera em meios socioculturalmente distintos.

Além da teoria acima exposta, surgiu a teoria normativo-funcional da tentativa²⁸ – que se caracteriza pela protecção da sociedade através da política criminal –, tendo como base o argumento da prevenção geral positiva²⁹ (que serve, aqui, de fundamento da punibilidade e como finalidade da pena), encontrando-se a ilicitude na acção desvaliosa do agente ao quebrar a vigência da norma. Assim, a tentativa torna-se punível

compreensão sobre a universalidade e relativismo dos axiomas: MUÑOZ, Francisco de Paula Puy. Sobre la antinomia universalidade – relativismo. In Anuário de Filosofía del Derecho, nº XI, 1994, pp. 75 – 90. Sobre a necessidade de atendibilidade às especificidades do caso concreto: NEVES, A. Castanheira. Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo 1998/1999, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1998, p. 64. Sobre a consideração do perigo como desvalor de resultado ao invés de desvalor da acção, com base numa ideia de violação do “vorfeld protectivo” do bem jurídico, que contaminaria retroactivamente toda a conduta: COSTA, José de Faria. O perigo em Direito Penal (...) op. Cit., p. 410. Sobre relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo: COSTA, José de Faria. Ilícito- típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial). In RPCC, Ano 12, 1, 2002, pp. 7 – 23. Sobre a “fragilidade” inerente à natureza humana (“a fragilidade do eu para consigo próprio” e a “fragilidade do eu para com o outro”), e a necessidade da relação de cuidado-de-perigo: COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2ª edição actualizada e ampliada, 2008, p. 924. Sobre a aproximação do normativismo onto-antropológico de FARIA COSTA ao jurisprudencialismo de CASTANHEIRA NEVES: MOURA, Bruno de Oliveira. O normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo? Separata do BFDUC, Vol. LXXXVI, Coimbra, 2010, pp. 709 – 749.

²⁸ Esta teoria encontra respaldo em autores como JAKOBS, KINDHÄUSER ou ROXIN. Nas palavras de KINDHÄUSER, “o facto punível é a contradição de uma norma” e a “contradição da norma faz com que ela perca a sua função social, levando a sociedade a não saber o que é certo e o que é errado”. Cfr. KINDHÄUSER, Urs. La lógica de la construcción del delito. Traducción de Juan Pablo Mañalich R. Texto distribuido por Taller de Ciencias Penales de la UNMSM en el seminario realizado con la participación del Prof. Urs Kindhäuser del 23 al 25 setiembre 2009. Acedido, pela última vez em 26/01/2015, em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_02.pdf>.

Em forma de crítica às teorias funcionalistas, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, elas procuram “não as soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas e sim as soluções finalístico-programaticamente adequadas ou eficazes – no pressuposto de uma básica preferência pela pragmática utilidade (e a sua racional eficiência) relativamente à axiológica justiça (e a sua apelativa normatividade) ou da performance relativamente à validade – o técnico-sociologismo é sempre um utilitarismo.” Cfr. NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Stvdia ivridica I. Separata do BFDUC. Coimbra, Coimbra editora, 2013, p. 55 e 56.

²⁹ Sobre a crítica às teorias da prevenção geral positiva, ficam as palavras de NAUKE, relembando KANT: “a regra empírica fundada no poder, elevada a direito positivo, é demasiado pálida sob um ponto de vista da teórico, vazia sob um ponto de vista de conteúdo, pedante do ponto de vista da linguagem, e cómoda do ponto de vista político”. O mesmo autor refere que KANT se referia às teorias da prevenção geral como “empíricas” e dizia que “uma teoria do direito meramente empírica (como a cabeça de Fedro) pode mesmo ser bela, mas, que pena!, em seu interior não há cérebro.” Cfr. NAUKE, Wolfgang. A crítica de KANT à teoria empírica do direito. In RBCCrim, nº 95, 2012, pp. 98 e 114.

quando a sua perigosidade, averiguada sob um ponto de vista *ex ante*, ultrapasse o risco permitido e origine uma imputação objectiva.³⁰

Esta perspectiva, todavia, deixa a ilicitude material ancorada ao desvalor da acção reduzindo, assim, a culpa a um mecânico juízo de imputabilidade objectiva, quando deveria ser vislumbrada, no nosso entendimento, enquanto juízo de censura dirigido à conduta do agente, que “agiu de determinada maneira e podia e devia ter agido de outra”³¹.

Concluindo: entendemos que a ilicitude da tentativa se encontra num desvalor de resultado de perigo – e não num desvalor da acção –, em nome de uma sobreposição da importância da ofensividade a um bem jurídico com dignidade penal (averiguada na apreciação do caso concreto³²), relativamente aos argumentos que fecham o sistema em redor de necessidades de prevenção geral positiva e que encontram a sua única fonte de legitimação material no poder legislativo, sem atender ao sentido axiológico-material que subjaz o formalismo meramente literal da norma incriminadora.

2. A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

O Direito Internacional Penal³³ nasceu da necessidade de uma progressiva humanização do Direito Internacional Público, que tem como principal fonte o costume. Nessa medida, surgiu como resposta dos Estado às violações mais atrozes aos direitos humanos³⁴:

³⁰ Neste sentido: ROXIN, Claus. Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea. . In Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Acedido, pela última vez a 26/01/2015, em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt10.pdf>>, p. 293. Tudo isto levaria a que, v.g., até as tentativas inidóneas pudessem ser punidas por dolo eventual. No sentido da recusa da punibilidade da tentativa por dolo eventual: COSTA, José de Faria. Tentativa e dolo eventual revisitados. In RLJ, A. 132, n° 3903, p. 180. Também PUPPE nega essa possibilidade de punir a tentativa por dolo eventual, com base numa analogia com a tentativa acabada nos casos em que o agente vem a impedir a consumação: PUPPE apud DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal (...) op. Cit., p. 694. Em sentido oposto: Dias, Jorge de Figueiredo. Direito (...) op. Cit., p. 693 – 695. Também: JESCHECK / WEIGEND. Tratado de derecho (...) op. Cit., p. 554.

³¹ Cfr. COSTA, José de Faria. Noções Fundamentais (...) op. Cit., p. 225.

³² Vendo aqui a norma penal, não como norma de determinação, como norma de valoração.

³³ Doravante designado de DIP. O DIP distingue-se do direito penal transnacional (TCL), que é baseado numa aceção mais criminológica. A autonomização pura do ICL (international criminal law) do TCL tornou-se muito nítida após a criação do tribunal penal internacional (ICC). Assim, os crimes sob a jurisdição do ICC são os ‘core crimes’ e não meramente ‘treaty crimes’, encontrando a sua fonte, ou nascente, no costume internacional. Os ‘treaty crimes’ ficam no âmbito do TCL. Neste sentido: BOISTER, Neil. Transnational Criminal Law? In European Journal of international law, vol. 14, n° 5, pp. 953 e 962.

³⁴ Nas palavras de MARIA FERNANDA PALMA, “o direito internacional penal é, na sua essência, um

Destarte, podemos dizer que a necessidade dos Estados criarem uma união para combater uma criminalidade transnacional iniciou-se nos primórdios do século XX³⁵, sendo que o DIP apenas teve a sua expansão – no sentido da sua autonomização relativamente ao Direito Internacional Público ou Humanitário – no início dos anos 90, após o termo da Guerra Fria³⁶, altura em que se gerou a necessidade de dar resposta punitiva aos crimes hediondos cometidos no Ruanda e na antiga Jugoslávia³⁷. Não obstante, a evolução do DIP ao longo do século XX foi potencializada pelo facto de o mundo ter sido palco de duas grandes guerras, no final das quais os vencedores julgaram os vencidos³⁸.

Em matéria de punibilidade da tentativa³⁹, podemos dizer que surgiu

corolário e uma vocação do direito penal interno, pois não é concebível um direito legitimado pela protecção de valores essenciais – da liberdade, da dignidade humana e da igualdade – sem uma vocação universal.” Cfr. PALMA, Maria Fernanda. Tribunal Penal Internacional e constituição Penal. In RPCC, ano 11, nº1, 2001, p. 8. Não obstante, a doutrina procurou sempre elaborar uma distinção entre o direito penal internacional e o direito internacional penal. PEDRO CAEIRO afirma que o Direito Internacional Penal (DIP) é mais amplo do que aquele outro e que “consiste no conjunto de princípios e normas do direito internacional que versam sobre a matéria penal, aí se incluindo, v.g., as obrigações de perseguir impostas pelo direito costumeiro, o direito convencional relativo à repressão de certos crimes e à cooperação judiciária internacional, e, mais recentemente, os conjuntos normativo-institucionais que dão corpo aos tribunais penais internacionais, (...)”. Cfr. CAEIRO, Pedro. Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado. Coimbra: Coimbra editora, 2000, pp. 36 e 37.

³⁵ Já nos inícios do século XX surgiu a necessidade de punir determinadas condutas, graves, que violassem os direitos humanos ou que, embora não se tratasse de violações explícitas dos direitos humanos, estivesse em causa a necessidade de responder a uma criminalidade transnacional a que os Estados, sozinhos, não conseguissem combater. A título de exemplo dessa necessidade encontra-se a criação do International Prize Court, especialmente criado para punir os agentes envolvidos na captura de merdadorias e navios, previsto na Convenção de Haia, de 1907. Para uma melhor compreensão do funcionamento do International Prize Court: KONTOROVICH, Eugene. Three international courts and their constitutional problems. In Cornell Law Review, vol. 99, 2014, p. 1373 s.

³⁶ Neste sentido: ANDERSON, Kenneth. The rise of international criminal law: intended and unintended consequences. In European Journal of International Law, vol. 20, nº 2, 2009, 331.

³⁷ O tribunal penal para o Ruanda (ICTR) foi criado pela Resolução nº 955 do conselho de segurança, de 8 de Novembro de 1994. O tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia foi criado pela resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas nº 827, de 25 de Maio de 1993. Para uma consulta pormenorizada: <<http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/>> .

³⁸ Na Primeira Guerra criou-se um tribunal ad hoc para julgar o Kaiser Guilherme II, considerado culpado da Guerra pelos vencedores por “ofensa suprema contra a moral internacional e contra a autoridade sagrada dos tratados”. Cfr. FEIO, Diogo. Jurisdição Penal Internacional: a sua evolução. In Revista Nação e Defesa, nº 97, 2ª série, 2001, p. 155. Também no final da segunda guerra se criaram os tribunais militares de Nuremberga e de Tóquio. Sobre estes tribunais, Vide: KAUFMAN, Zachary D. The Nuremberg Tribunal v. the Tokyo Tribunal: designs, staffs, and operations. In John Marshall Law Review, vol. 43, 2010, pp. 753 s. Os tribunais Militares de Nuremberga e Tóquio foram criados no Acordo de Londres, de 8 de Agosto de 1945. Para consulta: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>> . Na medida em que as Guerras se tornaram palcos das maiores atrocidades ao Direito internacional humanitário, surgiram os chamados ‘crimes de guerra’. Para uma melhor compreensão dos war crimes: ROBINSON, Darryl / VON HEBEL, Herman. War crimes in international conflicts. In Yearbook of international humanitarian law. The Hague: Asser press, vol. 2, 1999, pp. 193 – 212.

³⁹ Não nos podemos esquecer que a tentativa envolve uma falha: “the agente fails to complete some crime which he intended to commit.” Cfr. DUFF, R. A.. Criminal Attempts. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 76.

pela primeira vez no DIP em 1948, plasmada no art. 3º *al. d)* da Convenção para a prevenção e repressão do Genocídio,⁴⁰ após o Conselho de Segurança das Nações Unidas ter emitido uma resolução a propósito da consideração do Genocídio como um crime de direito dos povos⁴¹.

2.1. A punibilidade da tentativa no Ruanda e na ex Jugoslávia

Na linha da previsão da punibilidade da tentativa na CPRG – como forma de prevenção e repressão daquele crime – dada a especial gravidade e ofensa ao direito internacional humanitário que ele constitui, fez com que fosse adoptada em diplomas internacionais no tempo que se seguiu. Todavia, o vislumbre da tentativa como uma forma de responsabilidade individual gerou vários problemas, designadamente ao nível da prova⁴². Por tudo isso, e vindo de herança dos países de *common law*, os tribunais *ad hoc*⁴³ para o Ruanda⁴⁴ e para a antiga Jugoslávia⁴⁵, não raras vezes julgaram pessoas por conspiração⁴⁶.

⁴⁰ Doravante designada de CPRG. AMBOS, Kai. A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática. Edição brasileira reformulada e actualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008, p. 387. Para uma consulta da CPRG: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-genocidio.html>>. Sobre o crime de Genocídio: SCHABAS, William. An introduction (...) op. Cit., p. 36 s. Também: SCHABAS, William. Genocide in international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 345 s.

⁴¹ Resolução nº 96 (1), de 11 de Dezembro de 1946. A convenção contra o Genocídio foi aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de Dezembro de 1948 e entrou em vigor na ordem internacional a 12 de Janeiro de 1951.

⁴² Neste sentido: BAPTISTA, Eduardo Correia. *O crime de Genocídio*. In Direito e Justiça, vol. Especial, 2006, pp. 41 – 55.

⁴³ Sobre os tribunais *ad hoc*: SCHABAS, William. An introduction to the international criminal court. New York: Cambridge University Press, 2004, pp. 10 – 13.

⁴⁴ O Estatuto do tribunal penal internacional para julgar os responsáveis pelo genocídio e outras violações graves ao direito internacional humanitário, cometidas entre 1 de Janeiro de 1994 e 31 de Dezembro de 1994, no seu art. 6º, nº 1 afirma é criminalmente responsável, de forma individual: “a person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime”. O Estatuto prevê a punibilidade da tentativa de genocídio no art. 2º, nº 2, al. d). Para uma consulta do Estatuto: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>>

⁴⁵ O estatuto do tribunal internacional penal para a ex Jugoslávia prevê a possibilidade punição do Genocídio por tentativa mas, tal como o estatuto para o Tribunal internacional penal para o Ruanda, não fala da tentativa nas formas de responsabilidade criminal individual (art. 7º do Estatuto). Para uma consulta pormenorizada: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>

Para uma melhor compreensão da criação do Tribunal Internacional Penal para a Jugoslávia: HAMPSON, Françoise J.. The international criminal tribunal for the former Yugoslavia and the reluctant witness. In Comparative Law Quarterly, vol 47, part 1, January 1998, pp. 51 – 74.

⁴⁶ Acusado e condenado, entre a prática de outros crimes, pelo crime de conspiração: caso “the prosecutor

O problema que se nos coloca é que a punibilidade da tentativa constitui, à luz dos estatutos dos referidos tribunais *ad hoc*, uma forma de responsabilidade criminal individual. Todavia, na medida em que os crimes são imensamente graves e tomam repercussões catastróficas, não podem – à luz de um critério de normalidade de circunstâncias – ser levados a cabo, em regime de exclusividade total, por uma pessoa. Isso faz com que não existam casos de condenação de um agente, exclusivamente, por tentativa.

Destarte, o que acaba por acontecer, em termos práticos, é que, quando alguém tenta – através da exteriorização da vontade em actos executórios – praticar um crime, *v.g.*, de Genocídio, não tentará sozinho. Assim, o facto de a ‘tentativa’ envolver mais do que duas pessoas faz com que a responsabilidade incida, não sobre o tipo que prevê a responsabilidade individual por tentativa mas, antes, sobre o tipo que prevê a responsabilidade individual por conspiração^{47, 48}.

2.2. A punibilidade da tentativa no Estatuto de Roma

Com a criação do Tribunal Penal Internacional, deu-se uma inovação em matéria de punibilidade da tentativa, dado que o ER passou a englobá-la nas formas de responsabilidade criminal individual, previstas no art. 25^{o49}. Desse modo, a tentativa deixa de se encontrar apenas ligada ao crime de Genocídio – como acontecia de acordo com os estatutos que previam a

versus Jean Kambanda”, case nº ICTR 97-23-S, decision of 4 September 1998. Para uma leitura do acórdão, vide: <<http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-97-23/trial-judgements/en/980904.pdf>> .

⁴⁷ Exemplo de uma acusação e condenação por conspiração, em que se fala de tentativa: “The prosecutor versus Michel Bagaragaza”. Case nº ICTR-05-86-S. Trial Chamber III. 17 November 2009 (Situação no Congo). Para consultar o acórdão: <<http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-05-86/trial-judgements/en/091117.pdf>> . Também, “The prosecutor versus Charles Blé Goudé”, pre trial chamber I, case nº ICC-02/11-02/11, de 11 de Dezembro de 2014 (situação na Costa do Marfim). Para consulta: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1879935.pdf>> .

Nas palavras de KAI AMBOS, a possibilidade de responsabilizar criminalmente pessoas individuais por conspiração constitui uma extensão da punibilidade. Assim: AMBOS, Kai. A parte geral (...) op. Cit., p. 97.

⁴⁸ A tendência de englobar a tentativa na conspiração também existe no exercício da jurisdição do TPI. Veja-se, a título de exemplo, o caso “The prosecutor versus Bosco Ntaganda”, trial chambre II, case nº ICC-01/04/02//06, de Junho de 2014, especialmente na p. 58. Para consulta: < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1783301.pdf> >

⁴⁹ Art. 25º, nº 3, al. f): “Tentar cometer o crime mediante actos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.”

criação dos tribunais penais internacionais *ad hoc* para o Ruanda e para a antiga Jugoslávia – para passar a ser uma forma de responsabilidade criminal aplicável a qualquer crime previsto no estatuto.

Assim, podemos dizer que a punibilidade da tentativa começou a ser utilizada pelo DIP como um meio de combate a crimes internacionais considerados muito graves, dos quais o genocídio se tornou exemplo paradigmático. Do mesmo modo, podemos estabelecer uma ligação entre o aparecimento da punibilidade da tentativa no direito internacional – aquando da violação do direito internacional humanitário – e o surgimento ou adopção, pela dogmática penal, em termos globais, de um conceito de ilicitude ancorado à figura do desvalor de acção.

Não obstante o supra mencionado, a maioria da dogmática afirma que a tentativa é um tipo de perigo intencional, encontrando-se o dolo na esfera da acção, como herança do finalismo. Todavia, como já referimos na primeira parte deste artigo, entendemos – na linha do pensamento de FARIA COSTA – que o dolo se encontra na esfera da culpa, a ser avaliada *ex post* ao momento da prática do facto, pelo jurista judicante, encontrando-se a ilicitude imbricada, não num desvalor da acção, num desvalor de resultado de perigo.⁵⁰

As discussões da dogmática em torno do dolo giram em torno da questão de se poder punir ou não, a tentativa, por dolo eventual. Assim, com base numa análise do art. 30º do ER⁵¹, MARIA PAULA FARIA defende que a não punibilidade, naqueles casos, com base na ideia de que “*deve*

⁵⁰ Em sentido oposto, defendendo que a ilicitude da tentativa no ER não se coaduna com visões do ilícito objectivistas: FARIA, Maria Paula Ribeiro de. Os elementos psicológicos dos crimes previstos no Tratado de Roma. In Direito e Justiça, vol. Especial, 2006, p. 133. A mesma autora refere que as concepções objectivas do ilícito começaram no direito civil, “com Jhering e Löffler” e que foram totalmente ultrapassadas pelo pensamento subjectivista de MERKEL.

⁵¹ Art. 30º do ER, sobre os elementos psicológicos:

“1 - Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.”

“2 - Para os efeitos do presente artigo, entende-se que actua intencionalmente quem:

a) Relativamente a uma conduta, se se propuser adoptá-la;
b) Relativamente a um efeito do crime, se se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos.”

“3 - Nos termos do presente artigo, entende-se por «conhecimento» a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos. As expressões «ter conhecimento» e «com conhecimento» deverão ser entendidas em conformidade.”

haver um conhecimento dos elementos materiais do crime e vontade de os realizar"⁵². Em sentido oposto, EDUARDO BAPTISTA procura compatibilizar o dolo eventual com a figura anglo-saxónica do "*recklessness*", embora admita que a jurisprudência maioritária exija dolo directo, encontrando-se a excepção no Tribunal Internacional Penal para a Antiga Jugoslávia..⁵³

No nosso entendimento, mesmo tendo em conta a gravidade dos crimes em causa, não deveria ter lugar a punibilidade da tentativa por dolo eventual nas tentativas possíveis mas, sobretudo, nas tentativas consideradas impossíveis. Se defendêssemos o contrário relativamente a estas últimas, estaríamos a ser favoráveis à punição de estados de representação errónea do agente, que tocam a ilusão, a aparência ou a irrealdade de uma realidade fáctica distinta da visão do sujeito cognoscente.

Resumindo: entendemos que, nas tentativas inidóneas, nos encontramos perante um erro subjectivo sobre uma realidade objectiva. Um erro imbricado numa ideia de ignorância do sujeito relativamente à realidade e que, por isso – ainda que motivado pela mais maligna das vontades –, não deve ser desvalorado pelo direito penal, por uma questão de razoabilidade e proporcionalidade, dado que não representaria mais do que um perigosidade ilusória do facto. Uma perigosidade insusceptível de originar a quebra da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo do eu com o outro, originando, antes, ausência de ilicitude material⁵⁴.

Outro problema que se coloca, promovido por uma inolvidável lacuna do tratado, relaciona-se com a definição de 'acto de execução'⁵⁵. Como referimos na primeira parte deste artigo, a definição de acto de execução surgiu como necessidade de criação de uma nota objectivista que mitigasse os excessos do subjectivismo puro, que o tornavam incompatível com os ditames de um Estado de Direito Democrático. Assim, o acto de execução mais não seria

⁵² FARIA, Maria Paula Ribeiro. *Ibid.*, p. 135.

⁵³ O mencionado autor convoca o caso "Prosecutor versus Tadic", case nº IT-94-I-A, ICTY, 15th July 1999. Assim: BAPTISTA, Eduardo Correia. O crime de Genocídio. In Revista Direito e Justiça, volume especial, 2006, pp. 41 – 55. Para uma melhor compreensão do caso: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> .

⁵⁴ Estabelecendo uma analogia com o Direito Penal Estatal, o que estaria aqui em causa não seria a ausência de ofensividade a um bem jurídico com dignidade penal mas, antes, a ausência de ofensividade a um direito erigido pelo direito internacional humanitário a direito da humanidade.

⁵⁵ KAI AMBOS defende que o ER adoptou uma concepção de acto de execução mista, de "inspiração franco-estadunidense". AMBOS, Kai. A parte geral do (...) Op. Cit., p 388.

do que a externalização da vontade do agente⁵⁶, no sentido de ofender um bem jurídico (neste caso, um valor exigido a direito da humanidade).

Não obstante, como bem aponta HENRIQUE SALINAS, existe uma diferença entre aquilo que seria acto de execução na versão portuguesa, daquilo que seria nas línguas oficiais. Assim, enquanto que a versão portuguesa pune por tentativa os “actos que contribuam substancialmente para a execução”, a versão oficial pune “os actos que, pela sua natureza substancial, constituam um início de execução.”⁵⁷ Interpretando o Estatuto de acordo com a versão em língua portuguesa, BACELAR GOUVEIA considera os actos que contribuem “substancialmente para a execução” como uma referência do ER às tentativas idóneas, afirmando que existe uma falta de regulamentação relativamente às tentativas inidóneas⁵⁸.

Deste modo, cabe-nos questionar se a possibilidade de punir a tentativa, no âmbito do direito internacional penal, nos remete apenas às tentativas idóneas ou possíveis ou se nos remete, de igual modo, à punibilidade das tentativas inidóneas ou impossíveis. Cabe-nos, igualmente, questionar até que ponto – na ausência regulamentação nas convenções ou estatutos acerca daquela especificidade – a punibilidade das tentativas inidóneas pelo Tribunal Penal Internacional⁵⁹, não seria uma espécie de interpretação extensiva da norma incriminadora, indo além dos limites do princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*⁶⁰.

Se, por um lado, compreendemos e damos como estabelecido que – na linha do pensamento de KAI AMBOS – estamos a apreciar uma

⁵⁶ Todavia, torna-se imperioso perceber o que é a acção. Existem acções que não implicam qualquer movimento corporal de externalização de uma volição. Para perceber a complexidade que se desenvolve entre a volição do agente e a acção propriamente dita, vide: DUFF, R. A.. Acting, trying, and criminal liability. In Action and value in criminal law. Oxford: Clarendon press, 1996. pp. 78 – 106.

⁵⁷ SALINAS, Henrique. O art. 25º do Estatuto de Roma. In Direito e Justiça, vol. Especial, 2006, p. 79.

⁵⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar. O direito (...) op. Cit., p. 300.

⁵⁹ Doravante designado de TPI. Para compreensão da evolução do DIP até à criação do TPI, vide: CASSESE, Antonio. From Nuremberg to Rome: international military tribunals to the international criminal court. In The Rome statute of the international criminal court: a commentary. Oxford: Oxford university press, 2002, vol 1, pp. 3-19.

⁶⁰ Do mesmo modo que, em direito penal, vale o princípio da proibição da interpretação analógica in malam partem, por isso corroe a função de garantia do tipo penal, também a interpretação extensiva poderia originar o mesmo efeito. Para uma melhor compreensão da interpretação analógica: NEVES, A. Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In BFDUC de Estudos em Homenagem a Eduardo Correia, I, 1984, pp. 446 s. Sobre a necessidade de uma interpretação restritiva da norma incriminadora: COSTA, José de Faria. Noções fundamentais (...) op. Cit., pp. 143 e 144.

“*macrocriminalidade*” gravosa e que a punibilidade da tentativa encontra a sua fonte no costume e num princípio geral de direito⁶¹ e a sua legitimação na responsabilidade que os Estados assumem ao ratificar tratados ou convenções internacionais, que daí para o futuro os vinculem; por outro lado, precisamente pela responsabilidade que os Estados assumem, entendemos que se deve vislumbrar a previsão (convencional ou estatutária) da possibilidade da punição através de uma norma incriminadora (texto-norma) dirigida à protecção de um valor ou de um direito – pense-se, a título de exemplo, no genocídio⁶² – que, com base no costume, alcançou dignidade de ‘direito da humanidade’ (norma-texto)⁶³.

Nesse caso, se pensarmos, *v.g.*, no Estatuto de Roma⁶⁴ – que prevê os crimes sob a jurisdição do TPI⁶⁵ –, entendemos que a previsão da punibilidade da tentativa (no art. 25º, nº 3, al. f) do ER) seria, assim, um ‘texto-norma’ que visaria a protecção, não só formal mas, sobretudo, material dos direitos humanos protegidos pelas normas incriminadoras previstas no referido estatuto: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crime de genocídio e crimes de agressão. Desse modo, atendendo ao escopo axiológico-material que incorpora a norma-texto, entendemos que – ao contrário do que defende BACELAR GOUVEIA – o ER não padeceria de um “*pecado mortal*” de inconstitucionalidade por violação do princípio da legalidade penal.⁶⁶

⁶¹ AMBOS, Kai. *Estudios de derecho penal internacional*. Lima: Idensa, 2007, p. 25.

⁶² Parece-nos, de igual modo, que a distinção que se faz de “core crime” e de “treaty crime” com base na fonte ou na sua origem, acaba por ser falaciosa. Neste caso, o genocídio, além de ser um ‘core crime’ não deixa de ser, pelo facto de se encontrar previsto na Convenção para a sua prevenção e repressão e no ER, um ‘treaty crime’.

⁶³ Sobre a distinção do texto-norma da norma-texto, englobada no problema da interpretação das normas penais, vide: COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais* (...) op. Cit., pp. 146 – 148.

⁶⁴ Doravante designado de ER. Para uma consulta do Estatuto: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm>.

⁶⁵ Sobre os crimes sob jurisdição do TPI, falando sobre a evolução da jurisdição e fazendo uma consideração final acerca das omissões dos crimes de guerra no ER e sobre o crime de agressão (ainda que motivada pelo amplo leque de situações, sobrepondo-se a necessidade de protecção dos valores humanitários): DASCALOPOULOU-LIVADA, Phani. *Crimes under the jurisdiction of the international criminal court*. In *Revue Hellénique de droit international*, 51 année, nº2, 1998, pp. 431 – 448.

⁶⁶ Na opinião do referido autor, o ER encontra-se sob a enfermidade de inconstitucionalidade por violação de quatro princípios, que apelida de “pecados mortais”: a pena de prisão perpétua; o princípio da legalidade penal; as imunidades constitucionais dos políticos e a independência dos tribunais e o caso julgado. Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica*. Edições Almedina. Coimbra, 2008, pp. 458 - 467. Sobre a não consideração da prisão perpétua como ‘colidente’ com o art. 30º, nº1 da CRP, quando aplicada pelo TPI: CAEIRO, Pedro. *Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua*. In *Direito e Cidadania*, A. 5, nº18, 2003, pp. 41 – 60.

Defendemos que deveria existir um dever dos Estados de não deixar lacunas interpretativas em campos tão sensíveis como a punibilidade da tentativa, não obstante a precaução de não regular em excesso, sob pena de se estar a sobrepor ou imiscuir, a função legislativo-prescritiva do tratado, na função judicativo-decisória do TPI⁶⁷, em sentido estrito⁶⁸.

Relativamente à punibilidade da tentativa, *stricto sensu*, verificamos que também não existe, no ER, nada que nos aponte para a obrigatoriedade de uma atenuação da pena relativamente ao crime consumado⁶⁹, podendo essa distinção ter lugar, pelo exercício da actividade jurisdicional, na definição da medida concreta da pena. Nestes termos, ausência de atenuação da pena relativamente ao crime consumado parece-nos criticável, na medida em que entendemos ser mais ofensiva uma conduta lesiva a um axioma ou de um direito do que uma conduta que apenas o coloca em perigo, independentemente da colocação da acentuação tónica da perigosidade do facto num desvalor de acção ou num desvalor de resultado (de perigo).

É com base no raciocínio anterior que compreendemos a não punibilidade da tentativa em caso de desistência: como uma espécie de atribuição de maior importância, por parte dos Estados, à inobservância da verificação do resultado (de dano ou de perigo) relativamente à intenção do agente. A desistência da tentativa faz com que se paralise a ilicitude material, causada pelo perigo da conduta do agente, ao mesmo tempo que, quando exista arrependimento, se dá uma eliminação do juízo de censurabilidade relativamente à conduta típica⁷⁰. A paralisação intencional da ilicitude material faz com que se restabeleça a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo do eu para com o outro.

CONCLUSÃO

Após a análise das problemáticas a que nos propusemos, concluímos

⁶⁷ Sobre os conflitos de jurisdições entre o Estados e o TPI, vide: CAEIRO, Pedro. Concorrência e conflito de jurisdições entre o tribunal penal internacional e os Estados (tópicos de introdução ao problema). In *Direito e Justiça*, vol. Especial, 2006, pp. 223 – 228.

⁶⁸ Para uma uma distinção, em abstracto, da “jurisdiction to prescribe” da “jurisdiction to adjudicate” vide: CAEIRO, Pedro. *Fundamento* (...) op. Cit., pp. 41 – 43.

⁶⁹ Neste sentido: GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito* (...) op. Cit., p. 300. A atenuação também não é obrigatória no sistema jurídico-penal alemão. Pelo contrário, é especialmente atenuada no sistema jurídico-penal português.

⁷⁰ No sentido da eliminação da culpa: AMBOS, Kai. *A parte geral* (...) op. Cit., p. 389.

que, muito embora a punibilidade da tentativa tenha sido levada para o Direito Internacional Penal pela CPRG, espalhando-se a sua previsão por tratados posteriormente celebrados – dos quais o Tratado de Roma se tornou *maxime*, pelo facto de a ter alargado a todos os crimes previstos no ER –, a verdade é que aquela previsão possui escassa relevância prática. Escassez, essa, que se origina pelo facto de estarmos a analisar crimes extremamente gravosos e que dificilmente são pensados, preparados ou executados por uma só pessoa.

Assim, com base na jurisprudência consultada, podemos dizer que as acusações por crime tentado acabam por originar – cumulativamente à condenação por outros crimes consumados – não a punibilidade do facto por tentativa mas, antes, a sua punibilidade por conspiração (prevista no art. 25º, nº 3, *al.d*).

Não obstante, com base na argumentação utilizada no discorrer do presente artigo, parecem-nos criticáveis as lacunas do ER relativamente à tentativa, designadamente a possibilidade de o TPI poder condenar as tentativas inidóneas por inexistência ou ausência do objecto ou, até, as tentativas irreais⁷¹. Do mesmo modo, não podemos deixar de criticar – por falta de razoabilidade e proporcionalidade – o facto de poder ser aplicável ao agente de uma tentativa impossível ou irreal (*v.g.*, de agressão), a mesma pena que seria aplicável ao agente do respectivo crime consumado.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática. Edição brasileira reformulada e actualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

AMBOS, Kai. Estudios de derecho penal internacional. Lima: Idensa, 2007.

ANDERSON, Kenneth. The rise of international criminal law: intended and unintended consequences. In *European Journal of International Law*, vol. 20, nº 2, 2009, pp. 331 – 358.

BAPTISTA, Eduardo Correia. O crime de Genocídio. In *Direito e Justiça*, vol. Especial, 2006, pp. 41 – 55.

⁷¹ Diferente parece-nos ser a questão da punibilidade da tentativa impossível por inidoneidade do meio. E a diferença prende-se com o facto de, não obstante o meio ser inidóneo, pode o agente ter à sua disposição um outro que seja, estando em causa uma perigosidade real e não meramente ilusória.

BÍBLIA SAGRADA. Livro do Êxodo, XXI, 14.

BOISTER, Neil. Transnational Criminal Law? In *European Journal of international law*, vol. 14, nº 5, 2003, pp. 953 – 976.

CAEIRO, Pedro. Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua. In *Direito e Cidadania*, A. 5, nº18, 2003, pp. 41 – 60.

CAEIRO, Pedro. Concorrência e conflito de jurisdições entre o tribunal penal internacional e os Estados (tópicos de introdução ao problema). In *Direito e Justiça*, vol. Especial, 2006, pp. 223 – 228.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado*. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

CASSESE, Antonio. From Nuremberg to Rome: international military tribunals to the international criminal court. In *The Rome statute of the international criminal court: a commentary*. Oxford: Oxford university press, 2002, vol 1, pp. 3-19.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: volume I*. Edições Almedina. Coimbra, 2007.

COSTA, José de Faria. Ilícito- típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial). In *RPCC*, Ano 12, 1, 2002, pp. 7 – 23.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição reimpressa.

COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

COSTA, José de Faria. *Tentativa e Dolo Eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”. Coimbra, 1987.

COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual revisitados*. In *RLJ*, A. 132, nº 3903, pp. 167 – 183.

COSTA, José de Faria. *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2ª edição actualizada e ampliada, 2008, pp. 916 – 929.

DASCALOPOULOU-LIVADA, Phani. Crimes under the jurisdiction of the international criminal court. In *Revue Hellénique de droit international*. Athènes, 51 année, nº2, 1998, pp. 431 – 448.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição reimpressa, 2012.

DIGESTO. 48, 19, 18.

A punibilidade da tentativa: entre a dogmática penal e o direito intercional penal: em especial no estatuto de Roma

- DUFF, R. A.. Acting, trying, and criminal liability. In *Action and value in criminal law*. Oxford: Clarendon press, 1996. pp. 78 – 106.
- DUFF, R. A.. *Criminal Attempts*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- FARIA, Maria Paula Ribeiro de. Os elementos psicológicos dos crimes previstos no Tratado de Roma. In *Direito e Justiça*, vol. Especial, 2006.
- FEIO, Diogo. Jurisdição Penal Internacional: a sua evolução. In *Revista Nação e Defesa*, nº 97, 2ª série, 2001, pp. 149 – 179.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1995.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica*. Edições Almedina. Coimbra, 2008.
- GREEN, Edward. The reasonable man: legal fiction or psychosocial reality? In *Law and Society Review*, vol. 2, nº 2, 1998, pp. 241 – 258.
- HAMPSON, Françoise J.. The international criminal tribunal for the former Yugoslavia and the reluctant witness. In *Comparative Law Quarterly*, vol 47, part 1, January 1998, pp. 51 – 74.
- HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. *Tentativa del delito e delito irreal*. Tirant lo blanch: Valencia, 1999.
- HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1992.
- JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. In *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, 1997.
- JESCHECK, Hans-Henrich / WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general: volume I*. Biblioteca comares de ciência Jurídica, 5ª edição, Granada, 2002.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Edipro: edições profissionais. São Paulo, 2003.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão pura*. Lisboa: Edições Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1994.
- KAUFMAN, Zachary D. The Nuremberg Tribunal v. the Tokyo Tribunal: designs, staffs, and operations. In *John Marshall Law Review*, vol. 43, 2010, pp. 753 – 768.
- KINDHÄUSER, Urs. La lógica de la construcción del delito. Traducción de Juan Pablo Mañalich R. Texto distribuido por Taller de Ciencias Penales de la UNMSM en el seminario realizado con la participación del Prof. Urs Kindhäuser del 23 al 25 setiembre 2009. Acedido, pela última vez em 26/01/2015, em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_02.pdf> .
- KONTOROVICH, Eugene. Three international courts and their constitutional problems. In *Cornell Law Review*, vol. 99, 2014, pp. 1354 – 1386.

- LIFSCHITZ, Sergio Politoff. Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustracion: Estudio de Dogmatica Penal y de Derecho Comparado. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- MAURACH, Reinhart/ ZIPF Heins. Derecho penal: parte general: volume I: Teoría del derecho penal y estrutura del hecho punible. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- MEZGER, Edmund. Derecho Penal: libro de estudio: parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958.
- MONTE, Mario Garrido. Derecho Penal: parte general, Tomo II: nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ª Edición actualizada. Editorial Juridica de Chile. Santiago, 2003.
- MOURA, Bruno de Oliveira. O desvalor da conduta e o desvalor de resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente pessoal. In RULP, V, 3, A.3 (3), pp. 158 – 175.
- MOURA, Bruno de Oliveira. O normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo? Separata do BFDUC, Vol. LXXXVI, Coimbra, 2010, pp. 709 – 749.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger e el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. Valencia: Tirant lo blanch, 4ª edición, revisada e ampliada, 2003.
- MUÑOZ, Francisco de Paula Puy. Sobre la antinomia universalidade – relativismo. In Anuário de Filosofia del Derecho, nº XI, 1994, pp. 75 – 90.
- NAUKE, Wolfgang. A crítica de KANT à teoria empírica do direito. In RBCCrIm, nº 95, 2012, pp. 97 – 114.
- NEVES, A. Castanheira. Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo 1998/1999, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1998.
- NEVES, A. Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In BFDUC de Estudos em Homenagem a Eduardo Correia, I, 1984, pp. 446 s.
- NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Stvdia ivridica I. Separata do BFDUC. Coimbra, Coimbra editora, 2013.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro V, Título I.
- PALMA, Maria Fernanda. Tribunal Penal Internacional e constituição Penal. In RPCC, ano 11, nº1, 2001.
- PIEDCASAS, José Ramón Serrano. Fundamento de la punición en la tentativa. In Livro de Homenagem al Prof. Doctor Don Ángel Torío Lopez. Editorial Comares. Granada, 1999.
- ROBINSON, Darryl / VON HEBEL, Herman. War crimes in in international conflicts. In Yearbook of international humanitarian law. The Hague: ACESSER press, vol. 2, 1999, pp. 193 – 212.
- ROXIN, Claus. Acerca de la punibilidade de la tentativa inidónea. . In Acervo de la Biblioteca

Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Acedido, pela última vez a 26/01/2015, em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt10.pdf>>

SALINAS, Henrique. O art. 25º do Estatuto de Roma. In *Direito e Justiça*, vol. Especial, 2006, p. 79.

SCHABAS, William. *An introduction to the international criminal court*. New York: Cambridge University Press, 2004.

SCHABAS, William. *Genocide in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão: volume I*. F. Briguiet & co – Editores. Rio de Janeiro, 1899.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque depalma editora. Buenos Aires, 1956.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción e notas por José Cerezo Mir. Montevideo – Buenos Aires: Júlío César Faira Editor, 2ª reimpressão, 2004, p. 150.

WELZEL, Hans. *Teoria de la acción finalista*. Editorial depalma: Uruguai 4478, Buenos Aires. Astrea: 1951.

ZAFFARONI, Eugenio Raul / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: EDIAR editora, 2000.

O ESTADO TEM DIREITOS FUNDAMENTAIS?(!)

Paulo Fernando de Mello Franco - Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes - UCAM Centro. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Professor de Direito Econômico. Advogado.

1 INTRODUÇÃO: PRIMEIRAS LINHAS

É lugar-comum a afirmação peremptória de que o Estado não pode, porque com ele incompatível, ser titular de direitos fundamentais. A doutrina clássica, alinhavada com o senso comum, agasalha a ideia de que os direitos fundamentais têm sua existência pautada, tão somente, nas desmesuras provenientes de atividades precipuamente estatais. O mesmo se diga em relação à maciça ilustração pretoriana.

Reconhecemos que os argumentos esposados pela maioria são, de fato, sedutores.

Não há quem duvide, acerca de suas origens, que os direitos fundamentais surgiram, indiscutivelmente, para fazer frente às cicatrizes deixadas pelos arbítrios do Estado absoluto. No entanto, embora concordemos com os proêmios dos direitos fundamentais, remanesce o seguinte questionamento: isto, *per se*, teria carga argumentativa suficientemente exauriente para justificar, à posteridade, que seus fins prosociais tenham se mantidos os mesmos? Pensamos que não e, há argumentos para tanto; basta, apenas, que repensem o direito.

A tarefa de provar que o Estado pode rogar por direitos fundamentais, de fácil, nada tem. Talvez por isso, o desejo de escrever a seu respeito tenha eclodido. Seguem nossos argumentos e redarguições.

2 A ÁRDUA MISSÃO DE (DES)CONSTRUIR DOGMAS: (RE)PENSANDO O DIREITO

Compartilhando angústias doutrinárias e aflições intelectuais com o interlocutor, sempre que propomos a possibilidade acadêmica de que o Estado possa, sim, ser titular de direitos fundamentais, ouvimos, unissonamente, a mesmíssima contra-argumentação de que estes foram criados, justamente, para coibir os descomedimentos daquele que, até então, portava-se como inimigo capital de seus destinatários originários. Diante dos cativantes argumentos, a infactibilidade de que o Estado usufrua de direitos fundamentais foi alçada, ao longo dos anos, à categoria de dogma. E, como tal, de difícil superação.

Não se quer infirmar, longe disto, a relevância dos dogmas na louvável tarefa de construção de premissas e de demarcação do campo de debate da comunidade científica, tendo em vista que, como pontuou Thomas Khun, *todas as ciências se desenvolvem nos férteis interiores de paradigmas*¹. Contudo, uma vez que pretendemos desconstruí-lo, oportuno se faz que discutamos o papel dos paradigmas na epistemologia contemporânea, a fim de que possamos, nalguma medida, atingir os objetivos do presente trabalho.

Corroborando o que se disse, José Eduardo Soares Faria, atento ao caráter dinâmico da sociedade, enquanto instituição, por natureza, constante em suas variações, afirma que um paradigma:

*(...) implica uma teoria básica, uma tradição científica e algumas aplicações exemplares, que são aceitas pelos cientistas ao ponto de suspenderem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas*².

Em sendo assim, acaso os paradigmas deixem de corresponder às

¹ KHUN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

² FARIA, José Eduardo Soares. *A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas a uma crítica ao “idealismo jurídico*. In: FARIA, José Eduardo Soares (Org.). *A Crise do Direito em uma Sociedade de Mudanças*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988, p.21.

necessidades da comunidade, em sentido comunitário, e da sociedade, de cariz liberal, bem como de suas crenças, inaugura-se verdadeira crise institucional, cuja resolução, no mais das vezes, reclama pela mudança de paradigmas, culminando em revoluções científicas³. Fato é que, revolução ou simplesmente evolução, sem que se permita a involução, é justamente neste contexto, de incertezas e transformações sócio-jurídicas, que o presente ensaio encontra lugar.

Conquanto a doutrina contemporânea encare, com resistências praticamente insuperáveis⁴, a possibilidade de que o Estado seja titular de direitos fundamentais, pretende-se afastar sua eficácia meramente vertical e propugnar uma aplicação eficaz cônica, justificando-a em face de quaisquer outros excessos e descomedimentos de poder, pouco importando quem cometa-os.

Para tanto, o que se intenta demonstrar neste artigo é, mediante comprovações fático-jurídicas, que os direitos fundamentais de hoje, ainda que porventura mantenham a mesma nomenclatura e denominação de outrora, não têm o mesmo conteúdo axiológico de ontem e tampouco serão os mesmos de amanhã. Eles foram, são e serão, *tout court*, projeções constitucionais, em sentido material, dos anseios da sociedade em que se inserem, cujo cenário criacional remonta ao depósito esperançoso de suas confianças nos ombros do homem artificial⁵ que é o Estado, na certeza de que este, atuando como instrumento, construirá, através de paulatina, gradativa e cumulativa institucionalização dessas aspirações – que, aos poucos, transmutar-se-ão de sua dimensão puramente filosófica e abstrata à inserção jurídico-positiva nos ordenamentos –, um mundo melhor.

Porque decorrências dos interesses públicos, inexoravelmente cambiantes, os direitos fundamentais serão frutos das transformações sociais, motivo pelo qual o Estado precisa se adequar às alterações

³ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

⁴ “O Direito é instrumento de limitação do poder. Sua finalidade essencial consiste em proteger contra quem não tem, aquele que não tem, ou tem menos poder. Por isto mesmo o Estado, o maior centro de poder institucional do planeta, não pode invocar a seu favor as garantias que a ordem jurídica institui para proteger o cidadão, entre as quais se destaca o direito à jurisdição. As garantias constitucionais são destinadas ao cidadão, e não ao próprio Estado, salvo, é claro, aquelas expressa e explicitamente destinadas, que funcionam como instrumento de preservação da ordem institucional”. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 157.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. De Frauzi Hassan Choukr e outros. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 792-793.

contextuais, outrossim transformando-se. E, é justamente durante este processo de (re)adaptação que os direitos fundamentais são constantemente plasmados, de modo que a maior ou menor intensidade com que se espraiairão, bem como a quantidade das posições subjetivas que comporão seus elencos, está íntima e indissociavelmente relacionada ao maior ou menor grau de evolução da sociedade, especialmente democrático, na qual se inserem.

Se é assim, e assim o é, imprescindível que compreendamos as novéis feições incorporadas pelo igualmente novel Estado e adaptá-las à realidade constitucional⁶, a fim de que se possa conceber que, de vilão, passa a ser visto como amigo dos direitos fundamentais⁷ porquanto precipuamente compromissado com suas concretizações. E, a fim de que possa fazê-lo, necessário que se reconheça em prol do Estado, com o desiderato de aparatá-lo para tanto, operacionalizações jusfundamentais instrumentais.

3 EVOLUCIONISMOS CONSTITUCIONAIS E CONTEXTUALISMOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVAS REALIDADES EXIGEM NOVOS PARADIGMAS

O mundo de agora é peculiarmente distinto do de outrora e, certamente, não será o mesmo doravante. A vida, em diuturna renovação, apresenta, a cada instante, contornos novos e coloridos diferentes. A sociedade é, sempre, fruto da própria natureza humana, a qual, por essência, é dinâmica. E o mesmo se dá na seara do direito, porque em perene aperfeiçoamento.

O retrato que se tem da sociedade de hoje é, indene de dúvidas, particularmente diferente daqueles continentes dos álbuns de épocas anteriores e igualmente o será em relação às antologias posteriores. A depender do arcabouço institucional em que se insira a sociedade de um dado momento, observaremos fotografias indiscutivelmente diferentes.

⁶ Para uma teorização percuciente acerca dos contornos da realidade constitucional, v. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014.

⁷ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. MORAIS, Roberta Jardim. De uma Visão Jurídico-Constitucional a uma Proposta Pragmático-Ecônômica dos Direitos Sociais: Cooperação e cooperativa. In. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). O Direito a Vida Digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.198.

Deve-se ter em mente, assim, o inolvidável caráter mutante do interesse público o qual se lhe impõe, também, inovar-se em si mesmo.

Recentemente vivenciamos, com ou sem seqüelas – a depender da concepção política adotada e da localização em que nos encontrávamos durante os protestos –, nossa democrática – e não necessariamente republicana – primavera dos vinte centavos, momento constitucional de comoção ideológica marcado, primordialmente, pelo orgulho em externar convicções até então exclusivamente internalizadas.

Bradavam-se às ruas, a quem se dispusesse a ouvir, palavras de ordem clamando por melhores condições de vida, maior disponibilidade de acesso a saúde, salários dignos, oportunidades de emprego em abundancia, educação valorizada e serviços públicos de qualidade.

Indaga-se: as vindicações sociais coetâneas eram inéditas? As reivindicações multitudinárias, até então, não haviam se manifestado? As camadas sociais nunca antes na história deste país desejaram uma sociedade mais plural e um mundo menos desigual?

Não há dúvidas de que os mesmos questionamentos estiveram presentes no âmago da sociedade desde sempre. Todavia, nada obstante compreendidos no rol de pretensões sociais, sequer se exprimiam ou, ao menos, não com a mesma voracidade contemporânea. Candente, pois, que tais anelos não emergiriam se assim não pretendessem, energeticamente, os administrados.

A querência é de longa data; a latência desta, porém, variante.

3.1 O Evolucionismo Constitucional do Protagonismo Estatal: Do Estado Opressor ao Efetivador de Direitos Fundamentais

Reconhece-se, como intentamos demonstrar, que as feições genéticas dos direitos fundamentais decorrem do contexto em que estes são concebidos, razão pela qual, o elenco contemporâneo, a despeito de nomenclatura e denominação idênticas às de outrora, não têm o mesmo conteúdo axiológico de ontem e tampouco terão os mesmos de amanhã.

É dizer, os direitos fundamentais são projeções constitucionais – positivadas ou não – das nuances adquiridas pelo produto do interesse público – reitere-se, de inolvidável caráter furta-cor – e dos anseios advindos da sociedade que, esperançosa, deposita, em um dado momento constitucional⁸, sua confiança na certeza de que o Estado se comprometerá com os fins por ele assumidos.

Portanto, a maior ou menor intensidade com que os direitos fundamentais se espalharão, bem como a quantidade das posições subjetivas que comporão seus plantéis⁹, está indissociavelmente relacionada ao maior – ou menor – grau de evolução da sociedade na qual se inserem¹⁰.

Matérias que, via de regra, careceriam de positivação pela via legiferante ordinária, são erigidas, mediante fundamentalizações¹¹, ao patamar do tratamento constitucional, dada a importância da matéria e a imprescindibilidade de sua percepção ou; simplesmente, o pessimismo antropológico compartilhado pela sociedade que, apreensiva por seus pares, delegou ao Poder Legislativo a incumbência da representação democrática¹². O próprio ímpeto voraz do constituinte reformador enaltece

⁸ Valendo-nos dos ensinamentos do preclaro Bruce Ackerman, imperioso que se reconheça que não necessariamente corresponderão às movimentações sociais com as alterações formais do Texto, de modo que é possível afirmar que há evolucionismos constitucionais não coincidentes com (re)estruturações documentais de uma nova Constituição, havendo, pois, manifestação de vontades constitucionais e o exercício do poder constituinte de vertente originária sob a égide de uma mesma Constituição formal e dentro de um mesmo regime constitucional, cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Bleknap University Press, 1991. V., ainda, MIRANDA, Jorge. *Momentos constitucionais e mudança política*. Manual de Direito Constitucional, II, 5ª ed., Coimbra, 2003.

⁹ “Está claro que não se trata só de aumentar o catálogo, ou de “enriquecer” a oferta de direitos humanos, como o consumismo às vezes parece exigir pretendendo chegar mais além do que a condição humana permite. Hoje a boa administração, ou o bom governo, descansa sobre aspectos qualitativos, não tanto sobre listas ou números de direitos”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.35.

¹⁰ Em termos teórico-acadêmicos, poder-se-ia dizer que, quanto mais evoluída socialmente é a sociedade, mais próxima do conceito classificatório sintético, sucinto ou conciso estará a Constituição desta. Ao revés, quão menor seja o grau de otimização do processo democrático da sociedade que lhe plasmou, com maior facilidade ostentará a característica de Constituição analítica ou prolixa, da qual o nosso Texto é exemplo.

¹¹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [orgs.]. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pag. 710. Cf. ainda: FAVOREU, Louis.. *La constitutionnalisation du droit*. In: *L'unité du droit: Mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996; BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. RDA, vol. 240, abr./jun. 2005, p. 20.

¹² Não nos esqueçamos, todavia, da crise de representatividade hodierna que culmina na invocação do Poder Judiciário como, porque institucionalmente capaz e constitucionalmente autorizado para fazê-lo, concretizador de políticas públicas e colmatador de omissões legislativas inconstitucionais. A fim de revisitar o elástico

e corrobora nosso perfil sócio-variante que, por vezes capturado pelo que almejam as maiorias circunstanciais, faz ingressar na Carta um sem número de emendas¹³.

Quer-se com isso demonstrar que, quão maiores sejam os níveis de retração das desmesuras estatais; igualmente menores serão os quantitativos de direitos fundamentais garantidores de liberdades individuais porquanto já se encontram estas, exaustiva e eficazmente, asseguradas pela ordem social vigente, explícita ou implicitamente introjados.

Ab initio, o fenômeno pelo qual o Estado cambia sua função social não é epifânico. Por evidente, não obstante seu conteúdo eminentemente gratificante, possui gênese material e juridicamente palpável, coetânea de uma insólita influência de movimentos políticos europeus.

Em um cenário marcado pela enérgica temática absolutista, a par da qual se percebia um ambiente político de incontestável centralidade do poder – fragmentado durante a Idade Média e reunificado no século XV – formava-se o lócus ideal para que se insurgisse contra a realidade subjacente de *gendarmaria* estatal. Por evidente, os desideratos da sociedade confluíam, todos, à pretensão emergente de liberdade. E, neste aspecto, deu-se a ascensão da liberdade enquanto direito fundamental, há muito ignorada e de longa data perquirida.

Surgiram, assim, os direitos fundamentais de primeira geração ou, a quem prefira, dimensão¹⁴, fulcrados na ideia de contensão necessária

axiológico do conceito de representação, v. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista Direito do Estado. Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009; GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Prefácio. Rio de Janeiro: Revan, 1999; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann. Org. Judicialização da política e democracia. Brasília: IDP, 2014; MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: Revista Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

¹³ Reforçando-se a estreita relação entre evolução – ou involução – da democracia em que se instala o berço desenvolvimentista de direitos fundamentais, vislumbra-se a Constituição norte-americana em cujo curso de idade, já composta de três dígitos, pouco se alterou se comparada a nossa. Todavia, não nos seduzamos pelos níveis de desenvolvimento democrático norte-americano a ponto de olvidarmos que a estabilidade em questão é, consoante a doutrina dos momentos constitucionais por nós mencionada neste paper, meramente aparente.

¹⁴ Sobre as gerações de direitos, Daniel Sarmento explica que autores que criticam a alusão às gerações de direitos fundamentais, pois a locução pode induzir à errônea ideia de que existiriam direitos fundamentais mais importantes do que outros, ou que o advento de novos direitos significaria a superação dos anteriores. Evidentemente, não é isto o que ocorre, pois os direitos humanos são complementares e indivisíveis. Sem embargo, não vemos nenhum problema no uso de tal expressão, desde que se esclareça que quando se fala

ao poderio do séquito estatal, o que corresponde, fundamentalmente, ao escopo primário do constitucionalismo clássico, enquanto óbice aos poderes constituídos e enfeixados nas mãos do recém concebido Estado, afigurando-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como o atestado de óbito do *Ancien Régime* e, outrossim, dos desígnios aristocráticos das monarquias absolutas assinaladas pelos privilégios feudais, representando o ideal iluminista triunfante.

A urgência primacial de clamor por liberdade, sem quaisquer interferências do poder político, juntamente com a abolição de privilégios estamentais desfrutados pela nobreza e clero, caracterizou o ambiente político-social fundamental para uma nova concepção de Estado. Instaurava-se, na toada do momento de ebulição política transformadora vivenciado, a salvaguarda de liberdade para que se contivesse a atuação arbitrária de seu primevo inimigo, como forma de possibilitar a fruição dos direitos e garantias fundamentais¹⁵.

Com efeito, o ambiente político de limitação estatal corrobora a tese que, a fim de tolher o Estado da possibilidade de titularidade de direitos fundamentais, pugna no sentido de que a propulsão de direitos e garantias individuais, pretende, *prima facie*, cercear poderes exacerbados, os quais, à época, encontravam-se enfeixados nas mãos do Estado, donde se conclui que, caso quaisquer outros atores social incorporassem as vezes de detentor de poderes desmesurados, os direitos fundamentais teriam sido pensando em face deles. Quer-se, com isto, esclarecer que o que motivou sua gênese não foi, necessariamente, a figura estatal; mas sim, a ilustração do poder irrestrito.

Reafirmando-se o caráter versátil da sociedade, em constante ebulição, a ascensão de novos interesses públicos exigiu nova transformação do Estado,

em direitos de 1^a, 2^a e 3^a geração, indica-se, apenas, de forma aproximada, o momento histórico em que ocorreu o reconhecimento jurídico do direito em questão. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, pág. 19 (nota de rodapé).

¹⁵ Tais direitos fundamentais de primeira dimensão, porém, não estavam imunizados aos riscos dos paradoxos dos direitos humanos. A proliferação desmesurada de direitos que, quer pelo aspecto quantitativo, quer pelo aspecto qualitativo, não conseguem realizar-se, perfazendo ilustrações de proclamações universais meramente alegóricas, não alcançaram todas as camadas da sociedade. Rememore-se que, por exemplo, naquela ocasião, apesar da verborragia de que os homens nascem livres e iguais, constante do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a prática escravagista ainda vigia no território estadunidense. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4ª Edição, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 50.

visto que, sempre que a ordem jurídico-positiva já não traduza a revolução, mas a conservação¹⁶, a sociedade e, pois, o Estado, renova-se ou deve renovar-se.

Alcançada a releitura liberal outrora pretendida, o estrato social percebeu que, diante da insuficiência assecuratória destes à dignidade da pessoa humana – já dotada de caráter imprescindível – e da inaptidão para solucionar as querelas e zuzir os graves problemas sociais existentes, cada vez mais emergentes e urgentes, novos direitos necessitavam de incorporação jurídica no Texto. A questão é mais afeta ao campo da intensidade do que propriamente do pioneirismo.

Em evidente evolucionismo constitucional, redirecionou-se o eixo filosófico do constitucionalismo da época para conceber, enquanto ideia central norteadora do novo regime jurídico constitucional das relações intersubjetivas, a sujeição de todos os poderes, públicos ou privados, ao ordenamento jurídico, dirigidos à proteção dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais permaneceriam com o papel de limitadores da atuação dos governantes em prol da liberdade dos governados, com a especificidade de que, a um só tempo, a Constituição Social, como tentativa alternativa de gerar novos postulados jurídico-político, substituiu a vetusta ordem privatista por outra, então fundada em princípios como a dignidade humana, o republicanismo e a supremacia política da soberania popular, primogenitamente concebida à luz pela Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917¹⁷, porque pioneira no tratamento direitos eminentemente prestacionais. As Constituições, evidentemente, porquanto irradiações jurídicas das transformações sociais de determinado período de manifestação latente das vontades constitucionais vigentes, materializam as supracitadas alterações ideológicas do perfil estatal.

Todavia, a tarefa, afeta ao poder público, de dar concretude aos ideais

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo. nº 225, 2001, pp.05-37.

¹⁷ Não obstante tê-la mencionado e construído seu arcabouço sistêmico, ficou a cargo da Lei Fundamental Alemã de 1919 a positivação da temática social, propugnada, em um cenário de devastação pós guerra, confluência de interesses dos comunistas e fascistas, os quais, já desgostosos da belle époque, emergiram para digladiar com os ideais liberais clássicos.

constantes das constituições sociais restou, por vezes, incipiente. O Estado, de forma recorrente, não conseguiu materializar as normas abstratas presentes na Constituição na realidade subjacente. A aludida falta de efetividade culmina em sentimento constitucional de frustração geral da expectativa popular em relação ao potencial transformador da Carta, relegando-a ao status de mera declaração política dirigidas aos membros do Poder Legislativo, destituídas de força normativa¹⁸.

Dito de outra maneira, os direitos fundamentais têm seu código genético atávico atrelado ao escopo de freio e contrapeso frente a quaisquer exacerbações de poder, não importando quem as perpetre. E, tendo em vista que o Estado contemporâneo já não é mais o mesmo vilão de direitos e garantias fundamentais que costumava ser, faz-se necessário (re)pensar seus misteres, tanto deste quanto daqueles.

Plasmado ao longo de inúmeros evolucionismos constitucionais paulatinos, do Estado liberal ao Estado pós-social, passando pelo Estado social, em que o viés fraternal restou a florado, o protagonismo estatal na concretização de direitos fundamentais cresceu vertiginosamente, sendo alçado, aliás, à precípua finalidade pública por excelência. Deve-se, por oportuno, diante das novas feições estatais, promover releitura de seu cariz institucional, a fim de que as posições jurídicas até então por ele ocupadas sejam revisitadas e, no que couber, expandidas.

4 COMPROVAÇÕES FÁTICO-JURÍDICAS DAS NOVAS FEIÇÕES DO ESTADO: DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO INSTRUMENTALIZAÇÕES DE CUMPRIMENTO

Em um mundo ideal, longe, infelizmente, de nossa realidade, se pudessem, os administradores públicos fariam tudo que estivesse a seu alcance para que se garantisse a todos, sem exceção, uma existência digna e minimamente feliz. Até mesmo o mais pessimista dentre os pessimistas antropológicos não duvidaria disto. Todavia, em um cenário fático de necessidades infinitas e recursos limitados, não o fazem não porque não querem, mas porque não podem¹⁹. Como se costuma dizer, o dinheiro

¹⁸ V. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

¹⁹ V., para maior compreensão da teoria dos custos dos direitos, HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.

não nasce em árvores²⁰ e não há almoços grátis. O cobertor é curto, as pernas são compridas e o frio é intenso.

Questiona-se: quem, senão os próprios administrados, suportará os dispêndios públicos? O regozijo em satisfazer o perfil arrecadatário do Estado garantidor de direitos fundamentais é o mesmo com que manifestam-se as pretensões ideológicas? Há disposição, abnegação e desapego voluntários para, a pretexto de pluralizar as oportunidades e equalizar a sociedade, financiar a concretização de posições jurídicas fundamentais de outrem? Ainda que coercitivamente²¹, a conta do benfazejo administrativo precisará ser adimplida.

Reconhece-se, diante disto, a imprescindibilidade de que ao Estado se garantam meios para satisfazer a consecução de suas finalidades públicas, dentre os quais pode-se destacar o cunho fiscal dos tributos com cujos recursos será possível fazê-lo. E, para que tal se dê, faz-se necessário que, além do dever fundamental de pagar tributos²², se tenha, como contrapartida insuprimível, o dever igualmente fundamental de recebê-los, a fim de que diretamente se perfaça, ainda que inconscientemente, a viabilidade de materialização de políticas públicas e ações governamentais que, de algum modo, transformarão a egoística e privatística função de auto-satisfação em demais funções sociais²³ irradiantes a toda coletividade.

Munido de direitos fundamentais, aparatar-se-ia suficientemente o Estado para que, se e quando necessário, possa coibir, de modo convincente, abusos de poder – cometidos por quem quer que seja – com vistas a satisfazer direitos fundamentais coletivos e individuais, máxime aqueles relacionados com a concretização do núcleo essencial da dignidade humana.

The. Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W.W.. Norton, 2000.

²⁰ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

²¹ Afinal, à luz do art. 3º do Código Tributário Nacional, tributo é, dentre outras características, “toda prestação pecuniária compulsória”.

²² NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 1998.

²³ Nesse contexto, sobressai o interesse – e até mais do que isto, a necessidade – de verificar e porventura corroborar o dever fundamental de administrar bem como castiça função social da Administração Pública a que se obriga a cumpri-la, cf. trabalho nosso intitulado “A Função Social das Funções Sociais”, publicado na Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Rio de Janeiro: EMARF TRF 2ª Região, Volume 18, nº 1, julho de 2013, p. 193-224.

A este respeito, diriam aqueles que se filiam a posição majoritaríssima de que o Estado, além de não possuir direitos fundamentais, sequer pode tê-los: por que motivo aparelhar ainda mais o Estado? O mesmo já possui, argumentariam, dentro de suas capacidades institucionais, um sem número de prerrogativas que, juntas ou isoladamente consideradas, afiguram-se exaurientes e bastantes para que o ente estatal faça frente às demandas sociais. Há acertos neste posicionamento. Explica-se.

O Estado, ainda que não seja mais o mesmo prepotente de outrora, ostenta, na maioria dos casos, posição de superioridade quando comparado a particulares. Vale dizer, permanece indiscutivelmente forte e, por vezes, exagerado. Todavia, se a mão que afaga é a mesma que apedreja; a recíproca é verdadeira. Da mesma maneira que é imperioso obstaculizar o Estado sempre que este se mostre ilimitado – o que, como se disse, reconhece-se na maioria das hipóteses –; também o é quando o titular do poder irrestrito é ilustrado pelo particular, modo que sua existência côncava não deva ser negada.

Novos questionamentos adviriam: é possível que ente estatal, e todas as estruturas burocráticas complexas que lhe são inerentes, sejam mais frágeis do que a de atores privados? Há como conceber pessoas jurídicas de direito privado mais fortes do que Estados-nação – ou, melhor, a par de uma redefinição do conceito de Estado²⁴, plurinacionais? As respostas são afirmativas. Valhamo-nos, para justificá-las, de exemplo pátrio.

A soma do lucro registrado, em 2013, por quatro grandes bancos brasileiros listados na BM&FBovespa mostrou-se maior que o Produto Interno Bruto (PIB) estimado de 83 países no mesmo ano, segundo levantamento feito com base em dados do Fundo Monetário Internacional (FMI)²⁵, com lucro líquido aproximado de R\$ 49,41 bilhões em 2013. Conforme o balanço divulgado publicamente, o lucro anual de um dos citados bancos, singularmente considerado, supera a soma de todas as riquezas produzidas no ano pela Nicarágua, só para citar este; cujo Produto Interno Bruto (PIB) metrificou-se em US\$ 11,284 bilhões.

²⁴ V., para uma leitura mais apurada em relação ao tema, SANTOS, Boaventura de Sousa. La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional. In: OSAL, Observatorio Social de America Latina, ano VIII, no. 22, CLACSO, Buenos Aires, 2007.

²⁵ Disponível em: <<http://m.g1.globo.com/economia/noticia/2014/02/lucro-somado-de-4-bancos-brasileiros-e-maior-que-o-pib-de-83-paises.html>>. Acesso em: 13/02/2014.

Com efeito, há países economicamente menores do que pessoas jurídicas de direito privado, o que, no mínimo, instiga à reflexão concernente à constatação de que o Estado de outrora, como dito, já não é mais o mesmo. Inclusive, o agigantamento do capital privado frente ao apequenamento estatal não é peculiaridade de países de modernidade periférica²⁶. A realidade da Islândia, por exemplo, que ocupa a 13ª posição no ranking de índices de desenvolvimento humano e apresenta PIB per capita elevado, ostenta um PIB nominal também menor do que o das suso citadas instituições financeiras do Brasil. De qualquer modo, apesar do diminuto PIB apurado aquém do lucro trimestral de grandes sociedades empresárias privadas, Nicarágua, Islândia e todos os demais Estados elencados pelo relatório do FMI são tão Estados quanto qualquer outro Estado economicamente mais próspero.

Destaque-se que, além da sujeição econômica, é possível que, embora com caráter ainda mais excepcional, o Estado se apresente como politicamente submisso, o que pode ser explicado, e.g., nos casos em que o embate entre modernidade periférica e central se mostre assaz acirrado, a ponto de que o compartilhamento da soberania com outras forças que transcendem o nível nacional²⁷ suprima o direito doméstico.

Pelo exposto, diante de hipóteses de indelével situação de sujeição, não há razão para, independentemente de serem Estados, sustentar a inaplicabilidade de direitos fundamentais invocáveis; pois que argúveis não apenas por Estados; mas, também, em face de outros Estados pelos próprios Estados, a suscitar a existência de eficácia horizontal internacional dos direitos fundamentais, de viés institucionalista, *i.e.*, entre Estados-nação.

A título exemplificativo, em famoso caso ocorrido em 2011, diante da calamitosa realidade alemã de surto da bactéria letal *E.coli*, as autoridades sanitárias divulgaram que a proliferação decorreria de pepinos importados da Espanha. Ocorre que, após análise mais acurada, a Alemanha verificou ter se equivocado na afirmação, tendo constatado, posteriormente, que a Espanha nada tinha a ver com a pulverização da doença. Teria agido a Alemanha de forma irresponsável ao fazer as acusações à Espanha? Seria

²⁶ No que pertine a modernidade periférica, v. NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, 1992.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 187, nota de rodapé nº 6.

cabível demanda indenizatória – por dano institucional e patrimonial, já que toda a Europa ficou receosa de comerciar com a Espanha – em face da Alemanha? Poderia ser formulado pedido compensatório, à União Europeia, pelo Estado espanhol? Está lançado o desafio intelectual.

Aliás, aproveitemos a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que muito nos servirá. A tão festejada e amplamente admitida eficácia horizontal, hoje pulverizada às mais variadas tarimbas doutrinárias e de ilustração pretoriana, encontrou, antes de sua aceitação, óbices quase insuperáveis e fervorosas críticas, cujos argumentos, curiosamente, coincidem com aqueles utilizados para negar sua nova eficácia, desta vez invocável pelo próprio Estado.

A discussão, embora não seja a mesma, afinal a anterior versava sobre quem seria o sujeito passivo de direitos fundamentais, se apenas o Estado ou se, também, os particulares, perpassa o mesmo intento de quebrar paradigmas e discutir dogmas, agora direcionados à apuração sobre quem deva ser seu sujeito ativo. Os motivos que ensejaram a proclamação dos direitos fundamentais justificam que possam ser afirmados também em face de outros particulares, sob pena de tão somente transladar-se a arbitrariedade – e seu praticante – , em detrimento dos direitos fundamentais porventura atingidos, do Estado à da autonomia privada²⁸. E, se, neste aspecto, a (re)construção dogmática mostrou-se possível – embora dificultosa –, pensamos que, igualmente, outrossim será possível a afirmação da tese por nós esposada.

4.1 Ilustração Pretoriana das Questões Teóricas Apresentadas: Sobrevô Jurisprudencial

Lançadas as bases teóricas que sustentam a temática proposta, passamos

²⁸ Corroboramos, em monografia específica intitulada “A Funcionalização dos Direitos Subjetivos como Paradigma Concretizador da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”, apresentada em 2010 à Universidade Candido Mendes – Cento como requisito essencial à obtenção do grau de bacharel em Direito, que reconhecida a força normativa da constituição, resta indene de dúvidas que os princípios que informam a eficácia dos direitos fundamentais não esmaecem na relação jurídica inter privados, pelo contrário, se fortalecem. No mesmo sentido é a lição de Bilbao Ubillos, para quem “De este modo, las demandas promovidas contra supuestas violaciones de los derechos fundamentales serían admisibles, de acuerdo siempre con la perspectiva tradicional, solo frente a los sujetos a los que se haya atribuido formalmente la condición de públicos. La falsa dicotomía público-privado puede operar entonces como um ‘instrumento arbitrario’ para excluir a grupos y personas vulnerables de la protección reforzada que deparan los derechos fundamentales”. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia de los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado. Madrid: McGraw-Hill, 1994, p. 256.

a destrinchar a ilustração pretoriana pátria produzida pelo ordenamento jurídico. Adiante-se, como era de se esperar, que a maioria esmagadora dos julgados, tanto no que concerne à sua *ratio decidendi* quanto ao *obiter dictum*, nega, veementemente, que o Estado possa protagonizar sujeição ativa de direitos fundamentais. De qualquer modo, analisemo-los, *ab ovo*, para que, doravante, adentremos na hipótese específica da mais recente decisão acerca da *vexata quaestio*.

Antes de iniciarmos o cotejo jurisprudencial propriamente dito, lancemos, sem pretensão de esgotarmos o tema nestas linhas introdutórias, algumas das possíveis indagações que permeiam nossas conjecturas acadêmicas.

O art. 5º, XXII, da CRFB, pode ser titularizado pelo Estado? Vale dizer, o Estado tem a garantia de propriedade de bens públicos?²⁹ Caso a resposta seja negativa, por conseguinte, ao Estado não se aplica o poder-dever de cumprir as funções sociais de suas propriedades – já que, como consectário lógico, ele sequer seria proprietário –, não se lhe incidindo o art. 5º, XXIII, da CRFB?³⁰ O instituto da desapropriação do art. 5º, XXIV, CRFB, sem que se cite as demais modalidades expropriatórias previstas ao longo do Texto e diplomas infraconstitucionais, configuraria, enquanto modalidade intervenção drástica, direito fundamental do Estado oponível à particulares?³¹ E em relação à hipótese do art. 5º, XXV, CRFB, através do qual a autoridade competente poderá usar de propriedade particular?

Ao Estado é garantido, como direito fundamental, direito de herança? Caso seja, o Novo Código Civil, ao reestruturar o art. 1603, V, do Código Civil de 1916, no que tange a ordem de vocação hereditária, seria inconstitucional?³²

²⁹ O Estado é e pode ser incontestavelmente proprietário, havendo, como é de sabença, previsão constitucional da imprescritibilidade dos bens públicos e; disciplina jurídica codificada no art. 99 do Código Civil para regulá-los.

³⁰ Parece-nos indubitável que o Estado deve também cumprir a função social da propriedade – e, outrossim, suas demais funções sociais.

³¹ É dizer, a intervenção do Estado na propriedade, enquanto exercício de atividade típica do Estado, constitui direito fundamental estatal? Ou, simplesmente, previsão administrativa que emana concretização da teoria dos poderes implícitos? O tema é assaz controvertido e requer maiores considerações a serem prolatadas, a posteriori, em trabalho específico.

³² De fato, se se prestarem os direitos fundamentais à conjuração ativa por parte do Estado, discutível será – diante do art. 5º, XXX, da CRFB de 1988 – a constitucionalidade de parte do Novo Código Civil que, embora resguarde os institutos da herança jacente e vacante, dá tratamento distinto aquele compreendido pelo Código Civil de 1916. Tema igualmente polêmico e que, sempre que suscitado por nós, provoca, no interlocutor, torcer de nariz.

Se, de acordo com o art. 5º, XXXII, CRFB, é dever do Estado, como fez mediante as regras e princípios explícitos e ágrafos da Lei 8.079/90, seria, outrossim, direito fundamental do Estado, quando consumidor – e, a despeito de controvertida a possibilidade, há autores, com os quais concordamos, que entendem pela viabilidade de que o ente estatal, sempre que em posição de submissão frente ao particular, possa ser classificado como tal³³, principalmente quando importar em vulnerabilidade técnica³⁴ – teria direito fundamental à tutela consumerista?³⁵

Será que, no que concirna ao Estado, a lei prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada? Ou, então, como titular do direito fundamental inserto no art. 5º, XXXVI, CRFB, as garantias fundamentais atinentes à segurança jurídica se lhe aplicarão?³⁶

Há quem duvide, alheio a íntimas convicções, pautado, tão somente, no que empiricamente se observa, que o Estado possua, como direito pleiteável, a garantia assegurada aos litigantes, em processo judicial³⁷, contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, extraídos do art. 5º, IV, CRFB? Em face do Estado, ao revés do art. 5º, LVI, CRFB, são admissíveis, por não ser titular de direitos fundamentais, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos? As demandas propostas pelo Estado poderiam postergar-se à posteridade, porquanto inaplicável a razoável duração do processo preconizada pelo art. 5º, LXXVIII, da CRFB?³⁸

³³ No entanto, à luz das circunstâncias do caso concreto e quando os instrumentos da Lei n.º 8.666/93 não forem satisfatórios será possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC – aos entes públicos, mormente quando se depararem com a ocorrência de vícios no fornecimento de produtos ou serviços. GARCIA, Flávio Amaral. O Estado como consumidor. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, v. 60, Rio de Janeiro, 2006, p. 56.

³⁴ CUNHA, Eunice Leonel da. Aplicabilidade das Disposições Constantes do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano 2000, p. 660/665.

³⁵ Pensamos que sim. Ao dever de tutelar o consumo corresponde o direito de, justamente com base no cotejo do que dissemos às notas n.º 33 e n.º 34, sempre que em posição jurídica de vulnerabilidade, o Estado pleitear a salvaguarda do CDC e de suas irradiações.

³⁶ Não há dúvidas de que a segurança jurídica possa e, inclusive, deva ser invocada pelo Estado.

³⁷ O aludido artigo da Constituição confere a mesma proteção aos litigantes em processo administrativo, todavia, pensamos que tal disposição será aplicável ao Estado de modo mais tímido que o contraditório e a ampla defesa ao âmbito judicial porque, in casu, haveria confusão entre processante e processado.

³⁸ Novamente indiscutível que, até mesmo para fins de personificar a paridade de armas entre administrados e Administração Pública, há garantias acerca da não usabilidade de provas ilícitas e obtidas por meios ilícitos e, também, de que as demandas, mesmo aquelas em que figure o Estado como parte, devam durar, dromologicamente, o tempo estritamente necessário para pacificar, de modo justo, a controvérsia entregue ao Estado-juiz. V., no que concerne à ascendente preocupação em relação ao processo justo, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 23/03/2014.

Em havendo, *v.g.*, retenção indevida de repasse de verbas do produto da arrecadação destinado à determinado entre da federação para custeio das estruturas educacionais estatais configuraria violação ao direito fundamental à educação – *in casu*, ao direito de garanti-la – e à seu direito subjetivo de recebê-lo³⁹?

Concebamos o direito de ação, enquanto direito à jurisdição, como posição jurídica subjetiva, pública e abstrata – eclética, porquanto sujeito às condições à seu regular exercício – que visa a obtenção de um provimento jurisdicional de mérito. Pergunta-se: tem o Estado direito constitucional de ação? A *quaestio* que muito nos instiga, ganha relevo acaso incrementemos a argüição e voltemo-nos para a (im)possibilidade de desistência irrestrita da impetração de mandado de segurança. Aplica-se, *in casu*, o art. 267, § 4º, do Código de Processo Civil? É dizer, a desistência do *writ of mandamus* é prerrogativa de quem o propõe e, pois, pode ocorrer, a qualquer tempo, sem anuência da parte contrária e independentemente de já ter havido decisão de mérito, ainda que favorável ao autor da ação⁴⁰? Ou o Estado goza, a seu favor, de direito fundamental de ação, o qual, enquanto direito à obtenção de um provimento jurisdicional de mérito, se lhe asseguraria a imprescindibilidade de anuência ou discordância?⁴¹

Inúmeros seriam os questionamentos decorrentes e infundáveis seriam as possibilidades de argumentações, algumas mais fáceis, no sentido da

³⁹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido. RE 572762, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-04 PP-00737.

⁴⁰ Decidiu-se, neste sentido, com Repercussão Geral reconhecida, o Recurso Extraordinário nº 669367, Relator Ministro Luiz Fux (voto vencido), Ata nº 11, de 02/05/2013. DJE nº 88, divulgado em 10/05/2013. Na mesma linha, a 2ª Turma do STJ reverberou o posicionamento do Supremo e corroborou a desistência, ainda que sem a anuência do impetrado e mesmo após a prolação da sentença de mérito, do Mandado de Segurança, cf. REsp 1.405.532-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/12/2013.

⁴¹ No entanto, pensamos que, concessa venia, porquanto titular do direito de ação, enquanto direito à obtenção de um provimento de mérito, faz-se necessária a intimação do impetrado para anuência ou discordância. Isso porque, insere-se no patrimônio jurídico do Estado a exigência de definição da controvérsia deduzida em juízo, havendo, pois, direito invocável pela autoridade coatora – e pela pessoa jurídica que suportaria as consequências da tutela jurisdicional – a resolução do mérito da questão.

inaplicabilidade absoluta de alguns dos direitos fundamentais elencados no art. 5º, da CRFB⁴² e; outras, carecedoras de maior ônus argumentativo, as quais, embora interessantíssimas, não caberiam nestas exíguas páginas. De todo modo, destaquemos, por oportuno, a instrumentalização de dois direitos fundamentais, tais quais previstos no Texto, a saber, a perspectiva da exequibilidade do manejo, por parte do Estado, de remédios constitucionais e; posteriormente, a (in)viabilidade de reparação por danos morais.

4.1.1 Órgãos Públicos e Personalidade Judiciária: Exercício do Direito Fundamental de Ação ou Mera Hipótese de Suprimento de Regularidade Processual?

Mesmo em relação ao Estado, pensamos, com aval jurisprudencial, que, de fato, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme positivado pelo art. 5º, XXXV, CRFB. Teria o Estado o poder-dever fundamental de manejar remédios constitucionais? É dizer, seria atribuível ao ente estatal legitimidade ativa para impetrar, com esteio no art. 5º, LXIX, da CRFB, mandado de segurança? E mandado de injunção, com fulcro no art. 5º, LXXI, da mesma Carta? O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, negou a suscitada legitimidade ativa no Mandado de Injunção – MI – nº 725/RO⁴³.

A acalantar a tese por nós defendida, em prol da legitimidade ativa do Estado, o Ministro Gilmar Mendes divergiu do entendimento majoritário e, no mesmo MI *suso* citado, assim se posicionou:

Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de

⁴² Como, v.g., o direito fundamental à liberdade de consciência. CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p. 293; SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190-191.

⁴³ MI 725 / RO – RONDÔNIA. MANDADO DE INJUNÇÃO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 10/05/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. EMENTA: Mandado de injunção. 2. Alegada omissão legislativa quanto à elaboração da lei complementar a que se refere o § 4o do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional no 15/1996. 3. Ilegitimidade ativa do Município impetrante. Inexistência de direito ou prerrogativa constitucional do Município cujo exercício esteja sendo obstaculizado pela ausência da lei complementar federal exigida pelo art. 18, § 4º, da Constituição. 4. Mandado de injunção não conhecido. [...] outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de injunção seria elastecer o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a natureza jurídica do instituto permite. STF, AGRMI 595/MA, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23/4/99.

impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como conseqüência lógica a legitimação ativa para propor ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos⁴⁴.

Em um passado não muito distante, o Supremo Tribunal Federal – STF – foi instigado a posicionar-se acerca do incidente diplomático que então se instaurava entre Brasil e Itália, nos autos de famigerada demanda de extradição que, por muito tempo, ocupou os noticiários. Na hipótese, incidentalmente à questão de mérito⁴⁵ por detrás da pretensão de extradição deduzida em juízo, o Estado italiano impetrou mandado de segurança em face de ato do então Ministro da Justiça que havia deferido a condição de refugiado ao extraditando, requerendo, diante disto, a Suspensão da Liminar concedida para acatá-lo como tal.

O Procurador-Geral da República – PGR, requerida sua manifestação nos autos do Mandado de Segurança – MS – 27875/DF, placitou, em preliminar, pelo descabimento do writ em razão da ilegitimidade passiva do Estado italiano.

Perquiria-se apreciar a seguinte hipótese: pode o Estado, no caso a Itália enquanto pessoa jurídica de direito público internacional, manejar o writ of mandamus? Teria o Estado italiano legitimidade ad causam para fazê-lo? É dizer, o Estado é titular de direito fundamental para exercer direito de ação e, também, valer-se de remédios constitucionais? Segundo o placet, o cariz de direito público de pessoa jurídica seria justamente seu maior impeditivo. O fato de ser estrangeira, outrossim, sê-lo-ia, todavia a inaplicabilidade de direitos fundamentais em prol do estado protagonizava os argumentos asseverados pelo parecer, sob pena de subversão à própria afirmação e

⁴⁴ STF, MI 725/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/5/2007.

⁴⁵ A discussão de mérito, embora muito interessante, não será por nós abordada porque escapa do contexto pretendido e, infelizmente, não teríamos linhas suficientes para fazê-lo. Foquemos, pois, na questão processual da (i)legitimidade ativa do Estado italiano para impetrar mandamus.

desenvolvimento histórico de tais direitos⁴⁶, pelo que afirmar tratar-se de contra-senso atribuir ao Estado a posição jurídica de titularidade ativa e passiva, credor e devedor de um direito fundamental⁴⁷.

A despeito das críticas pontuais no que tange ao conservadorismo da percepção, o parecer muito bem distingue a titularidade jusfundamental de entes públicos de instituto diverso, qual seja a garantia processual assecuratória de direitos subjetivos públicos decorrentes de normas de direitos não fundamentais, comumente denominada de personalidade judiciária⁴⁸, arguível por abuso de poder de outro ente estatal.

O parecer elaborado pela PGR, cujos méritos são indiscutíveis, reconhece o posicionamento de Konrad Hesse, para quem, sempre e quando a natureza permitir a aplicação⁴⁹, os direitos fundamentais poderão ser invocados pelo Estado, pelo que traz à discussão, como fundamentos, o art. 19.III, da Lei Fundamental de Bonn, pelo qual os direitos fundamentais valem também para as pessoas jurídicas na medida em que sejam aplicáveis segundo a sua natureza e o art. 12.2 da Constituição portuguesa, em que se insere a positivação de que, como por nós defendido, há direitos compatíveis com a natureza das pessoas jurídicas e, pois, às pessoas jurídicas de direito público, por lá denominados de direitos fundamentais atípicos⁵⁰. Cita, ainda, notáveis doutrinadores de direito comparado que defendem a possibilidade de que o Estado possa titularizar jusfundamentalidades, dentre os quais se enaltece Castán Tobeñas, cujas teorizações identificam quatro possíveis classes de direitos fundamentais encontráveis que, a saber, remetem a direitos da pessoa humana; direitos das comunidades menores ou infraestatais como a família; direitos dos Estados na esfera interna e; direitos dos Estados e dos povos na comunidade internacional⁵¹, sendo os

⁴⁶ Ministério Público Federal. Parecer nº 6192 - PGR-AF. Processo Administrativo nº 08000.011373/2008-83.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ “[...]A jurisprudência — com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) — tem reconhecido a capacidade ou ‘personalidade judiciária’ de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandato de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas.” MS 21.239, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-6-91, DJ de 23-4-93. No mesmo sentido: MS 26.264, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 21-5-07, DJ de 5-10-07.

⁴⁹ HESSE, Konrad. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. Trad. Antonio Lopez Piña. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.106.

⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998, p. 179.

⁵¹ O referido Parecer nº 6192 - PGR-AF menciona TOBEÑAS, Castán. Los *derechos* del hombre. Madrid: Reus, 1992, p. 42-43.

dois últimos, consoante o que pontuamos acerca da existência de uma possível eficácia horizontal internacional, os que mais nos interessam.

De todo modo, no que pertine ao aludido MS, o Supremo não chegou a se manifestar quanto ao (des)cabimento da ação mandamental, postergando a pacificação quanto a (im)possibilidade que o Estado tenha direitos fundamentais para ulterior oportunidade.

Em síntese, com o reconhecimento da centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e da posição central dos direitos fundamentais nas estruturas constitucionais, fortalece-se, direta ou reflexamente, a tutela da efetividade⁵² dos direitos fundamentais e, na perspectiva internacional, dos direitos humanos. Em prol do interesse público primário⁵³ e do combate à insinceridade normativa⁵⁴, a afirmação de direitos fundamentais enfeixados pelo Estado pode ser justificada à luz da teoria dos poderes implícitos, profundamente analisada na seara do direito administrativa do direito, através da qual se garante o dever-poder de proceder o ente estatal, independentemente de lei em sentido lato, para concretizar direitos fundamentais, admitindo-se até mesmo, sob a preocupação com a finalidade pública precípua de materializar direitos e corroborar garantias fundamentais, a aplicação do princípio da juridicidade contra *legem*⁵⁵, da qual perfilhamos, com louvores, sua viabilidade e aplicabilidade interessada no agraciamento aos direitos fundamentais.

Com efeito, sempre que as capacidades institucionais do Estado, aqui compreendidas a disputa entre Estado e estado-membro ou; ainda,

⁵² BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer? In: Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 1986.

⁵³ O insigne Ministro Luís Roberto Barroso distingue a Administração pública introversa da administração pública extroversa, bipartindo, desta feita, o interesse público em primário e secundário. Aquele, razão de ser do Estado, sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover - justiça, segurança e bem-estar social - e deve ter como prisma a supremacia, pois não é passível de ponderação, eis que consistente na melhor realização possível da vontade constitucional. Este, ao revés, qual seja o interesse da pessoa jurídica de direito público enquanto parte em uma determinada relação jurídica, não deve, jamais, usar da supremacia em face do interesse particular, cabendo, aqui sim, a adequada ponderação. O fato é que, ambos, tanto o interesse público quanto o interesse privado têm assento constitucional e, pois, impedem que, em abstrato, se afirme a preponderância deste ou daquele - muito embora seja possível o delineamento de posições preferenciais, como espécie de hierarquia valorativa, entre um e outro.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto, Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: Temas de direito constitucional, t. I, 2002.

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

o conflito entre esferas executiva, judicial e legislativa de um mesmo Estado, poder-se-ia, o ente amesquinhado, inovar o direito fundamental de exercício do direito de ação, cumulado com os direitos-garantia dos remédios constitucionais para cessar a indevida ingerência em suas prerrogativas ínsitas e a ele dirigidas pela própria Constituição.

4.1.2 O Estado tem Direito Fundamental à Reparação por Danos Morais? O Caso do Recurso Especial nº 1.258.389

Além dos questionamentos anteriormente propostos, instaura-se a querela acerca da incidência, ou não, em prol do Estado, do art. 5º, V, da CRFB. Com efeito, assegurar-se-ia, ao Estado, direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem? Seriam, consoante o art. 5º, X, CRFB, em relação ao ente estatal, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação? O enunciado merece maiores considerações à luz do que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ – no Recurso Especial nº 1.258.389.

A ressaltar a relevância do tema e a evidenciar a atualidade da discussão, o STJ foi recentemente instado a enfrentar o pantanoso debate e a se manifestar acerca da *vexata quaestio* quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.258.389, oriundo do Tribunal de Justiça da Paraíba. Na hipótese, determinado município propôs demanda com pleito indenizatório em face de emissora privada de radiodifusão sob a alegação de que, em razão de comentários alegadamente vexatórios proferidos em uma de suas atrações transmitidas ao público, atingiram, diretamente, a imagem da municipalidade, razão pela qual perquiria reparação de cunho moral.

Residiu a controvérsia, portanto, na (in)viabilidade de que o ente municipal possa syndicar judicialmente a tutela jurisdicional para ver-se desagradado à título de dano moral e, pois, na (im)possibilidade de que o Estado possa invocar direitos fundamentais para salvaguardar-se.

Estabelecido o pano de fundo do imbróglio, coube ao Poder Judiciário dirimir o conflito acerca da amplitude subjetiva do art 5º, V e X, da

Constituição da República. Em primeira instância, o pedido deduzido pelo município foi julgado improcedente pelo juízo monocrático; com manutenção da sentença prolatada por acórdão do Tribunal de Justiça que; posteriormente, foi confirmado, em sede de Recurso Especial, pela Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão⁵⁶, o que desaguou na (re)afirmação, tal qual se dá em direito comparado⁵⁷, de que é defeso ao Estado ser, em concomitância, destinatário e titular de direitos fundamentais.

Outro instigante detalhe asseverado na decisão prolatada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no que pertine à observância do teor do verbete nº 227 da súmula de sua jurisprudência. O STJ não olvidou a disposição sumular segundo a qual a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, utilizado, pelo município demandante, como um de seus principais argumentos. A questão é outrossim interessante e, embora divirjamos do cerne do *decisum*, concordamos com a inaplicabilidade da suscitada disposição sumular, ainda que por motivos diversos. Passa-se a explicar.

Os direitos da personalidade pressupõem, como sua própria nomenclatura indica, sua feição de projeção da dignidade humana, e,

⁵⁶ Cf. Informativo nº 534 do STJ, “A pessoa jurídica de direito público não tem direito à indenização por danos morais relacionados à violação da honra ou da imagem. A reparação integral do dano moral, a qual transitava de forma hesitante na doutrina e jurisprudência, somente foi acolhida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro com a CF/1988, que alçou ao catálogo dos direitos fundamentais aquele relativo à indenização pelo dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas (art. 5º, V e X). Por essa abordagem, no atual cenário constitucional, a indagação sobre a aptidão de alguém de sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de direitos fundamentais. Ocorre que a inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado, e não ao particular. Porém, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do STF nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Com efeito, o reconhecimento de direitos fundamentais ou faculdades análogas a eles a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais”. REsp 1.258.389-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013.

⁵⁷ “Se os direitos fundamentais se referem à relação dos indivíduos para com o poder público, então é com isso incompatível tornar o Estado, ele mesmo, parte ou beneficiário dos direitos fundamentais. O Estado não pode ser, ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais”. BVerfGE 15, 256 [262]. SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 170.

como tal, somente fará jus à dignidade humana somente versará àqueles que, com o perdão da redundância, ostentem o caráter de pessoa humana, o que, não é o caso do Estado. Alguns afirmariam que, com razão, inobstante nosso posicionamento divergente, a jurisprudência reconhece, pacificamente, a possibilidade de pleito indenizatório propugnado por pessoa jurídica, nos termos do predito enunciado nº 227. Ainda assim, *data venia*, ousamos discordar.

É que, consoante o art. 52, do novo Código Civil, posterior à vigência do verbete nº 227, aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. À luz da regra hermenêutica segundo a qual a Lei não dispõe de palavras inúteis, a ressalva no que couber⁵⁸ prevista no referido artigo é, pensamos, representativa de que, por serem os direitos da personalidade peculiares daqueles que têm dignidade humana, inaplicável às pessoas jurídicas.

Novos questionamentos adviriam: sendo assim, as pessoas jurídicas não teriam direito à reparação por atos ilícitos que a atinjam sobremaneira? Evidentemente que sim, mas não sob a rubrica de dano moral. O instituto do dano moral é manifestação direta e imediata da violação da dignidade da pessoa humana. Portanto, é preciso que nos valhamos de categoria jurídica diversa, tendo em vista que as pessoas jurídicas, destituídas de honra subjetiva, sequer possuem seu viés objetivo concernente à reputação. É que, justamente por carecerem de dignidade humana, quaisquer violações reputacionais percebidas pela pessoa jurídica terão, obrigatoriamente, repercussão patrimonial.

O reflexo primeiro do abalo da reputação de pessoas jurídicas pode gerar, dentre outras possíveis conseqüências, imediata redução de lucro da atividade empresária por ela desenvolvida. O dano é, pois, de cunho patrimonial e não de ordem moral. Dito isto, pergunta-se: este raciocínio se aplica ao Estado? Acreditamos que não.

Uma vez que a finalidade primordial do Estado é a concretização de direitos fundamentais de particulares, salvo no que toca ao interesse público secundário – em que, como dito anteriormente, exerce papel

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. “Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”, In: Temas de Direito Civil, tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 3-20.

de economicamente interessado, até mesmo para que, financeiramente aparatado, possa materializar direitos fundamentais –, o ente estatal não possui fins lucrativos.

Diante disto, ao invés de danos morais, o Estado faria jus a danos institucionais⁵⁹, cujo dever de indenizar surgiria da violação indevida à higidez da figura pública por ele ostentada. Inclusive, a fim de embasar o cabimento de danos institucionais em favor do ente estatal, a tutela do perfeccionismo de sua figura – e, pois, como a enxergam – é tão cara ao Estado que sua violação constitui ilícito inserto no Título X do Código Penal que trata dos crimes contra a fé pública.

Corroborando o que até aqui se disse, o enunciado nº 286 produzido às Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal compartilha o mesmo entendimento:

Enunciado nº 286 – Art. 52. Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.

A bem da verdade, tanto o dano moral quanto o dano institucional ensejarão a tutela reparatória da personalidade e, pois, no mais das vezes, expressa-se mediante retribuição pecuniária. Ainda assim, a fim de que não se tome *quid pro quo*, a distinção se faz necessária, tendo em vista que, decerto, o dano institucional não seria, de modo algum, *in re ipsa*, justamente por faltar-lhe a dignidade humana como parâmetro.

5 CONCLUSÃO: ESTADO DE DIREITO OU ESTADO DE DIREITOS? POR UMA NOVA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo que até aqui se expôs, as finalidades iniciais de determinado projeto ou iniciativa não necessariamente mantêm-se fiéis ao cabo, até porque – e espera-se que isto ocorra – as intenções pioneiras podem aperfeiçoar-se. Uma cadeira, por exemplo, somente é uma cadeira, tal qual como concebida pela sociedade contemporânea, porque os indivíduos nela se acomodam; caso preferissem, poderiam sentar-se no chão e, na

⁵⁹ V. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, In: Temas de Direito Civil, 4ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.25-62.

superfície lisa da mesma cadeira, utilizar-se dela como se mesa fosse. Algumas descobertas científicas, que aconteceram ao acaso, de forma não planejada e que decorreram de aparentes deslizamentos humanos, comprovam o que dissemos: da invenção do forno de microondas à descoberta da penicilina, o enunciado do adágio segundo o qual se atira onde se vê e, por vezes, se acertará aonde não se vê se amolda bem à hipótese.

Quer-se com isso dizer que, ainda que os direitos fundamentais tenham sido criados para obstaculizar a atuação ilimitada do Estado, hoje podem, sem quaisquer problemas, servirem para outros propósitos, até mesmo melhores que os anteriormente pensados – dentre os quais se inclui, primordialmente, frear quaisquer outras exacerbações de poder, quem quer que seja o perpetrador, como inerência ao propósito vedativo de excesso que se lhes é inerente – como se deu, por exemplo, em relação ao reconhecimento da, então nova, eficácia horizontal.

Tal qual remédios de posologia controlada puderam tornar-se refrigerantes e; como nos conta, em propaganda, famosa entrevistadora conhecida por suas constantes e reiteradas indagações, por acidente científico, creme amenizador de cicatrizes pôde servir como anti-rugas; direitos fundamentais obstativos de opressões podem, perfeitamente, ser invocados pelos opressores de outrora.

Concordamos que os direitos fundamentais têm como característica essencial a tutela da dignidade humana o que, *a priori*, inquinaria de incompatibilidade a titularidade por parte do Estado – uma vez que este, de pessoa humana, nada tem. O antagonismo, porém, é meramente aparente. O enfeixamento de direitos fundamentais pelo Estado, de cariz instrumental, prestigia a dignidade humana porque o aparata a salvaguardar os primevos destinatários. Dá-se, pois, a favor e não contra.

Não se pretende promover, longe disto, a crença de que o Estado é essencialmente frágil ou hipossuficiente, tampouco carecedor de maiores atenções constituição; afinal, todavia enfraquecido, continua robusto. Quer-se, isto sim, afirmar que, conquanto excepcionalmente, é possível que, se e quando encontrar-se em situação de submissão e sujeição injustificada comparada ao poderio de entidades privadas – ou, em contraposição a

outros Estados –, valha-se o Estado da nova eficácia subjetiva dos direitos fundamentais, oponível, desta vez, por ele próprio.

O Estado e seus direitos fundamentais – propriedade; ação; contraditório; ampla defesa e; razoável duração do processo, apenas para mencionar os não tão controvertidos – são uma realidade – frise-se, porém, extraordinária e de intensidade menor. É preciso, portanto, (re)pensar o direito e paradigmas. Apenas e tão somente com visão prospectiva e desantolhada que será possível aluir dogmas vetustos e suplantá-los por novos, mais adequados a realidades igualmente viçosas.

Que o céu é azul – conquanto seja incolor – basta ver para crer; que o Estado tem direitos fundamentais – nada obstante se diga não tê-los – basta crer para ver.

6 REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Bleknap University Press, 1991.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, abr./jun. 2005.
- _____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*. nº 225, 2001
- _____. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer? In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986.
- _____. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.
- BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1994.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª Edição, São Paulo : Saraiva, 2005.

- CUNHA, Eunice Leonel da. Aplicabilidade das Disposições Constantes do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano 2000.
- CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1.
- FARIA, José Eduardo Soares. A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas a uma crítica ao idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo Soares (Org.). A Crise do Direito em uma Sociedade de Mudanças. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988.
- 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.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. De Frauzi Hassan Choukr e outros. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Função Social das Funções Sociais. In Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Rio de Janeiro: EMARF TRF 2ª Região, Volume 18, nº 1, julho de 2013.
- GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- GARCIA, Flávio Amaral. O Estado como consumidor. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, v. 60, Rio de Janeiro, 2006.
- GOMES, Ana Cláudia Nascimento. MORAIS, Roberta Jardim. De uma Visão Jurídico-Constitucional a uma Proposta Pragmático-Ecônômica dos Direitos Sociais: Cooperação e cooperativa. In. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). O Direito a Vida Digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- _____. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. Trad. Antonio Lopez Piña. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R. (2000). The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W.W.. Norton.
- KHUN, Thomas. The Structure of Scientific Revolutions. Chicago:University of Chicago Press, 1962.
- MATHIEU, Bertrand. Droit constitutionnel et droit civil: “de vieilles outres pour un vin nouveau”. Revue trimestrielle de droit civil. Paris, n. 1, p. 59-66, jan./mar. 1994.
- MIRANDA, Jorge. Momentos constitucionais e mudança política. Manual de Direito

- Constitucional, II, 5ª ed., Coimbra, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodim de. Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- NEVES, Marcelo. Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin, 1992.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Direito fundamental à boa Administração Pública. Tradução Daniel WunderHachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. La reinención del Estado y el Estado plurinacional. In: OSAL, Observatorio Social de América Latina, ano VIII, no. 22, CLACSO, Buenos Aires, 2007.
- SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. 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.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [orgs.]. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, In: Temas de Direito Civil, tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- _____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, In: Temas de Direito Civil, 4ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GOVERNANÇA DE BANCOS CENTRAIS NA GLOBALIZAÇÃO: PARA ALÉM DAS METAS DE INFLAÇÃO

*Rafael Bianchini Abreu Paiva – Economista do Banco Central,
Mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo*

Resumo: Este artigo visa a discutir o papel dos bancos centrais na Globalização Financeira. Procuraremos demonstrar que a visão predominante até a crise de 2008, de que a melhor forma de assegurar a estabilidade da moeda seria por meio de bancos centrais autônomos que perseguem o objetivo único da estabilidade de preços é um enfoque empobrecedor que não leva em conta as limitações da política monetária em determinar o nível de preços e desconsidera a importância da estabilidade financeira, aspecto essencial da estabilidade monetária. Com base nessa crítica, apresentamos algumas propostas de reforma de dispositivos da lei 4.595/64. Este artigo está dividido nas seguintes seções: Introdução: O regime macroeconômico da globalização financeira; 1. Autonomia de bancos centrais como contrapartida da abertura financeira; 2. Aspectos gerais de governança de bancos centrais; 3. Status constitucional e legal do Banco Central do Brasil (BCB); 4. A necessidade de aprimoramento do regime de metas de inflação; Conclusão: reformas necessárias no Brasil.

Palavras-chave: bancos centrais; metas de inflação; estabilidade financeira; BCB

INTRODUÇÃO: O REGIME MACROECONÔMICO DA GLOBALIZAÇÃO FINANCEIRA

A periodização mais comum do sistema monetário e financeiro

internacional é baseada na “Trindade Impossível”¹, cuja ideia central é a de que um regime macroeconômico pode ter no máximo dois elementos entre os três seguintes objetivos de política econômica:

- Política monetária relativamente independente e voltada para objetivos domésticos relativos aos níveis de preços e de emprego, o que permitiria a suavização do impacto de choques no curto-prazo;
- Liberdade aos fluxos de capital através das fronteiras nacionais, de modo a promover melhor alocação global de recursos;
- Taxa de câmbio fixa, o que torna o cálculo econômico mais previsível.

Em cada período histórico, os países abdicaram de um desses três objetivos. No Padrão Ouro ou Padrão Ouro-Libra, predominante até a primeira guerra mundial, a conjugação de uma ordem econômica liberal com sufrágio limitado tornava as autoridades monetárias relativamente imunes às pressões sociais, de modo que a política monetária visava precipuamente a manter a paridade com o ouro, à custa de maior volatilidade do nível de emprego.

No pós guerra, todos os países centrais adotaram regimes democráticos nos quais os ajustes abruptos do século XIX seriam inviáveis, ao mesmo tempo em que o controle da taxa de câmbio era necessário para viabilizar os planos de reconstrução dos países arrasados pela guerra. Por essa razão, o Regime de *Bretton Woods* ou Padrão Ouro-Dólar foi marcado por maior regulamentação dos sistemas financeiros e dos movimentos internacionais de capital, o que já vinha ocorrendo desde os anos 30 e intensificou-se durante a guerra.

Após a reconstrução da Europa e do Japão, em meados dos anos 50, os balanços de transações correntes desses países tornaram-se estruturalmente superavitários e os Estados Unidos, emissor da moeda central do sistema financeiro internacional, passaram de maiores credores a maiores devedores do mundo. A contradição entre a demanda internacional por dólares, reserva de valor do sistema financeiro internacional, e a progressiva perda de credibilidade da conversibilidade do dólar em ouro

¹ Nesse sentido, ver Eichengreen (2000), Bordo & Flandreau (2001) e Obstfeld & Taylor (2004). Enquanto o primeiro autor enfatiza o papel da democracia na condução da política macroeconômica, os dois últimos priorizam o grau de liberalização monetária e a abertura financeira com o exterior.

ficou conhecida como *Dilema de Triffin*². Tal pressão sobre a moeda norte-americana ocorreu em meio ao movimento de desregulamentação dos respectivos sistemas financeiros e derrubada das barreiras aos fluxos de capital. Em 1971, houve abandono da paridade entre o ouro e o dólar, que se tornou completamente fiduciário e dois anos depois as taxas de câmbio das divisas conversíveis passaram a ser flexíveis, inaugurando a Globalização Financeira, período histórico em que vivemos, que combina democracia, desregulamentação financeira e liberalização do movimento de capitais. Em tal arranjo, as moedas nacionais tornam-se ativos financeiros sujeitos às oscilações de mercado.

A liberalização financeira associada à ausência de uma âncora nominal para as principais moedas levou a uma instabilidade cambial e altas taxas de inflação na maioria dos países centrais ao longo dos anos 70. A partir de 1979, o choque dos juros norte-americano forçou todos os países a adotar políticas contracionistas, de modo que, ao final dos anos 80, a inflação havia se estabilizado nos principais países centrais. Para evitar o viés inflacionário em regime de câmbio flexível, diversos países passaram a adotar o regime de metas de inflação, inicialmente adotado pela Nova Zelândia. A principal função deste regime é estabelecer uma âncora nominal para um sistema monetário internacional baseado em taxas de câmbio flutuantes e puramente fiduciárias. Atualmente, entre os países centrais, os únicos a não adotar formalmente o regime de metas são o Japão e os Estados Unidos.

Além do regime macroeconômico peculiar, YAZBEK (2009) entende o período atual é caracterizado pela aceleração das inovações financeiras em escala sem precedentes, ressaltando três instrumentos que ele considera essenciais: os derivativos financeiros, que permitem a transferência do risco de preços, a securitização e os derivativos de crédito (*credit default swap* – CDS), que permitem a transferência do risco de crédito.

YAZBEK (2009, p. 59) entende que a causa principal das inovações financeiras foram as necessidades concretas dos agentes, relegando a um segundo plano as inovações tecnológicas, o regime macroeconômico, a desregulamentação e a abertura financeiras. Discordamos desse argumento porque entendemos que tais necessidades decorrem e somente são possíveis a partir do regime macroeconômico da globalização financeira.

² TRIFFIN, 1972.

Isso porque os derivativos somente possuem função econômica quando os ativos subjacentes estão sujeitos a variações de preços. Já os produtos desenvolvidos no mercado de crédito só fazem sentido em sistemas monetários baseados em moedas fiduciárias, em que não há um limite endógeno para a expansão do crédito.

Até os anos 70, os derivativos eram praticamente restritos à mercadorias agrícolas e minerais. Com o fim do regime de *Bretton Woods*, inaugurou-se um período de grande volatilidade de taxas de câmbio, juros e preços internos³. A instabilidade de preços-chave impulsionou as bolsas de derivativos, cujos ativos subjacentes mais importantes são taxas de câmbio e de juros desde os anos 70. Com o aprofundamento da financeirização, os instrumentos derivativos tornaram-se essenciais para a formação de preços nos mercados à vista e por essa razão seu papel tem sido decisivo nas principais crises cambiais e financeiras, com destaque para o crash da Bolsa de Valores de Nova Iorque (NYSE) de 1987, a crise do Sistema Monetário Europeu (SME) do início dos anos 90, a crise do México de 1994-95, da Ásia em 1997, da Rússia e Brasil em 1998-99 (FARHI, 2001). Em virtude disso, todas as discussões sobre a necessidade de reformulação da arquitetura do sistema financeiro internacional, como o acordo de Basileia III, envolvem maior regulação dos derivativos⁴.

No mercado de crédito, as duas principais inovações são a securitização e os CDS. Enquanto a primeira permite a negociação de carteiras de crédito em mercados secundários, os derivativos de crédito permitem às instituições transferir o risco de inadimplência de seus ativos⁵. Até 2008, tais instrumentos possibilitaram uma forte expansão do crédito, o que, por sua vez, fomentou bolhas de ativos e imobiliárias. Inicialmente, a expansão do crédito impulsiona a economia, sancionando as expectativas otimistas. Ao longo do ciclo econômico, os agentes passam a assumir posições cada vez mais arriscadas.

³ Muitos autores atribuem aos choques do petróleo de 1973 e 1979 a causa primordial da estagflação dos anos 70. Entendemos que a causa central da crise dos anos 70 foi o fim do regime de Bretton Woods e que o aumento de preços das commodities minerais atuou no sentido de agravar uma crise que já estava em curso.

⁴ Basel Committee on Banking Supervision (2011). Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. Disponível em: <http://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>

⁵ COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS. Report on OTS data reporting and aggregation requirements. January, 2012. Disponível em: <http://www.bis.org/publ/cpss100.pdf>

Quando a economia se desacelera, muitos agentes endividados começam a ter dificuldade de honrar seus compromissos. O aumento da inadimplência, por sua vez, ao deteriorar os balanços dos bancos, leva a um racionamento de crédito. Sem ter como se refinar, muitos agentes tornam-se insolventes, agravando a fragilidade do sistema bancário. O impacto das crises é suavizado por políticas fiscais e monetárias expansionistas, que permitem aos agentes econômicos recompor seus balanços⁶.

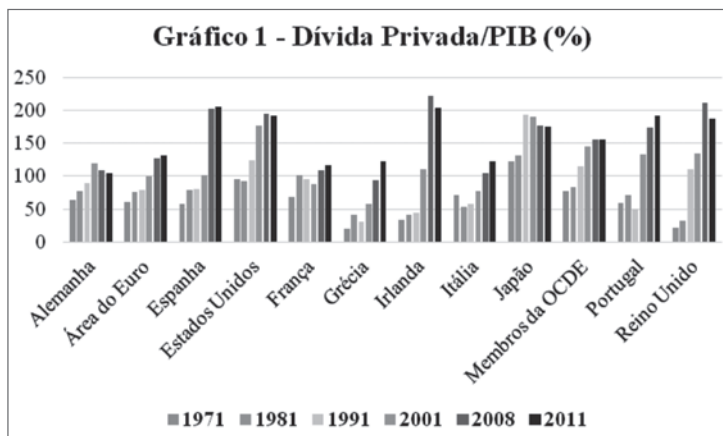
A crise bancária, por sua vez, engendra diversas operações de salvamento, pois muitas instituições financeiras são grande demais para falir⁷. Isso, somado ao impacto das recessões sobre as finanças públicas, leva a um aumento brutal no endividamento público, comprometendo, em alguns casos, a própria solvência do país. REINHART & ROGOFF (2008) encontraram uma relação consistente entre grandes fluxos de capital, bolhas de ativos financeiros e imobiliários e crises bancárias sistêmicas. Quando as bolhas estouram, as operações de salvamento de bancos em dificuldades, associadas com os efeitos fiscais da recessão, produzem um aumento médio da dívida pública de 86%.

Como se pode observar no Gráfico 1, as dívidas privadas representavam 77% do PIB dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) em 1981. No final de 2008, esse indicador havia dobrado, nível que persiste até o momento. No Japão, o ciclo de endividamento privado ocorreu nos anos 80, gerando bolha imobiliária e de ativos e subsequente estagnação econômica⁸. Já entre 2001 e 2008, os países da OCDE que apresentaram maior elevação da relação dívida privada PIB foram Irlanda, Espanha, Reino Unido, Grécia, Itália e Portugal, não por coincidência países duramente atingidos pela crise atual.

⁶ MINSKY (1986).

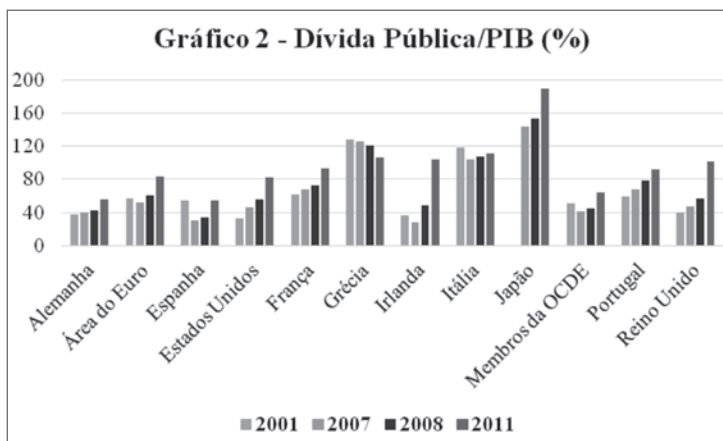
⁷ O conceito de too big too fail refere-se a instituições financeiras que, pelo seu porte e pelo potencial de contagiar outras instituições financeiras, demandam operações de salvamento com recursos públicos e privados. Na crise atual, constatou-se que muitas vezes que o impacto da quebra de empresas não financeiras também pode ser devastador.

⁸ TORRES FILHO (1997)



Fonte: Banco Mundial

Entre 2001 a 2007, os países da OCDE na média reduziram sua dívida pública de 51% para 42% do PIB, sendo que a redução mais agressiva se deu na Espanha (54% para 30% do PIB). No final de 2011, pouco mais de três anos após o início da crise, a relação dívida pública PIB aumentou para 64% na média da OCDE. Os aumentos mais abruptos do endividamento público foram Irlanda, Reino Unido e Espanha, países cuja dívida pública não representava proporção alta do PIB antes da crise⁹.



Fonte: Banco Mundial

⁹ Não há dados para o Japão de antes da crise. Mas é razoável supor que a forte expansão da dívida pública, que representa quase 200% do PIB, teve como causa principal a crise financeira que afeta o país desde o início dos anos 90.

Portanto, o discurso de que os bancos centrais devem perseguir apenas um objetivo, a estabilidade de preços, além de ignorar funções clássicas das autoridades monetárias, ignora a importância da promoção da estabilidade financeira como uma função central dos bancos centrais. Logo, este trabalho parte da premissa que a defesa da moeda depende não apenas da estabilidade de preços, mas também a do sistema financeiro.

1. AUTONOMIA DE BANCOS CENTRAIS COMO CONTRAPARTIDA DA ABERTURA FINANCEIRA

Os países periféricos foram integrados à globalização financeira entre o final dos anos 80 e início dos anos 90, período marcado por recessão sincronizada nos países centrais e consequente busca por rendimentos mais elevados em mercados de maior risco. Ao analisar a inserção periférica no sistema financeiro internacional desde o século XIX, BORDO & FLANDREAU (2001) observam que a falta de credibilidade é uma constante, o que resulta em dificuldades de endividamento de longo prazo, altas taxas de juros e empréstimos externos denominados na moeda do país credor.

Portanto, não é de causar surpresa que a integração dos países emergentes à Globalização Financeira tenha sido acompanhada de políticas que sinalizassem credibilidade das autoridades desses países. Nesse sentido, MAXFIELD (1997) observa que cerca de trinta países, em diferentes continentes, adotaram reformas para conferir maior autonomia aos seus bancos centrais.

Na Europa ocidental, o aumento da autonomia dos bancos centrais foi um dos pilares das reformas que visavam a harmonizar as políticas macroeconômicas e, desse modo, possibilitar a adoção da moeda comum europeia, pois a crise do sistema monetário europeu evidenciou que a harmonização de políticas monetárias é uma condição necessária, mas não suficiente, para a fixação de paridades.

Já na América Latina e no leste europeu, a inserção à Globalização Financeira foi precedida pela crise do endividamento externo e por inflação elevada e, em alguns casos, hiperinflação nos anos 80 e concomitante aos processos de democratização. Por essa razão, nas duas áreas a adesão à

globalização financeira foi importante para a reestruturação das dívidas públicas e para os planos de estabilização inflacionária, o que, por sua vez, impulsionaram o crescimento econômico, ajudando a legitimar os governos de democracias em fase de consolidação. Como a Ásia não foi atingida pela crise do endividamento, ao países chegaram ao início dos anos 90 em melhores condições que os outros emergentes, o que explica a menor adesão às reformas garantidoras de autonomia para os bancos centrais, ao menos até a crise de 1997-98.

2. ASPECTOS GERAIS DE GOVERNANÇA DE BANCOS CENTRAIS

Segundo o BIS (2009), atualmente a maioria dos bancos centrais têm como objetivo primordial a estabilidade de preços, o que é atingido pelas políticas monetária e cambial. Entende-se que a estabilidade de preços é uma pré-condição para o crescimento sustentado e outros objetivos da política econômica por conferir mais previsibilidade ao cálculo econômico.

Em regime de câmbio administrado, a política monetária é subordinada aos objetivos de taxa de câmbio. Por outro lado, em regimes de câmbio flexível, as intervenções cambiais visam principalmente a reduzir a volatilidade cambial e impedir que os preços internos sejam contaminados por variações momentâneas da taxa de câmbio. No Brasil, a lei 4.595/64, art. 1º, VIII atribui privativamente ao Banco Central do Brasil (BCB) a competência para a gestão das reservas internacionais, o que está intimamente relacionado ao papel interventor no mercado de câmbio.

Bancos centrais comprometidos com a estabilidade de preços podem conduzir políticas monetárias impopulares, o que, em um regimes democráticos, costuma resultar em pressões políticas para maior tolerância com a inflação. Ademais, devido à rigidez salarial, duração de contratos e custos de transação nos mercados de títulos e ativos financeiros, a política monetária é naturalmente defasada, o que pode colidir com objetivos políticos de curto-prazo. Estudo do BCB (2009) estima que, no Brasil, a política monetária leva entre três e quatro trimestres para atingir o seu efeito máximo, o que não difere muito da experiência internacional. Por essa razão, há uma tendência progressiva de insular as autoridades

monetárias de pressões políticas, conferindo-lhes autonomia operacional ou independência, o que se traduz em orçamentos próprios e mandatos fixos para os dirigentes, que somente podem ser destituídos em caso de descumprimento de metas pré-estabelecidas e divulgadas publicamente.

Nos países de câmbio flexível, o objetivo de estabilidade de preços é atingido por meio do regime de metas de inflação. Por meio dele, há fixação de um índice de preços ao consumidor que os bancos centrais devem perseguir em um determinado horizonte temporal, que pode ser a inflação acumulada nos últimos doze meses, o final do ano calendário e até dois anos à frente. Há variações também quanto às margens de tolerância – há países nos quais a meta de inflação é um teto para o aumento de preços. A comparação internacional também mostra diferenças substanciais quanto ao índice utilizado – se público ou criado especificamente para o regime de metas – e quanto às sanções para o não cumprimento. Na Nova Zelândia, país pioneiro na adoção do regime de metas de inflação, a legislação inicialmente previa prisão do presidente do “*Reserve Bank of New Zealand*”, o que foi substituído por desconto no seu salário. No Brasil, não há esquema de bonificação pelo cumprimento das metas de inflação. O art. 4º, parágrafo único do Decreto 3.088/99 limita-se a obrigar o presidente do BCB a divulgar publicamente uma carta aberta ao Ministro de Estado da Fazenda com as razões do descumprimento e providências a serem tomadas para que a inflação retorne ao limite estabelecido.

Outro objetivo primordial de bancos centrais, o de assegurar a estabilidade financeira, está sendo rediscutido, pois há pouca clareza quanto os objetivos a serem perseguidos. Muitos países, em vez de estabelecer objetivos específicos nesta área, atribuem aos bancos centrais competências para a realização de funções clássicas de bancos centrais, que nada mais são que meios de se atingir o objetivo de estabilidade financeira. Entre tais atividades, cabe destacar:

- Organização do sistema de pagamentos, em que os bancos centrais são os depositários das reservas bancárias e operam os sistemas de transferências de fundos entre os bancos. Nesse sentido, o BCB é o operador do Sistema de Transferência de Reservas (STR), que liquida operações interbancárias de alto valor e do Sistema Especial de

Liquidação e Custódia (Selic), que é o depositário da dívida mobiliária federal e liquida operações com esses títulos;

- Vigilância do sistema de pagamentos no que diz respeito às infraestruturas do mercado financeiro não operadas diretamente pelos bancos centrais; Nesse sentido, a maioria dos bancos centrais atua como regulador e vigilante dos sistemas de pagamentos, o que pode ocorrer em cooperação com outras autoridades. No Brasil, a lei 10.214/2001, art. 10, atribui tal competência ao BCB conjuntamente ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), se se tratar de sistema que negocia ou liquida valores mobiliários. O art. 4º atribui ao BCB a competência para determinar quais sistemas são sistemicamente importantes, que estarão sujeitos a requisitos diferenciados;
- Gerenciamento da liquidez do sistema financeiro e atuação como prestador de última instância, o que, em momentos de crises financeiras, costuma gerar pressões fiscais (Vide Gráfico 2);
- Regulador prudencial, o que envolve intervenção sobre as operações passivas (p. ex, compulsórios, limites à exposição cambial) e ativas (acordos de Basileia I, II e III). No Brasil, tais competências são compartilhadas entre o CMN e o BCB, de acordo com a disciplina da lei 4.595/64;
- Papel de banco do governo. O BCB mantém uma conta única do Tesouro Nacional no STR (Circular 3.100/2002, Regulamento Anexo, art. 2º, III);

Por fim, há que se mencionar a função de supervisão de instituições financeiras, papel que no Brasil é exercido pelo BCB (Lei 4.595/65, art. 9º, IX), mas que em diversos países é exercido por outras agências. No Brasil, o BCB também tem o poder de intervir e liquidar instituições financeiras.

3. STATUS CONSTITUCIONAL E LEGAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB)

MAXFIELD (1997)¹⁰ exclui o Brasil, tido como país de “fortemente antiliberal”, da tendência global de outorgar autonomia legal e

¹⁰ Op. Cit. p. 64.

constitucional aos bancos centrais, apesar de reconhecer tentativas de conferir maior autonomia formal ao BCB. Apesar da Autarquia não contar com autonomia formal, existe, desde meados dos anos 90, elevado grau de autonomia de fato. Um indicador disso é que, desde a instituição do regime de metas de inflação, em 1999, cada presidente da República nomeou apenas um presidente da Autoridade Monetária.

A Constituição Federal, art. 164, atribui ao BCB competência para conduzir as funções clássicas de bancos centrais, mas não faz qualquer menção aos objetivos a serem perseguidos pela Autarquia. A política monetária é operacionalizada pela exclusividade concedida ao BCB para a emissão monetária (*caput*), bem como a permissão para a realização de operações de mercado aberto com o objetivo de regular a oferta de moeda e taxas de juros (§2º). A função de emprestador de última instância é explicitada pela autorização de efetivação de empréstimos do BCB às instituições financeiras (§1º). O §3º atribui ao BCB a função de banco do governo, ao passo que o §1º proíbe expressamente o financiamento monetário do Tesouro Nacional, ressalvadas as operações de mercado aberto com títulos públicos federais. Presidente e diretores do BCB são nomeados pelo Presidente da República (CF, art. 84, XIV) após terem sua indicação aprovada pelo Senado Federal mediante voto secreto (CF, art. 52, III, d), podendo ser demitidos a qualquer momento e sem justificativa prévia.

A lei complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), art. 28, *caput*, restringe a competência constitucional do BCB de emprestador de última instância ao exigir lei específica para que o BCB conceda operações de redesconto e de empréstimos de prazo superior a trezentos e sessenta dias (§2º). Nesse sentido, o §1º prioriza fundos e mecanismos constituídos com recursos privados para a prevenção de insolvências de instituições financeiras¹¹. Em outras palavras, operações de resgate de instituições financeiras de grande porte em dificuldades devem ter respaldo político¹².

¹¹ A Resolução do CMN 2.197/95, art. 1º, autorizou “a constituição de entidade privada, sem fins lucrativos, destinada a administrar mecanismo de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras”. Tal entidade veio a ser o Fundo Garantidor de Créditos (FGC). Na ADI 1.398 foi questionado se a Resolução seria o veículo normativo adequado para isso, tendo em vista o inciso VI do art. 192 da Constituição Federal. O julgamento de mérito foi prejudicado pela Emenda Constitucional 40/2003, que deu nova redação e revogou os incisos do art. 192 da Carta Magna.

¹² Na crise de 2008-09, os bancos estatais atuaram como emprestadores de última instância em decorrência da lei 11.908/2009, que os autorizou a adquirir participações acionárias em outras instituições financeiras.

O art. 192 da Constituição Federal, que trata da organização do Sistema Financeiro Nacional (SFN), não faz menção ao BCB, limitando a estabelecer, após a emenda constitucional 40/2003, que o SFN será regulado em lei complementar¹³. A lei 4.595/64, que foi recepcionada com status de lei complementar, cumpre esse papel. Ela estabelece, em seu art. 3º, os principais objetivos do Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão de cúpula do Sistema Financeiro Nacional (SFN): estabilidade de preços (inciso II, primeira parte), correção de desequilíbrios conjunturais (inciso II, segunda parte), regulação da taxa de câmbio com vistas ao equilíbrio do balanço de pagamentos (inciso III), promoção de desenvolvimento por meio da adaptação do meio circulante (inciso I) e orientação da aplicação de recursos das instituições financeiras (inciso IV), aumentar a eficiência do sistema de pagamentos (inciso IV), estabilidade do sistema financeiro (inciso V) e coordenação das diversas políticas macroeconômicas (VI). O art. 4º estabelece competências adicionais para o CMN, muitas das quais não estão relacionadas com objetivos estratégicos de política econômica. Portanto, é o CMN que tem competência para estabelecer os objetivos estratégicos da política macroeconômica. A relação entre CMN e BCB é explicitada pelo art. 9º, segundo o qual "*Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional*".

Como a lei 4.595/64 atribui ao CMN competências em diversas áreas não relacionadas à política monetária e admite tacitamente que os diversos objetivos podem ser incompatíveis entre si, o processo decisório era extremamente complexo quando o Conselho possuía 10 membros de diversos setores (art. 6º). Em ambiente democrático, um órgão tão heterogêneo não teria a agilidade necessária para a tomada de decisões conjunturais. Visando a conferir agilidade as decisões estratégicas de política monetária, a lei instituidora do Plano Real (9.069/94), em seu artigo 8º, reduziu o CMN a três membros: Ministro da Fazenda (inciso I), Ministro do Planejamento (inciso II) e Presidente do Banco Central (inciso III). Em

¹³ A redação original do art. 192 foi objeto de diversas polêmicas, como a tese de que apenas uma lei complementar poderia regular o SFN. O revogado §3º limitava as taxas de juros reais a 12% ao ano e criminalizava a cobrança de juros reais acima deste limite. Na ADI número 4, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a limitação das taxas de juros reais tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar, o que se encontra plasmado na Súmula Vinculante 7.

um contexto de Banco Central autônomo de fato, mas não de direito, isso significa a possibilidade de dois ministros com maior subordinação ao Presidente da República contraporem-se ao presidente do BCB nas decisões estratégicas como a definição da meta de inflação.

No início do Plano Real, a política monetária estava subordinada ao regime de bandas cambiais, vista como essencial para a consolidação da estabilização inflacionária. Isso não foi uma exclusividade do Brasil, pois diversos países emergentes aderiram à globalização com regime de câmbio administrado. Conforme já mencionamos na seção 1, isso exigiria ajustes similares aos do Padrão Ouro, o que se provou ser incompatível com a autonomia de políticas macroeconômicas almejada pelas jovens democracias.

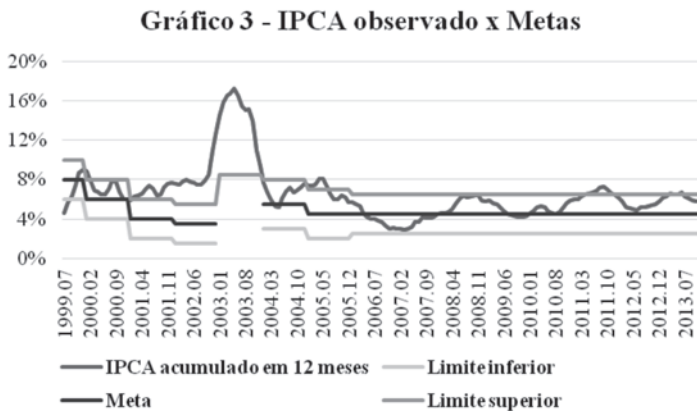
No final dos anos 90, portanto após a consolidação dos processos de estabilização inflacionária¹⁴, as taxas de câmbio dos principais países emergentes, inclusive o Brasil, encontravam-se sobrevalorizadas, de modo que, a partir da crise tailandesa de 1997, a maioria dos regimes de câmbio administrado sucumbiu aos ataques especulativos. Após a flexibilização cambial, boa parte dos países emergentes passou a adotar o esquema da trindade impossível típico da globalização: liberdade de movimento de capitais e flexibilidade cambial, com alguma autonomia da política monetária para a perseguição de objetivos domésticos. Entretanto, a maior volatilidade da taxa de câmbio costuma acarretar um viés inflacionário¹⁵. Por essa razão, entre o final dos anos 90 e início dos 2000, diversos países emergentes adotaram o regime de metas de inflação, por meio do qual os bancos centrais perseguem uma determinada taxa de inflação a partir do manejo das taxas de juros interbancárias de curto-prazo.

No Brasil, poucos meses após a maxidesvalorização cambial de 1999, o Decreto 3.088/99 estabeleceu a sistemática de metas de inflação (art. 1º, caput), em que o objetivo de inflação e o respectivo intervalo de tolerância são fixados pelo CMN, mediante proposta do Ministro de Estado da Fazenda (art. 1º, § 2º), cabendo ao Banco Central do Brasil executar as

¹⁴ O IPCA acumulado nos doze meses encerrados em junho de 1994, véspera do Plano Real, era de 4.922,6%. Em 1996, o IPCA acumulado foi de 9,6% - desde a criação do IPCA, ele nunca tinha ficado em um dígito no final do ano. Desde então, o maior valor acumulado em doze meses para o IPCA foi de 17,2% em maio de 2003, fruto de crise cambial ocorrida na segunda metade de 2002.

¹⁵ Poder-se-ia supor que um regime cambial plenamente flexível alternaria períodos de inflação quando o câmbio se deprecia e deflação quando ele se aprecia. Entretanto, dada a rigidez de preços à baixa, as deflações são improváveis.

políticas necessárias para cumprimento das metas fixadas (art. 2º). Todo ano, até o dia 30 de junho de um determinado ano t, o CMN fixa, por meio de Resolução, a meta a vigorar no ano calendário t+2. Desde 2006, a meta é de 4,5% no acumulado do mês de dezembro, com tolerância de 2% para mais ou para menos. Portanto, considera-se a meta atingida se o IPCA acumulado no final do ano estiver entre 2,5% e 6,5%. O IPCA tem ficado dentro desses intervalos desde 2004¹⁶, o que pode ser visualizado Gráfico 3. Conforme veremos na seção seguinte, o Brasil se situa entre os países com regime de metas consolidado, mas com índice de inflação relativamente alto.



Fontes: IBGE e BCB

4. A NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DO REGIME DE METAS DE INFLAÇÃO

BLINDER (1999) entende que bancos centrais mais autônomos seriam desejáveis porque garantiriam estabilidade de preços sem prejudicar o crescimento econômico. Isso decorre da observação que, no pós guerra, os países centrais em que os bancos centrais gozam de maior autonomia foram aqueles de menor inflação, sem que isso tivesse reduzido significativamente o crescimento econômico. Ademais, a autonomia dos

¹⁶ Essa mesma meta foi estabelecida para 2014 (Resolução 4.095/2012) e 2015 (Resolução 4.237/2013).

bancos centrais¹⁷ seria plenamente compatível com a democracia. Em primeiro lugar, o fato de muitas decisões das autoridades monetárias não serem passíveis de revisão judicial ou política, exceto sob condições excepcionais, é mais comum do que parece, não sendo uma exclusividade da política monetária. Adicionalmente, políticos eleitos são os responsáveis por decidir os objetivos básicos e nomear a cúpula das autoridades monetárias. Evidentemente, BLINDER reconhece que a independência deve ser acompanhada por transparência na tomada de decisões, pois, como todas as agências governamentais, os bancos centrais devem prestar contas à sociedade. Como ele reconhece, entretanto, a política monetária não é o único fator a influenciar a evolução dos preços e isso deveria ser levado em conta nos arranjos institucionais de bancos centrais.

FLASSBECK (2001), ao analisar a experiência do sistema monetária europeu, antecessor do euro, constatou que alguns países periféricos como Espanha, Itália e Reino Unido tinham dificuldade em manter a inflação próxima à da Alemanha por causa de indexação generalizada nos contratos e no mercado de trabalho. Tais fatores independem da política monetária adotada ou do grau de autonomia dos respectivos bancos centrais.

O Banco Central Europeu (BCE), que desde 1999 conduz a política monetária comum da Área do Euro, é o melhor exemplo empírico das limitações da política monetária para o controle da inflação¹⁸. Nos dez primeiros anos da moeda comum, a inflação média entre os países que adotaram a moeda comum foi de 2,6% ao ano, contra 2,7% dos demais países¹⁹, o que na verdade resultou da adesão de países emergentes à União Europeia, pois Suécia, Reino Unido e Dinamarca, embora tenham rejeitado adotar a moeda comum, tiveram índices inflacionários inferiores à média da União Europeia (Vide Tabela 1).

¹⁷ As principais características de autonomia de bancos centrais são: mandatos fixos para o presidente e diretores, que devem perseguir metas objetivamente verificáveis, possuindo meios adequados – operacionais e financeiros – para tanto. O grau de rotatividade dos cargos de alta direção são um indicador do grau de autonomia de bancos centrais.

¹⁸ A unificação monetária efetiva ocorreu em janeiro de 1999, pois, entre 1999 e 2001, as moedas nacionais existiram apenas como meio circulante.

¹⁹ A partir de 2004, a União Europeia passou a contar com países do leste europeu e, a partir de 2007, houve expansão da moeda comum para os seguintes países: Eslovênia (2007), Malta (2007), Chipre (2008), Eslováquia (2009) e Estônia (2011). Para possibilitarmos a comparação de longo prazo, restringimos a análise deste estudo aos membros originais da união monetária. Isso deve ser levado em conta para a leitura da Tabela 1, que leva em conta todos os países pertencentes à área do Euro e da União Europeia em um dado momento.

Antes da crise, os países da área do euro podiam ser divididos em três grupos: inflação baixa, de até de 2% ao ano (Alemanha, Áustria, Finlândia e França), inflação relativamente alta (Espanha, Grécia, Irlanda e Portugal) e demais países. Nos países de inflação mais alta, houve valorização acumulada do câmbio real de 15% a 30% com relação à Alemanha, gerando perda de competitividade e elevados déficits em transações correntes.

Após a crise, as trajetórias inflacionárias foram díspares. No bloco econômico como um todo, a inflação diminuiu como reflexo da crise econômica. O Reino Unido, por não estar sujeito à moeda comum, pôde conduzir uma política monetária mais frouxa com o objetivo de sustentar o nível de emprego e favorecer a situação de devedores altamente endividados por meio da redução do valor real de suas dívidas. Espanha, Portugal e, com mais intensidade, Irlanda, impossibilitados de depreciar suas moedas, tiveram de realizar um ajuste interno de preços, o que impede um reequilíbrio patrimonial por meio de uma inflação mais elevada. Finalmente, a Grécia, apesar de ter reduzido seus índices de inflação, segue com incremento de preços superior à média da zona do Euro, acumulando valorização real do câmbio de 24% frente à Alemanha desde 1999, o que indica necessidade de ajustes adicionais no país. Além desses diferenciais de inflação, a política monetária do BCB tem enfrentado a necessidade de ampliar a liquidez nos países mais atingidos pela crise, o que pode conflitar com a meta de inflação de 2% ao ano.

Tabela 1 - Índice de Preços ao Consumidor: média anual

País	1999-2012	1999-2008	2009-2012
Área do Euro	2,4%	2,6%	1,9%
União Europeia	2,5%	2,7%	2,2%
Alemanha	1,5%	1,6%	1,4%
Áustria	2,0%	2,0%	2,0%
Bélgica	2,2%	2,2%	2,1%
Dinamarca*	2,2%	2,2%	2,2%
Espanha	2,8%	3,2%	1,8%
Finlândia	1,9%	1,9%	1,9%
França	1,7%	1,8%	1,4%
Grécia	3,1%	3,3%	2,7%

País	1999-2012	1999-2008	2009-2012
Holanda	2,1%	2,2%	1,8%
Irlanda	2,6%	3,8%	-0,3%
Itália	2,3%	2,4%	2,0%
Luxemburgo	2,3%	2,4%	2,2%
Portugal	2,6%	2,9%	1,7%
Reino Unido*	2,2%	1,8%	3,2%
Suécia*	1,4%	1,6%	1,1%

Fonte: Banco Mundial; * Não aderiram ao euro

Em diversos países emergentes, o regime de metas de inflação foi adotado logo após a flexibilização cambial, como forma de limitar o impacto inflacionário das depreciações cambiais. Por essa razão, inicialmente o regime de metas parece não ser eficiente para atingir a estabilidade de preços. Em grande medida, isso influenciou a conclusão de ARETIS et al (2007) que a redução da inflação teve pouca relação com a adoção do regime de metas de inflação, pois eles analisaram dados até 2005.

EICHENGREEN (2002), embora seja favorável à adoção do regime de metas de inflação, reconhece que, em países emergentes, ele enfrenta problemas específicos. Em primeiro lugar, os países periféricos, por possuírem pautas exportadoras pouco diversificadas, estão particularmente sujeitos a choques de preços de *commodities*. Adicionalmente, o fato de possuírem dívidas em moedas estrangeiras (pecado original) limita a liberdade da política monetária, que é forçada a levar em conta o risco financeiro representado pelos agentes com passivos denominados em outras moedas. Por fim, a falta de credibilidade é um traço comum a diversos países emergentes, diminuindo a eficácia da política monetária.

Apesar de reconhecermos que, nos países emergentes, a adoção do regime de metas de inflação é mais complexa que nos países avançados e que, assim como na Europa, diferenças institucionais entre países resultam em diferenciais de inflação, entendemos que o pessimismo de ARETIS et al (2007) é exagerado. Isso porque inicialmente, o regime de metas de inflação é adotado por países em crises cambiais, o que explica porque, entre 1999 e 2002, inclusive em países de inflação baixa, como Colômbia e Polônia, apresentaram altos índices de aumento de preços.

Atualmente, é possível dividir os países emergentes em quatro grupos. No grupo A, há os países com regime de metas consolidado e que apresentaram média de inflação inferior a 4% ao ano no último quadriênio. No grupo B, do qual o Brasil faz parte, também é possível afirmar que houve consolidação das metas de inflação, mas com os preços ao consumidor aumentando em níveis mais elevados, entre 4% e 6% ao ano. No grupo C temos os países de inflação ainda mais elevada, a partir de 7,5%, pois eles adotaram a sistemática de metas de inflação recentemente e é possível que estejam em período de ajuste como o que ocorreu no início da adoção do regime de metas de inflação na maioria dos países.

Por fim, no grupo D situam-se países em que o objetivo central da política monetária está relacionado à estabilidade da taxa de câmbio, podendo envolver tanto o regime do Padrão Ouro quanto o de *Bretton Woods*. Nele, os arranjos podem envolver soluções mais radicais como abdicação da emissão de moeda nacional (Panamá, Equador e El Salvador) até câmbio oficialmente flexível, mas com forte intervenção do banco central (Malásia). Com exceção da Índia, índices de inflação destes países os aproximam do Grupo A, uma evidência de que a estabilidade de preços também pode ser obtida a partir do controle da taxa de câmbio quando isso for viável²⁰.

Tabela 2 – Regime de metas de inflação nos países emergentes

	1999-2002	2003-2008	2009-2012	Meta	Início
(B)África do Sul	6,3%	5,6%	5,5%	3% a 6%	2000
(B)Brasil	8,8%	6,0%	5,6%	2,5% a 6,5%	1999
(A)Chile	3,1%	4,1%	2,1%	1% a 3%	1991
(D)China	-0,3%	3,1%	2,6%	Câmbio Administrado / Controle de Capitais	N.A.
(A)Colômbia	8,6%	5,8%	3,3%	2% a 4%	1999

²⁰ Há ainda países que tentam administrar a taxa de câmbio, mas, como não possuem condições efetivas de fazê-lo, há criação de um mercado de câmbio negro com taxas flutuantes e superiores às oficiais. A inexistência de uma âncora nominal efetiva e a ausência de metas de inflação resulta em índices inflacionários mais altos, como, por exemplo, ocorre na Argentina, onde o índice oficial de inflação é desacreditado inclusive por organismos multilaterais como FMI e Banco Mundial, e Venezuela, país cuja inflação acumulada nos doze meses encerrados em outubro foi de 54%, e deve ser interpretada em conjunto com um índice de escassez.

	1999-2002	2003-2008	2009-2012	Meta	Início
(A)Coreia do Sul	2,5%	3,2%	3,0%	2% a 4%	1998
(B)Costa Rica	10,4%	11,6%	5,7%	4% a 6%	2005
Estados Unidos	2,5%	3,0%	1,6%	Não tem	N.A.
(B)Filipinas	4,5%	5,0%	4,0%	3% a 5%	2002
(D)Hong Kong	-3,1%	1,0%	3,1%	Currency Board	N.A.
(B)Hungria	8,5%	5,5%	4,7%	3%	2001
(D)Índia	4,2%	5,4%	10,3%	Não tem	N.A.
(B)Indonésia	11,7%	8,7%	4,9%	3,5% a 5,5%	2005
(D)Malásia	1,9%	2,7%	1,8%	Estabilidade de preços e da taxa de câmbio	N.A.
(B)México	9,3%	4,3%	4,2%	2% a 4%	1999
(D)Panamá	1,0%	3,1%	4,4%	Dolarização / Ausência de Banco Central	N.A.
(A)Peru	2,3%	2,8%	2,9%	1% a 3%	2000
(A)Polônia	6,1%	2,4%	3,6%	1,5% a 3,5%	1998
(A)República Tcheca	3,1%	2,7%	1,9%	1% a 3%	1998
(C)Rússia	33,3%	11,7%	8,0%	5% a 6%	2015*
(A)Tailândia	1,0%	3,6%	2,3%	0,5% a 3%	2000
(C)Turquia	54,6%	12,5%	7,5%	3% a 7%	2006
(C)Uruguai	7,1%	9,2%	7,5%	3% a 7%	2007

Fonte: Banco Mundial e bancos centrais; * A Rússia encontra-se em período de transição entre o regime de bandas cambiais e metas de inflação

Com os exemplos da área do euro (Tabela 1) e dos países emergentes (Tabela 2), procuramos demonstrar que não compartilhamos do otimismo de BLINDER com bancos centrais autônomos que perseguem o objetivo único da estabilidade de preços. Tampouco situamo-nos entre os pessimistas com o regime de metas de inflação. Atualmente ele foi implantado em praticamente todos os países centrais e, entre os emergentes, sua adoção tem se generalizado, exceto naqueles países que, por possuírem economias muito reduzidas ou possuírem capacidade de controlar a taxa

de câmbio, adotam, respectivamente, os regimes macroeconômicos do Padrão Ouro ou de *Bretton Woods*. Para os países que adotam o regime macroeconômico típico da Globalização Financeira, como o Brasil, o regime de metas de inflação fornece uma importante âncora nominal, o que não nos impede de reconhecer suas limitações.

A crise financeira internacional demonstrou que a estabilidade de preços não garante a estabilidade financeira²¹. Portanto, é pouco factível idealizar bancos centrais autônomos que perseguem a estabilidade de preços a todo custo e devem prestar conta apenas quanto a este objetivo, pois a formação de bolhas de ativos ou fragilidades no sistema financeiro forçam as políticas monetárias a deixarem de lado, ao menos temporariamente, o objetivo da estabilidade de preços. No Brasil, isso ocorreu no final de 2010, quando o sobreaquecimento da economia pressionava o IPCA, indicando necessidade de aumentos da Selic²². O BCB aparentemente ignorou a conjuntura e manteve a taxa de juros básica inalterada para ganhar tempo e conter a crise no Banco Panamericano²³, cujos problemas poderiam iniciar uma corrida bancária, algo que foi posteriormente admitido pelo Presidente do BCB.

Tendo em vista a possibilidade de conflitos entre os objetivos de estabilidade de preços e estabilidade financeira, AGÉNOR & PEREIRA DA SILVA (2013) propõem um “regime de metas integradas de inflação”, mais flexível e que explicita a preocupação com estabilidade financeira. Nesse sentido, a política monetária reagiria não apenas a aumentos de preços, mas também ao crescimento exagerado do crédito. Certamente, essa proposta ousada tornaria o regime de metas mais complexo, dificultando a avaliação de seu êxito. Entretanto, a proposta do economista e do Diretor do BCB daria maior transparência a um conflito que já existe entre os objetivos de bancos centrais.

CONCLUSÃO: REFORMAS NECESSÁRIAS NO BRASIL

O CMN, órgão de cúpula do sistema financeiro nacional, enfrenta

²¹ <http://www.valor.com.br/brasil/2654044/para-tombini-inflacao-menor-nao-garante-estabilidade-financeira>

²² O IPCA acumulado nos doze meses encerrados em agosto de 2010, 4,5% ao ano, começou a acelerar rapidamente ao longo do segundo semestre, atingindo o valor máximo de 7,3% em setembro de 2011, acima, portanto, do limite superior do regime de metas de inflação e indicando a necessidade de aumentos da Selic para reconduzir a inflação para a meta, já que o PIB havia crescido 7,5% em 2010.

²³ <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/bc-tenta-alinhar-expectativas-por-alta-da-selic>

dois problemas diretamente relacionados: o excesso de atribuições e a pouca representatividade do colegiado, que, se tivesse a composição preconizada pela lei 4.595/64, não teria a agilidade necessária para a tomada de decisões conjunturais. Nesse sentido, nossa proposta é de uma reforma da CMN, mediante lei complementar em dois eixos: i. diferenciação das competências estratégicas do Conselho (art. 3º) das competências secundárias (art. 4º) e ii. submissão das primeiras a um colegiado com maior representatividade dos interesses sociais para levar em conta interesses da indústria, comércio, instituições financeiras e trabalhadores. Nesse sentido, o colegiado estratégico teria uma composição próxima à do art. 6º da lei 4.595/64, enquanto as decisões conjunturais seriam tomadas pelo grupo governamental estabelecido pelo art. 8º da lei 9.069/94. Inicialmente, isso tornaria o processo decisório mais lento, mas, por outro lado, conferiria maior legitimidade democrática aos objetivos prioritários da política monetária e induziria soluções de compromisso entre os diversos grupos de interesse.

Também são necessárias reformas que visem a eliminar a indexação generalizada da economia, pois o elevado componente inercial da inflação tem sobrecarregado a política monetária, que depende de juros excessivamente altos para conter a inflação.

Quanto aos objetivos do BCB, lei complementar deveria conferir maior autonomia instrumental para que a Autarquia persiga os objetivos determinados por um CMN mais representativo. Nesse sentido, seria fundamental a previsão de mandatos fixos para o presidente e diretores, bem como regras de destituição pelo não cumprimento das metas estratégicas. Isso tornaria a política monetária mais transparente, previsível e eficaz, o que, por sua vez, tornaria os ajustes mais suaves.

Por fim, deve-se reformular a sistemática de metas de inflação para que ela possa levar em conta objetivos de estabilidade financeira, explicitando conflitos que inevitavelmente existirão na política monetária.

BIBLIOGRAFIA

AGÉNOR, Pierre-Richard & PEREIRA DA SILVA, Luiz Awazu. Inflation Targeting and Financial Stability: A Perspective from the Developing World. **Banco Central do Brasil: Trabalho para Discussão 324**, Setembro/2013. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/>

ingl/wps324.pdf

- ARESTIS, Philip; PAULA, Luiz Fernando de; FERRARI-FILHO, Fernando. Inflation targeting in emerging countries: the case of Brazil. In Philip Arestis and Alfredo Saad-filho (ed.), Political economy of Brazil, Palgrave Macmillan, 2007, p. 116-140
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Inflação. Junho de 2009. Pp 125-126. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2009/06/ri200906b8p.pdf>
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). Issues in the Governance of Central Banks: A report from the Central Bank Governance Group. May 2009. Disponível em <http://www.bis.org/publ/othp04.htm>
- BLINDER, Alan, Bancos centrais: teoria e prática. Tradução Abramo Caldeira Brant. São Paulo, Ed. 34, 1999, p. 69-97.
- BORDO, Michael. D. & FLANDREAU, Marc. Core, periphery, exchange regimes and globalization. Cambridge, Massachusetts: National Bureau of Economic Research, Working Paper nº 8584, 2001. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w8584.pdf>
- EICHENGREEN, Barry. A globalização do capital – Uma história do Sistema Monetário Internacional. São Paulo: Editora 34, 2000.
- EICHENGREEN, Barry. Can Emerging markets float? Should They Inflation target? Banco Central do Brasil: Working Paper Series nº 36. February, 2002. Disponível em www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps36.pdf
- FARHI, Maryse. Dinâmica dos ataques especulativos e regime cambial. Economia e Sociedade, Campinas, nº 17, 2001.
- FLASSBECK, Heiner (2001). The exchange rate: economic policy tool or market price? United Nations Conference on Trade and development, Geneva.
- MAXFIELD, Sylvia. Gatekeepers of Growth: the international political economy of central banking in developing countries. Princeton University Press, 1997, pp. 35-70.
- MINSKY, Hyman P. Stabilizing an unstable economy. Yale University Press. New Haven, 1986.
- OBSTFELD, Maurice & TAYLOR, Allan M. Global Capital Markets: Integrations, Crises and Growth. Cambridge University Press, 2004.
- REINHART, Carmen M. & ROGOFF, Kenneth S. Banking Crisis. An Equal Opportunity Menace. NBER Working Paper No. 14587, 2008. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w14587.pdf>
- TORRES FILHO, Ernani Teixeira. A crise da economia japonesa nos anos 90 e a retomada de hegemonia americana. In: TAVARES, Maria da Conceição; FIORI, José Luis (Organizadores). Poder e dinheiro: uma economia política da globalização. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997 (6ª edição).
- TRIFFIN, Robert. O sistema monetário internacional. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972.
- YAZBEK, Otávio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2. Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009.

DO PERICULUM IN MORA INVERSO (REVERSO)

Reis Friede¹

Resumo: O presente artigo analisa o conceito do *periculum in mora* inverso (reverso), examinando, primeiramente, os requisitos clássicos para a concessão de Medidas Liminares, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Em seguida, aborda a relevância do fundamento do pedido e a possibilidade ampla de concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma de liminar, ressaltando a identificação da relevância do fundamento do pedido com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Posteriormente, passa ao estudo específico do *periculum in mora* inverso, analisando a relação deste conceito com a grave lesão à ordem pública. Por fim, aprecia a cautela e contracautela.

Palavras-chave: medidas liminares, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* reverso ou inverso, concessão *ex officio* da tutela cautelar, grave lesão à ordem pública, contracautela.

1. INTRODUÇÃO

Ao registrar, de forma inédita, na literatura jurídico-brasileira, - quando da ocasião do lançamento da 1ª edição da nossa obra “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação

¹ Reis Friede é Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público. Ex-Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Mestrado (MDL) da UNISUAM e da UVA. Mestre e Doutor em Direito e autor de mais de 15 obras na área de Ciência Jurídica Processual, destacando-se “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Antecipada e Tutela Específica”, 5ª ed., 2002. Ed. Forense Universitária, RJ; “Medidas Liminares em Matéria Tributária, Ed. Saraiva”, 3ª ed., 2004; “Liminares em Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, Edições Trabalhistas”, 3ª ed., 1996; “Medidas Liminares na Doutrina e na Jurisprudência”, Ed. Del Rey, 1998; “Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória”, LTr Editora, 2000; Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar, Ed. GZ, 7ª ed., 2012; Medidas Liminares e Providências Cautelares Ínsitas, Ed. Juruá, 3ª ed., 2012.

Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular”, Ed. Forense Universitária/RJ, 1993, p. 106 -, a expressão *periculum in mora inverso* (reverso), não poderíamos imaginar, para nossa grata satisfação, como pesquisadores da Ciência Processual, que a mesma não somente viesse a se tornar, com o passar dos anos, uma designação técnica consagrada pela academia nacional, mas, particularmente, objeto das mais variadas e amplas citações jurisprudenciais e doutrinárias em todo o País.

A idéia original, concebida há mais 20 anos, - numa época em que existiam poucos estudos mais aprofundados sobre o tema -, era de forjar, por imperiosa necessidade, uma concepção conceitual, com elevado rigor técnico, que traduzisse, com a almejada precisão, uma designação genérica a abranger as mais variadas (e diferentes) designações específicas (existentes à época) que buscavam nominar, naquele momento histórico de desenvolvimento do estudo da disciplina processual, o incontestável fenômeno dos efeitos inversos (ou reversos) do eventual deferimento das medidas liminares em Mandado de Segurança (Art. 1º da Lei nº 191 de 1936, Art. 1º da Lei nº 1.533 de 1951, Art. 1º da Lei nº 12.016 de 2009), Ação Popular (Art. 5º, § 4º da Lei nº 4.717 de 1965 com a redação ampliada pela Lei nº 6.513, de 1977) e na Ação Civil Pública (Art. 12 da Lei nº 7.347 de 1985) ou das denominadas antecipações in limine (art. 804 do CPC de 1973) nas Ações Cautelares.

Ainda que reste evidente que tal efeito também se manifeste no eventual deferimento de outras medidas liminares (em ações específicas), com idêntica previsão cautelar implícita, é de se registrar, por dever de lealdade, que nossa análise originária foi conduzida exclusivamente sobre o comportamento restritivo das medidas liminares nas mencionadas ações, o que, entretanto, em necessário reforço ao já afirmado, não exclui a possibilidade de se conceder a necessária extensão conclusiva a todas as demais ações congêneres, inclusive ao posterior advento, em 1994 (Lei nº 8.952, de 13/12/94), do instituto jurídico-processual da Tutela Antecipada.

2. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES

Muito embora, nem sempre, na prática cotidiana, a decisão final pela concessão de medidas liminares implique na plena e total observância,

por parte do julgador, de específicos limites existentes para a prolação final do *decisum*, - ou seja, os requisitos tradicionais do *periculum in mora*² e do *fumus boni iuris*³ -, é cediço concluir que a legislação autorizadora do provimento liminar^{4,5}, em nenhuma hipótese, permite o excepcional⁶ deferimento do instituto sem a devida comprovação de seus pressupostos vinculantes positivos, além do seu requisito negativo implícito.

² O conceito técnico de *periculum in mora* pode ser traduzido pelo fundado receio da existência de um dano jurídico, de difícil ou impossível reparação, durante o curso da ação cautelar e, por extensão, da ação principal (no caso de ações cautelares típicas ou atípicas) ou durante o curso do mandado de segurança, e de outras ações que admitem o provimento liminar, aferido através do juízo próprio de probabilidade, com comprovada plausibilidade de existência de dano, justificado receio de lesão de direito e/ou existência de direito ameaçado – e nunca no genérico juízo de possibilidade (que, pela extrema amplitude, não permite a imposição do princípio da segurança e do controle mínimo dos acontecimentos).

³ *Fumus Boni Juris* pode ser conceituado como a probabilidade plausível (e não mera e genérica possibilidade) de exercício presente ou futuro do direito de ação com provimento de mérito favorável, considerando que pequenas incertezas e eventuais imprecisões, a respeito do direito material do autor (requerente ou impetrante), não devem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar.

“A tutela cautelar só é viável se a pretensão deduzida ou a ser deduzida no processo principal caracteriza-se como provável, não bastando que seja razoável e muito menos que seja simplesmente possível” (Aldo Magalhães; JTACivSP 99/267).

⁴ Caráter administrativo do provimento liminar

De um modo geral, considera-se que o provimento liminar de conteúdo cautelar possui um incontestado caráter administrativo. De fato, embora caracterizado como providência determinada pelo órgão judicial – provimento com escopo de prevenção – em muitos casos a medida é concedida independentemente da observância formal do princípio do contraditório. Assim o é tanto no mandado de segurança e nas demais ações que expressamente admitem a liminar, como também, de modo geral, nas medidas cautelares. Diante de certas situações de urgência, e para evitar o perecimento de direitos, a lei autoriza ao juiz a concessão de liminares, sem ouvir a parte contrária. Na concessão dessas medidas inaudita altera pars, ocorre, em grande medida, o que NERY JÚNIOR denomina “limitação imanente à bilateralidade da audiência no processo civil, e que se exterioriza, quando a natureza e finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, inaudita altera pars, como é o caso do provimento cautelar, em forma ou não de liminares, em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (art. 81, parágrafo único, CDC) e ação civil pública” (NERY JÚNIOR, 1992, p. 133).

⁵ Liminar como “mera prevenção do direito”

É importante salientar, por oportuno, que alguns autores – aparentemente confundindo o fato da inexistência de efetivo processo cautelar nos provimentos assecuratórios previstos, em forma de liminar, em algumas ações cognitivas (como, por exemplo, o habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular etc.), com a irrefutável natureza jurídica cautelar destes mesmos procedimentos – têm sugerido (confundindo, inclusive, os conceitos de processo e procedimento) a sinérgica inexistência de nítido procedimento de feição cautelar (exteriorizado por intermédio de medidas liminares) nos writs constitucionais, insinuando, de maneira visivelmente equivocada, que, nestes casos, os respectivos provimentos liminares, expressamente previstos, se constituem em “meras prevenções do próprio direito”:

“A liminar no mandado de segurança, na ação popular, na declaração de inconstitucionalidade de lei, é mera prevenção do próprio direito, em nada se caracterizando com uma medida cautelar. Servem ao processo em que são proferidas, e não têm sequer procedimento cautelar, inseridas que estão no contexto da própria ação” (Castro Villar, 1988, p. 79).

⁶ É importante registrar que o deferimento da medida liminar é sempre excepcional, até porque umbilicalmente???? a sinérgica demonstração quanto à efetiva presença de seus requisitos ensejadores, em decisão fundamentada pelo magistrado.

Em outras palavras, a existência efetiva da relevância dos motivos alegados pelo impetrante (no caso de mandado de segurança) ou pelo requerente (no caso de medida cautelar) deve ser sempre constatada em perfeita consonância com a efetiva presença do condicionante inafastável da não-produção do denominado *periculum in mora* inverso (a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável, ou de difícil reparação, contra o impetrado ou requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou ao requerente).

Uma vez que o deferimento da medida liminar possui caráter meramente preservatório (de exclusivo objetivo de garantia da inteireza da sentença), cuja reconhecida função social é exatamente fazer cessar, em caráter temporário, o ato impugnado, até que – em face da indiscutibilidade do direito invocado e comprovado – possa o magistrado decidir, sem incorrer em *error in iudicando*, não pode, em nenhuma hipótese, por efeito, a concessão da medida pretendida produzir o que, há muito, passou-se a denominar grave lesão à ordem pública, compreendendo nesse conceito a chamada ordem administrativa em geral, ou seja, o normal andamento da execução do serviço público, o regular prosseguimento das obras públicas e o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas (TFR, suspensão da segurança no 4405-SP, DJU 7.12.79, p. 9.221).

Em se tratando especificamente de medidas cautelares, de procedimento sumário, operacionalizadas através de ação autônoma e de processo próprio, – mas com as características particulares da provisoriedade, instrumentabilidade e assessorabilidade (art. 796 do CPC) –, a concessão da medida liminar (na qualidade de simples antecipação da medida cautelar), além de necessitar da efetiva comprovação da presença dos requisitos indispensáveis do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* (requisitos positivos) e da não-produção do denominado *periculum in mora* inverso (requisito negativo), incluindo o anterior conceito restritivo da “grave lesão à ordem pública”, encontra-se irremediavelmente condicionada à observância adicional da especial restrição imposta pelo art. 804 c/c art. 797, ambos do CPC, que só permite o deferimento da antecipação cautelar (em forma de liminar), à guisa de sua própria excepcionalidade, nas comprovadas situações em que a citação do requerido possa vir a tornar a medida ineficaz, caso em que poderá o magistrado (e, nos casos de o requerido ser parte integrante da Fazenda Pública, deverá obrigatoriamente) determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória, objetivando garantir o ressarcimento dos eventuais danos que

o requerido possa vir a sofrer com o futuro julgamento pela improcedência do pedido cautelar definitivo (medida cautelar típica ou atípica).

Portanto, a concessão de liminar, tanto em mandado de segurança, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar (as denominadas antecipações *in limine*), é medida de absoluta excepcionalidade e, por conseqüência, nítida vinculação à efetiva presença de todos os pressupostos indispensáveis – o que inclui, além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, - incluindo a concreta e indiscutível relevância dos motivos alegados -, em combinação com a não-produção do denominado *periculum in mora inverso* (incluindo neste conceito a não-produção da chamada “grave lesão à ordem pública”), além do requisito específico para a concessão de antecipações cautelares em forma de liminar prevista no art. 804 do CPC –, sendo certo que, neste diapasão analítico, a mesma jamais pode ser deferida – ainda que mediante caução – quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento^{7, 8}.

⁷ Ônus probatório quanto aos requisitos da medida liminar

Deve ser assinalado – evitando qualquer dúvida a respeito – que o ônus da prova quanto à efetiva presença, no caso concreto, dos requisitos autorizadores da providência cautelar (em forma ou não de liminar) é de exclusiva responsabilidade da parte requerente.

Cabe à mesma, sob este prisma, portanto, a inequívoca e compulsória comprovação de que se encontram sempre presentes, na hipótese trazida à colação, todos os pressupostos que viabilizam o legítimo deferimento da medida pretendida, ou seja, os requisitos positivos (que devem sempre estar presentes): *periculum in mora*, *fumus boni iuris* (e relevância do fundamento jurídico do pedido (para quem entende se constituir o mesmo em pressuposto autônomo)) e, no caso particular de antecipação *in limine* de medida cautelar, a condição especial consubstanciada no art. 804 do CPC e o requisito negativo (que, ao contrário, deve sempre se encontrar ausente): não-produção do denominado *periculum in mora inverso* ou, em outras palavras, a grave lesão à ordem pública (incluindo, nesta classificação, a lesão à ordem administrativa etc.).

Não comprovado qualquer dos pressupostos permissivos da medida vindicada, deve o julgador proceder ao imediato indeferimento da mesma, considerando, sobretudo, o caráter excepcional que sempre reveste a concessão da segurança cautelar, exteriorizado ou não através da medida liminar. A regra, por efeito conclusivo, deve ser o indeferimento da providência cautelar, notadamente quando houver razoável dúvida quanto à prova (que deve ser relativamente insofismável) de seus requisitos autorizadores.

Esta é exatamente a razão segundo a qual é lícito ao juiz fundamentar sumariamente (“pela ausência de efetiva comprovação dos requisitos autorizados”) o pronunciamento judicial indeferitório da medida liminar, pois doutra forma ocorreria efetiva inversão do ônus probatório, ou seja – em lugar de a parte requerente ter de comprovar a presença de todos os requisitos autorizadores da medida liminar –, restaria ao juiz demonstrar, de forma inequívoca, a ausência de pelo menos um dos pressupostos condicionantes do deferimento da providência cautelar requerida.

⁸ Deve ser consignado, por oportuno, que o constante deferimento de medidas liminares, em sinérgica afronta aos mandamentos legais restritivos do emprego do instituto (pressupostos de admissibilidade da proteção cautelar), tem contribuído, sobremaneira, para o desprestígio do Poder Judiciário, conforme amplo e constante

2.1. Do *Periculum In Mora*

Sem a menor sombra de dúvida, o *periculum in mora*⁹ constitui-se no primeiro e mais importante dos requisitos indispensáveis para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança ou como antecipação de cautela, no caso de medida cautelar em ação com idêntica designação.

"(...) Indeterminado o perigo na demora não há como subsistir decisão concessiva de liminar" (ac. 3ª T/TFR - 2ª R.: A.I. 90.02.24586 - RJ (p/m), rel. des. ARNALDO LIMA, RTRF 2ª Região nº 1).

"Tendo-se como não configurado o pressuposto de existência de grave dano de incerta reparação, embora possam ser relevantes os fundamentos que dão base à ação, é de negar a medida cautelar" (ac. SP/STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 33-1/DF (u), rel. min. ALDIR PASSARINHO, Adcoas BJA t (28.2.90), 126.439, p. 86).

O *periculum in mora* é, neste contexto, sobremaneira, a condição necessária – porém não suficiente – para o eventual deferimento da medida liminar vindicada ou mesmo para a concessão *ex officio*, operada através do denominado Poder Cautelar Genérico, inerente à própria função do magistrado, na qualidade de representante do Estado-Juiz.

Para a obtenção da medida liminar e, conseqüentemente, da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela

noticiário crítico a respeito do tema, com destaque especial no caso da cassação do deputado Sergio Naya: "Compreende-se que os advogados do deputado Sérgio Naya usem toda sorte de artifício - até desaparecer de sessões da Comissão de Justiça - para impedir ou adiar a cassação de seu mandato.

São recursos de quem tem evidentes dificuldades para discutir a procedência da acusação.

É desalentador, por outro lado, que essa estratégia seja beneficiada pela facilidade com que a Justiça concede liminares. O próprio ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, forneceu a prova de que não existia motivo para a medida que ele mesmo assinara quinta-feira: ouvindo argumentos de parlamentares, não demorou mais de 40 minutos para redigir segunda decisão, cancelando a primeira.

Fica o ministro com o mérito de polidamente reconhecer o seu lapso.

Seria melhor ainda se o episódio tivesse efeito pedagógico. O de convencer juízes e ministros que liminares - capazes de trancar procedimentos judiciais, às vezes por muito tempo, sem que seja discutido o mérito do caso - não podem ser concedidas apenas porque alguém pediu, e com base unicamente nas alegações do interessado."

⁹ *Periculum in mora*

Para alguns, como Castro Villar (CASTRO VILLAR, 1988, p. 128), este perigo da mora não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva, ou, como disse Calamandrei (1945, p. 42), é a impossibilidade prática de acelerar a emanção da providência definitiva que faz surgir o interesse da emanção de uma medida provisória. É a mora desta providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que se trata de prevenir com uma medida cautelar, que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva.

(LIEBMAN, 1968, p. 92). E isto somente pode ocorrer, conforme leciona CALVOSA (1960, p. 66), quando haja efetivamente o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito.

“Dois são os requisitos indispensáveis para a concessão da liminar em mandado de segurança, previstos no inc. 1º, do art. 7º, da Lei nº 1.531/51: 1) a relevância do fundamento (fumus boni iuris); 2) e perigo de um prejuízo, do ato impugnado poder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida a segurança (periculum in mora). Concorrendo ambos, o juiz, em decisão fundamentada, concederá a liminar. Isto significa que, na falta de qualquer um dos requisitos, a providência liminar deve ser negada.

O professor e magistrado federal REIS FRIEDE, lecionando sobre exame do periculum in mora que autoriza a concessão das liminares em geral, inclusive o mandado de segurança, ensina com precisão:

“Para a obtenção da medida liminar e conseqüentemente da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto somente pode ocorrer, conforme leciona CARLOS CALVOSA (in Sequestro Giudiziaro, Novissimo Digesto Italiano, vol. XVII, p. 66), quando haja efetivamente o risco do perecimento e destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito” (in Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular, 2ª ed., Forense Universitária, 1993, p. 97).

No caso, sem muito esforço percebe-se ausência da probabilidade do dano irreparável ou de difícil reparação para o deferimento da liminar” (TJMS, no julg. do MS 38438-9, DJ 8.8.94, p. 3.847, rel. des. HELVÉCIO CHAVES MARTINS).

A redação conceitual do instituto, como um dos pressupostos fundamentais para o deferimento da medida liminar – ou seja, fundado receio da existência de um dano jurídico (e não propriamente “fundado receio de dano ao direito de uma das partes”, como disciplina o art. 798

do CPC/73, considerando que, enquanto não acontecer o julgamento do mérito da chamada “questão de fundo”, com a solução da lide, não se pode, ainda, falar em efetivo direito da parte que, eventualmente, pode até não ser reconhecido em decisão terminativa (sentença)) de difícil ou impossível reparação¹⁰ durante o curso da ação que contém o pedido meritório –, refere-se sempre ao interesse processual (e jamais material ou meritório) presente na busca permanente da obtenção de uma real garantia quanto à própria efetividade da solução final (prestação das tutelas jurisdicionais cognitiva e executiva) a ser ditada pelo Poder Judiciário, inspirado, em última análise, no que SIDOU (1983, p. 255) entendeu por bem denominar “instituto cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada”.

“A medida liminar não tem por objeto o mérito da causa, mas a garantia da eficácia do julgado caso favorável ao impetrante. (...)” (ac. S. Plen./STF, MS 20900-3/DF (ag. reg.) rel. min. RAFAEL MAYER. JB nº 163, Ed. Juruá, p. 90). (grifos nossos)

“Para a concessão de medida cautelar há necessidade de se demonstrar, initio litis, a ocorrência dos requisitos essenciais que configurem o temor de dano jurídico iminente e o interesse na preservação da situação de fato, enquanto não advém a solução de mérito, o que corresponde ao fumus boni iuris (...)” (ac. unân. 6.458 da 2ª Câmara do TJPR de 16.8.89, no agr. 298, rel. des. NEGI CALIXTO, Adcoas, 1989, nº 126.185) (grifos nossos).

“Processual civil. Liminar deferida, inaudita altera pars, em ação cautelar, reajustando aposentadoria previdenciária em 147,06%. Ilegalidade. Segurança concedida para atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento. A liminar, na hipótese, é contra legem, afrontando os arts. 797, 798 e 804 do CPC, posto que a lesão admite reparação futura, específica e plena, e o devedor é

¹⁰ Dano jurídico de difícil ou impossível reparação

Para a perfeita caracterização do dano jurídico de difícil ou impossível reparação não é suficiente, apenas, a simples prova da eventual existência de um posterior dano jurídico no curso da lide, mas, além deste, a indubitável dificuldade ou mesmo impossibilidade de efetiva reparação se o mesmo vier a ocorrer:

“Sem que ocorrentes os pressupostos de aparência de bom direito e de perigo da demora da prestação jurisdicional, não se defere liminarmente medida cautelar, requerida no curso da lide, quando não evidenciada a irreparabilidade do dano” (ac. unân. da 1ª T. do TFR, de 10.6.88, no agr. 56.647-PR, rel. min. Dias Trindade; RTRF 165/83) (grifos nossos).

“São requisitos específicos da tutela cautelar o risco objetivamente apurável, de não ser a ação principal útil ao interesse demonstrado pela parte – dano potencial – em razão do periculum in mora; e a plausibilidade do direito substancial invocado pelo pretendente à segurança, ou fumus boni iuris. Se o juiz, em face da prova, se convence da existência de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, poderá causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, deve conceder a tutela” (Mello, 1980, p. 91).

solvente. O caráter alimentar dos proventos não justifica aumento de aposentadoria através de liminares. Mandado de segurança deferido para atribuição de efeito suspensivo a agravo aviado contra a liminar” (ac. TRF da 1ª R., MS 91.01.15810-4/MG (u), rel. juiz HÉRCULES QUASÍMODO, DJ 13.4.92, Seção II, p. 9.098).

A apreciação da efetiva presença do *periculum in mora* é realizada, como ensina LIEBMAN (*apud* CASTRO VILLAR, 1971, p. 62), através de apenas um único julgamento valorativo denominado probabilidade sobre possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal. Por efeito, o dano deve ser aferido sempre pelo juízo de probabilidade e jamais pelo simples e genérico juízo amplo de possibilidade¹¹.

O denominado receio de dano há, pois, que ser objetivamente fundado, calculado, de forma a mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em evidência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por conseqüência, afastado. A comprovação de seu fundamento, não obstante não permitir, por sua própria natureza, a certeza, deve permitir, no mínimo, a plausibilidade (justificação), sem o que o juízo restritivo de probabilidade acabaria, no exercício da prática, transmutando-se no genérico e amplo juízo de possibilidade.

“Ação direta de inconstitucionalidade. Pedágio. Rodovias federais. Medida liminar. Pedágio destinado à conservação das rodovias federais. Pedido de suspensão liminar. Ausência de periculum in mora visto que não irreversível o desembolso” (A. Din. nº 24-1-SP – Medida Liminar – rel. min. FRANCISCO REZEK. Plenário, decisão unânime, in DJU, de 9.6.89, p. 10.095).

A avaliação da plausibilidade para a aferição do próprio juízo de probabilidade na apreciação da presença ou não do requisito em questão, não ensejando a certeza (prova irrefutável), evidentemente permite ao magistrado uma determinada margem de discricionariedade, mas jamais verdadeiro arbítrio que se constituiria através da utilização do referido juízo

¹¹ Juízo de probabilidade de dano

Lopes da Costa (*apud* Theodoro Jr., 1976, p. 77) lembra com muita propriedade que “o dano deve ser provável” e “não basta a possibilidade, a eventualidade”. E explica: “possível é tudo, na contingência das cousas criadas, sujeitas à interferência das forças naturais e da vontade dos homens. O possível abrange assim, até mesmo, o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A probabilidade é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras da experiência comum ou da experiência técnica”.

amplo da possibilidade de dano que, assim, estaria apenas subjetivamente fundado, calculado de uma forma absolutamente imprecisa¹². Por outro lado, como adverte REIS, J.A. (1985, p. 26), não faria sentido que o juiz, para efeito de certificação do direito à cautela, houvesse de realizar um exame tão longo e tão refletido como o que efetua no processo principal. A proceder de tal forma, o processo cautelar perderia sua razão de ser e mais valeria à parte esperar pela decisão definitiva.

A plausibilidade do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispense a fundamentação ou motivação de seu conhecimento; mas isto dar-se-á com muito maior liberdade de ação do que na formação de certeza que se exige no processo definitivo (THEODORO JR., 1976, p. 78).

De qualquer maneira, “a decisão deve ser objetiva”, isto é, “deve atender aos fatos provados, dos quais resulte aquela plausibilidade” (LOPES DA COSTA, ob. cit., p. 45).

É ponto tranqüilo na doutrina, por outro lado, que o risco de dano deve corresponder sempre a fatos que venham desequilibrar efetivamente uma situação preestabelecida entre as partes, de modo que o perigo preexistente ou coexistente com o nascimento da pretensão realmente justifique a tutela cautelar, em forma de medida liminar¹³.

¹² Juízo de possibilidade de dano

Não obstante o elogiável esforço da doutrina e da jurisprudência, nos últimos anos, no sentido de precisar a margem de discricionariedade dos julgados para a avaliação da presença ou não do requisito do periculum in mora, através especialmente do estabelecimento dos conceitos dos diferentes juízos de probabilidade e de possibilidade e, sobretudo, da questão da plausibilidade do fundamento invocado, uma parte extremamente minoritária e praticamente isolada, tanto na doutrina como na jurisprudência, ainda insiste na utilização da expressão genérica “possibilidade” para registrar a presença ou não de dano a que alude o periculum in mora. “No âmbito da cautelar cabe, apenas, ao julgador perquirir da possibilidade do dano grave conseqüente à ineficácia do processo principal periculum in mora e dos indícios de um possível direito fumus boni iuris a ser acautelados. Tais são as condições ou requisitos específicos da tutela cautelar” (ac. unân. da 8ª Câmara do TJRJ, de 22.10.85, no agr. 9.476, rel. des. Eugênio Sigaud) (grifos nossos).

¹³ Deve ser assinalado, por oportuno, que o motivo determinante (objetivo finalístico) do deferimento da medida liminar em mandado de segurança (a exemplo de outras ações que admitem tal provimento administrativo-cautelar) é, sobretudo, o acautelamento quanto à possibilidade (em verdade, probabilidade-plausível ou simplesmente plausibilidade) de o provimento final (meritório) tornar-se ineficaz ou, em outras palavras, uma garantia cautelar quanto à plena inteireza da sentença, afastando, desta feita, o denominado dano processual de impossível reparação (irreparável) ou, no mínimo, de difícil reparação. Por efeito - de forma diversa do que pode parecer à primeira vista -, o dano a que alude a legislação vertente para caracterizar o principal requisito de concessão da ordem liminar, necessariamente, concerne ao chamado dano processual, ou seja dano à efetividade do provimento jurisdicional meritório que, a seu tempo, venha a reconhecer o direito autoral. Não se trata, pois, de dano à coisa ou às pessoas (hipótese excepcional presente

“A ineficácia da sentença que defere o mandado de segurança não ocorre apenas quando o dano decorrente do ato impugnado seja irreparável. Para que se possa afirmar tal ineficácia, basta que a sentença que defere o mandado de segurança não tenha a aptidão de, ela própria, corrigir a ilegalidade de modo útil, vale dizer, determinando desde logo a reparação do dano” (Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 4ª ed., São Paulo, Dialética, 2000, p. 114).

Como bem lembra CONIGLIO (1976, p. 79), a insolência iminente que justifica um arresto não é a mesma que preexistia e era conhecida do credor ao tempo da constituição da dívida. O perigo de se tornar inexecúvel o crédito deve surgir após sua criação, como fato novo, que agrave as condições econômicas do devedor.

Nessa mesma ordem de idéias, PONTES DE MIRANDA (2000, p. 312) reafirma que as medidas cautelares supõem “superveniência dos fatos e necessidade de se afastar o óbice da antecedência ou mesmo da coexistência do perigo de dano”.

Acertada, pois, é a conclusão de SILVA (1974, p. 70-71), segundo a qual “o perigo de perda do interesse, ou de graves danos posteriores ao nascimento do próprio direito, ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente, ou, finalmente, sendo anterior à constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não poderia razoavelmente conhecer”.

apenas nas denominadas cautelares administrativas) e nem mesmo de dano necessariamente irreparável, bastando ser de difícil reparação posto que o dano processual de fácil reparação permitiria a plena e adequada correção no momento imediatamente subsequente à prolação do pronunciamento judicial sentencial. Por esta sorte de considerações, condenável, como bem adverte HUGO DE BRITO MACHADO (in “A Medida liminar e o Solve et Repete”, Correio Brasiliense, 14.5.2001), a decisão do TRF da 5ª R. (AI 25.660-PE, julg. 19.9.2000, Boletim de Jurisp. nº 132/2001, p. 59), que concluiu que “a cobrança de tributos não configura dano irreparável, pois é franqueada ao contribuinte a via da ação de repetição de indébito, o que torna perfeitamente possível o retorno ao status quo ante”, considerando que a exigência da lei in casu cinge-se apenas ao dano processual de difícil reparação e igualmente não à ampla possibilidade - e sim à plena e restrita plausibilidade - de completo retorno ao status quo ante, o que, em muitas situações, resta improvável pela via do ajuizamento (posterior) da ação de repetição de indébito ou de qualquer outro processo cognitivo. Portanto, como bem já decidiram o STF (ADIn nº 567-DF, reI. min. ILMAR GALVÃO, julg. em 12.9.91, DJ de 4.10.91, p. 13.779; RTJ Gen 138/60) e o próprio TRF da 5ª R. (MS 48.557-PE, julg. em 7.4.95), o dano processual, caracterizador do pressuposto cautelar, é todo aquele cuja reparação não pode ser determinada plenamente (em sua efetiva inteireza) pela própria sentença proferida na sede da ação principal (mandamental ou de outra natureza, conforme o caso), traduzindo a sua necessária e sinérgica efetividade jurisdicional.

2.2. Do Fumus Boni Iuris

Logo em seguida ao exame da indispensável presença do requisito fundamental do *periculum in mora*, a comprovação da efetiva existência do pressuposto do *fumus boni iuris* faz-se mister para a conclusão final da primeira fase do exame de viabilidade da medida liminar (em mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública, dentre outras, ou como antecipação de tutela na ação cautelar) vindicada ou derivada do Poder Cautelar Genérico.

“Conforme estabelece o nosso sistema jurídico, na ação cautelar para a concessão de liminar não basta, tão-somente, a afirmação de sua necessidade formulada pelo requerente, a qual, mais das vezes, constitui uma opinião puramente subjetiva, mas, principalmente, da demonstração do requerente, da existência dos requisitos específicos da tutela cautelar, para que o juiz possa realizar a sua indispensável avaliação e se convencer ou não da necessidade de conceder a liminar requerida” (ac. unân. 1.105/88 da 1ª Câmara do TJAL no agr. 5.618, rel. des. PAULO DA ROCHA MENDES; DJAL, de 1.9.89; Adcoas 1990, nº 128.860) (grifos nossos).

“Em temas de cautelar, não demonstrada satisfatoriamente a presença do fumus boni iuris e do periculum in mora, escorreito o decisum de primeiro grau que dá pela sua improcedência” (ac. unân. da 1ª Turma do TJMS, de 1.8.89, na apel. 263/89, rel. des. MILTON MALULEI).

Segundo o pensamento de CALAMANDREI (1945), que já tivemos a oportunidade de expor neste trabalho, o objetivo último da providência cautelar, insito na medida liminar (seja nas ações de rito especial que a provêm ou na ação, de rito especial sumário, cautelar), é exatamente o de antecipar os efeitos da providência definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução final do litígio ou até mesmo em decorrência de má-fé de uma das partes.

Dado a própria urgência da medida preventiva, evidentemente não é possível ao julgador o exame pleno do direito material invocado pelo interessado (mesmo porque isto é objetivo do julgamento de mérito na ação principal e não do procedimento liminar), restando, apenas, uma rápida avaliação quanto a uma “provável (não simplesmente possível) existência

de um direito” – a ser verificado pelo juízo próprio de plausibilidade –, que, em última análise, será oportunamente tutelado no momento da apreciação do pedido meritório principal, ou seja, quando do julgamento da segurança no *mandamus*, da sentença no *habeas corpus* na ação popular e na ação civil pública, entre outras ações que admitem liminar, ou, ainda, no julgamento do processo principal no caso da ação cautelar.

É exatamente isto, por efeito, que constitui o denominado *fumus boni iuris*, ou seja, “o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado” (CASTRO VILLAR, 1971, p. 59).

Fiel a seu entendimento de que a cautela é medida antecipatória da eficácia do provimento definitivo, ensina CALAMANDREI (*apud* CASTRO VILLAR, ob. cit., ps. 59-60) que a declaração de certeza de existência do direito é função do processo principal: “para a providência cautelar basta que, segundo um cálculo de probabilidades, possa-se prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar”.

Mas este não é, contudo, o único entendimento aceito pela moderna doutrina a respeito do tema. Segundo o pensamento de vários autores que seguem os ensinamentos de CARNELUTTI (1958, p. 356), não se deve ver na tutela cautelar qualquer tipo de acertamento da lide, nem mesmo provisório, mas, sim, “uma verdadeira tutela ao processo”, a fim de assegurar-lhe unicamente eficácia e utilidade práticas ou, em outras palavras, uma tutela específica que busca apenas e tão-somente “evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa resultar da duração do processo” (CARNELUTTI, ob. cit., p. 356).

Comungamos, no entanto, do ponto de vista de que a essência da verdade sobre tão complexa questão não esteja, data maxima venia, definitivamente firmada, de forma irreduzível, nas posições extremadas de ambas as doutrinas sobre a matéria em epígrafe. Entendemos possuir a medida liminar, conforme anteriormente nos referimos, uma natureza jurídica tipicamente administrativo-cautelar, com conteúdo de julgamento discricionário, fundado na prudente valoração do magistrado (e não no simples arbítrio) em torno da oportunidade e da conveniência da decretação da medida, e com nítido objetivo de provisão cautelar, por

excelência, garantidora, em última análise, da efetividade da sentença – sem almejar, por outro lado, tocar diretamente no seio do conflito, ainda que o faça, de forma limitada e por vias transversas –, em flagrante caráter excepcional, como antecipação parcial e provisória da própria decisão meritória (e, por conseqüência, não se constitui numa simples “tutela do processo”, desprovida de qualquer essência mais abrangente, como doutrina CARNELUTTI), mas que, ao mesmo tempo, e, em nenhuma hipótese, pode ser confundida, em sua plenitude, com o mérito do pedido principal (como, em parte, defende CALAMANDREI), por corresponder exatamente a um conteúdo específico e particular, inerente à própria natureza da medida liminar, de forma ímpar e, portanto, dotada do atributo de exclusividade.

“O fumus boni iuris consiste na probabilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente em termos de certeza, apenas no processo principal já existente, ou então a ser instaurado. A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e, por isso, seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo – sumaria cognitio” (do ac. unân. da 15ª Câm. do TJSP, de 7.6.89, na apel. 144.007-2, rel. des. RUY CAMILO; RJTJSP 121/104) (grifos nossos).

“A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e por isso seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo – sumaria cognitio. Sobre o insucesso da ação principal, diga-se, em tese, que o Código admite, expressamente, a possibilidade de que alguém obtenha uma providência cautelar e, no entanto, venha depois a sucumbir no processo principal. Que mostra isso? Mostra exatamente que a concessão da providência cautelar não está condicionada à demonstração plena da existência do direito alegado pela parte. Pode acontecer que o juiz, diante dos elementos que lhe foram trazidos, suponha provável a existência desse direito, e, no entanto, mais tarde, através de investigação aprofundada que vai fazer sobre a matéria, chegue à convicção de que na realidade o suposto direito não existia. Agora, é evidente que pelo menos tem de haver elementos capazes, prima facie, de tornar razoável, aos olhos do juiz, a suposição da existência do direito – o fumus boni iuris” (ac. da 18ª Câm. do TJSP, de 16.3.87, nos embs. 89.820-2, rel. des. BENINI CABRAL; Adcoas, 1987, nº 115.982) (grifos nossos).

É exatamente sob essa ótica que o requisito do *fumus boni iuris* possui seu destaque, criando o verdadeiro liame subjetivo que associa o mérito do pedido principal (mérito primário) ao mérito da providência cautelar (mérito secundário), cuja absoluta coincidência – em casos flagrantemente excepcionais – pode vir, até mesmo (em situações limítrofes), a dar origem às chamadas medidas cautelares satisfativas¹⁴.

O *fumus boni iuris* – correspondendo exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade de efetiva existência do direito material reclamado (e não simplesmente, como deseja CAMPOS (1974, p. 132), “simples verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação” (que, em essência, se constitui numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, *a priori*, restringir)) –, ao lado do *periculum in mora*, se constitui, portanto, no próprio e específico conteúdo de fundo (coloquial e convencionalmente chamado de “meritório”) da providência cautelar (e da ação cautelar, em especial¹⁵), não podendo ser entendido, em nenhuma hipótese, apenas como simples condição específica da ação instrumental autônoma cautelar ou de seu substrato liminar, salvo quando o juízo valorativo dirige-se única e exclusivamente

¹⁴ *Fumus boni iuris* como elemento de ligação entre o mérito cautelar e o mérito da ação principal
É evidente que não estamos aqui a sustentar que o fundamento da pretensão cautelar seja exatamente o mesmo do fundamento material alegado pela parte. Mas, ao mesmo tempo, negar, por completo, qualquer relação entre os diversos fundamentos de ambas as pretensões (a principal e a cautelar) através do *fumus boni iuris* (liame subjetivo que incontestavelmente as une), como deseja Liebman (1968, p. 36), amparado na doutrina de Carnelutti – ao defender na providência cautelar a existência de uma “mera ação” à base de simples interesse e não de autêntico direito subjetivo (especialmente no caso das ações cautelares) –, é permitir negar a própria existência do requisito em questão (o *fumus boni iuris*) nas ações cautelares, como chegou a defender Campos (1974, ps. 128-132): “Se o processo cautelar tem por fim tutelar o processo, o que se acerta no seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao direito de ação, que não se confunde de forma alguma com o direito subjetivo material.”

¹⁵ Equivalência da sentença na ação cautelar à medida liminar nos writs constitucionais
Na verdade, a medida liminar em mandado de segurança, ação popular e ação civil pública é muito mais aproximada, em termos de equivalência à medida cautelar, insita na ação cautelar, do que propriamente, como supõem os menos avisados, equivalente à medida liminar prevista no art. 804 do CPC, cuja natureza jurídica é de simples antecipação da própria medida cautelar.
Não obstante a medida liminar, nas ações de rito especial que a prevêem, não estar associada a um processo autônomo – como a medida cautelar na ação com idêntica designação – a exemplo desta última, a medida liminar nos writs também possui um conteúdo meritório próprio e específico (cujo liame subjetivo que o associa com o mérito do pedido principal é exatamente o *fumus boni iuris*), considerando que muito embora esteja inserida no mesmo processo e, por efeito, na mesma ação, possui, em qualquer hipótese, em seu procedimento peculiar, um relativo e elevado grau de autonomia.

para os requisitos de concessão, e não para o seu conteúdo.^{16, 17}

“Tratando-se de medida cautelar, deverá ser a pretensão objetivamente razoável, dependendo da presença dos pressupostos especiais de periculum in mora e fumus boni iuris, sem o que faltará interesse para agir, impondo-se a extinção do processo por carência de postulação” (ac. unân. da 1ª Câm. do 2º TACivSP, de 1.6.88, na apel. 221.433-4, rel. juiz QUAGLIA BARBOSA; JTACivSP 11/382) (grifos nossos).

“...além das condições gerais, comuns a todas as ações – legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual –, as medidas cautelares devem ter duas outras condições especiais, o fumus boni iuris situado no campo da possibilidade jurídica e o periculum in mora situado no campo do interesse processual. (...) considerados o periculum in mora e o fumus boni iuris como condições especiais de admissibilidade da ação cautelar, ou como o próprio mérito desta, o que mais interessa é que não será tutela jurisdicional cautelar prestada, sem que tais requisitos estejam presentes” (do ac. unân. da 14ª Câm. do TJSP, de 29.12.86, na apel. 112.879-2, rel. des. MARCUS VINICIUS; RJTJSP 106/175) (grifos nossos).

2.3. Relevância do Fundamento do Pedido e Possibilidade Ampla de Concessão *Ex Officio* da Tutela Cautelar em Forma de Liminar

O direito positivo vigente explicita, de forma peremptória, o duplo fundamento da providência cautelar e, especificamente, os requisitos

¹⁶ Periculum in mora e fumus boni iuris como condições específicas da ação cautelar

Em sentido contrário, no que tange especificamente às ações cautelares, temos, entretanto, as seguintes opiniões: “as cautelares sujeitam-se às condições comuns a toda ação e subordinam-se a requisitos específicos consubstanciados no fumus boni iuris e no periculum in mora, gerando carência de ação a inexistência destas condições, a serem examinados ao prudente arbítrio do juiz” (ac. unân. da 2ª Câm. do TAMG, de 21.12.88, na apel. 42.409, rel. juiz Garcia Leão; RJTAMG 34 e 37/340; Adcoas, 1989, no 125.490) (grifos nossos).

¹⁷ Fumus boni iuris como condição específica e particular da ação cautelar

Digna de menção, entretanto, é a posição de Campos (defendida em parte por Theodoro Júnior) e assente com Castro Villar, para quem, “ao acertar o fumus boni iuris, o juiz acerta apenas a probabilidade e verossimilhança do pedido cautelar e não do pedido de fundo” (Castro Villar, 1971, p. 61).

Em suma, o requisito da ação cautelar, tradicionalmente apontado como o fumus boni iuris, deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal –, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direto ao processo principal a ser tutelado (Campos, 1974, p. 132).

É importante mencionar, a propósito, que, para estes autores, o fumus boni iuris é mera condição específica da ação cautelar, não se constituindo em mérito da mesma, o que nos remete a uma curiosa conclusão: a ação cautelar, embora possua pressupostos processuais e condições genéricas e específicas, não possui qualquer conteúdo meritório e, portanto, talvez nem “ação possa ser considerada”.

básicos da suspensão liminar do ato impugnado na ação mandamental, a saber: a) a relevância do fundamento do pedido ou a relevância dos motivos alegados (expressões sinônimas) e b) a irreparabilidade (ou, no mínimo, a extrema dificuldade de reparabilidade) futura do eventual dano produzido pelo ato impugnado, caso, mais tarde, fosse deferida a ordem (no julgamento da segurança vindicada), que seria, neste caso, totalmente inócua (porque extemporânea), ineficaz e inidônea para restabelecer o *status quo ante* (“Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.” – Lei nº 12.016, de 07.08.2009, art. 7º, inc. III).

No mesmo sentido, as leis anteriores de 1936 e de 1939 punham em relevo as condições em que seria concedida a liminar: “quando se evidenciar desde logo a relevância do fundamento do pedido, decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável do direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar preliminarmente sobrestar ou suspender o ato aludido” (Lei nº 191, de 16.1.36, arts. 8º, 9º); “quando se evidenciar a relevância do fundamento do pedido e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparável do direito do requerente, o juiz mandará, desde logo, suspender o ato” (Lei nº 1.608, de 18.9.39, art. 324, § 2º, que instituiu o CPC) (CRETILLA JR., 1980, p. 189)¹⁸ (grifos nossos).

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, entretanto, afastou quaisquer dúvidas a respeito, quanto à possibilidade ampla de o magistrado proceder *ex officio* na prestação da tutela cautelar, em forma de liminar, ao afirmar simplesmente que, “ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida” (art. 7º, inc. II). A nova Lei nº 12.016, igualmente, em seu art. 7º, inc. III, reforçou a mencionada tese jurídica.

¹⁸ É importante ressaltar que no regime de vigência da Lei nº 191, de 1936, a liminar era concedida tão-somente mediante iniciativa do impetrante (arts. 8º, 9º), considerando-se decisão ultra petita aquela que ordenasse a suspensão do ato, sem aquela solicitação da parte. O Código de Processo Civil de 1939, é interessante notar, prestigiava esse modo de considerar as coisas, ao preceituar que “o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido”.

É o magistrado, portanto, quem irá, em última análise, valorar o fundamento do pedido – como bem lembra CRETELLA JR. (ob. cit., p. 190) – ao apreciar o caso, em concreto, e julgar se o sobrestamento do ato impugnado é indispensável para que o deferimento extemporâneo da medida não se torne inócuo, ou ineficaz. A liminar não tem, portanto, de ser, necessariamente, objeto do pedido. Decorre da própria natureza do ato a ser desfeito. E quem decide isso é unicamente o juiz, *sponte sua*, dispensando a anterior necessidade inafastável de provocação pelo impetrante no *mandamus*.

O impetrante pode, como leciona CRETELLA JR., muitas vezes, nem atinar com a necessidade da liminar. O impetrante dá os fatos, assinala, ao mesmo tempo, a natureza lesiva do ato impugnado. Prova, documentalmente, o alegado. O juiz decidirá, em última análise, se o socorro é urgentíssimo ou apenas urgente¹⁹.

Não tem razão, portanto, SANTOS (1973, p. 158), quando diz que “a suspensão liminar do ato depende de requerimento da parte a ser formulado com a inicial, ou em qualquer fase do processo”.

Muito pelo contrário, a razão está, certamente, com a doutrina de NUNES (1956, p. 348), quando escreve que “a suspensão liminar está facultada ao juiz para que não se frustrate o direito reclamado, quando bem fundado o pedido, considerando ser esta uma apreciação em que o juiz terá que se mover necessariamente com certa liberdade.²⁰ Se for motivo de razoável receio que o mandado a ser ulteriormente concedido já se encontre irreparavelmente comprometido quanto ao direito reclamado – como no caso em que se desse posse ao funcionário nomeado, com preterição do impetrante –, é fato que a eventual irreparabilidade, ainda que relativa (porque menos atingido o impetrante do que o erário público que teria que suportar o ônus do pagamento dos funcionários) já seria razão suficiente para suspensão liminar”.

¹⁹ O exemplo do mandado de segurança se aplica, por perfeita analogia, aos demais casos de ação popular, ação civil pública e ação cautelar, esta última, inclusive, por específica disposição legal do CPC, interpretada por extensão quanto ao seu alcance.

²⁰ Concessão ex officio da tutela cautelar em forma ou não de medida liminar pelo juiz

Esta posição doutrinária, flagrantemente majoritária, segundo a qual a tutela cautelar, em forma de medida liminar ou não, pode ser concedida ex officio pelo magistrado, independentemente de provocação pelas partes, é importante lembrar, já foi por nós exaustivamente abordada no capítulo específico que trata do Poder Cautelar Geral e Genérico.

No mesmo sentido, SIDOU (1969, p. 347) esclarece que o fundamento é de ordem subjetiva e não processual. Postule ou não o queixoso a suspensão do ato lesivo, o juiz diligenciará nesse sentido, sob pena de, não o fazendo, esbarrar em casos diante dos quais sua sentença não terá razão de ser. “Será um julgamento vazio”.

Por efeito conclusivo, a apreciação do fundamento relevante é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a sinérgica operacionalização de um móvel capaz de – em conjunto com os demais requisitos indispensáveis ao deferimento da medida liminar – fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida liminar, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

“(...) A cautelar visa à segurança e não ao reconhecimento do direito” (ac. unân. da 7ª Câm. do TJRJ, de 21.5.85, na apel. 36.501, rel. des. GRACCHO AURÉLIO; RF 291/243).

“A medida liminar é provimento cautelar de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, inc. II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à administração. Preserva apenas o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnando” (MEIRELLES, 1988).

2.3.1. Relevância do Fundamento do Pedido, *Fumus Boni Iuris* e *Periculum in Mora*

A doutrina majoritária tem entendido que os requisitos para a suspensão liminar do ato impugnado no *mandamus*, consoante o art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/09, *verbis*:

“Art. 7º. Ao despachar a inicial o juiz ordenará:

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.” (grifos nossos)

se identificam perfeitamente com os pressupostos genéricos para a concessão da medida liminar, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como se depreende claramente da norma transcrita – art. 7º inc. III, da Lei nº 12.016/09 – a providência liminar visa a “paralisar a prática de ato lesivo até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário” (TEMER, 1989, vol. 14/15, p. 76) ou “a incolumidade da sentença” (SIDOU, 1980, nº 2, ps. 31-42) assegurando conseqüentemente “a possibilidade de satisfação a ser declarada em sentença, do direito do impetrante” (NUNES, 1956, p. 349) o que se constituiria visivelmente nos mesmos objetivos das medidas cautelares de modo geral (e, por efeito, seus requisitos seriam os mesmos).

“O problema do relacionamento da providência cautelar com o mandado de segurança não é propriamente de compatibilidade. Que esta existe, não resta a menor dúvida, haja vista a natureza essencialmente cautelar nas liminares próprias do mandado. A liminar aí funciona como autêntica cautela inibitória atípica, de enorme importância e extensão, como imperativo mesmo de caráter constitucional da segurança, inserida, como é, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Pode-se afirmar, pois, sem exagero, que a medida cautelar encontra no mandado de segurança o reconhecimento mais importante de sua imprescindibilidade, já que, na maioria dos casos, só através dela deixará de frustrar-se o direito subjetivo que a Constituição ampara com a ação de segurança contra os atos ilegais ou abusivos da autoridade pública” (LIMA, 1986, vol. 42, p. 7).

Quanto ao fato de ter a medida liminar em mandado de segurança, pelas suas próprias características e finalidades, a mesma feição nítida de igual providência em ação cautelar – nominada ou inominada, com as vantagens e ônus decorrentes do próprio ato, praticamente, ninguém tem qualquer dúvida.

A questão coloca-se exatamente em saber se o requisito da “relevância do fundamento do pedido” corresponde ou não exatamente ao *fumus boni iuris* – ou, até mesmo, em parte, ao *periculum in mora* – em qualquer medida liminar, presente indistintamente nos *writs* constitucionais ou mesmo na ação cautelar, na qualidade de antecipadora de tutela cautelar.

Embora estejamos – possivelmente pela primeira vez neste trabalho – em posição francamente minoritária, entendemos pela doutrina segundo a qual a “relevância do fundamento do pedido”²¹ constitui-se em um terceiro e autônomo requisito para o deferimento da medida liminar, tanto no mandado de segurança (disposição legal expressa) como na ação popular, na ação civil pública e na ação cautelar, perfazendo – em conjunto com o quarto requisito (a não-produção do *periculum in mora* inverso) – a segunda fase do juízo próprio de admissibilidade da medida liminar.

2.4. *Periculum in Mora Inverso*

Durante a segunda fase do exame do juízo de admissibilidade da medida cautelar, em forma de liminar ou não - ao lado do requisito da “relevância do fundamento do pedido” e, necessariamente, após a comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (relativos à primeira fase do exame do juízo de admissibilidade da medida)

²¹ Fundamento jurídico do pedido e fundamento relevante

Bezno (1982, vol. 31) traça um interessante paralelo entre o fundamento relevante, como requisito da liminar, e o “fundamento jurídico do pedido”, como um dos requisitos preconizados pelo art. 282 do CPC. O autor afirma que o fundamento jurídico nada mais é que uma relação de adequação lógica entre os fatos descritos e as conseqüências pedidas.

Quanto à relevância que se pode exigir desse fundamento jurídico, Bezno entende que ela consiste apenas na viabilidade aparente (e daí a confusão com o requisito do *fumus boni iuris*) de que os fatos descritos possam redundar na conseqüência pedida no *mandamus*. Exigir mais do que isto seria impor um prejulgamento do mérito da segurança, para a outorga ou não da liminar. Arrematando: relevante será o fundamento possível dentro do ordenamento jurídico, capaz de levar à conclusão pedida pelo impetrante.

Por fim, alerta o ilustre articulista que, presente essa relação de adequação entre os fatos narrados e a providência pedida, deve o juiz atentar muito mais para o *periculum in mora* sob pena de, em muitas circunstâncias, aniquilar o direito constitucional de defesa pelo *writ*.

-, resta o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso ou, mais especificamente, na sua “não-produção”, consistente, exatamente, no afastamento, por seu turno, da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação) contra o réu (impetrado ou requerido), como conseqüência direta da própria concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor (impetrante ou requerente).

“(...) considero, na verdade, que o periculum in mora existente no mandado de segurança não é uma via de mão única. O periculum in mora é uma via de dupla mão de direção. Há que se atentar que, à medida que possa existir o perigo da demora ao direito do administrado, muitas vezes pode concorrer o periculum in mora ao direito de administração” (BENZOS, 1986, ps. 117-118).

“Na concessão de liminar, pela ampla discricção com que age, deve o juiz redobrar de cautelas sopesando maduramente a gravidade e a extensão do prejuízo, alegado, que será imposto aos requeridos (...)” (ac. unân., da 1ª Câm. do TJRS, de 26.2.85, no agr. 584.044.135, rel. des. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO; RT 598/191).

Embora não se refira nominalmente ao *periculum in mora* inverso, sem a menor sombra de dúvida, salta aos olhos a competente afirmação assente com a doutrina - do ex-desembargador do TJRS e ministro aposentado do STJ, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, a respeito do tema e que traduz, com absoluta fidelidade, a essência deste quarto e não menos importante requisito, ainda que sem a expressa alusão ao seu *nomen iuris*.

“Vale colacionar no ensejo a norma do art. 401 do CPC de Portugal em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar ‘salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar’. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não-concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente perquirir sobre o fumus boni iuris, sobre o periculum in mora e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares)” (CARNEIRO, mar./jun. 1992) (grifos nossos).

No mesmo sentido, relaciona LACERDA (1998, v. III), tratando do Poder Cautelar Geral e afirmando a prudência com que deverá agir o juiz, no

que tange à observação do requisito do *periculum in mora* inverso: “as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre ínsito nas providências cautelares”, devem ser sempre observadas bilateralmente, eis que se encontra diretamente em jogo “o bom nome e até a seriedade da justiça”.

De forma inclusive mais contundente, adverte também ARAGÃO (1990, v. 42) que “há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar”.

A não-produção do denominado *periculum in mora* inverso, necessariamente implícito no próprio bom senso do julgador, portanto, desponta inegavelmente como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar, - a ser sempre e obrigatoriamente verificado, de forma compulsória -, uma vez que, em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte - mas tranqüila para outra - por uma nova que apenas invertesse a equação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames (até então inexistentes e por vezes até mesmo insuportáveis²²).

“Ação cautelar. Liminar. Cassação, pois que o fumus boni iuris e o periculum in mora militam, no caso, em favor da parte contrária. Se o fumus boni iuris e o periculum in mora militam em favor do requerido, dá-se provimento ao agravo para cassar-se a liminar deferida em favor dos requerentes.” (ac. 2ª T./TRF -1ª R., A.I. 91.01.06748-6/MG (u), rel. juiz HÉRCULES QUASÍMODO, DJ 13.4.92, Seção II, p. 9.112).

Por outro lado, a ausência de um estudo mais apurado sobre a efetiva presença dos principais requisitos autorizadores para o deferimento da medida liminar vindicada (relativo ao que entendemos por bem denominar primeira fase, ou seja, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*), além de um juízo reflexivo mais abrangente quanto à relevância do fundamento do pedido (relativo à chamada segunda fase ou fase subsequente da

²² Escolha na imposição do gravame à parte pelo julgador

O próprio princípio da imparcialidade do julgador jamais poderia licitamente permitir a “escolha” consciente da imposição de qualquer gravame a uma das partes, até porque este não é o verdadeiro objetivo do processo cautelar autônomo ou do procedimento cautelar em forma de liminar que visa exatamente a encerrar a eventual situação de risco, garantindo a certeza da decisão final e, por consequência, a efetividade da sentença.

avaliação), pode ensejar, por parte do magistrado, uma indesejável análise superficial da questão, conduzindo-o a um eventual e leviano deferimento da medida (que sempre sustenta caráter de absoluta excepcionalidade, ou seja, em caso de dúvida, quanto à efetiva presença dos pressupostos, a não-concessão da medida liminar deve ser a regra) em virtual prejuízo do próprio instituto cautelar, com flagrante resultado de desprestígio à justiça, em termos gerais, e ao Poder Judiciário, em particular, podendo até mesmo vir a constituir-se em instrumento capaz de produzir uma excepcional e teórica situação analógica de *periculum in mora* inverso contra a, em princípio, intangível acepção maior do Estado-juiz²³.

“A concessão, indiscriminadamente transformada em verdadeira benesse, vem retirando a seriedade do denominado remédio heróico, enfraquecendo o writ como remedium iuris excepcional, em desprestígio da própria justiça enquanto instituição. E, não raras vezes, após a concessão da liminar, o mandado não é provido, mas o fato já se tornou irreversível e consumado. A concessão de liminar há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. A concessão de liminar há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. A concessão indiscriminada de medidas liminares poderá levar ao referendo de caprichos e procrastinações, às vezes irreversíveis, com desprestígio do próprio Poder Judiciário (...)” (OLIVEIRA, 1988, p. 194) (grifos nossos).

²³ Condições fundamentais para a ampla aceitação do Judiciário pela sociedade LUHMAN (apud FALCÃO, 1992, p.7) aponta três condições fundamentais para o Poder Judiciário ser aceito pela sociedade: a) produzir decisões (sentenças); b) implementar decisões; e c) solucionar ou minorar, de forma real, o conflito aparentemente resolvido na sentença.

Embora a primeira condição pareça óbvia porque todos, aparentemente, vão ao Judiciário para buscar uma decisão (na realidade fática), esta condição preliminar não só não é óbvia, como ainda é de difícil operacionalização porquanto (talvez, até na maioria dos casos) os jurisdicionados não buscam no Poder Judiciário propriamente uma decisão e, sim, buscam, na maioria dos casos, evitar esta mesma decisão.

O aparente paradoxo, no entanto, é resolvido pela simples observação da prática judiciária do dia-a-dia. Por exemplo, quantas pessoas, de fato, preferem recorrer à Justiça, através de medidas cautelares (com previsão liminar), para, através, de pseudogarantias de fiança bancária, deixar, - ou pelo menos adiar sine die - de recolher importante volume de tributos ao fisco, sob os mais diversos argumentos que mais tarde - ou mesmo concomitantemente em processo equivalentes - são julgados improcedentes ou, na verdade, não possuíam qualquer chance real de êxito? Quanto inquilinos, segundo o próprio exemplo de FALCÃO (ob. cit.), preferem recorrer ao Judiciário a pagar o aumento do aluguel contratado, apostando num eventual acordo com o proprietário premido pela lentidão de uma solução final (ou de uma eventual anistia fiscal, no primeiro caso)? Portanto, nem mesmo podemos afirmar que a primeira condição para o Judiciário ser aceito pela sociedade encontra-se, de forma plena e absoluta, satisfeita.

2.4.1. *Periculum in Mora* Inverso e Grave Lesão à Ordem Pública

Não obstante ser considerada tradicional a nomenclatura grave lesão à ordem pública, consagrada pela redação do art. 4º, da Lei nº 4.338/64, *verbis*:

“Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e economia pública, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, poderá suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar e da sentença; dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato” (grifos nossos).

É importante advertir que essa expressão não é absolutamente sinônima do termo *periculum in mora* inverso (na qualidade de pressuposto fundamental para a concessão da medida liminar), guardando, na verdade, em relação a este, uma íntima relação de espécie e gênero.

Por efeito, o requisito da não-produção do denominado *periculum in mora* inverso abrange, em sua plenitude, o chamado risco de grave lesão à ordem pública (incluindo, neste último, a ordem administrativa em geral²⁴), sem, no entanto, esgotar o instituto, uma vez que, reconhecidamente, pode também existir a hipótese em que o gravame (ou prejuízo efetivo irreparável ou de difícil reparação) derivado do eventual deferimento da medida liminar (sobretudo como antecipação de tutela cautelar na ação própria), venha a atingir apenas um particular e, por consequência, um interesse eminentemente privado.

A conclusão, portanto, é no sentido de que o pressuposto genérico da não-produção do *periculum in mora* inverso (ou reverso) possui uma dimensão muito mais ampla que, necessariamente, transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por esta razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior.

²⁴ Ordem pública

Interpretando construtivamente e com largueza a ordem pública, o então presidente do TFR e posteriormente ministro do STF, JOSÉ NERI DA SILVEIRA, explicitou que “Nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas” (TFR, Suspensão de Segurança nº 4.405 - SP, DJU de 7.12.79, p. 9.221).

2.4.2. Das Divergências Perceptivas sobre o *Periculum in Mora Inverso*

Não obstante a mencionada consagração da expressão “*periculum in mora inverso*”, é importante ressaltar que muitos equívocos e uma certa incompreensão do novel requisito ainda continuam a existir no seio da nossa comunidade acadêmica.

Muito provavelmente, a confusão mais comum é exatamente a de não compreender que o *periculum in mora inverso* é precisamente a concepção reversa do mais importante pressuposto autorizativo para a concessão da tutela cautelar ou antecipatória, em forma de provimento liminar, ou seja, o “*periculum in mora*”.

Neste sentido, alguns articulistas tem apontado, em evidente equívoco, que o requisito negativo consubstanciado no *periculum in mora inverso* se traduz pela previsão original ínsita no art. 273, § 2º, do CPC (“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”) (CAMPOS, 2008; CHAVES, 2012; LEME, 2013), ainda que curiosamente, alguns autores aparentam, em suas respectivas dissertações, compreender a natureza intrínseca do *periculum in mora inverso* na qualidade de verdadeiro contraponto ao requisito básico e fundamental do “*periculum in mora*”.

“(...) situação em que há risco para ambas as partes, devendo o magistrado, nos moldes dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferir a potencialidade ou intensidade desses riscos para cada lado (...)” (LEME, 2013, p. 5)

Oportuno ressaltar que o instituto da Tutela Antecipada, de forma diversa da Tutela de Segurança Cautelar, possui, - além do requisito do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (ainda que com uma roupagem diversa²⁵)

²⁵ Muitas vezes têm sido confundidos os diferentes conceitos da verossimilhança da alegação (típico requisito autorizador para a concessão de tutela antecipatória) com o tradicional *fumus boni iuris* (relativo ao pressuposto para o deferimento de tutela cautelar). Se é certo que ambos os institutos processuais guardam suas indiscutíveis semelhanças, é igualmente correto afirmar que não são idênticos por outro prisma, não obstante algumas vozes discordantes neste particular.

“Verossimilhança nada mais é do que o velho e conhecido requisito do *fumus boni iuris*” (Adriano Perácio). Na verdade – através de uma arriscada simplificação –, seria razoável concluir que a verossimilhança da alegação (na qualidade de incontestado juízo de convencimento a ser procedido sobre o quadro fático apresentado pela parte) nada mais é do que um *fumus boni iuris* ampliado que melhor se traduz pela “semelhança ou aparência de verdade” do que propriamente pelo restrito conceito de “fumaça do bom direito”.

Essencialmente, trata-se de conceito menos abrangente do que o juízo amplo de possibilidade (veja a propósito maiores detalhes em nossa obra Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Antecipada e Tutela Específica. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002),

-, a necessária reversibilidade dos efeitos²⁶ do provimento antecipatório, ou, em outras palavras, o instituto da tutela antecipada além de possuir o impedimento relativo²⁷ da não produção do denominado *periculum in mora* inverso, também possui, em adição, o impedimento absoluto²⁸ quanto à reversibilidade do provimento antecipatório, não se confundindo, portanto, o primeiro, - simples contraponto do requisito básico do *periculum in mora* -, com o segundo, requisito expresso e específico vocacionado para as hipóteses de tutela antecipada.

Em qualquer hipótese, a verdade é, acima de tudo, que o requisito negativo do *periculum in mora* inverso é anterior ao próprio advento do

porém mais elástico do que o juízo próprio de probabilidade plausível, inerente ao requisito cautelar do *fumus boni iuris*.

²⁶ Segundo lições de DINAMARCO (1995, p. 176-177), “as medidas inerentes à tutela antecipada, como já tivemos a oportunidade de consignar têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.

Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). (Fala a lei em ‘irreversibilidade do provimento antecipado’, mas não é da irreversibilidade do provimento que se cogita. A superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou o julgamento de algum agravo, podem reverter o provimento, mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos).

Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.

Uma cautela contra a irreversibilidade reside na aplicação de regras inerentes à execução provisória das sentenças. O § 3º do art. 273 manda aplicá-las para impedir a alienação de bens do réu e para condicionar à prévia caução idônea o levantamento de dinheiro. Dita a reversão à situação anterior em caso de desfazimento do título executivo, aplicando-se também essa regra à execução antecipada. Mas, ao remeter-se somente aos incisos II e III do art. 588 do Código de Processo Civil, aquele § 3º exclui a exigência de caução para dar início à execução provisória. De todo o disposto no § 3º resulta, pois, que a execução provisória das decisões antecipatórias com caráter condenatório far-se-á sem prévia caução mas não chegará à expropriação de bens penhorados e, propiciando embora o levantamento de dinheiro, condiciona-o a caução. (Nesses casos, estando assim satisfatoriamente garantida a reversibilidade, inexistem males a temer. A lei deixou de fora qualquer disposição sobre a responsabilidade civil do exequente, mas resulta das normas gerais de direito privado que, se prejuízos houver, por eles responderá quem se valeu da tutela antecipada e depois se positivou que não tinha direito).

Cautelas análogas o juiz adotará em relação a qualquer outro direito cujo gozo autorizar por antecipação. Determinando-se a entrega de bem móvel, exigirá caução idônea que assegure a devolução. Se for entregue bem imóvel o risco é menor. O cumprimento das obrigações de não fazer poderá ser exigido desde logo quando a atividade vetada é contínua e assim for puramente pecuniário o possível prejuízo (exige-se caução, se for o caso). Sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o veto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que as concede, cabe ao juiz em cada caso impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu (cauções, etc.).”

²⁷ Necessário contraponto ao requisito do *Periculum in Mora* originário e, portanto, necessariamente adstrito aos efeitos colaterais que o mesmo possa vir a produzir.

²⁸ Impedimento autônomo que alude à necessária reversibilidade da antecipação dos efeitos jurídicos de natureza meritória (direito material).

instituto da Tutela Antecipada (1994) e alude, genericamente, nas palavras de FERRAZ, ao simples fato de que “a liminar não deve ser concedida se o dano resultante do deferimento for superior ao que se deseja evitar” (FERRAZ, 1996, p. 143).

“Havendo dúvidas objetivas sobre a localização efetiva da área ocupada, objeto de reintegração de posse, mais aconselha que se mantenha o status atual, afastando-se a demolição pretendida até que se ultimem as provas na ação de retomada, evitando o estabelecimento de periculum in mora inverso com a medida drástica referida” (TJSC; AI 222992 SC 2011.022299-2; Relator: Gilberto Gomes de Oliveira Julgamento; 2ª Câmara; 30/01/2012)

“Restando ausente a demonstração, de plano, da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, bem como presente o periculum in mora inverso, tendo em vista o caráter alimentar dos adicionais por serviços extraordinários devidos aos filiados ao Sindicato-réu, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada.” (STJ; AgRg na AR 4076 PE 2008/0209876-0; Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura; 23/02/2011; 3ª Seção; DJe 03/03/2011)

“(...) ‘O periculum in mora inverso e o princípio da proporcionalidade devem ser considerados, pois ‘há liminares que trazem resultados piores que aqueles que visam evitar’ (Egas Moniz de Aragão)’ (AI n. , Des. Newton Trisotto)”. (TJSC; AG 67784 SC 2009.006778-4; Relator: Luiz César Medeiros; 3ª Cam.; 12/02/2010)

Neste prisma analítico, sintetizou bem a noção conceitual de *periculum in mora* inverso CARPENA quando preconiza, de forma resumida, que “*periculum in mora* inverso, nada mais é do que a verificação da possibilidade de deferimento da liminar causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente; (...) nenhum magistrado deferirá uma medida *initio litis* se averiguar que os efeitos de sua concessão poderá causar danos nefastos e deverás mais violentos do que visa evitar.”

Em necessário reforço, o já citado CARNEIRO (1992) relembra, com mérita propriedade que “por vezes a concessão de liminar poderá ser mais gravosa ao réu que, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado perquirir sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado”.

Igualmente, DIAS (2005, p.55) reconhece, - inclusive citando este autor -, que “há setores na doutrina, contudo, que apontam para a necessidade de não gerar, a concessão, um efeito mais gravoso que o que se pretende evitar com a providência cautelar”.

E, continua o mencionado autor, afirmando que “essa posição se impõe, porque, em princípio, o que se busca tutelar é a eficácia da decisão de mérito, e não os interesses materiais das partes.”

“O escopo último da tutela cautelar é garantir a higidez prática da decisão judicial meritória, sendo em última instância, mais uma garantia assecuratória da efetividade jurisdicional que, por assim dizer, um modo de deferimento sumário e parcial da pretensão da parte. Embora não haja expressa previsão legal acerca do tema, a doutrina tem colocado em evidência que há a necessidade de garantia do tratamento isonômico das partes também no processo civil” (DIAS, 2005, p. 55)

Em idêntico sentido, SCHAEFFER MARTINS (2003, p. 77) pontua que:

“O princípio da igualdade integra o princípio do devido processo legal, pois preconiza pela igualdade formal perante o Juiz que torna concreta a norma legal e pela igualdade processual no interior do processo. Este princípio realiza-se com o tratamento paritário dos litigantes no processo.”

Prossegue DIAS (2005), ainda sobre o tema, que “se de fato é assim, não há como se pensar em uma tutela cautelar que acabe por produzir um efeito lesivo mais grave que aquilo que pretende evitar ou que simplesmente transfere de uma parte a outra o ônus conservativo decorrente da acautelamento da situação litigiosa. A situação de produção de efeito de maior gravidade do aquele que se pretende acautelar ou mera transferência constitui-se em inequívoca violação da isonomia das partes, sobretudo quando se leva em consideração que no âmbito cautelar não há espaço para a proteção dos direitos alegados pelas partes. Embora o fundamento constitucional seja evidente, não se deve deixar de considerar que o próprio sistema positivo estabeleceu meios de compensação dos riscos quando a decisão cautelar contiver risco de quebra da isonomia processual. Esses meios são desdobramentos do princípio da isonomia processual e que se convencionou chamar de procedimentos de contracautela.”

É, portanto, através do instituto da contracautela que é possível, pelo menos em tese, se estabelecer um mecanismo que se, por um lado, não afasta por completo o *periculum in mora inverso* na qualidade de requisito impeditivo para a concessão de providências cautelares ou antecipatórias, em forma de medida liminar, ao menos minimiza seus efeitos.

“Tais institutos autorizam que em determinadas hipóteses o juiz possa fixar um meio de garantia de não produção do risco, ou pelo menos, criar um meio de minimização do perigo por meio de uma salvaguarda de cunho patrimonial.” (DIAS, ob. cit.)

“Antecipando alguma vezes o resultado final do processo, a medida cautelar, ao mesmo tempo em que afasta o periculum in mora, pode trazer o risco de prejuízo para a parte que deve sofrer os efeitos dessa antecipação. [...] Em tais hipóteses, como observa Calamandrei, a caução funciona como cautela da cautela ou contracautela.” (MARQUES, 2000, p. 437)

Neste sentido, o já citado DIAS (2005) afirma também que “do mesmo modo, que está assente na mais moderna doutrina que não existe discricionariedade na oferta da proteção cautelar, quando verificar o juiz que a cautela ofertada induzir a situação mais grave que a originariamente reclamada, estará obrigado a exigir a prestação de caução ou outro meio adequado. Não se trata de um requisito genérico que deve ser avaliado pelo juiz no momento da concessão da tutela cautelar, mas a inversão do risco, gerando situação mais grave que a acatelandada demanda do juiz, com a finalidade de garantir a isonomia processual, a contracautela mais adequada. Admitir-se que possa o juiz determinar com a cautela ofertada situação mais grave ou apenas mero deslocamento subjetivo do risco, importaria em reconhecer a insubsistência do princípio da isonomia processual e tanto quanto isso desconfiguraria o caráter conservativo das ações cautelares. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as contracautelas típicas (art. 804 do CPC) são institutos relacionados ao processo cautelar, não se estendendo a ações especiais como, por exemplo, o Mandado de Segurança. Assim, por via de exclusão, fixou que essas medidas são pertinentes no âmbito cautelar sempre que verificados os seus pressupostos. Ainda mais especificamente quanto ao âmbito cautelar, contudo, o Superior Tribunal de Justiça assumiu posição de que estando presente o efeito mais grave decorrente da concessão da proteção

cautelar ou importando ela em mero deslocamento do risco é de se exigir a contracautela, não sendo, assim, mera faculdade judicial. Assim, a contracautela é vinculante ao juízo quando evidenciada a situação de inversão do *periculum in mora*.” (DIAS, ob. cit., p. 55/56)

“Tais institutos - as medida cautelares e as contracautelas - representam duas faces da mesma moeda; elas se complementam de tal sorte que a compreensão dos limites e alcance das medidas cautelares imbricase com a percepção das fronteiras e extensão das contracautelas”. (CAVALCANTE apud DIAS, p. 54)

2.4.3. Cautela e Contracautela

Muito embora as normas infraconstitucionais relativas às medidas cautelares, em termos gerais, e às medidas liminares, em termos particulares, disciplinem diversas sanções para os eventuais prejuízos provocados pelo deferimento da providência cautelar – desde que promovida de forma maliciosa ou por erro grosseiro pela parte vindicante –, nem sempre a indenização prevista na lei poderá alcançar a própria irreparabilidade de determinados danos importantes impostos ao requerido/impetrado (ou mesmo a terceiros) pela própria efetivação da medida.

“A concessão de liminar, inúmeras vezes, causa danos a terceiros, atingidos pelos efeitos da medida, o que empenha a obrigação de indenizar, se o impetrante agiu com culpa (A parte que, maliciosamente, ou por erro grosseiro, promover medida preventiva responderá também pelos prejuízos que causar) – CPC de 1939, art. 688, parágrafo único” (CRETILLA JR., 1980, p. 193).

Nesses casos – ou ainda nas situações em que os eventuais prejuízos não são indenizáveis por ausência dos requisitos para tanto –, nem mesmo a chamada caução em garantia ou contracautela, prevista em vários dispositivos da legislação infraconstitucional, especialmente o art. 804 do CPC/73 (e exigida ou não ao sabor do prudente arbítrio do juiz), pode ser indicada como efetiva solução ao problema que, por seu turno, somente poderá ser realmente evitado através da rigorosa observância do anteriormente mencionado requisito indispensável da não-produção do *periculum in mora* inverso.

“A contracautela não é conditio sine qua non do deferimento da medida liminar e sim providência destinada a evitar o periculum in mora resultante da concessão imediata da providência cautelar. Do contrário, acabariam neutralizados os efeitos das medidas liminares, ou se dificultaria demasiadamente sua concessão (...)” (MARQUES, 1976, p. 370) (grifos nossos).

É evidente, entretanto, que em certas situações a caução, ou contracautela exigida pelo julgador, perfaz-se em providência suficientemente eficaz para afirmar, em última análise, o difícil e almejado equilíbrio cautelar no processo em discussão, garantindo a plena viabilidade do mesmo, no sentido da efetividade final do *decisum* meritório objetivado; como também é verdade que, em certos casos, o deferimento da medida liminar a uma das partes não possui o condão de impor qualquer ônus excepcional à outra parte, mantendo o desequilíbrio original que se buscava corrigir com a concessão da medida.

Por todas essas razões, é importante entendermos que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada.^{29,30,31}

²⁹ É oportuno registrar o fato de que o condicionamento compulsório da liminar à caução prévia existe no direito alemão (§§ 921 e 936 do ZPO) e no argentino (art. 199 do CPC federal).

³⁰ É importante frisar que embora o Código de 1939 não cogitasse da caução como contracautela, a jurisprudência, durante sua vigência, passou a exigí-la, principalmente como condição de deferimento liminar da medida inominada da sustação do protesto cambial. Como se lê em acórdão da 5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, datado de 16.5.73, “o abuso dos pedidos de sustação, como meio de ganhar tempo para cobrir fundos bancários, insuficientes, prolongando a mora sem sanção, fez com que os magistrados passassem a exigir o depósito prévio da quantia objetivada, como meio de cortar os excessos” (RT, 456/122).

³¹ Conforme salienta Lacerda (ob. cit., ps. 345-346), caução constitui meio genérico de garantia. O Código usa a expressão “caução real ou fidejussória”, já empregada pelo Código Civil nos arts. 419 e 729, para abranger as duas espécies destacadas pela doutrina. Como exemplos de caução real, citam-se a hipoteca, o penhor, a anticrese e o depósito de títulos de crédito, equiparável a penhor pelos arts. 789 e segs. do Código Civil, bem como o de outros títulos e valores mercantis. Consideram-se também cauções reais os depósitos judiciais em garantia, feitos em dinheiro ou em outros bens móveis ou imóveis, embora não formalizados em penhor ou hipoteca. As cauções fidejussórias possuem natureza pessoal. Seu exemplo típico é a fiança, mas nelas incluem-se igualmente outros negócios jurídicos de garantia, como a cessão ou promessa de cessão condicional de créditos ou direitos de outra natureza.

Qualquer destas modalidades serve à contracautela, apesar de serem mais comuns e usuais a fiança e o depósito em dinheiro. A jurisprudência tem admitido, também, o depósito de mercadorias e o penhor (RT, 500/112 e 114).

Na caução do art. 804 deparamos com a interessante figura de cautela enxertada em cautela, por exigência de ofício do juiz (art. 797), sem audiência do requerido, de cujo interesse cuida-se. Não se confunde essa

“Caução fidejussória ou real é condição que fica a critério do magistrado que concede a liminar, já que o art. 804 do CPC encerra norma meramente facultativa e não imperativa” (ac. unân. 5.564 da 1ª Câmara do TJPR, de 10.3.87, no agr. 517/86, rel. des. OTO LUIZ SPONHOLZ; Adcoas, 1988, nº 116.596) (grifos nossos).

“Pelo art. 804 do CPC, a prestação de caução é ato que fica a critério do juiz (...)” (ac. unân. da 1ª Câmara do TJSC, de 8.11.88, no agr. 4.724, rel. des. PROTÁSIO LEAL; Jurisp. Cat. 62/204) (grifos nossos).

“(...) O instituto da caução tem por finalidade evitar o risco de abusos nas medidas cautelares, cuja concessão pertence exclusivamente à discricção do juiz. Assim como a concessão de medida cautelar sem audiência da parte contrária é faculdade que a lei concede ao juiz, da mesma forma a exigência de caução, ou dispensa, para a respectiva concessão liminar, fica exclusivamente ao arbítrio do magistrado, sem que se possa ter como ofensiva ao direito do interessado uma ou outra solução escolhida pelo julgador. (...)”

Desde que conscientizado da existência do bom direito em favor do autor e inexistindo risco de lesão grave e de difícil reparação, pode o juiz dispensar a caução, sem que sua decisão implique ofensa, ao direito da parte contrária” (do voto do juiz NEY PAOLINELLI, rel. do ac. unân. da 3ª Câmara do TAMG, de 25.11.86, no agr. 5.002; RJTAMG 29/73) (grifos nossos).

“A providência estabelecida no art. 804 do CPC, como contracautela eventual, representa mera faculdade atribuída ao julgador, a quem se reserva, no exame de cada caso concreto, prudência e discricção na avaliação da sua necessidade. O fato de o Código estabelecer a obrigação de indenizar por parte dos que sucumbirem nas medidas cautelares quando a execução destas possa causar prejuízo aos requeridos – art. 811, do CPC – não implica, necessariamente, o dever de o juiz sempre determinar a prestação de caução pelos respectivos requerentes” (ac. unân. da 4ª Câmara do 1º TACivSP, de 28.5.86, no agr. 357/84, rel. juiz JOSÉ BEDRAN; JTACivSP 99/161) (grifos nossos).

medida com as cauções do art. 799 e dos arts. 826 e segs. As primeiras resultam de providência inominada, não prevista em lei material, ao passo que as últimas constituem projeção processual das cauções prescritas ou autorizadas no direito material ou no contrato, como instrumentos de garantia em face de relações principais litigiosas. Por isso, bem andou o congresso de magistrados realizado em agosto de 1974 no Rio de Janeiro, quando concluiu que a caução do art. 804, porque prestada direta e imediatamente por ordem judicial, sem citação do réu, nada tem a ver com o procedimento cautelar de caução tratado pelos arts. 826 a 838.

3. CONCLUSÕES

A concessão da tutela de acautelamento, em forma de provimento liminar, tanto em mandado de segurança e nas demais ações que a admitem, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar, é medida de absoluta excepcionalidade e vinculação à presença de todos os pressupostos indispensáveis; o que inclui, - além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* -, a rigorosa observância quanto a não-produção do denominado *periculum in mora inverso* (além do requisito específico para a concessão de antecipações cautelares em forma de liminar prevista no art. 804 do CPC), sendo certo que a mesma jamais pode ser deferida (ainda que mediante caução) quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento.

Outrossim, resta importante consignar que a apreciação dos pressupostos autorizadores do provimento cautelar é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a operacionalização de um móvel capaz de fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida liminar, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

Cumprindo observar que o requisito genérico da não-produção do *periculum in mora inverso* (ou reverso), neste sentido, em necessário reforço argumentativo, possui uma dimensão muito mais ampla que necessariamente transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por esta razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior, o que importa concluir que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da

medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada, uma vez que não necessariamente tal possibilidade afaste, de forma derradeira, o obstáculo deste nível requisito negativo à concessão da medida acautelatória, em forma ou não de provimento liminar.

Abstract: This article analyzes the concept of *periculum in mora* in reverse (reverse) by examining, first, the requirements for granting Injunctive relief measures, namely, live and in the *periculum iuris facie* case. Then discusses the relevance of the merits of the request and the wide possibility of granting *ex officio* of injunctive relief in the form of an injunction, emphasizing the importance of identifying the substance of the application with *iuris facie* case and *periculum in arrears*. Subsequently, passes the specific study of *periculum in live* opposite, analyzing the relationship of this concept with the serious injury to the public order. Finally, appreciate the caution and *contracautela*.

Keywords: measures injunctions *periculum in mora*, *iuris facie* case, *periculum* lives in reverse or inverse, granting *ex officio* of injunctive relief, severe injury to the public order, *contracautela*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 1992.
- CASTRO VILLAR, Willard de. *Ação Cautelar Inominada*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. *Medidas Cautelares*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1968.
- Carlos Calvosa. *Sequestro Giudiziari*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII. Torino: UTET, 1960.
- Sidou, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 2a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- _____. Medida Liminar em Mandado de Segurança. Revista da Procuradoria do Estado do Ceará, Fortaleza: nº 2, 1980.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980
- LIEBMAN, Enrico Tulio, apud CASTRO VILLAR, Willard de. Medidas Cautelares. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.
- LOPES DA COSTA, apud THEODORO JR., Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: LEUD, 1976.
- REIS, José Alberto dos. A Figura do Processo Cautelar. Porto Alegre: Ajuris, 1985.
- THEODORO JR., Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: LEUD, 1976.
- CONIGLIO, Antônio. apud THEODORO JR., Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: LEUD, 1976.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III. São Paulo; ed. Forense, 2000.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. As ações cautelares e o novo processo civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- CARNELUTTI, Francesco. Direito e Processo. Napoli: Morano, 1958.
- CAMPOS. Ronaldo Cunha. Estudos de direito processual. Uberaba: Rio Grande Artes Gráficas, 1974
- CRETELLA JR., José. Comentários às Leis do Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. O mandado de segurança na doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1973
- NUNES, José de Castro. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956
- MEIRELLES, Hely Lopes. Do Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- TEMER, Michel. Mandado de Segurança: Cabimento da Medida Liminar Após a sua Denegação. Revista de Processo, São Paulo: RT, vol. 14/15, 1989.
- LIMA, Alcides de Mendonça. A Eficácia Temporal da Medida Liminar em Mandado de Segurança. Revista de Processo, São Paulo: RT, 1986, vol. 42.
- BEZOS, Clóvis. A Liminar em Mandado de Segurança, Limites à Discricionariedade do Juiz. Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba: Forense, 1982, vol. 31
- _____. Curso de Mandado de Segurança. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Liminares na Segurança Individual e Coletiva. Revista da AJUFE. Brasília: mar./jun. 1992.
- LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- ARAGÃO, Egas Moniz de. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 42, 1990.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Execução na Justiça do Trabalho. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.
- LUHMAN, Niklos, apud FALCÃO, Joaquim. Quem julga o Supremo? O Globo, Rio de Janeiro, 20 set. 1992, p.7
- FALCÃO, Joaquim. Quem julga o Supremo? O Globo, Rio de Janeiro, 20 set. 1992.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. 4.
- BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 5a ed., 1987.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de e FIGUEIREDO, Lúcia Valle et al. Curso de Mandado de Segurança. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.
- CAMPOS, Cynthia Amaral. Que se entende por “periculum in mora” inverso? Rede de Ensino LFG. Disponível em: < http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081211174513359&mode=print > Acesso em: 28/03/2014
- LEME, Fábio Ferraz de Arruda. Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar. DireitoNet. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferencas-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar> > Acesso em: 28 de março 2013
- CHAVES, Patrícia Mendes. Concessão da Tutela Antecipada e da Liminar na Ação Cautelar: Observância do Periculum in Mora Inverso. Monografia (Especialização). AMV Faculdade Integrada. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: < http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K221116.pdf > Acesso em: 28 de março 2013
- FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1996
- CARPENA, Márcio Louzada. Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20(4)%20formatado.pdf) > Acesso em: 28 de março 2013
- DIAS, Jean Carlos. Contracautela e “Periculum in Mora” Inverso: A Garantia da Isonomia no Processo Cautelar. Repertório de Jurisprudência IOB. São Paulo: IOB, 2ª Quinzena de Janeiro de 2005, nº 2/2005, Volume III
- SCHAEFER MARTINS, Juliano. Princípio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Editora Dialética, vol. 6, 2003
- MARQUES, José Frederico. Instituições do Direito Processual Civil. Campinas: Millenium, 2000. vol. V
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Renata Marques Osborne da Costa¹

1 INTRODUÇÃO

A exceção de pré-executividade é um meio de defesa na execução atípico. É atípico, pois não há previsão expressa no ordenamento jurídico processual brasileiro, sendo, em verdade, fruto de uma construção doutrinária, empreendida inicialmente pelo ilustre jurista Pontes de Miranda, posteriormente desenvolvida por outros autores e, inclusive, pela jurisprudência principalmente nos últimos anos.

Como dito, foi Pontes de Miranda quem discutiu expressamente, pela primeira vez, acerca da exceção de pré-executividade, não utilizando este termo literalmente, mas explicando a sua possibilidade como meio de oposição dentro da execução.

Tal explicação deu-se em parecer elaborado por esse jurista sob o título “sobre pedidos de decretação de abertura de falência, baseados em títulos falsos, e de ação executiva em que a falsidade dos títulos afasta tratar-se de dívida certa.” Esse parecer encontra-se na quarta série da coleção de livros chamada “Dez Anos de Pareceres”. É, precisamente, o parecer 95.

A sua consulta foi suscitada pela Companhia Siderúrgica Mannesmann que sofreu em Belo Horizonte e, posteriormente, no Rio de Janeiro, pedidos de abertura de processo de falência baseados em títulos falsos. Mesmo

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

com tais pedidos restando-se frustrados, ainda assim foram ajuizadas várias ações executivas pelos seus credores também fundadas em títulos falsos. No entanto, em uma dessas ações, intentada no Rio de Janeiro, a Companhia foi citada e no prazo de vinte e quatro horas, que era o prazo disposto no art. 299 do antigo CPC de 1939 (era o CPC vigente quando da feitura deste parecer) para que o executado citado pagasse sob pena de penhora, requereu a decretação da nulidade dessa citação, argumentando que os títulos seriam falsos. Tal questão suscitada não havia ainda sido decidida pelo Juiz.²

O objetivo deste artigo não é exaurir as controvérsias, que são inúmeras, relacionadas à exceção de pré-executividade. Mais precisamente, tentar-se-á fazer uma abordagem dos principais pontos que circundam este meio de defesa para possibilitar a sua melhor compreensão e aplicabilidade no âmbito do processo civil.

Mas, antes do famigerado parecer, é possível constatar que, bem antes na história, houve na legislação brasileira disposição expressa sobre esse instrumento de defesa. Primeiro, o Decreto Imperial n. 9885 de 1888 e, posteriormente, o Decreto n. 848 de 1890 que dizia respeito à Organização da Justiça Federal. Assim, tal decreto estabelecia para o processo de execução fiscal, que:

“Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta (...)” Eis aí a defesa sem embargos, sem garantia do juízo. Ainda o art. 201 admitia que: “A matéria da defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova da quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida (...)”, hipóteses essa que admitimos, como se verá adiante, como defesas intra-execução, sem embargos.”³

Vale destacar também o Decreto n. 5225, de 31 de dezembro de 1932, do Estado do Rio Grande do Sul que instituiu um instrumento de defesa na própria execução denominado de “exceção de impropriedade do meio executivo”.⁴

²PONTES DE MIRANDA. Dez Anos de Pareceres. 4a série. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1975, p. 126.

³MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do Executado: Exceção de Pré-executividade. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23.

⁴Idem.

Vê-se, com tais disposições, que é errôneo inferir que jamais houve regulamentação legislativa deste meio de defesa e que sua criação deu-se tão simplesmente com a elaboração do parecer de lavra de Pontes de Miranda.

2 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO PARECER DE PONTES DE MIRANDA

A importância desse parecer deveu-se, em verdade, à clara exposição desse jurista, pela primeira vez na história do direito processual, da possibilidade deste meio de oposição à execução, mesmo não havendo disposição legislativa para tanto no ano de 1966, ano este em que o parecer foi elaborado. Indubitavelmente, este parecer foi o estopim para a verdadeira utilização da exceção de pré-executividade como alternativa de defesa na execução sem a necessidade de garantia.

“Chamado a opinar, Pontes de Miranda, no memorável parecer, trouxe à luz considerações que até hoje sustentam o acolhimento pelos tribunais brasileiros da exceção de pré-executividade, bem como o uso cada vez mais comum entre os operadores do direito.”⁵

A questão que ronda em torno da admissibilidade de defesa no próprio processo de execução por Pontes de Miranda se refere precipuamente ao absurdo que seria em se atribuir ao juiz o poder de executar sem dar chance à pessoa, contra quem será expedido mandado de penhora, de alegar a falta de pressupostos para a executividade do título, como por exemplo, em caso de títulos falsos ou despídos de eficácia (assinado por outrem que tem o mesmo nome ou assinado em nome do demandado, sem que tivesse o subscritor poderes de apresentação ou de representação).⁶ Destarte, para Pontes de Miranda, a garantia, seja em forma de penhora, seja em forma de depósito, tão somente necessitar-se-ia para a oposição de embargos do executado. Todavia, para a oposição das exceções e preliminares relacionadas à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença tal garantia não seria um requisito necessário.⁷

⁵SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.1.

⁶PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 131.

⁷PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 132.

Com relação ao momento de oposição dessa exceção, Pontes de Miranda perfilha uma posição, digamos, peculiar. Segundo o mesmo, o que é declarável de ofício pelo juiz, portanto o que é objeto deste meio de defesa na execução, somente poderá ser suscitado entre o despacho inicial e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora. Dessa forma, o executado deveria atentar para o prazo do art. 299 do CPC de 1939, de modo que seriam nessas vinte e quatro horas que ele deveria opor essa exceção, a fim de que o juiz decidisse nela antes de haver a expedição de mandado de penhora.⁸ Ele alega também a possibilidade de oposição da exceção no momento em que o executado souber da remessa da petição ou do ato de distribuição. Desse modo, antes mesmo da própria feitura do despacho, poderia o executado alegar ao juiz que esse mesmo despacho, se proferido, seria injusto.⁹

Por derradeiro, vale extrair ainda do parecer do ilustre jurista que para ele a defesa do executado não se resume aos embargos do executado, assim, é plenamente admissível a oposição de todas as exceções processuais pelo réu ou executado.¹⁰

3 DEFESAS E CRÍTICAS QUANTO À POSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO DESTE MEIO DE DEFESA DO EXECUTADO

Um doutrinador que criticou veementemente a possibilidade de se opor exceção de pré-executividade foi Alcides de Mendonça Lima. Para tanto, foi consultado pela empresa COPERSUCAR e, assim, elaborou um parecer a seu favor em que a mesma figurava no polo ativo de um processo executivo cuja ação foi ajuizada em face da Central Paulista de Açúcar e do Álcool e seus sócios. O título executivo se referia a três notas promissórias, que constituíam objeto de garantia de um contrato acordado entre ambas as partes.¹¹ A COPERSUCAR alegava a exigibilidade de tais títulos, já que vencidos antecipadamente por causa da cláusula contratual. Por sua vez, a outra parte alegava que tais títulos não poderiam ser objeto da ação de execução.

⁸ PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 137.

⁹ PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 134.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p. 134.

¹¹ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.34.

Para Mendonça Lima, o processo de execução tem como característica precípua a prevalência do credor sobre o devedor. Sendo assim, para se opor à execução o devedor deve garantir o juízo, caso contrário o credor é que restaria prejudicado; outrossim, afirma não haver contraditório na execução, pois o título pressupõe que a discussão do mérito já foi esgotada nas vias ordinárias.¹² Assim, só caberia a ação de embargos do devedor para discutir a pretensão executória, nenhum outro meio de defesa seria permitido com esse intuito. Ademais, não haveria previsão legal expressa da exceção de pré-executividade. Para o mesmo doutrinador, a discussão que gira em torno da admissibilidade da exceção de pré-executividade tem intuito meramente acadêmico. Com suas palavras.

*A "tese de que questões ou exceções pré-executividade dispensam a penhora como antecedente necessário aos embargos do devedor, tratando-se de ação executiva fundada em título extrajudicial, é meramente acadêmica, podendo servir, por sua relevância (sic), como valiosos subsídios, contudo, para reforma do CPC"*¹³

Acresce também que a admissibilidade da exceção de pré-executividade tornaria os embargos do devedor uma ação inócua, pois, segundo o mesmo doutrinador, o devedor sempre arrumaria um argumento arduo para escapar da penhora.¹⁴ Vale a pena ressaltar que compartilha dessa mesma opinião Liebman, que também nega a viabilidade da exceção de pré-executividade, porquanto credor e devedor não estão em posição de igualdade e assim seria uma forma de ludibriar o próprio credor, ficando extremamente prejudicado.¹⁵

Diferentemente de Alcides de Mendonça Lima, Galeno Lacerda caminha na mesma direção de Pontes de Miranda no sentido de admitir a exceção de pré-executividade. Porquanto entende que em determinadas situações, como no caso do exame e do controle dos pressupostos processuais, não se faz necessária a prévia garantia do juízo para impugnar a execução. Assim, os embargos não são o único meio de oposição à execução. Todavia, diverge de Pontes de Miranda no que se refere ao prazo de oposição dessa exceção. Segundo este mesmo autor, a oposição da exceção de pré-

¹²SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. Cit., p. 35.

¹³Alcides de Mendonça Lima. Processo de conhecimento e processo de execução, p. 289 apud MOREIRA, Alberto Camiña.Op. Cit., p. 27.

¹⁴MOREIRA, Alberto Camiña.Op. Cit., p. 27.

¹⁵MOREIRA, Alberto Camiña.Op. Cit., p. 27.

executividade é admissível a qualquer tempo enquanto o processo perdura, já que não está sujeita à preclusão. Vê-se assim que, neste aspecto, se contrapõe a Pontes de Miranda que, como visto *supra*, alega ser admissível entre a citação e a expedição de mandado de penhora, que é expedido quando o devedor não paga ou não garante a execução.

Para Araken de Assis, a exceção de pré-executividade se configura como um meio endoprocessual de reação do executado à execução.¹⁶ Ademais, entende que a sua natureza jurídica não se resume a um incidente processual em que são introduzidas questões a serem decididas em um processo. Em verdade, vai muito além, reconhecendo-o como um verdadeiro meio de impugnação com o intuito de provocar a extinção da execução, renovando o próprio procedimento executório.¹⁷ Ademais, ressalta a sua admissibilidade, tendo em vista o fato de que, no projeto inicial do CPC de 1973, o único meio de impugnação admitido na execução eram os embargos os quais se restavam condicionados pela penhora ou depósito; no entanto, quando da sua oposição, o executado obtinha efeito suspensivo automático na execução. No entanto, como preleciona o processualista gaúcho “O depósito da coisa ou a penhora expressiva no patrimônio poderiam acarretar paralisação das atividades econômicas do devedor e outras consequências imprevisíveis.”¹⁸ Assim, tal previsão rígida no CPC poderia prejudicar sobremaneira aquele flagrantemente executado de maneira injusta. Daí revelar-se a exceção de pré-executividade como sendo um meio útil de impugnação endoprocessual.

Vê-se, assim, que o principal argumento que corroborava a admissibilidade da exceção de pré-executividade dizia respeito ao fato de que a oposição de embargos dependia necessariamente de garantia na execução, enquanto a exceção não. Todavia, nesse sentido, é preciso destacar que, com as Leis 11.232/05 e 11.382/06, que empreenderam a reforma da tutela executiva regida pelo Código de Processo Civil, tentou-se extirpar tal possibilidade de oposição da exceção de pré-executividade, já que conferiu, para a oposição de embargos, no caso da execução de título extrajudicial regido pelo CPC, a dispensa da exigibilidade de prestação de

¹⁶ ASSIS, Araken de. Manual de Processo de Execução. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1149.

¹⁷ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1150.

¹⁸ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1150.

garantia (art. 736, CPC); outrossim, inseriu um novo meio de oposição do executado, no caso da execução de título judicial, a saber: a impugnação do art. 475-L do CPC, a qual tentou-se assemelhar à EPE. Neste diapasão, vale a pena trazer à baila os argumentos expostos em um excelente artigo de Eduardo Talamini intitulado “A Objeção na Execução (Exceção de Pré-Executividade) e a Reforma do Código de Processo Civil”, que visam a refutar a assertiva de que a exceção de pré-executividade tenha se extirpado de uma vez por todas com a reforma da tutela de execução no CPC. A seguir, sistematizam-se brevemente os argumentos¹⁹, acrescentando-se alguns detalhes.

Primeiro, para a oposição de impugnação, diferentemente dos embargos do devedor, ainda faz-se imprescindível a penhora (art. 475-J, §1º, CPC). Desse modo, a EPE ainda funciona como alternativa de impugnação sem a necessidade de penhora na execução de título judicial, ou seja, na fase de cumprimento de sentença.

Segundo, a oposição de embargos ou de impugnação se sujeita a prazos, ou seja, é passível de preclusão temporal. Entretanto, como dito *supra* acerca da posição de Galeno Lacerda, que a doutrina majoritariamente acompanha, a oposição de EPE não está sujeita à preclusão temporal, assim as matérias em EPE podem ser alegadas a qualquer tempo, descartando-se obviamente aquelas que já foram objeto de embargos ou impugnação em que a demanda foi julgada improcedente por conta da formação da coisa julgada material.

Terceiro, na execução de título extrajudicial regida pelo CPC, o prazo de quinze dias para ajuizamento de embargos do devedor não começa mais da penhora, mas sim da juntada do mandado de citação (CPC, art. 738). Assim, pode-se muito bem intentar os mesmos e serem julgados sem haver qualquer constrição, ou melhor, penhora. Nesse caminho, é importante destacar deveras uma observação importante realizada neste mesmo artigo de Talamini, qual seja, a de que os ditos embargos à adjudicação, alienação ou arrematação previstos no artigo 746 do CPC, que não se confundem com os embargos do devedor, em uma interpretação sistemática desse mesmo artigo com o restante dos dispositivos do

¹⁹ THALAMINI, Eduardo. A Objeção na Execução (Exceção de Pré-Executividade) e a Reforma do Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 153, 2007, p.24-27.

ordenamento jurídico processual, podem ser opostos para alegar matérias supervenientes ao momento de oposição dos embargos do devedor. No entanto, não se mostra de todo razoável, em alguns casos, esperar a fase de expropriação para que só então se impugne a penhora. Como exemplo, cita-se o bem absolutamente impenhorável. Nesse caminho, a EPE pode mostrar-se como mecanismo útil para impugnar vício de penhora ou erro em avaliação quando já extinto o prazo para opor embargos à execução e não se quiser esperar pela oportunidade de oposição de embargos à adjudicação, alienação ou arrematação.

Quarto, em havendo matérias a ensejar a extinção da execução, demonstráveis de plano e que podem ser apreciadas de ofício pelo magistrado, tais como a alegação de falta das condições da ação ou de pressupostos processuais, não se mostra coerente instaurar um meio de oposição mais complexo, seja com os embargos, seja com a impugnação, para a alegação de tais matérias. Um requerimento na própria execução já basta por meio da EPE.

Ademais, convém destacar ensinamento do mesmo autor asseverando a permanência da EPE mesmo com a reforma da tutela de execução, com suas palavras:

Portanto, permanece existindo objeção na execução (“exceção de pré-executividade”). E nem poderia ser de outro modo. Não há lei que revogue a incidência na execução das garantias constitucionais do processo. Não há lei que revogue a inserção da execução na teoria geral do processo. A objeção na execução não é mais do que decorrência desses dois aspectos irrevogáveis.²⁰

4 QUESTÕES RELACIONADAS À SUA DENOMINAÇÃO

No tocante à nomenclatura utilizada para denominar este meio endoprocessual de oposição do executado de “exceção de pré-executividade”, há polêmica até hoje na doutrina. Isto se deve, pois tecnicamente tal expressão não é adequada para a denominação deste meio de oposição. Nesse sentido, Barbosa Moreira em um artigo denominado “Exceção de pré-executividade: Uma denominação infeliz”

²⁰THALAMINI, Eduardo. Op. Cit., p. 27.

faz um breve estudo panorâmico criticando veementemente tal expressão comumente utilizada pela doutrina e jurisprudência.

Assim, para o insigne processualista, a utilização “pré-executividade” não é plausível, pois tal meio não visa impugnar qualquer aspecto que preceda à executividade, isto é, ao processo e ao título executivo que caracterizam esta executividade. Em verdade, o executado busca negar a executividade do título ou que o processo não preenche os requisitos necessários para que detenha uma feição de executividade. Já no que se refere à “exceção” entende ser palavra equivocada, sendo amplamente utilizada para denominar “defesa”. Destarte, seguindo a classificação que há entre objeção e exceção, representando aquela as matérias apreciáveis *ex officio* pelo magistrado que independem de provocação de quaisquer das partes e a última concernindo às matérias que implicam no ônus da alegação a uma das partes, o autor chega à conclusão de que melhor seria utilizar “objeção” e não “exceção”, já que a imensa maioria das matérias é apreciável de ofício pelo magistrado. Portanto, em vez de ser denominado de “exceção de pré-executividade”, mais correto seria “objeção de não executividade”. A seguir, com suas palavras.

Mirando através do inoportuno biombo verbal, percebemos o que se quer sustentar aí: é que o processo, instaurado sob vestes executivas, não preenche os requisitos indispensáveis para usar essa indumentária; ou, em outra perspectiva, que o título apresentado pelo exequente não constitui passaporte regular para o ingresso na via da execução. Em palavras diferentes: o que se pretende é negar a executividade, aí, direitos de cidadania. Não se está pensando em qualquer coisa que a preceda, que lhe seja anterior. O que se pretende dizer, em última análise, é que ela, apesar das aparências, não existe.[...].²¹

Ora, das hipóteses que se apontam como suscetíveis de ensejar a reação do executado independentemente do oferecimento de embargos, a grande maioria consiste em defeitos que, segundo entendimento generalizado, o juiz, se os encontrar, deve levar em conta que são alegados. Assim, a inexigibilidade do título (por exemplo: a sentença, sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, não foi revista pelo tribunal), a ilegitimidade ativa ou passiva das partes, a cumulação indevida de execuções etc. Há

²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de Pré-Executividade: uma denominação infeliz. Informativo Semanal ADV/COAD, Maio/2000, p. 86.

*quem amplie, é certo, o rol das possibilidades, para admitir que o devedor impugne a execução sem embargá-la até em casos de feição diversa; mas para fundamentar o nosso argumento, basta considerar os que mais comumente se arrojam, e são, sem sombra de dúvida, os de possível conhecimento ex officio. Já é razão suficiente para que não se aplique indiscriminadamente a todo o gênero o nome de exceção.*²²

É importante destacar que Araken de Assis critica a própria posição daqueles que se insurgem à nomenclatura cedida, como Barbosa Moreira. Para ele, tal oposição não se justifica por três motivos, a saber: o primeiro deles concerne ao respeito à tradição, ademais há outras expressões no direito processual que não se critica tanto o rigor e, ainda assim, são utilizadas, muitas das vezes, não no sentido mais correto, a exemplo da palavra “jurisdição”. O segundo motivo é que não haveria tantas vantagens ao trocar tal nomenclatura e o terceiro é que a utilização da “exceção de pré-executividade” não seria tão imprópria assim.²³

No consentâneo a este derradeiro motivo, vale a pena afirmar que ultimamente tem-se alargado as matérias passíveis de alegação em exceção de pré-executividade. Se, inicialmente, o seu intuito era alegar matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado, tais como os pressupostos processuais e as condições da ação, que indubitavelmente constituem defesas de ordem processual, tem-se agora admitido a alegação de exceções substanciais as quais são vedadas ao juiz conhecer de ofício. Nesse ponto, confira-se lição de Ovídio Baptista.

*[..] Tem-se verificado, na verdade, que os limites de cognição do juiz da execução, que deveria limitar-se às defesas processuais, ou, como lhes chama o direito italiano, defesas contra os atos executivos e não defesas de mérito contra a execução, têm-se alargado para permitir que nos autos do processo executivo suscitem determinadas exceções que digam respeito ao meritiim causae.[..]*²⁴

Desse modo, admitindo-se a alegação de exceções substanciais que não conferem ao juiz a sua apreciação de ofício, cabendo à parte o ônus de sua alegação, é necessário inferir, no entanto, que, para que não haja

²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. Cit., p. 85.

²³ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1154.

²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. II.p.23-24.

uma deturpação no tocante a utilização da exceção de pré-executividade, deixando de ser uma via de oposição à execução excepcional para tornar-se num instrumento de uso indiscriminado, quando da alegação de tais matérias, não poderá haver dilação probatória ou, quando muito, admitir-se-á, tão somente, provas pré-constituídas, tais como provas documentais, passíveis de análise de plano pelo juiz. Este é inclusive o entendimento atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²⁵ É por isso que Araken de Assis afirma que a utilização do termo “exceção” em “exceção de pré-executividade” não seria de todo impróprio.

Alberto Camiña Moreira segue a mesma linha de Araken de Assis no sentido de que não é errôneo utilizar a nomenclatura “exceção de pré-executividade”. E traz um argumento bem interessante escorado em Salvatore Pugliati, no que se refere à justificativa no uso “pré-executividade”, de modo que “pré-executividade” não quer dizer:

*[...] por evidente, pré-processo de execução, o que representaria atividade extrajudicial, mas sim possibilidade de defesa antes da penhora, antes do gravame, antes da constrição, antes, enfim, dos atos marcadamente executivos. Esse o significado da expressão; mas é defesa intra-processo, evidentemente.*²⁶

Realmente, se pararmos para pensar nesse aspecto, a expressão “pré-executividade” se coaduna perfeitamente com o objetivo inicial de Pontes de Miranda, que em seu parecer preleciona que tal exceção deveria ser oposta no prazo que tinha o executado para pagar, que, no código de 1939, seria de vinte quatro horas, caso contrário estaria propenso a sofrer constrição de seus bens a partir da expedição de mandado de penhora. Entretanto, deve-se fazer a ressalva de que não foi Pontes de Miranda quem cunhou a expressão “exceção de pré-executividade”. E com relação ao vocábulo “exceção” teria um significado histórico, já que é da própria tradição designar qualquer defesa processual de exceção.

Nosso posicionamento, no consentâneo a esta tormentosa questão referente à nomenclatura, é de continuar a designar o meio de defesa, atípico, endoprocessual na execução de “exceção de pré-executividade”

²⁵ Cite-se alguns julgados: AgRg na MC 17355/PR; REsp 1078399/MA; AgRg no AREsp 268511/CE; REsp 863976/MG.

²⁶ MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 39.

cuja abreviatura é EPE. Isto se deve não porque particularmente concordamos com os juristas adeptos de que tal nomenclatura, mas mais precisamente porque é a expressão correntemente utilizada nos julgados dos tribunais inferiores e superiores e na doutrina. No entanto, fazemos a ressalva de que a crítica de tal denominação é sim importante, pois a precisão terminológica é assaz relevante para a correta aplicação de um determinado instituto jurídico. Outrossim, contribui em muito para uma melhor compreensão acerca da natureza deste meio de defesa, o que se demonstra saudável no estudo do Direito.

5 A EXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO E DE COISA JULGADA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Em um dos parágrafos anteriores já foi dito que não há estabelecimento de prazo para a oposição de EPE, ademais serve comumente para a alegação de matérias apreciáveis *ex officio* pelo juiz. Assim, não há que se falar que a EPE está submetida à preclusão temporal. Esse mesmo instrumento de defesa também não é suscetível de preclusão lógica, isto é, sua oposição é cabível independentemente se o executado praticou atos em contraposição à sua própria admissibilidade no processo. No entanto, como assevera Araken de Assis, é possível cogitar que a EPE se submeta à preclusão consumativa, de modo que, caso já tivesse sido oposta a exceção, não seria de todo razoável a oposição de uma nova exceção cujo objeto fosse o mesmo da exceção anterior já apreciada.²⁷

Nesse caminho, o autor possui toda razão! Se se entendesse o contrário, não se imporiam limites à própria oposição de exceções de pré-executividade em um processo, indo em contramão ao princípio da celeridade e economia processual, sobrecarregando desnecessariamente a máquina judiciária e prejudicando demasiadamente o credor, já que ensejaria o atraso na entrega da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, na própria satisfação do seu crédito que é o objetivo precípua da tutela executiva. Isto se deve, pois a oposição da EPE não gera o efeito de suspender o feito executivo, no entanto, por se configurar numa defesa endoprocessual, apreciável nos próprios autos do processo, é natural que

²⁷ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p.1159.

trave a marcha normal desse mesmo processo, ainda que indiretamente. Por isso é preciso criar mecanismos para evitar sua oposição deturpada e exagerada. Desse modo, admitir a preclusão consumativa em tal meio de defesa é um mecanismo útil para tal intento.

Tendo em vista ser a exceção de pré-executividade um verdadeiro meio de oposição do executado à execução injusta, inaugurando um incidente dentro do processo, a decisão nele proferida, depois de dada a possibilidade ao exequente de contraditar o que foi alegado pelo executado, em analogia ao art. 327 do CPC ²⁸, caso extinga o processo, consistirá em uma sentença suscetível de recurso de apelação, caso não, será uma decisão interlocutória suscetível de recurso de agravo.²⁹ A seguir, confira-se ensinamento de Humberto Theodoro Júnior.

*“Não provocando o surgimento de uma relação processual nova, diversamente do que se dá com os embargos do devedor, o julgamento da questão suscitada pela “exceção de pré-executividade” (rectius: “arguição de não-executividade”) nem sempre se dará por meio de sentença. Quando acolhida, para reconhecer o descabimento da execução forçada, a natureza do ato decisório será a de sentença (ato pelo qual se põe fim ao processo, julgando ou não o mérito da causa). Se, porém, a arguição for rejeitada, a hipótese será de decisão interlocutória (ato pelo qual se soluciona questão incidente, sem extinguir o processo). Na primeira hipótese, o recurso manejável será a apelação (art. 513), e, na última, o agravo (art. 522).”*³⁰

Neste diapasão, é possível inferir que, muito embora a doutrina seja unânime em conceber que a decisão em exceção de pré-executividade ao extinguir a execução é uma sentença, majoritariamente entende-se que esta sentença tem cunho meramente terminativo, já que a execução não é o meio adequado para se discutir a lide referente ao crédito, pois é destinada tão somente à satisfação do crédito pelo devedor. No entanto, em determinados casos, a extinção do processo por meio da apreciação

²⁸ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1160.

²⁹ ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 1161; SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. Cit., p. 80-81; LOPES, Mauro Luís Rocha. Processo Judicial Tributário: execução fiscal e ações tributárias. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 125.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor Diante do Título não Executivo, Fora Dos Embargos à Execução. Ações Autônomas e Arguição de Não-Executividade. Revista Dialética de Direito Processual, nº15, p. 51-52.

da exceção de pré-executividade pode julgar o mérito da demanda, e conseqüentemente, realizar coisa julgada material. É o caso da alegação de prescrição (CPC, art. 269, IV) ou de outra exceção substancial alegável por meio de prova pré-constituída, aferível de plano pelo Juiz. Portanto, não se pode generalizar tal entendimento, de modo a inferir que toda decisão em EPE extintiva da execução não aprecia o mérito e que, portanto, somente faz coisa julgada formal. Nem sempre isso acontece.

6 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto neste artigo em que, como afirmado no início, não se objetivou exaurir as discussões que gravitam em torno desse instrumento de defesa, mas apenas traçar um panorama geral acerca do mesmo; podemos, em suma, definir a exceção de pré-executividade como sendo um meio de defesa endoprocessual incidental e atípico à execução e, como tal, somente admitido em hipóteses excepcionais, a saber: para alegar matérias de ordem pública, tais como a falta de pressupostos processuais e das condições da ação, bem como matérias que não são de ordem pública, mas prejudiciais à própria pretensão executória, desde que se constituam por prova pré-constituída. Tal meio de defesa é atípico e excepcional, pois existem meios de oposição à execução expressamente previstos no ordenamento jurídico processual, a saber: a impugnação e os embargos do devedor. Assim, estes é que constituem os meios de oposição idôneos para se discutir a lide em torno da pretensão executiva via ampla dilação probatória.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Araken de. Manual de Processo de Execução. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de Pré-Executividade: uma denominação infeliz. Informativo Semanal ADV/COAD, Maio/2000.
- LOPES, Mauro Luís Rocha. Processo Judicial Tributário: Execução Fiscal e Ações Tributárias. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do Executado: Exceção de Pré-executividade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PONTES DE MIRANDA. Dez Anos de Pareceres. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A, 1975.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. V. II.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

THALAMINI, Eduardo. A Objeção na Execução (Exceção de Pré-Executividade) e a Reforma do Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 153, p. 11-32, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor Diante do Título não Executivo, Fora Dos Embargos à Execução. Ações Autônomas e Arguição de Não-Executividade. Revista Dialética de Direito Processual, no15.

Impressão e acabamento:
CPGRAF/SED
TRF 2ª Região

Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ www.trf2.gov.br/emarf

