

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 34

Nº 1 - Mai./Out.2021



João Barbalho Uchôa Cavalvanti
Ministro do STF


EMARF



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 34
Mai./Out.21

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 2021 - volume 34, n. 1
(mai./out.21)

Semestral

Disponível em: <<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 Marcus Abraham

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Estágios

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Marcello Granado

EQUIPE DA EMARF

Dalmo Rufino de Santana - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Sergio Mendes Ferreira

Silvia Regina Assenheimer

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

Conselho Editorial

Agostinho Teixeira de Almeida Filho, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador, Brasil

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

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

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

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

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

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

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

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

Augusto Guilherme Diefenthaler, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, 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, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

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

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, 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 - UFF, 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, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, 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, 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, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Pedro Marcos Nunes Barbosa, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Poul Erik Dyrlund, 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, Advogado, Brasil

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

Rodrigo de Souza Costa, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, 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, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Vice-Presidente

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Corregedor Regional

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Membros

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
A PRINCIPIOLOGIA COMPARADA, COMO FORMA DE APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA, NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ	13
Albertina Maria Anastácio	
PARA UM DIREITO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA.....	51
André R. C. Fontes	
DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR E GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES.....	59
Caio Gomes de Freitas	
O PROBLEMA DO MÉTODO NA PERÍCIA PSIQUIÁTRICA DO SERVIDOR PÚBLICO: QUAL RACIONALIDADE?	97
Cássio Benvenuti de Castro	
RELAÇÕES ENTRE SERVIÇOS DE STREAMING E DIREITOS AUTORAIS.....	125
Eduardo Miceli Fanti Fajardo	
A GOVERNANÇA GLOBAL EM TEMPOS DE ESTATALIDADE PÓS-CORONAVÍRUS.....	151
Guilherme Sandoval Góes e Cleyson de Moraes Mello	
UMA VISÃO SOCIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	163
Horácio Monteschio e Valéria Juliana Tortato Monteschio	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABORTO À ÉGIDE DO DIREITO COMPARADO	181
Luiz Eduardo C. G. Fernandes, Priscila Elise Alves Vasconcelos e Rogerio Borba da Silva	
DIREITO E JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DE HANS KELSEN	199
Marcos Carnevale	
A DEMOCRACIA ESTÁ EM CRISE?	211
Olivar Augusto Roberti Coneglian e Rogério Turella	
O TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO EM DECORRÊNCIA DA CONDIÇÃO MIGRATÓRIA EM MATO GROSSO DO SUL	223
Priscila Elise Alves Vasconcelos, Sanny Bruna Oliveira Fernandes e Waldemir de Souza Junior	

ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO E PODER DE POLÍCIA: O CASO DO NOVO CORONAVÍRUS.....	241
Rafael Carvalho Rezende Oliveira	
O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O MODELO CONTEMPORÂNEO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: POR UMA VISÃO INTERMÉDIA ENTRE PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS	257
Rafael Meireles Saldanha	
GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	277
Raissa Nunes de Barros	
TEORIA DA NORMA JURÍDICA.....	309
Reis Friede	
A VULNERABILIDADE JURISLINGUÍSTICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE SEMÂNTICO-PRAGMÁTICA À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR	331
Tadeu Luciano Siqueira Andrade	
DIREITO DE PROPRIEDADE E AS OBRAS DE GRAFITE	353
Tauanna Gonçalves Vianna	

APRESENTAÇÃO

É com renovada alegria que publicamos mais um volume da Revista a Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região.

Os trabalhos que compõem o volume nº 34 da Revista da Emarf reafirmam e consolidam a posição deste periódico como ferramenta de difusão do conhecimento jurídico, da pesquisa científica e do debate plural sobre as questões que envolvem o Direito e a Justiça.

Tanto assim que a presente edição traz artigos notáveis sobre temas contemporâneos, de relevância social, hermenêutica e jurídica, que transitam em diversas áreas do Direito, como Constitucional, Administrativo, Penal, Civil, e Consumidor, contribuindo para a propagação e o aprofundamento das discussões jurídicas dentro e fora dos Tribunais.

Agradecemos aos autores que colaboraram com nossa publicação e entregamos aos nossos leitores mais um exemplar com conteúdo de alta qualidade, esperando que a leitura seja útil à solução dos desafios cotidianos que são trazidos ao Poder Judiciário.

Marcus Abraham
Desembargador Federal
Diretor-Geral da Emarf

A PRINCIPIOLOGIA COMPARADA, COMO FORMA DE APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA, NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: O mundo jurídico, seja através da doutrina, seja através da jurisprudência, tem se utilizado da principiologia como fundamento para as questões jurídicas, no intuito de solucionar conflitos de interesses, nascendo cada vez mais, novos princípios de direito. Por conseguinte, urge o aprimoramento do estudo principiológico, no sentido de se aprofundar nos conhecimentos jurídicos sobre esses princípios, que norteiam o direito, para que nesse condão, o intérprete jurídico, tenha mais elementos para a sua sustentação jurídica na interpretação das leis. No tocante à hermenêutica jurídica constitucional, Canotilho a considera como um sistema aberto, por ser formado por regras e princípios. Segundo ele, se fosse formado somente por regras, o constitucionalismo embora alcançasse a segurança jurídica, seria fechado, prevendo todas as situações exaustivamente, obstaculizando que novas situações pudessem ser abrangidas no modelo jurídico. Da mesma forma, um sistema formado só por princípios, geraria insegurança jurídica, ante a imprecisão dos princípios. Cumpre ressaltar, por oportuno, que a principiologia jurídica tem sido utilizada como respaldo para a solução de questões jurídicas diversas. Desse processo hermenêutico, surgem novos princípios de direito, aprimorando ainda mais, o estudo e a aplicabilidade da principiologia às situações jurídicas.

¹ Doutoranda e Mestranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, um Programa em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

Palavras-chave: Principiologia Jurídica – Regras e Princípios – Processualística Civil Brasileira – Hermenêutica Jurídica.

THE COMPARED PRINCIPIOLOGY, AS A FORM OF APPLICATION OF LEGAL HERMENEUTICS, IN THE JURISPRUDENCE OF THE STF AND STJ

Abstract: The legal world, whether through doctrine or jurisprudence, has used principiology as a foundation for legal issues, in order to resolve conflicts of interest, with the birth of new principles of law. Therefore, there is an urgent need to improve the principled study, in order to deepen the legal knowledge about these principles, which guide the law, so that in this condition, the legal interpreter, has more elements for their legal support in the interpretation of the laws. With regard to constitutional legal hermeneutics, Canotilho considers it as an open system, as it is formed by rules and principles. According to him, if constitutionalism was formed only by rules, although it achieved legal certainty, it would be closed, providing for all situations exhaustively, preventing new situations from being covered in the legal model. Likewise, a system formed only by principles would generate legal uncertainty, given the imprecision of the principles. It should be emphasized, as appropriate, that the legal principle has been used as a support for the solution of different legal issues. From this hermeneutic process, new principles of law emerge, further improving the study and applicability of principiology to legal situations.

Keywords: Legal Principiology - Rules and Principles – Brazilian Civil Procedure – Legal Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

Ab initio, cumpre esclarecer que o presente trabalho trata da principiologia da justiça administrativa, analisando os princípios fundamentais e as regras gerais da jurisdição administrativa, que instruem a processualística civil brasileira.

O presente ensaio tem por escopo refletir a principiologia jurídica, como forma de hermenêutica jurídica, sobretudo diante dos conflitos entre normas, que insta do aplicador do direito, o sopesamento, através de um processo de interpretação jurídica sistêmico. Na esteira desse pensamento, a principiologia comparada irá atender sempre que possível o ideal de justiça e os valores sociais, como primados do direito, como expectativas do homem. A relevância desse estudo traça uma reflexão transformadora, ao refletir a Constituição como um sistema aberto e assim, aplicar ao direito, uma hermenêutica visionária de valores

sistêmicos, em que o Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) e o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) primam em seus julgados, fundados na principiologia jurídica, como dogmática estruturante e transformadora.

Insta ressaltar que as regras e os princípios auxiliam sobremaneira as instituições públicas e as suas políticas implementadas, objetivando a paz social e o desenvolvimento do próprio Estado Democrático de Direito, consagrado no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

2. FUNÇÕES DO JUIZ

A norma jurídica, a decisão ou ato são interpretados, pela confrontação do texto com os fatos relativos ao processo. É no momento da aplicabilidade da norma jurídica, que o magistrado a interpreta.

A interpretação jurídica se expressa como hermenêutica, quando tratada como ciência. Isto porque a interpretação jurídica é a explicação da norma jurídica, enquanto que a hermenêutica é a ciência da interpretação, onde são utilizados como instrumentos, as regras, os princípios, métodos próprios na arte de interpretar.

Garapon apregoa os seguintes ensinamentos, concernentes ao tema, qualificando o juiz, como pacificador das relações sociais, *in verbis*:

Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública, como por exemplo, a de prevenção da delinquência. Vimos psiquiatras e assistentes sociais serem processados por não denunciarem estupros ou maus-tratos à criança: até mesmo a abnegação não é mais fator atenuante. Isso acontece também na *vida privada*, a tal ponto que alguns chegam a falar, após a lei de 1975 sobre o divórcio, em “*ménage à trois*”. (GARAPON, 1999, p. 24)

Esse ilustre jurista apregoa, ainda, a relevância do papel do juiz, no contexto atual de Justiça que não se contenta mais apenas em dizer o que é justo, mas, inclusive, em conciliar e julgar, conforme se pode depreender, a seguir:

O apelo à justiça é de alcance *geral*: ninguém é intocável. A instituição judiciária parece ancorar-se num sentimento de justiça que as décadas de marxismo e de bem-estar previdenciário acabaram por adormecer.

[...]

Esta demanda de justiça é, enfim, *universal*, como demonstra a importância inédita que o crime contra a humanidade assumiu nos últimos anos.[...] A justiça não pode mais se contentar em dizer o que é justo, ela deve ainda instruir e decidir, aproximar e guardar distâncias, conciliar e resolver, julgar e comunicar. (GARAPON, ob. cit., pp. 24/26)

Nessa linha de pensamento, fica o questionamento: o juiz, então, pode tudo? Rigaux faz uma explanação quanto ao tema, pelo que se pode observar adiante:

Os juízes só exercem com moderação sua liberdade de interpretação, e foi isso que permitiu às teorias do direito mais influentes dar uma imagem tranquilizadora da “submissão do juiz à lei” ou do caráter excepcional dos “verdadeiros” problemas de interpretação, abusivamente limitados aos textos obscuros ou ambíguos.

[...] É por isso que os juízes só instituem uma trégua, uma superação fugaz dos conflitos, das antinomias, das intermitências interpretativas.

A moda do desconstrucionismo que sacudiu a crítica literária não poderia exercer os mesmos estragos no campo da interpretação jurídica em razão da qualidade de intérprete autorizado ou autêntico conferida aos juízes. Montesquieu teve razão em pensar que o poder destes últimos não era ameaçador, não que sejam apenas “a boca da lei”, mas antes porque as tréguas que conseguem impor são a todo momento rompidas. A “realeza” dos juízes é menos do que eletiva, é efêmera. [...]” (RIGAUX, 2003, p. 343)

Assim, o juiz moderno deve realizar a busca da verdade real, prolatando sentenças que retratem a verdade do processo, com o escopo de praticar a Justiça.

3. PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA

Os holofotes especiais existentes na pista de aviação de um aeroporto têm como função precípua iluminar o contorno da pista de voo, Nesse caso, o piloto não pode ultrapassar dos limites iluminados como pista de voo.

Figura 1: Luzes na pista



Fonte: Internet

Da mesma forma ocorre em relação aos princípios. Isto porque é através dos princípios que o legislador ou o julgador, na qualidade de intérprete da norma jurídica exercerá as suas funções dentro dos limites determinados pelos princípios de direito.

Figura 2: Colunas da Justiça



Fonte: Internet

Outra imagem que poderá representar o desenho dos princípios jurídicos é relativa às colunas de sustentação, uma vez que os princípios são colunas, nas quais se apoia a Justiça.

3.1. Regras Jurídicas

O homem é um ser social e precisa conviver em sociedade. As regras jurídicas se constituem num padrão de comportamento, viabilizando a vida social, fundadas em padrões éticos, devendo os indivíduos aceitá-las, em prol da boa convivência social. As regras não apresentam como dimensão, a possibilidade de serem aplicadas de forma mitigada ou ponderada, tendo em vista que devem ser aplicadas na totalidade ou não.

Em caso de conflito de regras jurídicas, a de maior peso será aplicada, em desfavor da outra. Ocorre, assim, antinomia jurídica, tendo em vista que a situação fática retira do sistema jurídico, uma das regras, por ser considerada sem validade. Hart ao explicar a teoria da prática das regras, esclarece:

[...] trata as regras sociais de um grupo como sendo constituídas por uma forma de prática social que abrange tanto modelos de conduta regularmente seguidos pela maior parte dos membros do grupo, como uma atitude normativa distinta em relação a tais modelos, a que chamei de “aceitação”. (HART, 1994, p. 317)

3.2. Princípios Jurídicos

O termo princípio significa começo, início. Mas, como sentido, de segunda ordem, se constitui em parâmetros fundamentais de uma estrutura de idéias ou normas, que através de um “pensamento-chave”, estrutura e organiza o próprio sistema jurídico, subordinando todos os outros conceitos. Segundo Ronald Dworkin, o princípio é uma exigência de justiça ou equidade:

Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Os princípios, ao contrário das regras, por serem revestidos de imprecisão, possuem como dimensão, a possibilidade de serem aplicados com mitigação ou ponderação de interesses. O juiz deverá aplicar os princípios, ao caso concreto, pela hermenêutica jurídica, esvaziando a subjetividade, ante as diretrizes valorativas encontradas nos princípios jurídicos. É mister esclarecer que conforme apregoa Larenz:

“Ao interpretar as leis (com vista à solução de “casos jurídicos), não pode descurar-se que nelas não se trata de um qualquer tipo de enunciados, mas de preceitos que hajam de ser seguidos, de bitolas de julgamento prescritas, em suma: de normas. (LARENZ, 1997, P. 297)

3.3. Regras e Princípios

Karl Ludwig von Bertalanffy, biólogo austríaco, desenvolveu a teoria geral dos sistemas (TGS). Um sistema é uma rede de elementos interligados voltados a um só objetivo. Essa teoria busca unificar as ciências naturais com as ciências sociais e assim, trata com sistemas abertos, em substituição ao pensamento ultrapassado da mecânica clássica, que se funda em sistemas fechados, que não sofrem influência, nem influenciam o meio-ambiente em que compõem. O modelo atual de pensamento científico está na linha da teoria geral dos sistemas, ante a amplitude de visão que essa teoria favorece, através de um processo sinérgico científico, pela sua interação de elementos, através de um intercâmbio infinito com o meio-ambiente.

Nesse pensamento sistêmico, Canotilho, em seu livro “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, considera o constitucionalismo como um “sistema aberto de regras e princípios” (p.1.146), esclarecendo, ainda, que as regras e os princípios são espécies do gênero norma (p. 1.144). Malgrado existam várias classificações concernentes às distinções de regras e princípios, Canotilho defende uma tipologia complexa, como critério diferenciador, na forma exposta adiante:

Tabela 1: Diferenças de Regras e Princípios (Segundo Canotilho)

DIFERENÇAS DE REGRAS E PRINCÍPIOS	
GRAU DE ABSTRAÇÃO	
Princípios: grau de abstração elevado	Regras: abstração relativamente reduzida
GRAUS DE DETERMINABILIDADE NA APLICAÇÃO DO CASO CONCRETO	
Princípios são indeterminados e precisam de intervenção do legislador ou do juiz para a sua aplicação = aplicação mediata	Regras são precisas e têm aplicação imediata
CARÁTER DE FUNDAMENTALIDADE NO SISTEMA DAS FONTES DE DIREITO	
Princípios fundamentais e estruturantes no ordenamento jurídico	Regras não são fundamentais

DIFERENÇAS DE REGRAS E PRINCÍPIOS	
PROXIMIDADE DA IDÉIA DE DIREITO	
Princípios <i>standards</i> juridicamente vinculantes à justiça (Dworkin) ou ao direito (Larentz)	Regras: vinculação com conteúdo moralmente funcional
NATUREZA NORMOGENÉTICA	
Princípios são fundamentos das regras: função normogenética (são a base ou a razão das regras)	Regras apresentam a <i>ratio</i> nos princípios

Fonte: Elaboração própria. Adaptação de CANOTILHO (1991)

Canotilho considera como sistema aberto por ser formado por regras e princípios. Isto porque se fosse só formado por regras, o constitucionalismo embora alcançasse a segurança jurídica, seria fechado, apresentando todas as situações de forma exaustiva, constituindo-se num óbice para que novas situações possam ser abrangidas no modelo jurídico. Da mesma forma, um sistema formado só por princípios, geraria insegurança jurídica, ante à imprecisão dos princípios.

As regras não podem ser ponderadas, precisam ser cumpridas, na forma em que foram prescritas. Os princípios não podem ser ponderados, por ocasião de sua aplicação. Assim, o sistema constitucional de um país, deve ser aberto, formado por regras e princípios.

Cumprir esclarecer que os princípios apresentam uma grande divisão, quais sejam, os hermenêuticos, já comentados anteriormente, e os de direitos, que são os que Canotilho diferencia das regras. Os princípios hermenêuticos têm função argumentativa, fornecendo subsídios de interpretação, em prol da integração jurídica. Já os princípios de direito, considerados como monovalentes, que Miguel Reale (2009) denomina em seu livro “Lições preliminares de Direito”, além de orientar a interpretação da norma jurídica, se constituem nos pilares do próprio ordenamento jurídico e assim, ditam preceitos para serem observados em cada sistema jurídicos, inclusive, na elaboração de novas normas jurídicas.

Canotilho estabelece a seguinte distinção para regras e princípios:

1. Regras

A distinção feita atrás entre regras e princípios é particularmente

importante em sede de direitos fundamentais. Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*).

[...]

1. Princípios

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica. (CANOTILHO, 1991, p. 1239)

3.4. Importância principiológica

Cumprido ressaltar, por oportuno, que a principiologia jurídica tem sido utilizada como respaldo para a solução de questões jurídicas diversas. Desse processo hermenêutico, surgem novos princípios de direito, aprimorando ainda mais, o estudo e a aplicabilidade da principiologia às situações jurídicas.

A principiologia moderna se desenvolve como ponto de referência para o direito, possibilitando ao estudioso do tema, interpretar a norma jurídica, com mais subsídios instrumentais para combater a subjetividade jurídica.

4. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Hans Kelsen demonstra a existência de uma passagem da teoria geral do Estado para a teoria da Constituição. No entanto, a obra de Carl Schmitt, denominada “Teoria da Constituição” (*Verfassungslehre*), em 1928, é considerada como a primeira sistematização relativa à teoria da Constituição, como um ramo próprio da teoria geral do direito público. Schmitt critica o positivismo jurídico em ter transferido as questões fundamentais do direito político para a teoria geral do Estado. Através de um paralelo entre as questões constitucionais, sob a visão do direito constitucional e a própria teoria geral do Estado, Schmitt busca demonstrar as diferenças e suplantando a divisão realizada pelo positivismo entre o direito constitucional, a teoria geral do Estado e a política.

No mesmo ano, surge ainda, a obra de Rudolf Smend, denominada “Constituição e Direito Constitucional” (*Verfassung und Verfassungsrecht*). Nesse trabalho, Smend desenvolve uma teoria da Constituição e apresenta a “teoria da integração”, como resposta ao positivismo jurídico. Bercovici (2004), citando Smend, esclarece que na teoria da Constituição de Smend, a Constituição traz um papel relevante, deixando de apresentar apenas um sentido “normativo” para ser “integrador”, devido aos seus valores materiais, em substituição à tradicional teoria geral do Estado:

A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, isto é, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a permanente reestruturação da realidade total do Estado: e a Constituição é o modelo legal ou normativo de determinados aspectos deste processo”. (Cf. Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 189).

No que tange ao direito constitucional brasileiro, com a positivação dos princípios do direito no texto constitucional, inexistente supremacia das leis, em relação aos princípios. Torna-se necessário ressaltar a inexistência de conflitos entre os princípios, mas muitas vezes, há um aparente conflito, devendo a decisão judicial ser analisada pela ponderação de interesses. Assim, ora poderá tender para um lado e ora, para outro, dependendo do contexto, qual seja, dos elementos do caso concreto para se verificar, pelo julgador, quais são os valores que devem ser protegidos, na referida situação fática. Dworkin leciona quando os princípios se inter cruzam:

Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. (DWORKIN, ob. cit., p. 42)

RIGAUX explica o método de ponderação de interesses, da seguinte forma: o método de ponderação de interesses é apresentado sob duas variantes: o *categorical balancing* e o *ad hoc balancing*. O primeiro é adotado pela Corte Suprema dos Estados Unidos e o segundo pelas jurisdições alemãs. Ele ressalta, ainda, que a Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) não se pronuncia, de forma explícita, sobre a escolha entre qual dessas variantes deve ser aplicada (RIGAUX, 2003).

A ideia de balanceamento tem as suas raízes na deusa Themis, a aclamada deusa da Justiça, na forma da balança que a deusa tem em suas mãos, para fins de sopesamento, como critério de julgamento; no caso, pela ponderação de interesses, na hora de julgar.

Figura 3: Deusa da Justiça



Fonte: internet.

Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas, a interpretação deverá ser à luz da própria Constituição, devendo ser respeitados alguns critérios, tais como, a prevalência da Carta Constitucional; a vedação do intérprete constitucional agir como legislador positivo; a conservação de normas jurídicas; dentre outros.

5. PRINCÍPIOS TÓPICOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, SEGUNDO CANOTILHO

J. J. Gomes Canotilho defende o catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional, como ponto norteador para o estudo da teoria da interpretação constitucional, nascedouro de uma hermenêutica concretizante (CANOTILHO, 1991):

5.1. Princípio da unidade da Constituição

O Princípio da Unidade da Constituição é orientador no sentido de que a Carta Maior deve ser interpretada como um todo.

O **princípio da unidade da constituição** ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma e a evitar contradições (antinomia, antagonismos) entre as suas normas. Como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “factor hermenêutico de decisão” o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio Democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local. (CANOTILHO, 1991, pp. 1207/1208)

Assim, a interpretação constitucional será globalizante, objetivando harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.

5.2. Princípio do efeito integrador

Quanto ao princípio do efeito integrador, Canotilho considera a necessidade da primazia aos critérios ou pontos de vista que favorecerão a integração política e social, além do reforço da unidade política, rumo a soluções pluralisticamente integradoras:

O **princípio do efeito integrador** significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. (CANOTILHO, 1991, p. 1208).

5.3. Princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade é também conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, que demonstra que a norma jurídica deve ter uma efetividade social bem ampla e que Canotilho apregoa que a preferência deve recair na interpretação que reconheça maior eficácia dos direitos fundamentais:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1991, p. 1208)

5.4. Princípio da justeza ou da conformidade funcional

O princípio da justeza ou da conformidade funcional tem por escopo impedir a alteração da repartição das competências previstas no texto constitucional, estando o intérprete da constituição impedido de perturbar o esquema organizatório-funcional, previsto na Carta Maior.

5.5. Princípio da concordância prática ou da harmonização

O princípio da concordância prática ou da harmonização, na análise de aparente conflito de princípios, impede o sacrifício total de um bem jurídico, em prol do outro, estabelecendo, assim, limites para uma harmonização ou concordância prática desses bens jurídicos analisados, de forma globalizante. Este princípio é muito aplicado, por ocasião da análise de conflitos de princípios, que englobem direitos fundamentais.

5.6. Princípio da força normativa da Constituição

O princípio da força normativa da Constituição concede primazia aos critérios que contribuem para a eficácia ótima da lei fundamental e tem por fito a hermenêutica, que por meio de uma atualização normativa, garanta a eficácia da norma constitucional. Pode ser observado, a seguir, julgado do Excelso STF, abrangendo os princípios da força normativa da Constituição e da máxima efetividade da norma constitucional:

Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Entidade fechada de previdência privada. Contribuição por parte dos empregados. Ausência. Imunidade tributária devida. Art. 150, VI, "c" da CF/88. Precedente. 3. Acórdão recorrido em conformidade com a

jurisprudência desta Corte. 4. A manutenção de decisões divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 5. Embargos de declaração rejeitados. (Ac. unânime da 2ª Turma do STF; Processo nº. 227001; Classe: RE-ED - EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: Relator(a) GILMAR MENDES)

5.7. Princípio da interpretação conforme a constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição apresenta dois enfoques: a abordagem referente à hermenêutica constitucional e a técnica de controle de constitucionalidade. A jurisprudência majoritária, do Excelso Supremo Tribunal Federal, criticada por vários doutrinadores equipara essas técnicas, ao demonstrar que a técnica da interpretação conforme a Constituição, na realidade, é considerada como um caso de declaração de nulidade, sem redução de texto e vice-versa.

De acordo com a técnica da declaração de nulidade/inconstitucionalidade, sem redução de texto, o Tribunal esclarece quais são as interpretações possíveis da suposta norma inconstitucional, gerando uma lacuna para as possíveis interpretações constitucionais. Nesse prisma, torna-se possível a análise da constitucionalidade de outras interpretações.

No que tange à técnica de interpretação conforme a Constituição, o Tribunal faz o caminho inverso, qual seja, estabelece qual a única forma constitucional de interpretação, sem abrir margem para um diálogo, no tocante às outras possíveis interpretações futuras; o que culmina na restrição do alcance da hermenêutica jurídica.

6. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

No tocante aos princípios processuais, cumpre ilustrar o presente trabalho, com alguns princípios processuais, norteadores da justiça administrativa, no âmbito da processualística civil, para melhor compreensão da temática.

6.1. Princípio da Efetividade da Tutela

O princípio da efetividade da tutela ou tutela efetiva gera uma proteção eficaz dos direitos e interesses legítimos, através de um processo equitativo

ou justo. Como princípios consecutórios, encontra-se a paridade de armas e a imparcialidade do juiz.

No estudo da processualística internacional, observa-se, que o Estado, sob a égide da democracia do direito, não se qualifica como hipossuficiente, precisando de prerrogativas processuais, como por exemplo, prazos diferenciados ou formas especiais de intimação. Por outro lado, as diferenças fundadas no direito material tendem a ter fundamentos, tais como ocorre no direito brasileiro, através da execução contra a Fazenda Pública, por exemplo. Dessa feita, vale citar o entendimento da Corte Especial do STJ, consoante se pode observar, a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO NÃO UNÂNIME. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530, DO CPC. DESCABIMENTO.

[...]

3. A nova reforma processual, inspirada no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, visou a agilização da prestação da justiça, excluindo alguns casos da submissão ao duplo grau e dissipando divergência que lavrara na jurisprudência acerca da necessidade de se sustar a eficácia de certas decisões proferidas contra pessoas jurídicas não consideradas, textualmente, como integrantes da Fazenda Pública.

4. A ótica da efetividade conjurou algumas questões que se agitavam outrora, sendo certo que, considerando que o escopo da reforma dirigem-se à celeridade da prestação jurisdicional, não mais se justifica admitir embargos infringentes da decisão não unânime de remessa necessária. [...] (Ac. unân. da Corte Especial do STJ, Processo nº 200602487512, ERESP nº 823905, Relator Luiz Fux, data da decisão: 04/03/2009, in DJE de 30/03/2009) (grifos nossos)

6.2. Princípio Inquisitivo

O princípio inquisitivo se caracteriza pela liberdade de iniciativa do magistrado, na busca da verdade real, independente da iniciativa das partes ou colaboração das mesmas, tanto no processo de instauração do processo, como no seu desenvolvimento.

ACÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA DE RECONHECIMENTO DE FILHO DIZ RESPEITO AO ESTADO E CAPACIDADE DO MENOR, SUBMETENDO-

SE AO PRINCÍPIO INQUISITIVO. NULIDADE DO PROCESSO DECLARADA DE OFÍCIO, POR NELE NÃO TER INTERVINDO EM 1ª INSTÂNCIA O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO (C.P.C., ART. 80, PAR. 2, C.C. ART. 84 E 80 PAR. 1, A). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELAS LETRAS A E D CONHECIDO PARA ANULAR O PROCESSO.

(Ac. unânime da 3ª Turma do STF. Processo nº. 60883; Classe RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a) AMARAL SANTOS; julgado em 27/09/1968)

6.3. Princípios do Dispositivo e da Verdade Real (ou da Livre Avaliação das Provas)

O princípio do dispositivo elucida que as partes são soberanas quanto às suas participações no processo, relativas ao início, desenvolvimento e fim da ação, podendo acordar, dispor, renunciar e o que mais se ofereça. Assim, o Poder Judiciário não pode julgar *infra*, *extra* ou *citra petita*, devendo apreciar a causa, na medida exata do pedido.

O princípio do dispositivo clássico (quanto à inércia do magistrado, por ocasião da produção da prova) é criticado, hodiernamente, posto que, uma democracia não pode permitir uma posição tão ortodoxa, diante da possibilidade da realização da justiça e da efetividade da tutela jurisdicional. Assim, depois de esgotadas as possibilidades das partes e sendo insuficiente a instrução probatória, o julgador deverá sair da sua posição de inércia e determinar a produção de outras provas, buscando a verdade real (princípio da verdade real ou da livre investigação das provas). Este é o entendimento consagrado no CPC brasileiro de 2015, conforme esclarecem MENDES, SILVA E ALMEIDA:

O dispositivo em comento trata dos poderes de instrução do juiz e, ao contrário da redação do CPC/73, que fazia referência a “provas necessárias à instrução”, o NCPC expressa que o juiz pode determinar, de ofício ou a requerimento da parte, as provas necessárias ao “julgamento do mérito”. O novo texto também impõe, expressamente, que a decisão judicial que indefere as diligências inúteis ou meramente protelatórias deve ser fundamentada, reforçando a observância do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais. (MENDES, SILVA E ALMEIDA, 2015, P. 238)

O CPC brasileiro adota o princípio do dispositivo, com flexibilização, aplicando-se, inclusive, os princípios do impulso oficial e da busca da verdade real, facultando ao juiz, a possibilidade de determinar a produção de provas ex

offício, em algumas circunstâncias, na forma do artigo 370, do CPC/2015: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” É bom frisar que a busca da verdade real deve ser com cautela, para não descuidar o princípio da imparcialidade do julgador e não fazer deste um investigador de fatos imprecisos ou inexistentes.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, PELA INSTÂNCIA RECURSAL DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. ARTIGO 370 DO CPC (130 DO CPC/73). POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ.

[...]

2. O juiz tem o poder de iniciativa probatória, inclusive para determinar a produção das provas que julgar necessárias à solução da lide. Esta prerrogativa pode ser utilizada em qualquer fase do processo. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 416.981/RJ, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 28.05.2014; REsp 382.742/PR, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 26.04.2006; AgRg no Ag 1.345.439/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 07.06.2011.

3. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”(grifos nossos)

4. Recurso Especial não conhecido. (Ac. unânime da 2ª Turma do STJ; Número 2019.01.51801-0; Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 1818766; Relator(a): HERMAN BENJAMIN; data de julgamento: 20/08/2019; data da publicação: 18/10/2019; in DJE de 18/10/2019)

O processo civil moderno busca a verdade real, no intuito de “fazer justiça”, como forma de efetividade da tutela, através de um processo equitativo. Deve ser ressaltado que processo justo demanda tempo razoável de tramitação, o que impede ao juiz de eternizar a busca da verdade real.

6.4. Princípio da Oralidade

Importa ressaltar que a oralidade contribui para que exista um processo mais democrático, humanizando a processualística como um todo. O sistema processual brasileiro adota o procedimento misto, no tocante à linguagem, utilizando a palavra escrita, embora com predominância, ao lado da falada, pelo que se pode depreender do acórdão do Excelso Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

PRINCÍPIO DA ORALIDADE - ECONOMIA PROCESSUAL. Tanto quanto possível, busca-se, com um mínimo de atuação judicante, a máxima eficácia das normas que compoem a ordem jurídica. Defrontando-se o Tribunal com reclamações que tem o mesmo objeto, a preferencia no pregao há de recair naquela de solução mais simples, isto consideradas as preliminares suscitadas. (Ac. unân. do STF; Processo Rcl- Reclamação nº 371; Relator Marco Aurélio)

6.5. Princípios da Publicidade e da transparência

Em regra, os processos são públicos e todos, inclusive, a imprensa podem ter acesso às audiências. No entanto, no intuito de salvaguardar o interesse público ou à própria privacidade das partes, em alguns casos, é possível ao magistrado decretar o sigilo de Justiça, quando se tratar, por exemplo, de causas que envolvam menores ou ainda, relativas aos segredos empresariais. Nessas situações fáticas, é possível ao juiz, decretar o sigilo de Justiça, vedando assim, a livre publicidade dos fatos e de peças, inseridos no processo. Mas, deve ser ressaltado que nessas situações, a publicidade continua existindo, embora mitigada, tendo em vista que será direcionada apenas, às partes do processo.

Cumpra esclarecer que caso o Magistrado se convença da necessidade de decretar o sigilo nos autos, a sua decisão precisa ser fundamentada, sob pena de nulidade processual, pelo descumprimento, inclusive, do princípio democrático.

A Constituição da República Federativa do Brasil apresenta no bojo do inciso IX, do artigo 93, uma garantia no que tange à publicidade dos atos processuais, alcançando qualquer pessoa, sob o prisma de que o processo é público, logo, qualquer um tem acesso aos autos, inclusive à documentação inseridas nesses. A jurisprudência do Excelso Pretório tem reiterado a relevância dos princípios da publicidade e da transparência, conforme se observa, a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. DISTINÇÃO ENTRE A DIVULGAÇÃO DE DADOS REFERENTES A CARGOS PÚBLICOS E INFORMAÇÕES DE NATUREZA PESSOAL. OS DADOS PÚBLICOS SE SUBMETEM, EM REGRA, AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. DISCIPLINA DA FORMA DE DIVULGAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI. PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O interesse público deve prevalecer na aplicação dos Princípios da Publicidade e Transparência, ressalvadas as hipóteses legais.

II – A divulgação de dados referentes aos cargos públicos não viola a intimidade e a privacidade, que devem ser observadas na proteção de dados de natureza pessoal.

III – Não extrapola o poder regulamentar da Administração a edição de portaria ou resolução que apenas discipline a forma de divulgação de informação que interessa à coletividade, com base em princípios constitucionais e na legislação de regência.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (grifos nossos)

(Ac. unânime do STF; Número 766390; Classe: RE-AgR - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI; data de julgamento: 21/08/2014)

6.6. Princípio da Celeridade

O processo está sob a égide da celeridade, como requisito de justiça e equidade, em prol da razoável duração do processo. O impulso oficial do processo assegura a tutela efetiva. Nesse sentido, é preciso estabelecer prazos, sejam eles legais ou judiciais ou peremptórios (ou legais). O juiz, ao analisar as peças dos autos, pode verificar que as peças foram apresentados de forma extemporânea; o que motiva a preclusão temporal; como também analisar se a argumentação das partes ou as provas contribuem ou não para por fim ao processo ou se constituem ou não em prova cabal para o feito, facultando ao juiz limitar a instrução probatoria, pelo princípio do livre convencimento do julgador. Cumpre transcrever jurisprudência do Excelso Pretório sobre o tema:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO TRIBUNAL DE ORIGEM. RETORNO À ORIGEM PARA TAL FIM. EXCESSIVO FORMALISMO. DISPENSA. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE NA TRANSFERÊNCIA DE AÇÕES PELO DEPOSITÁRIO. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. Embora não tenha havido juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, dispensa-se o retorno dos autos à origem para tal fim, por aplicação dos princípios da economia e da celeridade processual. A questão referente à responsabilidade pela transferência de ações pelo depositário a terceira pessoa é de natureza infraconstitucional. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ac. unânime da 2ª Turma do STF; Processo nº. 414461; Classe: RE-ED - EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): JOAQUIM BARBOSA)

6.7. Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório tem por escopo a igualdade das partes, daí, a preocupação legal com a paridade de armas, o devido processo legal, dentre outras; isto porque assegura tanto a prova ou mesmo, a contraprova; e o seu indeferimento se perfaz em cerceamento de defesa, no Estado Democrático de Direito. O magistrado pode postergar o contraditório, como no caso do deferimento de medidas urgentes, mas não pode deixar de conceder a oportunidade às partes de se manifestar ou contraditar, ou ainda, de fazer prova ou contraprova. Estas medidas urgentes são excepcionais e não descuram o princípio do contraditório, apenas o postergam. Cumpre reproduzir o julgado do Excelso Pretório sobre o tema, adiante:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PERDA DA GRADUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A perda da graduação pode decorrer de processo administrativo disciplinar, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. Tribunal de origem decidiu que houve contraditório e ampla defesa: impossibilidade do reexame das provas. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

(Ac. unânime da 1ª Turma do STF; Número 470546; Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): CÂRMEN LÚCIA; data do julgamento: 26.05.2009)

6.8. Princípio da dialeticidade recursal

O CPC, de 2015 apresenta como novo paradigma, a luta contra a jurisprudência defensiva, que se perfaz no excesso de formalidade abusiva, por parte dos Tribunais, para fins de conhecimento do mérito dos recursos processuais. Nesse giro, o mesmo CPC consagra a dialeticidade, que apresenta como origem o termo dialética, consubstanciando-se no processo argumentativo, em busca da verdade. Nesse segmento, o novo CPC atribui aos sujeitos processuais o ônus da dialeticidade. O magistrado tem o dever da fundamentação analítica, na forma da redação do inciso II, do artigo 489, do CPC/2015; assim como, as partes também são vedadas a fazer a mera indicação ou reprodução de um ato normativo, sem deixar de esclarecer sua relação com a questão a ser decidida, além de ser proibido o uso de conceitos jurídicos indeterminados sem explicitar o motivo concreto com a incidência do caso concreto.

O artigo 6º, do CPC/2015 consagrou um modelo participativo, em que o contraditório é uma garantia de influência e não-surpresa, conforme artigo 10, do mesmo Diploma Legal. O Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) vem consagrando o princípio da dialeticidade, para fins de admissibilidade recursal, pelo que se observa, a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO MINISTRO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. PORTARIA 399/2009. MAJORAÇÃO DO QUANTITATIVO DE VAGAS DO CARGO DE ANALISTA ADMINISTRATIVO VINCULADO À ÁREA DE CONCENTRAÇÃO ESPECÍFICA. PROCESSO CIVIL. FALTA INTERESSE PROCESSUAL DO IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 284 E 287 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. O princípio da dialeticidade recursal impõe ao recorrente o ônus de evidenciar os motivos de fato e de direito suficientes à reforma da decisão objurgada, trazendo à baila argumentações capazes de infirmar todos os fundamentos do decisum que se

pretende modificar, sob pena de vê-lo mantido por seus próprios fundamentos, a teor do que dispõem as Súmulas 284 e 287 do STF.

[...]

(Ac. unânime da 1ª Turma do STF; Proc. RMS 30842 AGR/DF; Ministro Relator Luix Fux; data de julgamento: 24.02.2017). (grifos nossos)

6.9. Princípio da Imparcialidade do Julgador

Cumpra ressaltar que, de um lado, as partes têm o direito de exigir um juiz imparcial, devendo o magistrado se colocar entre as partes e acima delas, tratando-se de garantia de justiça para as partes; de outro, o Estado, no exercício da jurisdição, tem o dever da imparcialidade, para prestar uma tutela efetiva. Deve ser lembrado que o princípio da boa-fé é relativo à lealdade tanto do magistrado, quanto das partes e dos demais auxiliares da Justiça, tais como, servidores, peritos, contadores, dentre outros. Nesse sentido, julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), *in verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA E BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. ARTIGO 130 DO CPC DE 1973 (ARTIGO 370 DO NCPC).

[...]

2. O que não se revela possível é o julgador suprir a deficiência probatória da parte, violando o princípio da imparcialidade, mas, por óbvio, diante de dúvida surgida com a prova colhida nos autos, compete-lhe aclarar os pontos obscuros, de modo a formar adequadamente sua convicção, devendo, contudo, ser assegurada a garantia do contraditório.

[...]

(Ac. unânime da 4ª. Turma do STJ; Número 2015.01.84843-3; Classe: INTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 753810; Relator(a) LUIS FELIPE SALOMÃO; data de julgamento: 16/08/2016; data da publicação: 23/08/2016; in DJE de 23/08/2016)

6.10. Princípio da Boa-Fé e da Lealdade Processual

A má-fé se constitui em condutas que demonstram por exemplos, a prova “inventada” ou fraude processual, dentre outras, considerando a redação do artigo 80, do CPC.

Por sua vez, o Excelso Pretório apresenta julgados sobre o tema, pelo que se pode compreender, adiante:

PETIÇÕES E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. MERA REDISSCUSSÃO DO QUE JÁ DECIDIDO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA-PETITA. ARGUMENTAÇÃO DE OMISSÃO E INEXATIDÃO MATERIAL QUANTO A QUESTÕES POSSESSÓRIAS. ADSTRIÇÃO AO OBJETO DO JULGAMENTO, CONFORME FIXADO NA APRECIAÇÃO DE QUESTÃO DE ORDEM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. PETIÇÕES E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. O processo como instrumento técnico e ético é informado pelo princípio da boa-fé, que impõe às partes atuarem com lealdade processual em relação ao ex adversus e ao juízo.

2. Em consectário do princípio da lealdade processual, não se revela legítima a guarda de trunfos no afã de deter o resultado do processo, omitindo-se quanto à suposta nulidade, para utilizá-la em momento que julgar oportuno, de modo a acarretar o prejuízo dos atos processuais praticados, em afronta à preclusão.

[...] (Ac. unânime do Pleno do STF; Número 312; Classe: ACO-ED - EMB. DECL. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA; Relator(a): LUIZ FUX; data de julgamento: 07/10/2015)

6.11. Princípios da Economia Processual

Quando se analisa a processualística processual, importa considerar a relevância no equilíbrio do binômio custo-benefício, sendo vedada a existência de sacrifícios exagerados, no tocante aos bens materiais e imateriais, objetos do processo, devendo existir sempre uma proporção entre os fins e os meios. O princípio da economia processual estabelece a necessidade do resultado máximo no processamento da ação, com um mínimo de atos jurisdicionais; através de

um processo que apresente de forma razoável, tanto o seu custo, quanto à sua demora para a entrega da prestação jurisdicional estatal. Nesse sentido, insta mencionar o julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a seguir:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DÉBITOS CONDOMINIAIS. INCLUSÃO DAS COTAS CONDOMINIAIS VINCENDAS. POSSIBILIDADE.

1. Ação de execução de título executivo extrajudicial, tendo em vista a inadimplência no pagamento de cotas condominiais.

[...]

4. O art. 323 do CPC/2015, prevê que, na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las.

5. A despeito de referido dispositivo legal ser indubitavelmente aplicável aos processos de conhecimento, tem-se que deve se admitir a sua aplicação, também, aos processos de execução.

6. O art. 771 do CPC/2015, na parte que regula o procedimento da execução fundada em título executivo extrajudicial, admite a aplicação subsidiária das disposições concernentes ao processo de conhecimento à lide executiva.

7. Tal entendimento está em consonância com os princípios da efetividade e da economia processual, evitando o ajuizamento de novas execuções com base em uma mesma relação jurídica obrigacional. 8. Recurso especial conhecido e provido. (Ac. unânime da 3ª. Turma do STJ; Número 2018.01.89712-8; Classe RESP - RECURSO ESPECIAL – 1756791; Relator(a): NANCY ANDRIGHI; data de julgamento: 06/08/2019; data da publicação: 08/08/2019; in DJE, de 08/08/2019)

6.12. Princípio da Instrumentalidade das Formas

O princípio da instrumentalidade das formas instrui pela forma específica dos atos processuais, quando prevista por lei; forma essa tanto externa, quanto relativa ao conteúdo do ato processual. Malgrado a previsão da forma, se o ato processual for realizado em outro formato, o juiz poderá reconhecer a validade desse ato, desde que, atingida a sua finalidade essencial, bem como,

se não houver prejuízo para as partes. Assim, a regra é a adoção do princípio da liberdade das formas ou princípio da informalidade, que defende a prática do ato processual, sem forma específica, cabendo a anulação do ato processual, somente quando prevista em lei e praticado sem a forma legal prevista. Nesse sentido, julgado do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF), adiante:

Agravo regimental em agravo de instrumento.

2. Correção monetária nas contas do FGTS. Matéria assentada na jurisprudência desta Corte. RE 226.855. Recursos subseqüentes. Princípio da instrumentalidade. Adoção do que decidido no precedente, independentemente dos requisitos de admissibilidade recursais. Improcedência. Desrespeito às normas processuais e ao texto constitucional. 3. Decisão agravada que, na análise do caso concreto, adotou as orientações firmadas pela jurisprudência da Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Ac. unânime da 2ª Turma do STF; Número 400287; Classe: AI-AgR - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Relator(a): GILMAR MENDES; data de julgamento: 12/11/2002)

6.13. Princípio do não prejuízo ou princípio do prejuízo

No tocante ao princípio **do não-prejuízo ou princípio do prejuízo**, para que haja nulidade processual, é mister a comprovação de prejuízo para as partes, sendo que de acordo com a norma preceituada pelo parágrafo primeiro, do artigo 282, do CPC brasileiro, *in verbis*: “Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.” Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido, conforme julgado infracitado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INOCORRÊNCIA. AJUSTE NA APLICAÇÃO JURÍDICA DAS SANÇÕES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. HISTÓRICO DA DEMANDA

[...]

7. É assente no STJ que só se declara a nulidade de atos processuais caso verificada a ocorrência de efetivo prejuízo a uma das partes, o que não se observa no presente caso, como expressamente consignado no acórdão recorrido.

[...]

9. O reconhecimento de eventual nulidade processual exige a comprovação de prejuízo à defesa, o que, no presente caso, não foi constatado pelas instâncias de origem, atraindo a incidência do **princípio pas de nullité sans grief, em observância ao princípio** da instrumentalidade das formas no âmbito do direito processual. Nesse norte: AgInt no REsp 1.621.949/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/2/2017; AgRg no AREsp 661.165/RJ, Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27/2/2018; AgRg em AREsp 426.672/RJ, Ministro Herman Benjamin, DJe 5/6/14; AgRg no AREsp 235.365/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/12/2013; REsp 1.199.244/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 3/10/2011. RECURSO ESPECIAL DO INSS.

[...]

(Ac. unânime da 2ª. Turma do STJ; Número 2019.00.54600-8; Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 1801503; Relator(a): HERMAN BENJAMIN; data de julgamento: 13/08/2019; data da publicação: 05/09/2019; in DJE de 05/09/2019)

6.14. Princípio da Convalidação

O princípio da convalidação, fundado no interesse de agir da parte, está previsto na redação do artigo 278, do CPC, *in verbis*: “Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.” A aplicabilidade principiológica, em comento, é concernente a alegação de vícios, pelas partes, que lhe possam a vir lhes causar prejuízos diversos, a serem apontados, na primeira ocasião em que vierem a “falar” no processo, sob pena de preclusão, ficando sanada a possível nulidade, em homenagem ao princípio da economia processual. Cumpre transcrever julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), concernente à temática, adiante:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENQUADRAMENTO DE PROFESSORA DO ESTADO DE TOCANTINS, COM BASE EM ASCENSÃO FUNCIONAL. LEI ESTADUAL DE TOCANTINS 351/92, POSTERIORMENTE REVOGADA. NORMA INCONSTITUCIONAL. ATO PRATICADO SOB OS AUSPÍCIOS DO ENTÃO VIGENTE ESTATUTO DO MAGISTÉRIO DO ESTADO DE TOCANTINS. PREPONDERÂNCIA DO **PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOABILIDADE. CONVALIDAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS.**

SERVIDORA QUE JÁ SE ENCONTRA APOSENTADA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado, e na convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas consequências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação.

[...]

3. O poder da Administração, destarte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo ou a convalidação dos efeitos jurídicos, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

[...] (Ac. unânime da 5ª Turma do STJ; Número2007.01.30492-7; Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 24339; Relator(a): NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; data de julgamento: 30/10/2008; data da publicação: 17/11/2008; in DJE de 17/11/2008)

6.15. Princípio da Causalidade

O princípio processual da causalidade estabelece que por ocasião da anulação de um ato processual, todos os demais subseqüentes, praticados no processo e dependentes do ato anulado, deixam de gerar efeitos, nos termos do artigo 282, do CPC. Isto porque a regra é “salvar os atos processuais ao máximo”, com arrimo na regra da invalidade derivada, anulando-se somente os atos contaminados, quais sejam aqueles dependentes do ato processual anulado, pelo que se pode depreender pela redação do artigo 281, do CPC: “Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subseqüentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.” Nesse sentido, julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a seguir:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. HONORÁRIOS RECURSAIS.

CABIMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não tendo havido, mesmo após a interposição de aclaratórios, pronunciamento do Colegiado estadual acerca da suposta afronta ao art. 85, § 10, do CPC/2015, incide na espécie o enunciado n. 211 da Súmula do STJ, ante a ausência do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais.

2. O prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 do CPC/2015, só é admissível quando, após a oposição de embargos de declaração na origem, o recorrente suscitar a violação ao art. 1.022 do mesmo diploma, porquanto somente dessa forma é que o órgão julgador poderá verificar a existência do vício e proceder à supressão de grau - providência não adotada no recurso especial apresentado.

[...] (Ac. unânime da 3ª Turma do STJ; Número 2019.01.90064-3; Classe: AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 1533297; Relator(a): MARCO AURÉLIO BELLIZZE; data de julgamento: 16/12/2019; data da publicação: 19/12/2019; in DJE de 19/12/2019)

6.16. Princípio da Eventualidade ou da Preclusão

O instituto processual da preclusão se constitui na perda do direito de agir da parte, em virtude da perda da oportunidade processualística, seja em função da perda do preço, da consumação do ato processual ou ainda, pela lógica processual, abrangendo todas as suas espécies (temporal, consumativa e lógica). Assim, o princípio da eventualidade ou preclusão permite que o ato processual seja praticado dentro da fase adequada, sob pena da parte perder a respectiva oportunidade para exercer o seu direito. Nesse sentido, julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. INOVAÇÃO RECURSAL. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

5. Já assentou o STJ: “A inicial e a contestação fixam os limites da controvérsia. Segundo o princípio da eventualidade toda a matéria de defesa deve ser argüida na contestação” (REsp 301.706/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.6.2001).

6. Recurso Especial não conhecido. (grifos nossos)

(Ac. unânime da 2ª Turma do STJ; Número 2018.00.26174-2; Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 1726927; Relator(a): HERMAN BENJAMIN; data do julgamento: 03/05/2018; data da publicação: 23/11/2018; in DJE de 23/11/2018)

6.17. Princípio do Devido Processo Legal (*due process of law*)

O *due process of law* é um princípio decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, insito no bojo do incisos XXXV, LV e LIV, do artigo 5º, da CRFB. O princípio do devido processo legal estabelece a plena defesa de seus direitos, assim como ao julgador, os meios necessários para a busca da verdade real, através de um processo equitativo, arrimando os demais princípios. Observa-se, adiante, jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF), no que tange ao princípio do devido processo legal:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 5º, XXXV, LIV e LV. OFENSA REFLEXA.

I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. Precedentes.

II - **Como tem consignado o Tribunal, o princípio do devido processo legal**, de acordo com o texto constitucional, também se aplica aos procedimentos administrativos. Precedentes.

III - Agravo regimental improvido. (grifos nossos)

(Ac. unânime da 1ª Turma do STF; Número 552057; Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI; data de julgamento: 05/05/2009)

O princípio do devido processo legal pode ser (i) adjetivo ou procedimental (*procedural due process*) ou (II) substantivo ou material (*substantive due process*). O primeiro garante um processo equitativo, limitando o comportamento do Governo quando tem por objeto a vida, a liberdade e a propriedade (ou patrimônio), mas é mais limitado do que o segundo. Hoje, a perspectiva principiológica esclarece que não se trata apenas de um princípio que orienta o processo e o procedimento,

pois além de processual, se trata de um princípio material, ante ao fato que garante o direito à tutela dos bens da vida, pelo trinômio “vida, liberdade e propriedade”, através de um processo judicial ou administrativo.

6.18. Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade ou ainda, vedação ao excesso

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade ou ainda, vedação ao excesso, utiliza como parâmetros, a necessidade, a utilidade, a ponderação e a adequação. A Justiça só atinge o ponto de equilíbrio, através da segurança jurídica. A decisão judicial subjetivista gera a insegurança jurídica. Nesse sentido, os magistrados adotam a argumentação jurídica, buscando garantir a segurança jurídica e combater a discricionariedade judicial, pela adequação do pós-positivismo e as teorias hermenêuticas aos casos concretos. Insta citar julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACÓRDÃO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, EM FACE DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

VI. Em relação ao valor da indenização por danos morais, o Tribunal a quo, à luz das provas dos autos e em vista das circunstâncias fáticas do caso, manteve o valor arbitrado, pela sentença, em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), considerando ser ele razoável e adequado ao caso. Nesse contexto, **“a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. [...] (grifos nossos)**

(Ac. unânime da 2ª Turma do STJ; Número 2019.02.18680-0; Classe AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL; Relator(a): ASSUSETE MAGALHÃES; data de julgamento: 17/12/2019; data da publicação: 19/12/2019; in DJE de 19/12/2019)

6.19. Princípio da Isonomia ou da Igualdade

O princípio da isonomia ou da igualdade está consagrado da Constituição da República Federativa do Brasil, na redação do caput, bem como, do inciso I, do artigo 5º. (I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição). CANOTILHO realiza os seguintes ensinamentos sobre a igualdade justa, como forma de pressupor um juízo e um critério de valoração:

Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à **proibição geral do arbítrio**: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade teria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. (CANOTILHO, 1991, p. 426)

O princípio da igualdade ou isonomia apresenta um liame com a igualdade processual. Assim, sob a égide da processualística, convém ressaltar o princípio da paridade de armas, sendo assegurado às partes e aos seus procuradores, pelo magistrado, o mesmo tratamento, para que tenham as mesmas oportunidades, em Juízo, consagrado pelo inciso I, do artigo 139, do CPC, proclama que compete ao juiz “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; [...]”.

QUILLERÉ-MAJZOUB apregoa os seguintes ensinamentos no tocante a este tema, pelo que se pode observar, a seguir:

Em geral, a noção de um processo equitativo exige o respeito do princípio da “igualdade de armas”. A ligeira desigualdade não afeta a igualdade de todo o procedimento, no entanto, não infringe o direito de um processo equitativo. Este princípio não esgota as exigências da igualdade. As condições precisas que devem ser cumpridas, incluindo a natureza do caso, incluindo a natureza e extensão da pena. Portanto, o procedimento fornece garantias suficientes em relação à natureza do

caso. Estes incluem, onde as oportunidades que adequado, apresentar provas, a desafiar as provas contra ele e de apresentar argumentos sobre os pontos do litígio.²) (tradução nossa) (QUILLERÉ-MAJZOUB, 1999, pp. 64/65)

O princípio da igualdade ou isonomia pode ser formal ou material. É mister esclarecer, por oportuno, que a igualdade formal se constitui tanto na aplicação da norma jurídica de forma equânime, quanto à vedação ao legislador de reconhecer privilégio de classe, o que afrontaria diretamente o Estado Democrático de Direito, sendo o princípio da dignidade humana, um de seus pilares de sustentação, mesmo porque a dignidade da pessoa humana veda o tratamento discriminatório das pessoas, nos termos da redação do inciso III, do artigo 1º, da Constituição da República. Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, (DUDH), adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, consagra o princípio da isonomia ou igualdade, na redação dos artigos I e II.

No que tange à igualdade substancial ou material, a influência é socialista, que se desenvolveu, a partir da segunda metade do século XIX, sendo bem posterior à igualdade formal, tratando-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; ou seja, tratar desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Assim, é possível estabelecer diferenças, desde que não se tratem de situações iguais.

O Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) vem reconhecendo o tratamento desigual das pessoas, pelo Estado, desde que de forma justificada, conforme julgado infracitado:

CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE DELEGADO DE POLICIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELA ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DA IDADE MÁXIMA DE 35 ANOS. ALEGADA VIOLAÇÃO AS NORMAS DOS ARTS. 7., INC. XXX, E 37, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A Constituição Federal, em face do princípio da igualdade, aplicável ao sistema de pessoal civil, veda diferença de critérios de admissão em razão de idade, ressalvadas

² **Texto Original:** “D’une manière générale, la notion de procès équitable exige le respect du principe de l’“égalité des armes”. Une légère inégalité qui ne porte pas atteinte à l’égalité de l’ensemble de la procédure n’enfreint toutefois pas le droit à un procès équitable. Ce principe n’épuise pas cependant les exigences d’équité. Les conditions précises qui doivent être remplies y compris la nature de l’affaire, y compris la nature et l’importance de la peine encourue. Il faut donc que la procédure offre des garanties suffisantes au regard de la nature de l’affaire. Celles-ci comprennent, le cas échéant, des possibilités suffisantes d’apporter des moyens de preuve, de recuser des témoignages à charge et de présenter des arguments sur les points en litige”. (QUILLERÉ-MAJZOUB, 1999, pp. 64/65)

as hipóteses expressamente previstas na Lei e aquelas em que a referida limitação constitua requisito necessário em face da natureza e das atribuições do cargo a preencher. Existência de disposição constitucional estadual que, a exemplo da federal, também veda o discrimine. Recurso extraordinário não conhecido. (Ac. unân. do STF; RE 140945, Ministro Relator Ilmar Galvão; 11.10.95; Alteração: 06/03/97; proced. RJ)

6.20. Princípios da Persuasão Racional do Juiz

O princípio da persuasão racional do juiz está estabelecido na redação do artigo 371, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” Corroborando com esse entendimento, cumpre reproduzir, a seguir, o julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA.

1. O princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado constitui prerrogativa concedida ao juiz, para que, com fulcro nos elementos relevantes constantes nos autos, possa firmar a convicção sobre a matéria debatida. Assim, não há como aferir eventual ofensa aos art. 131 e 333 do CPC/73 (art. 371 e 373 do CPC/15) sem que se verifique o conjunto probatório dos presentes autos. 1.1. No caso em tela, o acórdão recorrido, analisando o conjunto probatório dos autos, concluiu não ter sido demonstrada a culpa exclusiva da vítima. Incidência da Súmula 7/STJ

2. Agravo interno desprovido. (Ac. unânime da 4ª Turma do STJ; Proc. 2019.01.24301-1; Classe AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1496668; Relator(a): MARCO BUZZI; data do julgamento: 18/11/2019; data da publicação: 21/11/2019; in DJE DATA:21/11/2019)

O princípio da persuasão racional do juiz está atrelado ao princípio da motivação das decisões judiciais.

6.21. Princípio da motivação das decisões judiciais

O magistrado precisa fundamentar a sua decisão, pela motivação, no intuito de demonstrar os fatos e os fundamentos em que se embasam o seu convencimento. A Carta Política brasileira, de 1988, prevê o princípio da fundamentação das decisões judicial, na redação do inciso IX, do artigo 93. O controle da motivação tem sido realizado pelo Judiciário, mormente no julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. REMOÇÃO DE OFÍCIO DE SERVIDOR PÚBLICO MILITAR MUNICIPAL. TRANSFERÊNCIA ENTRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO NÃO CONGÊNERES. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO DA MESMA NATUREZA NA LOCALIDADE DE DESTINO.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC, na medida em que não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos vícios elencados no referido dispositivo legal a reclamar a anulação do julgado. **De fato, o aresto impugnado guardou observância ao princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais na medida em que analisou suficientemente a controvérsia dos autos, de forma motivada e fundamentada.**

[...] (Ac. unânime da 2ª Turma do STJ; AGRESP 200902074148 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1161861; data da decisão: 15.12.2009; Ministro Relator Mauro Campbell Marques; in DJE de 04.02.2010) (grifos nossos)

RIGAUX vincula a motivação das decisões ao controle da legalidade: “Toda decisão de justiça deve ser motivada, é uma exigência elementar do Estado de direito democrático. O respeito dessa exigência pelo juiz da causa é também uma das pedras angulares do controle de legalidade.” (RIGAUX, ob. cit., p. 254)

6.22. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Pelo princípio do duplo grau de jurisdição, é garantida a reapreciação da decisão, na instância superior, competente para apreciar e julgar o recurso interposto, conforme se pode depreender pela transcrição do julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE

OFENSA AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO ENFRENTAMENTO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. PROVIMENTO, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

[...]

3. Nos Aclaratórios, sustenta-se omissão quanto à tese, desenvolvida no Recurso Especial adesivo, de que o caso deveria ter passado pelo duplo grau de jurisdição nas instâncias ordinárias, uma vez que as «Cortes Superiores não podem ser confundidas como uma espécie de segunda instância, para rever o mérito da questão já decidida em única instância».

4. Embora essa alegação não tenha sido enfrentada no acórdão embargado, o fato é que ela não merecia sequer conhecimento, pois o recorrente não indicou, no Recurso Especial adesivo, que dispositivo importaria ou autorizaria o STJ a «informar se utilizaria o critério de admissibilidade da instância ordinária aos Recursos interpostos» no caso. Incidência da Súmula 284/STF. [...] (Ac. unânime da 2ª. Turma do STJ; Número: 2018.01.78987-6; Classe: EDAIRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – 1757796; Relator(a): HERMAN BENJAMIN; data de julgamento: 15/10/2019; data da publicação: 05/11/2019; in DJE de 05/11/2019)

CONCLUSÕES

A principiologia moderna se desenvolve como ponto de referência para o direito, possibilitando ao estudioso do tema, interpretar a norma jurídica, com mais subsídios instrumentais para combater a subjetividade jurídica. Hodiernamente, nenhum princípio é adotado de forma pura, e sim, mista.

O juiz moderno não é mais aquele que se prende à letra fria da lei, mas que interpreta o seu significado, sujeitando-se a sua validade perante a Constituição. Assim, a hermenêutica jurídica compreende uma análise da norma jurídica, aplicando um juízo de valor com significados válidos e atuais. O magistrado busca a verdade real, com o escopo de garantir um processo equitativo ou justo, à medida que distribui a justiça, através dos processos. O juiz precisa utilizar fundamentos sólidos e precisos, com critérios objetivos, para que a suas sentenças sejam revestidas de precisão.

Os princípios são os pilares do arcabouço jurídico, em que o magistrado se arrima para dizer o direito. Essas proposições lógicas sustentam o sistema jurídico,

como um todo. Dessa feita, os princípios se consubstanciam nos pilares do Estado Democrático de Direito, à medida que iluminam a própria interpretação e integração da norma jurídica.

Através de um processo equitativo ou justo, será possível contribuir para o equilíbrio entre os interesses **públicos e privados, abrangendo interesses individuais e interesses difusos coletivos**, por meio de uma justiça efetiva, em que o magistrado se torna no “maestro do processo justo”, pela garantia da segurança jurídica e a igualdade de tratamento entre as partes (paridade de armas).

Nesse seguimento, denota-se o papel do juiz de forma relevante, posto que, tem a função de interpretar a norma jurídica, aplicando-a ao caso concreto, mesclando, muitas vezes, o entendimento jurisprudencial à própria norma jurídica, num processo simbiótico de hermenêutica jurídica, à luz da principiologia comparada. Mesmo porque, conforme ensina Jorge Miranda: “o reconhecimento da existência de lacunas será tanto maior quanto maior for a consciência de que o processo político se encontra submetido ao Direito” (MIRANDA, 1996, p. 269).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 jan. 2021.
- BERTALANFFY, Ludwin Von. Teoria Geral dos Sistemas. Petrópolis, RJ: Vozes, 1977.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 jan. 2021.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- _____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CHAPUS, René. Droit du contentieux administratif. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GÁLVEZ, Juan F. Monroy. Teoría general del proceso. Lima: Palestra, 2007, cap. XI, p. 527 – 557.
- GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____; ALLARD, J. Les juges dans la mondialisation. Paris: Le Seuil, 2005.
- GUINCHARD, Serge et al. Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable. 5.ed. Paris: Dalloz, 2005.
- HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução: José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LLOBREGAT, José Garberí. El derecho a la tutela judicial efectiva em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Barcelona: Bosch, 2008.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da e ALMEIDA, Marcelo Pereira de (COORDS.). Novo Código de Processo Civil: Comparado e Anotado. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. II.
- _____. Teoria do Estado e da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- QUILLERÉ-MAJZOUB, Fabienne. La défense du droit à um procès équitable. Bruxelas: Bruylant, 1999.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RIGAUX, François. A lei dos juízes. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Bacacho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SIEDENTOPF, Heinrich; HAUSCHILD, Christoph e SOMMERMANN, Karl-Peter, Implementation of administrative law and judicial control by administrative courts. Speyer: Speyerer Forschungsberichte, 180, 1998.
- VASQUEZ, Javier Barnes (Coord.). La justicia administrativa en el Derecho Comparado. Madrid: Editorial Civitas, 1993.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues (Coord.). Princípios Constitucionais Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex Editora, 2005.

PARA UM DIREITO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

*André R. C. Fontes**

A riqueza que as tecnologias proporcionam é a mais característica realidade do nosso tempo. Se, no passado, avançava-se para outros continentes a fim de se conquistar terras e assim extrair matéria-prima em específicos e limitados campos, em nossos dias, os conhecimentos tecnológicos substituíram os longínquos fornecedores pela produção ilimitada em seu próprio território. Assim, a Primeira Grande Guerra privou a Alemanha de salitre do Chile, mas provocou a elaboração de formas artificiais de adubo do solo, mediante experimentos relacionados ao hidrogênio. É também exemplo, a privação de petróleo na Segunda Grande Guerra, que conduziu à criação da gasolina artificial. Muito mais que o bem-estar e o conforto da sociedade de consumo, a tecnologia encontra-se interna e indissociavelmente integrada à sociedade moderna e alcança os melhores resultados na economia dos países mais desenvolvidos, que assim se caracterizam, dentre outros, por um sentimento de esperança e uma vocação reconhecida de um futuro promissor para a humanidade, com a intensa disponibilização de recursos e de meios para atingir esses fins.

E em torno dessas novas concepções tecnológicas se formam tratados e acordos que redundam em mudanças estruturais de tal modo sensíveis e importantes, que o mundo parece testemunhar o que se poderia chamar de uma nova ordem tecnológica mundial. Reconhecida sob a figura de uma *invenção*, por meio de um específico regime jurídico, são as invenções formal

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

e harmonicamente integrantes daquilo que se convencionou chamar de *propriedade intelectual*. Englobamos nessa denominação geral - propriedade intelectual -, as mais profundas e dedicadas atenções dos países quanto à riqueza nacional e ao progresso de um povo.

De outro lado, a diversidade de produtos industrializados influiu decisivamente na oferta de produtos novos e melhores em um crescente mercado consumidor. E, ao próprio tempo, todo produto alcança sua finalidade até que a pujança e versatilidade de um outro produto sejam reconhecidas. Cada problema solucionado por esses novos produtos dá ao homem um sinal de superar as forças da natureza e reconhecer resultados úteis e práticos na vida moderna, elevando o seu nível de conforto e bem-estar, vencendo atrasos e dignificando toda invenção. Importante lugar no sistema de comércio e mercado em vigor a inovação é a principal impulsionadora do processo evolutivo. A introdução de novos produtos, novos processos produtivos, novos mercados e novas estruturas de organização da empresa faz com que a inovação seja a forma de superação criativa essencial ao sistema econômico em vigor, em uma ampla e acelerada unidade metodológica com uma importante componente da motivação criadora: a concorrência.

O postulado central da *inovação* é não confundi-la com a *criação*. Se a inovação consistir em uma atividade ou conjunto de atividades e processos que levam ao aproveitamento de uma tal criação, seja no processo produtivo, na organização da empresa ou na comercialização de novos produtos, será ela, a inovação, o resultado e a etapa superior de um extenso sentido da criação - aqui significando a geração de uma nova ideia, em termos absolutos ou relativos, como ocorre numa combinação nova de elementos já existentes.

Visto que toda a sociedade é composta por pessoas interessadas em alargar seu consumo para bens, que não apenas satisfaçam o indispensável, no contexto de múltiplas possibilidades e variadas opções, fica fácil entender a importância que o direito dá à titularidade de um bem. Traduzem-se esses incrementos em maneiras tão decisivas no bem-estar do consumidor, que provocou a formação de um mercado ávido por produtos novos e mais qualificados, especialmente no preço, no desenho e na sofisticação. E uma disputa tão fluida e arrojada a marcar qualquer produto exigiu a concepção epistemológica de uma disciplina específica, o Direito da Propriedade Intelectual, como forma de conjugar todas essas expectativas e interesses. Contraditoriamente, o complexo agrupamento

de desenvolvedores e produtores que alcançaram algum êxito na geração de novos produtos buscam, sob o pálio dessa novel disciplina, não apenas a titularidade do bem, mas, invariavelmente, a sua imposição no mercado e, com isso, a perpetuação da titularidade de seu esforço tecnológico, que nem sempre é o mais atual e mais adequado. A grande questão é que esse grau de esforço de apropriação do desenvolvedor em valer-se da tecnologia por mais tempo, a fim de minorar seus custos e buscar mais lucro, se torna incompatível com as bases destacadas do desenvolvimento e do processo científicos, e em uma perspectiva econômica, e não atende os interesses da sociedade de consumo.

Ao próprio tempo, é possível que não haja mais necessidade ou atualidade em uma tecnologia, mas as obrigações relacionadas aos bens cobertos por patentes, nas múltiplas relações contratuais estabelecidas, por vias complexas e indiretas, com uma frequência não previamente disponível, pode mesmo inibir o incremento técnico e sustentar níveis de desenvolvimento já inteiramente superáveis ou impróprios para uma época. Um exemplo remoto na História jamais poderá ser esquecido: a escravidão retirou utilidade nos esforços em desenvolver máquina a vapor desde, segundo alguns, o período da célebre Biblioteca de Alexandria. Ou seja: era menos custosa a submissão humana que o desenrolar científico de um mecanismo criado pelo engenho humano.

Estas linhas são dedicadas à necessidade de revisão conceitual da perspectiva jurídica, rica e próspera de material voltado da Propriedade Intelectual para um deslocamento da inovação como centro de atenção epistemológica (entenda-se da ciência ou dos estudos) do Direito para a inovação – não apenas como mero exame de um novo objeto, mas como o novo centro do conhecimento e da prática tecnológica reconhecida pelas mãos do jurista.

Confia o subscritor que, com este estudo, referindo os problemas de formação, desenvolvimento e aperfeiçoamento das relações tecnológicas, particularmente nas linhas traçadas pelos juristas, a perspectiva da inovação deixe de ser a ponta de lança na atitude empresarial de uma tecnologia protegida, para ser a base para uma incessante colaboração entre conhecimentos e instituições e, igualmente, na solução de problemas jurídicos no mercado de produtores e consumidores.

Se acaso pareceu ter o Direito brasileiro ignorado o sistema de inovação, é bom lembrar que, já era precoce no País a necessidade de promover a inovação. E se deu pelo apanágio da propriedade intelectual que propaga ser essa sua

função principal e mais reveladora. Desde a remota administração de Dom João VI, em 1809, foi reconhecida a necessidade de estimular o progresso por meio da concessão de patentes. Porquanto a propriedade intelectual não é por si só fator único de promoção e estímulo a alguma nova tecnologia, ela foi usada também no Brasil por meio da Convenção da União de Paris em 1883, pelo Acordo de Madri de 1891, e a Convenção de Berna de 1871, embora essa fosse voltada para a proteção de obras literárias e artísticas.

Uma análise específica, que permitisse ver a estrutura de uma lei voltada para a inovação com os elementos que ela integra, surge após ensaios com a sacudida elaboração do Código de Defesa do Consumidor em 1990, com a Lei de Propriedade Industrial de 1996, a Lei dos Direitos Autorais de 1998 e com a Lei de Proteção dos Cultivares também de 1997.

Somente na primeira década do Século XXI surge o Marco Regulatório da Ciência e Tecnologia com a Lei de Inovação, a Lei nº 10.973, de 2004. Essa lei foi sucedida pela Lei dos Incentivos Fiscais à Inovação, em 2005, e a Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP, lançada em maio de 2008. A lei de inovação previa incentivos para que estados, Distrito Federal e municípios também editassem suas leis. E, de fato, em 2006, surgiu a lei do Amazonas e em 2008 de Minas Gerais, São Paulo, Mato Grosso e Santa Catarina.

Claro que a inovação não se iniciou nem foi objeto de alguma preocupação após a edição das mencionadas leis. O Brasil se distingue de muitos outros pela industrialização tardia, mas de rápido crescimento a partir do início do Século XX. Ao contrário das formas instintivas de atividade de particulares, como foram exemplos os industriais dos Estados Unidos da América, Grã-Bretanha e Alemanha, que creditam a homens de negócios o desenvolvimento da industrialização de seus países de origem, no Brasil ela foi uma atividade mais ou menos orientada pelo Estado para o fim industrial, embora devam ser ressaltadas as respeitáveis contribuições do Barão de Mauá, Delmiro Gouvêia, Henrique Lage e Francesco Matarazzo, dentre outros.

Um estudo mais alentado certamente desmentiria a ideia de que a economia do Brasil não tenha alguma relação com a inovação. É porque os engenhos de açúcar dos primórdios da história nacional e os equipamentos destinados ao tratamento do café e cacau, por exemplo, nunca foram destituídos de algum tipo de conhecimento novo e criativo que os afastasse da condição inovadora.

Grande parte do conhecimento inovador é oriundo das diversas instituições de ensino e pesquisa no País, nas quais poderiam ser destacados o Instituto Militar de Engenharia e sua coirmã civil, das instituições da Força Aérea Brasileira, como Instituto Tecnológico da Aeronáutica, das instituições de ensino superior, dentre as quais a Universidade de São Paulo, a Universidade Estadual de Campinas, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, do Instituto Butantã e do Instituto Manguinhos (atual Fundação Oswaldo Cruz) e pela criação de paraestatais como a Petrobrás e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária.

A verdade em torno da inovação é que ela depende de pesquisa. E deve ser lembrado que nem todo processo de pesquisa e desenvolvimento resultará necessariamente em produtos comercialmente apuráveis. E nesse processo de produção do conhecimento, os riscos e iniciativa não ficaram limitados aos agentes econômicos: já em meados do Século XX foram criados o Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – ambas de 1951 – para diminuir o risco das eventuais iniciativas particulares quando não serviam diretamente de um estímulo.

A par dessas iniciativas governamentais, planos setoriais de desenvolvimento foram elaborados. A produção industrial aumentou e solidificou a indústria de base, de modo que a produção de aço, maquinaria e produtos químicos se fizeram presentes na aplicação de grandes projetos de incentivo e fomento governamentais. A estratégia governamental pode ser resumida em programas de substituição das importações – talvez o maior enfoque dado oficialmente nos planos oficiais.

Ao se refletir sobre o caráter das iniciativas governamentais e do esforço dos agentes econômicos para a capacidade industrial mediante um despertar tecnológico e de inovação, deve-se ter consciência de que a economia brasileira figura entre as dez maiores de todo o mundo em universo de quase duas dezenas de países. E que nas primeiras décadas do Século XX o movimento urbanizador no País era percebido a ponto de movimentos trabalhistas típicos de países industrializados já se instalavam nas grandes cidades.

A peculiaridade de cada país não pode ser compreendida se não se levar em conta a irregularidade do processo histórico universal. Uns povos avançam, outros ficam para trás no seu desenvolvimento, e alguns, em razão de uma série de causas concretas, passam em claro formações sociais inteiras. Por isso, em

cada período de toda a história brasileira houve uma formação socioeconômica única, ou seja, com diferentes fases de desenvolvimento que se desenrolam em complexas etapas e interações econômicas, sociais e políticas. Desse modo, o apelo inovador está citado nas declarações oficiais em diferentes movimentos de ruptura política no Brasil, seja na proclamação da República, na assim conhecida “Revolução de 1930” e também nos atos que levaram ao regime que se instalou no País após 1964.

Para encontrar uma tendência dominante em cada época, é necessário dizer que só após a Constituição da República Federativa de 1988 é que temos o marco legal da inovação e a definição de cada papel das instituições, o conteúdo da inovação, suas principais características e a direção predominante que deve imprimir ao desenvolvimento nacional do Brasil.

A resposta correta aos estímulos legislativos bem permite compreender a essência do processo de inovação tecnológica implementados pelo governo. Forma-se em três níveis a organização da perspectiva oficial: (1) a possibilidade das instituições de ensino e pesquisa federais e estaduais para que celebrem acordos com entidades privadas; (2) incentivos fiscais outorgados às empresas, e equivalentes, que investem em pesquisa e desenvolvimento com vistas à inovação; e (3) o financiamento público de atividades de pesquisa e desenvolvimento que conduzam à inovação tecnológica, por meio de bancos de desenvolvimento e agências de fomento.

Evidentemente, investimentos privados com incentivos fiscais serão acolhidos se forem atrativos e demonstrarem uma razoável probabilidade de retorno financeiro. Do mesmo modo que as atividades empresariais normalmente desenvolvidas, uma vez concebido e gerado, o produto inovado deve ser apto a circular no ambiente de lealdade comercial, sem perder de vista jamais a proteção à contrafação e outros transgressões da propriedade industrial.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade*. Coimbra: Almedina, 1999.

AUTERI, P *et alii*. *Diritto industriale*. 2ª ed. Turim: Giappichelli, 2005.

BAIOCCHI, Enzo; SICHEL. Ricardo Sichel. *Estudos em homenagem ao professor Denis Borges Barbosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2018.

- BARBOSA, Denis Borges. *Tratado de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *O sistema internacional de patentes*. São Paulo: Thompson, 2004.
- BLANC-JOUVAN, Guillaume. *Initiation au droit économique*. Paris: Archétype, 2008.
- DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual e transferência de tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- LAGE, Celso Luiz Salgueiro; WINTER, Eduardo; BARBOSA, Patrícia Maria da Silva. *Propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: UERJ, 2013.
- MALAVOTA, Leandro Miranda. *A construção do sistema de patentes no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MANGINI, Vito. *Manuale breve di diritto industriale*. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 2017.
- MONACADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1988.
- PIMENTEL, Luiz Otávio; ZIBETTI, Fabíola Wüst. *Eficiência energética, inovação e propriedade intelectual*. Florianópolis: Funjab, 2013.
- ROCA, Miguel Barceló. *Innovación tecnológica en la industria*. Barcelona: Beta, 1994.
- SABATO, Franco di; LO IUDICE, Bruno. *Innovazioni tecnologica e diritto di impresa*. Nápoles: Morano, 1982.
- SILVA, Miguel Moura e. *Inovação, transferência de tecnologia e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2003.
- TIMM, Luciano Bennetti; BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Propriedade Intelectual*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo. *La proprietà intellettuale*. Turim: Giappichelli, 2011.
- VANZETTI, Adriano; Di Cataldo, Vincenzo. *Manuale di diritto industriale*. 6ª ed. Milão: Giuffrè, 2009.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2005.
- ZUCCHERINO, Daniel R. *El derecho de propiedad del inventor*. Buenos Aires: AD HOC, 1995.

DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR E GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES¹

Caio Gomes de Freitas²

Resumo: O presente trabalho se propõe a investigar a possibilidade de aproveitamento econômico do direito patrimonial de autor, principalmente sob a perspectiva dos direitos de garantia. Para tanto, realiza-se um breve estudo da teoria geral da disciplina do Direito de Autor, a partir de sua natureza jurídica, estrutura, função e conteúdo. São analisados os conceitos jurídico e econômico de crédito, bem como sua relação com o patrimônio e as garantias. Verifica-se, igualmente, a extensão e relevância dos bens jurídicos de natureza intangível no exercício da atividade econômica. Por fim, é feito um estudo geral dos direitos reais de garantia e, em específico, do penhor e da alienação fiduciária em garantia, modalidades que abarcam o bem imaterial intelectual.

Palavras-chave: Direito de Autor – Direito das garantias – Patrimônio – Crédito – Bem Intangível – Penhor – Alienação Fiduciária em garantia.

Abstract: This work provides a study on the potential economic exploitation of the author's patrimonial rights, primarily under the perspective of the security agreement. It introduces a study on the general theory of Copyright Law, departing from its legal nature, structure, function and content. It also analyzes the legal and economic concepts of credit and its relation to collaterals and the individual patrimony. Furthermore, it submits a study on the extension and relevance of the intangible legal assets for the exercise of one's economic activity. Finally, this article concludes with a general study on the security rights, specifically the pledge agreement and the chattel mortgage, modalities of collaterals used when it comes to immaterial intellectual assets.

¹ O presente trabalho é derivado de monografia apresentada pelo autor para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. O autor gostaria de agradecer ao Prof. Dr. Pedro Marcos Nunes Barbosa, pela orientação naquela oportunidade e pelos comentários gentilmente fornecidos neste trabalho.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. *Visiting Student* na Univeristà di Bologna, Itália. Advogado.

Keywords: Copyright Law – Security Rights – Patrimony – Credit – Intangible Assets – Pledge Agreement – Chattel Mortgage.

INTRODUÇÃO

Até os dias de hoje, é possível observar uma pseudo “supremacia” dos bens de natureza tangível em face dos bens incorpóreos ou intangíveis. Ainda essencialmente vinculados ao pensamento incorporado pelo feudalismo, os códigos atuais refletem a importância e reverência até então deferida à propriedade imobiliária pela sociedade.³ Os bens intelectuais sempre ocuparam um lugar secundário que, atualmente, já não representa a realidade prática do mercado. Nota-se que os bens que possuem maior valor hoje são fruto de criações intelectuais, tais como, no âmbito da Propriedade Industrial, as marcas, as patentes, os desenhos e os modelos industriais; e, no campo do Direito de Autor, as produções literárias e artísticas, como as esculturas, pinturas, música, filmes, fotografias, projetos de arquitetura, programas de computador e bancos de dados, apenas para fornecer alguns exemplos.

Tendo por partida esta ruptura de paradigma, e, restringindo-se ao campo de estudo do Direito de Autor, este trabalho tem por escopo realizar uma análise quanto a possibilidade de aproveitamento econômico do direito patrimonial de autor no âmbito das garantias das obrigações, especialmente contraídas por meio de negócio jurídico de crédito. A afetação do bem intangível como garantia, além de expandir as formas de utilização do direito, representa um importante fator de redução dos riscos contratuais atinentes ao negócio de crédito. O reforço qualitativo na segurança do credor tem por impacto direto a redução no preço da contratação, o que, ao final, reflete-se no valor aproveitado pelo devedor.

Tal tema, entretanto, levanta diversos desafios. O primeiro deles, e talvez o principal, está diretamente relacionado à intangibilidade do bem intelectual, o que desafia as estruturas clássicas dos modelos de garantia real previstos pela legislação civil. Além disso, o direito patrimonial de autor é, por disposição expressa de lei, um bem móvel, o que limita o seu escopo à utilização do penhor e da alienação fiduciária em garantia. Em tais casos, questiona-se, ainda, a possibilidade de desmembramento da posse de bem imaterial, ponto

³ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 127.

controverso na doutrina. São também feitas indagações quanto à possibilidade de constituição de contrato acessório de garantia, sem prévio registro do bem intelectual, que, em regra, é prescindível para a tutela do Direito de Autor.

Este trabalho realiza um estudo sistemático do tema, dividindo-se em três partes. Na primeira delas, estuda-se, brevemente, os aspectos gerais do Direito de Autor, tais como a sua natureza jurídica, conteúdo e elementos necessários à tutela legal. Na segunda parte, analisa-se o conceito jurídico e econômico de crédito, bem como as particularidades atinentes ao negócio jurídico de crédito e a sua importância no desenvolvimento econômico e social. Estrutura-se, ademais, a relação entre o crédito e o patrimônio individual, assim como o papel e a importância dos bens jurídicos de natureza tangível e intangível. Em seguida, são analisadas a estrutura e função das garantias pessoais ou fidejussórias, bem como os caracteres gerais atinentes às garantias reais. Por fim, na terceira parte deste trabalho, são estudadas as espécies específicas de garantia real possíveis ao direito patrimonial de autor: o penhor de direitos e a alienação fiduciária em garantia de bem móvel. A partir da estrutura de cada uma, questiona-se as possíveis vantagens e desvantagens de sua adoção pelas partes, em especial no que toca aos interesses do credor e devedor e ao valor final do crédito adquirido.

1. REFLEXÕES PRELIMINARES SOBRE O DIREITO DE AUTOR

As criações, sejam elas de caráter utilitário, ornamental ou estético,⁴ não são materializadas de forma isolada. Pelo contrário, fruto de uma atividade intelectual humana, estes bens imateriais, científicos e/ou culturais, são resultado de uma constante *troca* entre o sujeito criador; originador⁵ e o meio cultural, político, social e econômico em que se insere.

⁴ De plano, ressalta-se que o conceito de criação estética em nada se relaciona aos méritos subjetivos de uma obra artística. Refere-se aqui à expressão de uma criação intelectual ou forma sensível, que pode ser apreendida pelos sentidos e cujo propósito é a instrução, informação ou prazer na comunicação. Veja-se, nesse sentido, SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais do autor. In: *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, nº 1, jan-mar/2013, p. 2. Disponível em: [<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Souza-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>]. Acesso em 20 outubro.2019.

⁵ No presente trabalho, escolheu-se, na esteira do que é defendido por Denis Borges Barbosa, denominar o sujeito criador do bem imaterial intelectual de originador, uma vez considerada como função específica em Propriedade Intelectual; originador como fonte de criação individual, coletiva e virtual. BARBOSA, Denis Borges. *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 183. Apenas nos momentos em que se referiu em específico aos sujeitos do Direito de Autor, é que foi utilizada a denominação *autor*.

A extensão e compreensão desta assertiva é facilmente alcançada quando vislumbrados os bens que compõem o campo específico da Propriedade Industrial. Pense-se, *verbi gratia*, na criação, por Thomas Edison, da lâmpada elétrica, ou do rádio por Nikola Tesla, ou até mesmo da prensa por Johannes Gutermberg: todos esses originadores, ao seu tempo, desenvolveram obras que, em certa medida, refletiam anseios e/ou necessidades do tempo e do espaço em que ocuparam.

No que toca especificamente às obras literárias, artísticas e científicas, que compõem objeto de estudo e regulação do Direito de Autor, esta lógica [de troca] se mostra perfeitamente aplicável, embora deva ser analisada com temperança.⁶ Isso porque é diversa a atuação do meio como *fonte* de ideias e valores, e como *elemento conformador* da autonomia existencial na expressão da criatividade. A primeira hipótese é verificada, de modo geral, a partir da tendência, especialmente comum no campo das artes plásticas,⁷ de retratação e/ou representação do meio nas obras estéticas. Veja-se que, nesse sentido, até mesmo as obras alheias podem servir como instrumento de influência e/ou inspiração para o autor.⁸ Já a segunda hipótese é constatada com uma mudança de paradigma, verificada a partir do crescimento do capitalismo industrial, durante a Revolução Industrial. A expansão de uma economia de consumo em massa afetou diretamente a produção artística e, em específico, a liberdade na expressão da criatividade humana. A necessidade de atendimento a uma demanda quantitativa de produtos culturais e a padrões ou lugares-comuns, que atraíssem o gosto de uma maioria consumidora, teve por resultado, não só uma crise qualitativa na produção estética, como uma acentuação na profissionalização da atividade autoral.⁹

⁶ Nesse sentido, veja-se a crítica formulada por Eros Roberto Grau, para quem a arte não deveria se ocupar das coisas “que são ou se geram por necessidade”. *A música e o Direito*, 2014. Disponível em [http://www.sff.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/1001188.pdf]. Acesso em 26 maio.2020.

⁷ Veja-se, a propósito, o debate quanto a tutela das obras artísticas *pós-modernas*, principalmente a partir da questão da originalidade nas formas de expressão da criação. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 254-269.

⁸ Veja que existe uma linha sutil que separa a inspiração e a cópia do trabalho alheio. Trata-se, em verdade, de matéria extremamente controvertida, cujas bases remontam ao constante debate entre obra original, obra derivada e obra inspirada. Sobre o tema, v., por todos, MUSSO, Alberto. *Commentario del Codice Civile*, Libro Quinto – Del Lavoro: Del Diritto Di Autore Sulle Opere Dell’ingegno Letterarie e Artistiche. Bologna: Zanichelli Editore, 2008, p. 39.

⁹ Nesse sentido: “Noutros termos, se a obra de arte já foi caracterizada pelo *puro e livre* espírito criativo do artista, que expressava *sua verdade, sua individualidade*, externalizava uma parcela de seu *dasein* através de produtos *personalíssimos e infungíveis*, observa-se uma infeliz tendência à erosão do filtro da originalidade, em virtude dos paradigmas da lógica de mercado”. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 15, nº 1, jan-mar/2018, p. 40.

Por isso, verifica-se, a partir desta transição, que as obras estéticas se apresentam, cada vez mais, como o resultado de uma atividade econômica, cuja ferramenta de execução se traduz na *criatividade* humana.¹⁰ O autor, elemento essencial para expressão, vê-se na posição não mais de um cortesão, mas antes de um profissional, que, ao final, almeja o máximo aproveitamento econômico de sua obra.¹¹

A compensação financeira pela exploração da obra corresponde a um interesse individual do autor, que deve, entretanto, antes de tudo, coexistir com um conjunto de interesses coletivos, tutelados a partir do exercício da *função social* do Direito de Autor. Nesse sentido, a obra estética deve estar voltada também a promoção do desenvolvimento cultural, tecnológico e econômico.¹²

No campo específico deste estudo, verifica-se que a afetação de um bem estético exteriorizado para garantia do cumprimento de uma obrigação, especialmente derivada de negócio jurídico de crédito, resulta não só em um aproveitamento particular do autor, como também no atendimento da função social do Direito de Autor, voltada ao desenvolvimento econômico. O exercício dessa função, no entanto, só é viável, quando os bens, que se almeja afetar, obedecem a determinados caracteres, demandados para a tutela da obra intangível intelectual pelo ordenamento legal. É o que se passa a expor.

1.1. A natureza jurídica do Direito de Autor.

Não é de hoje que a doutrina se ocupa da discussão quanto a natureza jurídica do Direito de Autor. E isso se dá uma vez que a obra intangível intelectual apresenta diversos desafios ao intérprete do direito, principalmente quando apreendidas as vicissitudes próprias dos bens/direitos tutelados pela disciplina.

¹⁰ Veja-se, por todos, o estudo sistematizado por BARBOSA, Denis Borges. *Uma Economia do Direito Autoral*, 2011. Disponível em [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf]. Acesso em 27 maio.2020.

¹¹ Não se está a negar a existência pretérita de uma motivação patrimonial para a criação intelectual. Critica-se, entretanto, o seu protagonismo frente a outros fatores de estímulo para expressão autoral. Veja-se, sobre o tema, LANDES, William M.; POSNER, Richard A. An Economic Analysis of Copyright Law. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, nº 2, jun/1989, p. 325-263.

¹² CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*: Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 97. A propósito, destaque-se que a CF, no art. 5º, inc. XXIX, expressamente aduz ao interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico. Embora o dispositivo se refira somente a bens objeto da Propriedade Industrial, é possível sua aplicação à parcela patrimonial do Direito de Autor. Veja-se também SOUZA, Allan Rocha de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 8, abr-jun/2016, p. 9-31.

A criação intelectual, uma vez exteriorizada, faz nascer para o autor direitos tanto de ordem patrimonial, ligados essencialmente à exploração econômica da obra, como de ordem existencial. A conjugação dos direitos patrimoniais e existenciais põe em xeque as rígidas classificações dos direitos reais, dos direitos obrigacionais e dos valores da personalidade. Deve-se somar a isto, a necessária constatação quanto à imaterialidade do bem objeto de direito. Veja-se que a disciplina da Propriedade Intelectual não tutela o suporte físico em que a criação foi exteriorizada, mas antes o *corpus mysticum*; a obra intelectual do autor.¹³ Dessa forma, aquele que adquire um livro, possui todas as faculdades atinentes à propriedade de um bem móvel, que não se estendem, no entanto, ao seu texto; à obra intelectual.¹⁴

Dito isto, fica a questão: então de que se trata este direito? Seria um direito real, um direito obrigacional, um valor da personalidade, ou estar-se-ia diante de uma classificação híbrida?

Há quem defenda que o Direito de Autor se consubstanciaria em um *monopólio*, conferido ao autor ou titular do direito pela lei.¹⁵ Por meio dessa tese, admite-se que o conteúdo do direito seria propriamente uma proibição ou exclusão da concorrência.¹⁶ Por outro aspecto, a partir de uma concepção monista do Direito de Autor, parte da doutrina afirma que se trata pura e simplesmente de um *direito da personalidade*.¹⁷ Em sentido contrário, situam-se as teses patrimonialistas, que interpretam o Direito de Autor como um *direito real* e a obra, como uma das formas de propriedade.¹⁸

¹³ BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. A natureza jurídica dos direitos autorais. *Civiltistica.com*. Rio de Janeiro, Ano 2, nº 2, abr-jun/2013, p. 2.

¹⁴ Veja-se, a propósito, a ressalva instituída pelo art. 37 da Lei nº 9.610/98.

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. A pretensa “propriedade intelectual”. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 20/2007, jul-dez 2007, p. 243-261. Veja-se também BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 23-24.

¹⁶ A solução não parecer ser a mais acertada, uma vez que o monopólio privado, bem como o oligopólio e outras formas de concentração de atividade econômica privada são vedadas pela CF, conforme o art. 173, §4º. Veja-se SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 819-820. Também não será o caso de um monopólio estatal – ou privilégio em razão de delegação –, que tem natureza de atuação interventiva do Estado em determinado setor da ordem econômica, por atendimento a imperativo de segurança nacional (v. atividades elencadas no art. 177 da CF). CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 995-998.

¹⁷ Nesse sentido, DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 333-363; BARRETO, Tobias. O que se deve entender por direito autoral. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 447. Veja-se que, neste trabalho, adotou-se o termo *valor* e não *direito da personalidade* (conforme defende PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764). Entretanto, na referência às teses, preferiu-se utilizar o termo adotado pelos seus autores.

¹⁸ Nesse sentido, CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, vol. 1, parte 1, p. 65. É necessário

Já uma quarta via, adotada por este trabalho, considera que os Direitos de Autor se bipartiriam em dois feixes de direito – patrimoniais e existenciais – intimamente ligados, em um conjunto incindível, formando uma nova modalidade de direitos privados, própria, *sui generis*.¹⁹⁻²⁰

A base justificadora, tanto da concepção monopolista quanto da patrimonialista, encontra-se na natureza evanescente da obra intelectual. Por se tratar de um bem ubíquo e não-rival, o seu acesso pelo público, sem qualquer exclusividade criada pela lei, resultaria na perda de escassez e, por consequência, economicidade do bem. Veja-se que o reconhecimento de um direito de propriedade (mesmo que limitado no tempo) possibilita, outrossim, que sejam alcançadas as funções sociais do Direito de Autor, quais sejam, de desenvolvimento cultural, tecnológico e econômico, a partir de um incentivo à criação, gerado, dentre outros, pela possibilidade do autor em coletar um proveito financeiro de sua obra. Além disso, tal solução não desconsidera os direitos existenciais, constituídos, não em face da exclusiva patrimonial, mas a partir da relação existente entre os bens incorpóreos e o autor.²¹

Para fins deste estudo, entende-se que o Direito de Autor se qualifica por uma *fattispecie* híbrida, pertencendo, simultaneamente, à categoria dos valores da personalidade e dos direitos reais. Ao se olvidar a parcela existencial desse direito, defende-se que é possível ao autor, ou titular do direito patrimonial de autor, extrair um proveito econômico da obra intelectual.

1.2. O conteúdo do direito.

O Direito de Autor, tal como descrito no item 1.1 *supra*, é motivado por extenso dissenso doutrinário, seja porque o bem objeto do direito é incorpóreo, seja porque esse mesmo direito pode se manifestar por meio do exercício tanto de direitos estritamente patrimoniais, quanto por meio do exercício de direitos

ressaltar, conforme exposto anteriormente, que existe uma diferenciação necessária entre o direito autoral e o direito de propriedade comum. Assim, concebido na categoria dos direitos reais, a propriedade a que se refere é sobre o bem intangível e não seu suporte físico. Veja-se a crítica de PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964, p. 251-252.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 29-30. Ainda nessa teoria, o Direito de Autor é enxergado sob a ótica de conjugação da categoria dos Direitos Reais e Existenciais, ou, conforme parte da doutrina, Direitos Morais.

²⁰ Veja-se que o STJ já se pronunciou nesse sentido. STJ, Recurso Especial nº 1.422.699/SP, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 24.09.2015.

²¹ Veja-se também ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 614.

existenciais.²² Consequentemente, o estudo do seu conteúdo é imprescindível para o entendimento de toda a sua complexidade.

1.2.1. Direitos patrimoniais de autor

Quando se faz referência à disciplina, o direito patrimonial do autor é o que primeiro vem à baila. E isso ocorre por uma questão prática: suas faculdades são as mais comuns e usualmente exercidas pelo autor de obra intelectual. Em regra,²³ a utilização da obra de engenho por terceiros deve ser precedida não só de uma autorização, como também de uma contraprestação pecuniária ao autor ou a terceiros, que, eventualmente, tenham adquirido as faculdades patrimoniais do autor,²⁴ por ato *inter vivos*²⁵ ou *causa mortis*.²⁶

Uma vez que a criação intelectual é objetivamente exteriorizada, desde que dotada de originalidade (contributo mínimo para tutela), nasce para o autor a possibilidade de realizar um aproveitamento econômico de sua obra. Tanto a legislação nacional, como as disposições de natureza internacional,²⁷ dispõem de hipóteses, *exemplificativas*,²⁸ de utilização da obra pelo autor. Podem ser subdivididas nos grupos de reprodução e representação ou execução da obra, de que são exemplos a cópia, a edição, a adaptação ou transformação, a tradução, a inclusão em fonograma, a distribuição e a radiodifusão.

²² Veja-se o art. 22 da Lei nº 9.610/98.

²³ Diz-se em regra, porque, em determinadas situações, não será necessário recolher autorização ou proceder a uma contraprestação pecuniária ao autor ou terceiros. Esse é o caso das obras que se encontram em (obras, cujo prazo de proteção tenha expirado, ou que tenham sido originadas por autores falecidos, sem sucessores, ou autores desconhecidos). Veja-se o art. 45 da Lei nº 9.610/98, o Artigo 18, parágrafo 1º e 2º da CUB e o Artigo 70, parágrafo 3º, do Acordo TRIPS. Na doutrina, veja-se, por todos, BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. *Uma Obra em Domínio Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54-86. Também será esse o caso das obras que se encontrarem em regime de , que prescindirão da autorização prévia comum às obras tuteladas. Sobre o tema, veja-se, por todos, LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. . Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 122-164.

²⁴ São esses sujeitos, que se encontram dotados de um direito exclusivo, conforme preceitua o art. 28 da Lei nº 9.610/98. O referido direito encontra fundamento constitucional, conforme dispõe o art. 5º, XXVII e XXVIII da CF.

²⁵ Veja-se o art. 49 da Lei nº 9.610/98, que trata da transferência dos direitos patrimoniais do autor para terceiros.

²⁶ Durante determinado prazo, após a morte do autor, os direitos patrimoniais poderão ser exercidos ou transferidos por seus herdeiros, concorrentes na sucessão ou testamentários. Veja-se o art. 41 da Lei nº 9.610/98.

²⁷ Veja-se Artigos 9 e 11, 11, 11, 12, 14, e 14da CUB e Artigo 9 do Acordo TRIPS.

²⁸ A propósito, veja-se o do art. 29 da Lei nº 9.610/98, que se refere a de uso da obra intelectual, o que denota o seu caráter exemplificativo.

Além de utilizar, o autor, enquanto vivo, e seus herdeiros, no período de 70 (setenta) anos após 1º de janeiro do ano seguinte ao seu falecimento, poderão *dispor* do direito exclusivo de autorizar ou não a reprodução e/ou representação da obra intelectual.²⁹ Nessa hipótese, estar-se-á diante de uma modalidade de negócio jurídico, que, por previsão legal, deverá obedecer a forma escrita.³⁰ A transferência poderá ser definitiva (hipótese de cessão) ou temporária (hipótese de licenciamento ou autorização).³¹

Por ser passível de cessão, o direito patrimonial de autor também poderá ser oferecido como *garantia* para cumprimento de obrigações devidas pelo autor, seus herdeiros ou demais titulares derivados dos direitos patrimoniais. Trata-se de hipótese extremamente relevante, não só sob a perspectiva de aproveitamento econômico da obra pelo titular, como também como meio de desenvolvimento econômico e social, conforme expõe-se no item 2.1. *infra*.

1.2.2. Direitos existenciais de autor

A exteriorização de uma criação intelectual também faz nascer, para o autor e seus herdeiros, direitos de ordem existencial,³² voltados à preservação de um *vínculo* reconhecidamente existente entre autor e obra. Refletida como uma criação do espírito,³³ compreende-se a obra como meio de revelação dos íntimos aspectos do ser do seu originador, a qual cabe ao ordenamento jurídico legal tutelar.³⁴⁻³⁵ Embora tal questão seja objeto de extenso debate

²⁹ Veja-se art. 49 da Lei nº 9.610/98.

³⁰ Art. 50 da Lei nº 9.610/98. Além disso, para que tenha eficácia, deverá ser registrado (art. 50, §1º), bem como conter elementos essenciais, como o objeto, as condições de exercício do direito, o tempo, lugar e preço (art. 50, §2º). Quanto à interpretação do negócio jurídico, prevê a lei que se reputará (art. 4º).

³¹ Veja-se BARBOSA, Denis Borges. , p. 149-156. Disponível em [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/apostilas/ufjf/contratos_propriedade_intelectual.pdf]. Acesso em 29 maio.2020.

³² Preferiu-se a referência a direitos ao invés de direitos, como usa boa parte da doutrina. A razão para isto está no fato de que, a rigor, os direitos morais são estranhos à Propriedade Intelectual, tendo em vista sua dissociação às questões de cunho ético.

³³ Criação do espírito, tal como referido pelo art. 7º da Lei nº. 9.610/98.

³⁴ SOUZA, Allan Rocha de. Direitos morais do autor. , p. 6.

³⁵ A matéria se encontra amplamente debatida na jurisprudência brasileira. Veja-se, a título exemplificativo, STJ, REsp nº. 1.822.619/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, 20.02.2020; STJ, REsp nº. 1.756.242/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 28.11.2019; STJ, AgInt no AREsp nº. 1.398.139/PB, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 30.08.2019.

doutrinário,³⁶ defende-se que tais direitos se encontram inseridos entre os valores da personalidade, mesmo que não inatos à pessoa humana.

A legislação nacional prevê quais seriam os direitos existenciais de autor,³⁷ dos quais se destacam, *verbi gratia*, o direito de *paternidade*, consubstanciado na faculdade que detém o autor de, a qualquer momento, reivindicar a autoria de sua obra, bem como de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional nela indicado; o direito de *inédito*, para os casos em que seja de interesse do autor não comunicar sua obra ao público; o direito à *integridade*, realizado no momento em que o autor se opõe a modificações em sua obra; o direito de *modificar* a obra, antes, durante ou depois de já publicada; o direito de *retirar* de circulação obra já autorizada, desde que ressalvados os direitos de terceiros; e o direito de *acesso* a exemplar único e raro, para fins de preservação da memória da obra, a partir de processo de armazenagem do conteúdo.

Com exceção aos últimos três casos, tais direitos são transmitidos (i) aos herdeiros do autor, após a sua morte;³⁸ e (ii), com relação à integridade e autoria da obra, ao Estado, quando em domínio público.³⁹

Em razão de sua natureza, bem como por previsão legal,⁴⁰ tais direitos não podem ser renunciados ou alienados, seja pelo autor, seja por seus herdeiros ou pelo Estado. Por essa razão, não poderão ser objeto de negócio jurídico (cessão ou licença), bem como não poderão ser afetados como garantia para cumprimento

³⁶ Veja-se que há autores que defendem uma dissociação entre os direitos existenciais (morais ou pessoais) de autor e os direitos da personalidade. Para essa parcela da doutrina, aqueles direitos não se confundiriam com estes, uma vez que supostamente não encontrariam fundamento na cláusula de dignidade da pessoa humana. Além disso, argumenta-se que, diferentemente dos direitos da personalidade, os direitos de autor não seriam inatos à pessoa humana. Veja-se, a favor dessa dissociação, ASCENSÃO, José de Oliveira. O futuro do direito moral. In: , n° 54, jan-mar/2003, p. 47-67; também do mesmo autor, , p. 15-16. Disponível em [http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf]. Acesso em 30 maio.2020. Veja-se, também, uma sistematização do debate, realizada por SOARES, Sávio de Aguiar. Tópicos em direitos morais de autor. In: Brasília, n° 184, out-dez/2009, p. 105-120.

³⁷ Veja-se o art. 24 da Lei n° 9.610/98. Veja-se que tais direitos também encontram fundamentação/correspondência constitucional, conforme os arts. 5º, , IV, IX, X e art. 220 da CF.

³⁸ Embora a literalidade da lei refira-se à dos direitos aos sucessores, é necessário ressaltar que se trata de direito pessoal; personalíssimo e, portanto, intransferível. Por isso, após a morte do autor, os familiares e/ou legítimos interessados exercerão direitos existenciais , em nome próprio. Veja-se PERLINGIERI, Pietro. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução por Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 181.

³⁹ Veja-se art. 24, §1º e 2º da Lei n° 9.610/98.

⁴⁰ Veja-se art. 27 da Lei n° 9.610/98.

de obrigação do titular. A penalidade para o descumprimento desta regra será a nulidade do negócio jurídico.⁴¹

1.3. Elementos necessários para concessão de tutela.

Nem toda criação humana será considerada *obra intelectual* tutelada pelo Direito de Autor. A legislação autoral prevê, em rol meramente exemplificativo, possíveis obras passíveis de proteção autoral,⁴² bem como aquelas que estão excluídas do objeto de tutela.⁴³

Entretanto, tais obras não são protegidas *per se*. Demanda-se, ainda, que sejam originadas por pessoas naturais, titulares originárias dos direitos de autor.⁴⁴⁻⁴⁵ Além disso, o objeto de tutela do direito é a criação intelectual imputada ao originador, objetivada e exteriorizada, de modo que seja possível a sua comunicação e desde que sua apropriação não seja proibida por lei.⁴⁶⁻⁴⁷ Por fim, ressaltam-se dois dos elementos de maior importância: a obra intelectual não pode ser uma cópia de outra pretérita (*novidade da criação*) e, para além disso, deve sempre conter um contributo mínimo, identificado pela *originalidade* da criação.⁴⁸

⁴¹ Veja-se art. 166, II, do Código Civil – Lei nº. 10.406/02.

⁴² Veja-se art. 7º, e incisos da Lei nº 9.610/98 e Artigo 2.1. e 2.3. da CUB. São passíveis de proteção autoral, de acordo com o inciso XII e XIII do mesmo artigo, os programas de computador e bancos de dados. Tal previsão se encontra em consonância com o disposto no Artigo 10 do Acordo TRIPS, bem como nos Artigos 4 e 5 do WIPO Copyright Treaty, não incorporado pelo Brasil. Os programas de computador também são regulados pela Lei nº 9.609/98. A matéria, no entanto, é objeto de extenso debate pela doutrina. Veja-se ASCENSÃO, José de Oliveira. Disponível em [https://portal.oa.pt/upl/%7B639e8fc8-d372-43d0-8a42-c429d91445f8%7D.pdf]. Acesso em 31 maio.2020; BARBOSA, Denis Borges. a Marriage of Inconvenience. Disponível em [http://denisbarbosa.addr.com/papers.htm]. Acesso em 31 maio.2020.

⁴³ Veja-se art. 8º da Lei nº 9.610/98.

⁴⁴ A pessoa jurídica, no entanto, poderá ser titular *derivada* dos direitos patrimoniais de autor. Veja-se STJ, REsp nº 1.473.392/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 21.11.2016.

⁴⁵ Veja-se art. 11 da Lei nº. 9.610/98.

⁴⁶ Veja-se a sistematização desses requisitos formulada por BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 434 e ss.

⁴⁷ A proibição a que toca o art. 8º da Lei nº 9.610/98 não condiz com a verificação quanto à ilicitude do conteúdo da obra intelectual. “L’opera di carattere creativo – per quanto contraria alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume, che, fra l’altro, può riscontarsi in un periodo, ma non in uno successivo, o viceversa – beneficia quindi ugualmente del diritto d’autore, salvi i limiti alla circolazione dell’opera imposti da sanzioni amministrative, penali o civili, derivanti dall’illiceità (...)”. MUSSO, Alberto. , Libro Quinto – Del Lavoro: Del Diritto Di Autore Opere Dell’ingegno Letterarie e Artistiche. Cit., p. 34.

⁴⁸ O contributo da originalidade perfaz uma das questões de maior debate da disciplina. Não se confunde com o esforço na criação (“sweat of the brow” doctrine), mas sim na expressão da criatividade intelectual do autor. Veja-se, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1991. Disponível em [https://case.edu/affil/sce/authorship/feist.pdf]. Acesso em 31 maio.2020. Além disso, é necessário ressaltar que não há equivalência

Somente se forem verificados todos os elementos acima expostos é que a obra intelectual será passível de tutela e, por consequência, de apropriação exclusiva e utilização econômica pelo autor.

2. CRÉDITO, PATRIMÔNIO E GARANTIA.

Tal como exposto no item 1 *supra*, a obra estética pode ser objeto de aproveitamento econômico pelo titular dos direitos patrimoniais de autor. Uma das inúmeras formas de aproveitamento disponibilizadas se apresenta no oferecimento deste direito como garantia para obtenção de crédito. Entretanto, o direito autoral possui especificidades que elevam a disciplina a um nível de maior complexidade, principalmente quando se estuda a correlação entre os direitos patrimoniais que lhe são característicos e os direitos de garantia disponibilizados pela legislação nacional.

A princípio, é suficiente sublinhar dois principais aspectos do Direito de Autor que, em uma primeira leitura, já esboçam os primeiros desafios enfrentados neste trabalho: são eles (i) a natureza jurídica intangível do bem objeto de tutela e (ii) a sua caracterização, expressa na legislação nacional, como bem móvel,⁴⁹ associada à questão atinente à possibilidade de constituição de garantia acessória em bem que, em regra, não demanda registro para tutela legal.⁵⁰

Essas razões iniciais são suficientes para se questionar a possibilidade de enquadramento deste bem aos institutos tradicionais do direito civil e/ou comercial. Para melhor desenvolver o tema, entretanto, é necessário expor alguns conceitos atinentes ao direito creditório e à disciplina dos direitos reais de garantia, haja vista sua conexão funcional.⁵¹

2.1. O crédito

Atualmente, é inegável a importância que exerce o crédito no processo de desenvolvimento e crescimento socioeconômico, uma vez que possui a capacidade de proporcionar dinamização do ciclo econômico, possibilitando (i)

entre a novidade e a originalidade, já que é possível conceber uma obra nova, mas que não seja dotada de originalidade, hipótese em que não se concederá tutela por parte do Direito de Autor.

⁴⁹ Veja-se o art. 3º da Lei nº 9.610/98.

⁵⁰ Veja-se o art. 18 da Lei nº 9.610/98.

⁵¹ Veja-se, nesse sentido, PINTO, Carlos Alberto da Mota. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 157.

ao empresário adquirir forças produtivas para a produção de bens e serviços⁵² e (ii) ao consumidor, um aumento na demanda de consumo.⁵³ A disposição imediata de capital alheio confere a uma pessoa, seja ela natural ou jurídica, um poder econômico que, não fosse o crédito, ele ou ela não disporia. Por isso, diz-se que o crédito se consubstancia em um *meio*, voltado à aquisição de bens, que são empregados ao atendimento de necessidades individuais.⁵⁴ Para o empresário, isso pode significar a possibilidade de adquirir um insumo ou um bem de produção, que será empregado no desenvolvimento de sua atividade econômica. E para o consumidor pode representar a possibilidade de adquirir os bens e serviços comercializados pelo empresário.⁵⁵

Estruturando os conceitos econômicos, a doutrina expõe que “a) crédito é a troca no tempo e não no espaço (Charles Guide); b) crédito é a permissão de usar capital alheio (Stuart Mill); c) crédito é o saque contra o futuro; d) crédito confere poder de compra a quem não dispõe de recursos para realizá-lo (Werner Sombart); e) crédito é a troca de prestação atual por prestação futura.”⁵⁶

O termo, entretanto, não possui apenas acepção econômica. O crédito pode significar o direito subjetivo que o credor possui de receber uma prestação obrigacional do devedor (significado jurídico); a quantia que constitui o objeto da relação de crédito/débito;⁵⁷ ou ainda representar uma modalidade de negócio jurídico, como no caso dos contratos de mútuo.⁵⁸

O crédito, compreendido como negócio jurídico, compõe-se por dois

⁵² ANDRADE IVO, Gabriel de; [et. al.]. A expansão do crédito no Brasil: uma ferramenta para o desenvolvimento socioeconômico. In: , vol. 32, nº 95, maio-ago./2016, p. 160-174.

⁵³ GALEANO, Edileuza Vital; FEIJÓ, Carmem. Crédito e Crescimento Econômico: Evidências a partir de um Painel de Dados Regionais para a Economia Brasileira nos Anos 2000. In: Vol. 43, nº 2, abril-jun/2012, p. 201-219.

⁵⁴ ASCARELLI, Tullio. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1943, p. 11.

⁵⁵ Veja-se que a referência é de aquisição de bens em geral, como resultado da utilização do capital. Não se olvida, entretanto, que, a depender da estrutura e função exercida pelo bem, serão os mesmos qualificados de diferentes formas. Assim, o empresário pode empregar o seu capital na produção de bens civis; de consumo; ou até mesmo na produção de outros bens de produção. A qualificação dependerá, em última instância, da afetação do bem às necessidades particulares dos agentes. Para aprofundamento no tema, veja-se BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. – Teoria do Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Segregação Patrimonial, Trade dress Eletrônico, Concorrência online, Ativos Intangíveis Cibernéticos e Negócios Jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 165-174.

⁵⁶ ROSA, Luiz Emygdio Franco da. Jurisprudência Atualizada, Esquemas Explicativos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1-2.

⁵⁷ ATALIBA, Geraldo. São Paulo: RT, 1973, p. 12-13.

⁵⁸ Sobre o contrato de mútuo, veja-se MARTINS, Fran. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 258-263 [e-book].

elementos essenciais: o tempo e a confiança. O primeiro deles se consubstancia no intervalo entre a prestação atual do credor – associada à disponibilização imediata de capital – e a prestação futura do devedor, correspondente à restituição, no termo, da quantia mutuada mais juros. Já a confiança está relacionada à crença (caráter *subjetivo*) ou a certeza (caráter *objetivo*) que o credor possui quanto à capacidade econômico-financeira do devedor, apta a satisfação da obrigação.⁵⁹

É importante notar que ambos os elementos não só integram o núcleo do que se entende por negócio jurídico de crédito, como também exercem um protagonismo marcante na prática comercial. Isso ocorre porque tanto o tempo quanto a confiança refletem no *risco contratual*: quanto maior o intervalo entre as prestações e quanto mais escassa é a capacidade econômico-financeira do devedor, maior é o risco de inadimplemento do devedor. Por consequência, quanto maior o risco para o credor, maior tende a ser o preço do negócio.⁶⁰

Nas operações de crédito, para atenuar os riscos da contratação e não sendo possível reduzir o intervalo de tempo entre as prestações, o devedor – ou um terceiro – oferece ao credor garantias, que podem se consubstanciar tanto na integralidade do seu patrimônio (*garantia geral*), quanto na vinculação de um bem ao cumprimento da obrigação (*garantia real*).⁶¹ Por evidência, quanto menor a *apreciação econômica* da garantia oferecida, maior tende a ser o custo do crédito para o devedor.⁶²

Para fins deste trabalho, verifica-se que o direito patrimonial de autor pode funcionar como um bem extremamente relevante aos negócios jurídicos de crédito. A depender do valor apurado, o seu oferecimento como garantia de crédito pode representar um aumento da confiança objetiva do credor e uma redução no risco da contratação, o que, ao final, reflete no preço do crédito para o titular do direito.

⁵⁹ Veja-se TOMAZETTE, Marlon. títulos de crédito. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 2, p. 26-27.

⁶⁰ No caso dos contratos de mútuo oneroso, o (remuneração do capital) se consubstancia nos juros compensatórios. Sobre o tema, veja-se FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os juros à luz do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes [et. al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 503.

⁶¹ Diz-se crédito realaquele garantido por determinado bem e crédito pessoal aquele garantido por determinado patrimônio.

⁶² Atualmente, já há ampla literatura e estudos voltados às formas de avaliação dos bens intangíveis. Veja-se, a título de exemplo, BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. Disponível em [https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/empresarial02.pdf]. Acesso em 9 julho.2020.

2.2. Patrimônio e os bens intangíveis

Não é nova a definição, segundo a qual o patrimônio se constitui como o complexo de relações jurídicas de uma pessoa (natural ou jurídica), economicamente apreciáveis.⁶³ A doutrina clássica o classifica ainda como “a atividade econômica de uma pessoa, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica civil”.⁶⁴ Por se tratar apenas de direitos que possam ser convertidos em crédito financeiro, a noção de patrimônio não abarca os direitos pessoais de família, ou até mesmo os direitos que incidem sobre a própria pessoa, como, por exemplo, o direito à honra ou à liberdade.⁶⁵⁻⁶⁶ É, por fim, uma universalidade de direito,⁶⁷ cujos componentes correspondem não só a direitos (elemento ativo), como também a obrigações (elemento passivo).

Compõem o elemento ativo do patrimônio os bens,⁶⁸ entendido em sua acepção genérica, do qual são espécies as coisas (bens corpóreos; materiais) e os bens incorpóreos; imateriais.⁶⁹ A definição do que consistem os bens auxilia na verificação da estrita relação entre o patrimônio da pessoa e a sua atividade econômica.⁷⁰ Seriam, assim, “(...) toda coisa, todo direito, toda obrigação, enfim qualquer elemento material ou imaterial, representando uma utilidade ou uma riqueza, integrado no patrimônio de alguém e passível de apreciação monetária”.⁷¹

⁶³ À título exemplificativo, veja-se BEVILÁQUA, Clóvis. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, vol. 1, p. 280; RODRIGUES, Silvio. parte geral. 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1, p.117. Veja-se, ainda, doutrina mais recente sobre o tema: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; OLIVA, Milena Donato. teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 211-215.

⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. Campinas: Red Livros, 2001, p. 236.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 1, p. 327.

⁶⁶ São tais direitos denominados de “não patrimoniais”, que, em razão da sua natureza, não se encontram disponíveis à transação. Veja-se, nesse sentido, o que dispõe o art. 841 do Código Civil. Na doutrina, veja-se, por todos, DELGADO, José Augusto. das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. 11, t. 2, p. 306.

⁶⁷ Tal classificação encontra previsão no art. 91 do Código Civil. Sobre o tema, veja-se TEPEDINO, Gustavo José Mendes; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; BODIN DE MORARES, Maria Celina. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, vol. 1, p. 191-192.

⁶⁸ De outro modo, o elemento do patrimônio seria formado pelas do sujeito de direito. Veja-se GOMES, Orlando. 16ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 11.

⁶⁹ A legislação e a doutrina ainda classificam os bens em imóveis (art. 79 a 81 do CC/02) e móveis (art. 82 a 84 do CC/02); fungíveis (art. 85 do CC/02) e infungíveis; consumíveis (art. 86 do CC/02) e não consumíveis; divisíveis (art. 87 e 88 do CC/02) e indivisíveis; singulares e coletivos (art. 89 a 91 do CC/02); principais e acessórios (art. 92 a 97 do CC/02); e, por fim, públicos (art. 98 a 103 do CC/02) e privados.

⁷⁰ Assim é que, de acordo com Clóvis Beviláqua, seriam os bens os instrumentos voltados a atender as necessidades humanas. Veja-se BEVILÁQUA, Clóvis. Cit., p. 233.

⁷¹ SILVA, De Plácido. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.543 [e-book].

A doutrina clássica e a legislação que lhe era contemporânea não outorgava aos bens incorpóreos a mesma importância e atenção que era dirigida às coisas, entendidas em sua acepção material. Nas palavras de Clóvis Beviláqua, no “Código Civil [1916] (...) não aparece a (...) divisão, *corpóreas* e *incorpóreas*, for falta de interesse prático”.⁷² A tendência permaneceu no Código Civil de 2002, que também não trouxe qualquer distinção entre os termos. Deduz-se que a razão para isso se encontra no próprio cenário social e econômico da época em que referidas leis foram editadas. Havia, até então, uma *primazia patrimonial* para os bens de natureza material; tangível. O mesmo também se deu, por muito tempo, no que tange aos bens móveis e imóveis.⁷³ Tal conjuntura se modificou com o passar do tempo. Observa-se que os bens intangíveis são atualmente os grandes protagonistas entre os bens utilizados no exercício da atividade econômica, representando os ativos de maior valor.⁷⁴

Assim, os bens imateriais representam um importante elemento no patrimônio dos indivíduos, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas. Resultantes da atividade criativa, referidos bens poderão certamente gerar riqueza, que decorre da exploração de sua expressão patrimonial. No que concerne especialmente ao direito de crédito, tais bens funcionam, em última instância, tal como sempre o fizeram as “coisas”, como verdadeiro elemento de garantia. Em outras palavras, o acesso ao crédito é proporcionado a partir da destinação de ativos intangíveis à garantia de credores. No entanto, por se tratar de um novo paradigma, tal aproveitamento patrimonial ainda enfrenta determinados desafios, trabalhados em específico no item 3 *infra*.

⁷² BEVILÁQUA, Clóvis. Cit., p. 240.

⁷³ De acordo com Fábio Konder Comparato, sempre houve uma suposição de que os bens imóveis seriam mais valiosos do que os móveis. Segundo desenvolve o autor, tal ideia remonta ao feudalismo, período em que a terra implicava poder político. Tal cenário, entretanto, modificou-se com o regime capitalista e a classificação dos bens deixou de ser importante. Atualmente a grande distinção seriam a dos bens de produção e dos bens de consumo. Sobre o tema, veja-se COMPARATO, Fábio Konder. Cit., p. 127.

⁷⁴ De acordo com Pedro Marcos Nunes Barbosa: “Factualmente pode se observar uma ruptura no paradigma anterior que propugnava a valorização da *durabilidade*, da *confiabilidade*, do certo caráter ‘perene’ dos bens, ou de sua titularidade. O avanço da estrutura econômica (e política) foi corroborado com o predomínio da guarida financeira imaterializada, sem necessidade do suporte de ativos físicos”. Continua, ainda, o autor, no que tange aos benefícios de tal ruptura: “Tal transformação serviu para dissolver práticas vetustas, ritos históricos, de veneração exagerada sobre a materialidade dos bens, muitas vezes confundindo o *opus* com a *res*. Por outro lado, foi hábil à valorização da criação intelectual humana, uma das principais fontes de elaboração de riquezas. As invenções que incidem aos inspirados, independentemente de classe sócio-econômica, possibilitam a interrupção da manutenção do *status quo* dominante e dominado (financeiramente); permite uma quebra nas tradições, nos laços hierárquicos”. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 111-113.

2.3. O patrimônio e os direitos de garantia.

Estritamente relacionada à ideia de patrimônio está a noção de garantia.⁷⁵ Esta correlação se dá uma vez que os bens jurídicos que compõem o patrimônio da pessoa (*elemento ativo*) constituem também o objeto da garantia do adimplemento das obrigações por ela assumida (*elemento passivo*).⁷⁶⁻⁷⁷ Uma vez frustrada a expectativa da prestação obrigacional, nasce para o credor a pretensão de, por intermédio de um processo judicial ou extrajudicial, executar os bens do seu devedor.⁷⁸ Convencionou-se, por essa razão, denominar o patrimônio de garantia geral das obrigações ou garantia comum dos credores.⁷⁹

Em um cenário no qual as obrigações do devedor se encontram garantidas pela sua universalidade de bens, sem estipulação de qualquer privilégio ou garantia adicional, diz-se que, quanto a este patrimônio, vigoram os princípios da generalidade e da igualdade.⁸⁰ Assim, na hipótese de insolvência civil ou

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. IV, p. 291.

⁷⁶ Essa ideia consagra o que se buscou denominar de , segundo o qual somente o patrimônio da pessoa pode responder por suas obrigações. Esta nem sempre foi a concepção dominante, já que, ao tempo da Lei das XII Tábuas, o devedor respondia com o próprio corpo pelos seus débitos. Sobre o tema, veja-se TEPEDINO, Gustavo José Mendes; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo Waldemar. direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. vol. 5, p. 387. No ordenamento jurídico vigente, tal princípio encontra referência no art. 391 do Código Civil.

⁷⁷ Ressalta-se, entretanto, que a regra de responsabilidade ilimitada do devedor encontra exceções. A legislação brasileira, por diversas razões, restringe da constrição judicial alguns determinados bens. É o caso, por exemplo, dos bens de família (vide Lei nº. 8.009/1990), dos bens gravados de inalienabilidade, do qual resulta a impenhorabilidade e incomunicabilidade (art. 1.911 do CC/02), e dos créditos alimentícios (art. 1.707 do CC/02). Tal restrição se encontra, por exemplo, expressa no Código Civil português (art. 601º.), que limita a responsabilização aos bens “susceptíveis de penhora”. Disposição semelhante é encontrada também no Código de Processo Civil brasileiro (art. 789). Em uma ordem jurídica voltada à tutela da dignidade da pessoa humana, a execução dos bens que compõem o patrimônio do devedor encontra limitação nos atributos de sua personalidade. Em razão disso, inclusive, é que defende a doutrina a necessidade de garantia de um do devedor, imprescindível para manutenção de uma vida digna. Veja-se, por todos, FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷⁸ Para esse fim, são disponibilizados, ao credor, instrumentos processuais típicos para realização do seu direito de crédito, tais como a penhora (arts. 831 a 869 do CPC), o arresto (art. 828 a 830 do CPC) e o sequestro (art. 301 do CPC). O credor também pode recorrer a meios extrajudiciais, desde que permitidos em lei e/ou expressos no título referente ao crédito, tal como na hipótese de venda amigável de bem móvel, garantido por penhor (art. 1.436, V, do CC/02).

⁷⁹ “Quando si parla di responsabilità patrimoniale si parla anche di garanzia patrimonial o ‘generica’, indicandosi, con quest’ultimo termine, che tutti i beni compresi nel patrimonio del debitore costituiscono una ‘generica garanzia’ del credito. In questo senso si parla del patrimonio del debitore come oggetto della garanzia generica di cui occorre assicurare la conservazione nell’interesse del creditore”. CHIANALE, Angelo . Torino: Giappichelli Editore, 2018, p. 5. Veja-se também TEPEDINO, Gustavo José Mendes; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo Waldemar. direitos reais. Cit., p. 389, que relaciona o termo à independência da responsabilidade patrimonial com relação à causa de constituição do crédito e à qualidade do credor.

⁸⁰ Generalidade, em razão da destinação de toda a universalidade de bens do devedor para garantia das

falência, os credores participarão, de forma equânime, do rateio do valor obtido a partir da venda do acervo patrimonial de seu devedor.⁸¹

Nem sempre, entretanto, será esse o quadro. Em alguns casos, a lei determina que certas espécies de obrigações possuem uma natureza especial, razão pela qual se estabelece, a favor dos seus respectivos credores, um privilégio, possibilitando-lhes receber o valor de seus créditos prioritariamente.⁸² Tais privilégios, diferentemente das garantias reais, possuem natureza de direito pessoal.⁸³ É a hipótese, por exemplo, dos créditos de natureza trabalhista ou tributária.⁸⁴ Nesses casos, em razão da precedência na realização do crédito, vislumbra-se uma ruptura da *par conditio creditorum*.

Além dos casos de privilégios, podem as partes, por força da autonomia privada, estipular uma garantia específica ao cumprimento das obrigações pactuadas.⁸⁵ Nessa hipótese, ao credor será conferido um *reforço* ou uma segurança extra na satisfação do seu crédito, o que significa uma diminuição dos riscos de irreparabilidade. Assim, não satisfeitos com a garantia geral, é possível convencionar-se uma garantia especial, que pode se consubstanciar tanto na destinação de um outro patrimônio para cumprimento das obrigações, como na atribuição de direitos ao credor sobre um bem determinado. São espécies dessas garantias especiais, as garantias pessoais ou fidejussórias e as garantias reais.

As garantias pessoais se constituem nas situações em que uma ou mais pessoas, *estranhas* à relação jurídica principal, responsabilizam-se, com o seu patrimônio, pelo cumprimento da obrigação devida pelo devedor.⁸⁶ São espécies

obrigações assumidas; igualdade, em razão da posição comum dos credores desprovidos de qualquer garantia ou privilégio. COSTA, Mário Júlio de Almeida. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 847-848.

⁸¹ Nesta hipótese, vigora o então conhecido brocardo .

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cit., vol. IV, p. 292. Nesse caso, o termo privilégio é usado como sinônimo de preferência.

⁸³ Por essa razão, os credores com garantias reais possuirão preferência aos credores com privilégios. É o que se denota do art. 961 do CC/02. “O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral”. Veja-se, sobre a preferência elencada pela lei, DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. XIII, p. 493.

⁸⁴ A doutrina classifica ainda os privilégios em especiais e gerais. Veja-se TEPEDINO, Gustavo José Mendes; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo Waldemar. direitos reais. Cit., p. 391.

⁸⁵ CHALHUB, Melhim Namem. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 251. Também é empregado pela doutrina o termo , em contraposição à garantia geral.

⁸⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 105-108.

de garantias fidejussórias, a fiança e o aval cambiário.⁸⁷⁻⁸⁸ Nesses dois casos, o reforço do credor é *quantitativo*, uma vez que a ele será facultado recorrer a mais de um patrimônio, em busca da obtenção do valor referente ao seu crédito.⁸⁹

Embora seja de muita valia ao comércio, a garantia especial pessoal, tal como a garantia geral, não deixa de impor ao credor determinados riscos negociais, que devem ser auferidos ao tempo da contratação. O fato de ser devedor ou garantidor de terceiros, não retira da pessoa a capacidade de contrair novos direitos e obrigações. Por derradeiro, à pessoa é facultado alienar e/ou onerar os seus bens, assim como crescer novos bens ao seu patrimônio. Tal característica é típica das universalidades de direito que, em razão da elasticidade do seu conteúdo e objeto, podem expandir-se ou contrair-se.⁹⁰ Por isso que se diz que o patrimônio representa uma garantia precária das obrigações. Ao credor restará realizar o valor do seu crédito no conjunto de bens existentes no patrimônio do devedor ao tempo da constituição ou vencimento do débito.⁹¹

⁸⁷ A fiança encontra previsão nos arts. 818 a 839 do CC/02, enquanto o aval, nos arts. 897 a 900 do mesmo diploma legal. Na doutrina, veja-se BODIN DE MORAES, Maria Celina; SCHULMAN, Gabriel. Ensaio sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORAES, Maria Celina; . São Paulo: Saraiva, 2017, p. 11-56; TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A fiança prestada pelos sócios: efeitos diante da alteração subjetiva da companhia. In: Coleção soluções práticas de direito: pareceres. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, vol. III, p. 179-195. Sobre aval cambiário, veja-se MAMEDE, Gladston. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 140-166; FACHIN, Luiz Edson. Elementos essenciais para a constituição do negócio jurídico do aval. In: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, vol. 1, p. 189-204; SPINELLI, Luiz Felipe. O aval na recuperação judicial e na falência. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORAES, Maria Celina; . Cit., p. 123-170.

⁸⁸ Atualmente, verifica-se ainda o uso de uma outra garantia pessoal, conhecida por . Diferentemente da fiança e do aval, a garantia autônoma apresenta vantagens relevantes para a atividade comercial, já que nessa modalidade são restringidas as matérias de defesa que o garantidor pode opor ao credor. Embora não prevista expressamente na lei, seu estabelecimento encontra respaldo no princípio da atipicidade contratual, expressamente disposto no art. 425 do CC/02. Veja-se, na doutrina, MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORAES, Maria Celina; [et. al.] Cit., p. 105-122.

⁸⁹ Ressalte-se, entretanto, que garantia pessoal não é sinônimo de solidariedade passiva. Neste último caso, em regra, os patrimônios responsáveis pelo cumprimento das obrigações são dos próprios devedores e, na hipótese de mora ou inadimplemento, é o valor desses bens que será demandado para satisfação do credor. Na estipulação de garantia pessoal, o garantidor possui uma “responsabilidade de segunda frente”, já que, em regra, seu patrimônio só será demandado, caso não seja possível obter a satisfação do crédito no patrimônio do devedor. Tal mandamento, entretanto, comporta exceções. À título de exemplo, no contrato de fiança, o fiador, em determinadas hipóteses (art. 828 do CC/02), não poderá alegar, ao credor, o benefício de ordem para pagamento da dívida. Nesse caso, a sua responsabilidade se comportará tal como na solidariedade referida. Mesma hipótese de solidariedade será encontrada nos casos de pluralidade de fiança prestada a um único débito, tal como preceitua o art. 829 do CC/02. Veja-se COSTA, Mário Júlio de Almeida. Cit., p. 882.

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo José Mendes; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo Waldemar. direitos reais. Cit., p. 388.

⁹¹ A ideia de liberdade do devedor na constituição de novas obrigações não é absoluta. Em algumas situações, a sua conduta abusiva pode configurar fraude aos credores ou fraude à execução, hipótese em que a normativa

Por essa e outras razões, podem as partes recorrer às *garantias reais*, outra espécie de garantia especial de crédito. São elas constituídas nas situações em que o devedor, ou um terceiro, estranho à relação jurídica principal, vincula, por um laço real,⁹² a realização do valor de um crédito a um ou mais bens, que compõem o seu patrimônio.⁹³ Nessa situação, não se está a tratar de uma garantia geral, típica aos credores comuns, mas antes à afetação de um bem, que se sujeita diretamente a garantia de uma determinada obrigação.⁹⁴ Diferentemente das garantias pessoais, o reforço do credor é qualitativo, exceto nos casos em que a garantia real é constituída por terceiro, hipótese em que será, ao mesmo tempo, qualitativa e quantitativa.⁹⁵

De acordo com a doutrina tradicional, são espécies de direitos reais de garantia, a hipoteca,⁹⁶ o penhor e a anticrese.⁹⁷⁻⁹⁸ Além dessas três espécies, elenca-se também a propriedade fiduciária, a titularidade fiduciária e espécies

legal disponibiliza ao credor instrumentos excepcionais de realização coativa do seu crédito. Veja-se, sobre fraude à execução, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. ações executivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tomo VII, 2016, p. 84-85. No que tange à fraude contra credores, veja-se CASTRO NEVES, José Roberto de. Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 299-318.

⁹² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, vol. II, p. 5.

⁹³ Veja-se também BEVILAQUA, Clóvis. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, vol. 2, p. 11.

⁹⁴ É necessário notar que o direito real de garantia se difere do direito real de gozo ou fruição, tanto no aspecto estrutural, quanto no aspecto funcional. O direito real de gozo possui existência, ao passo que o direito real de garantia sempre se constitui de forma acessória a um pacto obrigacional principal. Além disso, o credor de uma garantia real possui tão-somente o poder de realizar o seu crédito a partir da venda ou renda do bem dado em garantia. Diferentemente ocorre com o direito real de gozo, uma vez que o seu titular dispõe da faculdade de usar a coisa, apropriando-se, inclusive, dos seus frutos. Veja-se GOMES, Orlando. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 352.

⁹⁵ Qualitativa, porque não se está a tratar da quantidade de patrimônios disponíveis ao credor, mas antes a disposição de um bem para garantia do cumprimento de uma obrigação.

⁹⁶ No Código Civil, a hipoteca encontra previsão no art. 1.225, IX, e nos arts. 1.473 a 1.505 do Código Civil. Em geral, sua constituição ocorre sobre bens imóveis, podendo, ainda, de acordo com o que prevê o art. 1.473, recair sobre domínio direto (inc. II), domínio útil (inc. III), sobre estradas de ferro (inc. IV), sobre recursos naturais (inc. V), sobre navios e aeronaves (incs. VI e VII), sobre direito de uso especial para fins de moradia (inc. VIII), sobre direito real de uso (inc. IX) e sobre a propriedade superficial (inc. X).

⁹⁷ O penhor encontra previsão no art. 1.225, VIII, do CC/02, além dos arts. 1.431 a 1.472. Sua constituição ocorre sobre bens móveis, direitos e títulos de crédito.

⁹⁸ A anticrese encontra previsão no Código Civil, nos arts. 1.225, X, e arts. 1.506 a 1.510. Sua constituição difere dos demais direitos reais de garantia, já que neste modelo o credor obtém a posse de bem imóvel alheio, cujos frutos percebidos são utilizados no abatimento do débito. Essa modalidade de garantia é a que mais se aproxima à estrutura dos direitos reais de gozo. Embora encontre previsão na lei civil, não possui grande uso prático, razão pela qual é pouco desenvolvida pela doutrina. Sobre seu desprestígio e desvantagens, veja-se CHAMOUN, Ebert. Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas. In: , vol. 20, abr/jun. 2019, p. 236.

de caução, tais como a caução de direitos aquisitivos sobre imóveis e a caução de bens móveis ou imóveis nas relações locatícias.⁹⁹

É um traço comum tanto às garantias pessoais, como às garantias reais, a acessoriedade. O contrato que as constitui está vinculado à satisfação do interesse do credor no contrato principal, existindo, no mundo jurídico, tão somente em razão dele.¹⁰⁰ Essa vinculação se dá tanto funcionalmente, como também estruturalmente, já que o titular do direito de garantia só poderá utilizar um determinado patrimônio ou bem para o pagamento do valor devido pelo devedor, em razão de sua mora ou inadimplemento. Além disso, é necessário destacar que, em razão do princípio da gravitação jurídica, as vicissitudes do contrato principal afetam também o contrato acessório de garantia,¹⁰¹ razão pela qual eventual anulabilidade, nulidade ou declaração de inexistência do negócio jurídico garantido, levará, à mesma sorte, a garantia estipulada.¹⁰²

As espécies de garantia especial, entretanto, possuem características que as distinguem. No caso dos direitos reais de garantia, lhes são conferidos determinados *atributos* que fazem dessa espécie de garantia um modelo de preferência dos credores, quando comparada às garantias pessoais e geral. E isso em razão do reforço *qualitativo* do crédito que, embora não gere absoluta certeza na realização do valor correspondente à obrigação, traz maior segurança ao tráfico negocial.

São esses atributos, (i) a capacidade ou legitimação para constituição de direito real de garantia; (ii) a limitação do objeto de garantia; (iii) o vínculo real entre a coisa e a obrigação principal; (iv) a seqüela; (v) a existência de requisitos mínimos do título aquisitivo e o necessário registro do título constitutivo de garantia; (vi) a indivisibilidade, como regra, das garantias; (vii) a possibilidade de vencimento antecipado da dívida em determinadas situações; e, por fim, (viii) a vedação ao pacto comissório e a possibilidade de instituição de pacto marciano.

Embora essas características sejam comuns a todos os direitos reais

⁹⁹ Para aprofundamento sobre tais espécies de garantia, veja-se CHALHUB, Melhim Namem. Cit., p. 217.

¹⁰⁰ Veja-se, a propósito, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tomo XX. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, §2.419.

¹⁰¹ Exemplo é fornecido por Pablo Stolze. O autor reflete que, no caso das garantias reais de hipoteca, extinguindo-se o direito principal de propriedade do bem (o que pode se dá nos casos de aquisição originária de propriedade, como na usucapião), padece o direito acessório, de garantia. Veja-se, em detalhes, GAGLIANO, Pablo Stolze. direitos reais São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 639 [e-book].

¹⁰² Veja-se, portanto, o que dispõe o art. 184 do CC/02.

de garantia, elas se manifestam de diferentes formas, a depender das particularidades atinentes à estrutura do direito em questão. O Direito de Autor, elemento específico deste trabalho, é considerado, por disposição expressa da lei, bem móvel, razão pela qual o direito patrimonial que é inerente à exclusividade outorgada ao autor, só pode ser objeto de duas espécies de garantias reais: o penhor e a propriedade fiduciária.

Cada uma dessas hipóteses apresenta uma *estrutura* particular, bem como vantagens e desvantagens, tanto para o credor, quanto para o devedor. Em último caso, seu estudo específico se apresenta de grande valia, uma vez que, a depender dos interesses em questão, poderão as partes escolher uma ou outra espécie.

Em qualquer caso, entretanto, a *função* da garantia será a mesma: “proporcionar segurança ao credor, oferecendo-lhe meio de extinção satisfativa do crédito, a despeito da ausência de cooperação do devedor e da sua incapacidade patrimonial de solver o débito”.¹⁰³

3. DIREITO DE AUTOR E DIREITOS REAIS DE GARANTIA.

3.1. O penhor

O penhor se constitui em uma garantia especial real, a partir da qual se vincula um bem móvel, corpóreo ou incorpóreo, fungível ou infungível,¹⁰⁴ à satisfação de uma obrigação.¹⁰⁵ Em razão da amplitude de seu objeto e das diferentes estruturas possíveis, o penhor admite espécies, tais como o penhor comum e o penhor especial.¹⁰⁶

Tradicionalmente, a figura mais amplamente utilizada sempre foi o penhor comum. Atribui-se este fato à “supremacia”, uma vez presente (conf. 2.2. *supra*), dos bens de natureza corpórea. Reflita-se, a propósito, que a constituição desta modalidade de direito real de garantia depende da transferência física do bem

¹⁰³ RENTERIA, Pablo Waldemar. São Paulo: Atlas, 2016, p. 148.

¹⁰⁴ Também serão objeto de penhor os bens móveis, pelo qual se denomina. Entretanto, veja-se a crítica formulada pela doutrina, segundo a qual a hipótese em referência mais se aproxima de um negócio de alienação com escopo de garantia. Veja-se TEPEDINO, Gustavo José Mendes; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo Waldemar. direitos reais. Cit., p. 430.

¹⁰⁵ A propósito, veja-se doutrina de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, para quem o penhor recai sobre todos os bens móveis, desde que não suscetíveis de hipoteca. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 403.

¹⁰⁶ TARTUCE, Flávio. direito das coisas. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, vol. 4, p. 839 [e-book].

móvel, que passa à posse direta do credor pignoratício.¹⁰⁷ A transferência sempre se fez necessária, porque, diferentemente dos imóveis, os bens móveis podem mais facilmente se dissipar – sem que o credor possa, posteriormente, encontrá-los –, além de não constarem de um órgão de registro concentrado, que garanta ao credor e a terceiros o conhecimento dos ônus que recaem sobre o bem.¹⁰⁸

Não obstante isso, o crescimento do valor e importância dos bens móveis, principalmente de caráter incorpóreo, fez nascer a necessidade de um modelo de garantia real que possibilitasse a manutenção da posse direta do bem com o devedor, que o utilizaria no desenvolvimento de sua atividade econômica e, ao final, no adimplemento da própria obrigação.¹⁰⁹

Assim, a legislação civil previu a hipótese do penhor especial e suas subespécies: o penhor rural (subdividido em penhor agrícola e pecuário),¹¹⁰ o penhor mercantil e industrial,¹¹¹ o penhor sobre veículos¹¹² e o penhor sobre direitos e títulos de crédito.¹¹³ O direito patrimonial de autor se encaixa na modalidade de *penhor de direitos* e seguirá, para a sua constituição, a estrutura desta subespécie de garantia especial real.

3.1.1. A legitimidade (esfera subjetiva) para constituição da garantia;

Para oferecimento de qualquer bem à título de garantia especial real de crédito, é necessário antes verificar se o devedor ou o terceiro detém (i) a faculdade de dispor do bem,¹¹⁴ e (ii) a capacidade para exercer os atos da vida civil.¹¹⁵

¹⁰⁷ Veja-se art. 1.431 do CC/02.

¹⁰⁸ RENTERÍA, Pablo Waldemar. A configuração do penhor no direito brasileiro. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORARES, Maria Celina; [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 265-268.

¹⁰⁹ Veja-se, entretanto, que a disciplina não é pacífica. Há doutrina que defende que a *possee*, por consequência, o seu desmembramento seria cabível às coisas, ou aos bens corpóreos. Nesse sentido, veja-se LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Cit., p. 113. No caso de penhor especial de bens intangíveis, e mesmo no de bens tangíveis, estar-se-ia diante de , em que o devedor assume a posição de depositário. Veja-se MAMEDE, Gladson. direito das coisas, penhor, hipoteca, anticrese, artigos 1.419 a 1.510. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XIV, p. 183. No entanto, destaca-se também doutrina no sentido contrário, que admite a posse de bens intangíveis e, por consequência, o seu desmembramento. Em estudo sobre a possibilidade de usucapião de patentes, aponta Pedro Marcos Nunes Barbosa a “imperatividade de se ultrapassar o dogma da posse física para a) atingir-se o uso como elemento essencial do tipo, ou b) dar , realizar de forma contemporânea o conceito de posse (que incorpore bens imateriais)”. o caso da usucapião de patentes. Cit., p. 148-149. Veja-se, também, BARBOSA, Denis Borges. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, Tomo I, p. 209.

¹¹⁰ Veja-se os arts. 1.438 a 1.446 do CC/02.

¹¹¹ Veja-se os arts. 1.447 a 1.450 do CC/02.

¹¹² Veja-se os arts. 1.461 a 1.466 do CC/02.

¹¹³ Veja-se os arts. 1.451 a 1.460 do CC/02.

¹¹⁴ Veja-se o art. 1.420 do CC/02. Nesse sentido, o famoso adágio romano: .

¹¹⁵ Destaca-se, assim, que não poderão constituir garantia real os indivíduos menores de 16 (dezesseis) anos,

No caso específico do Direito de Autor, só poderá oferecer o direito patrimonial de autor como garantia aquele que é seu titular (originário ou derivado) e que, por extensão, possui a faculdade de ceder o direito.¹¹⁶ Além disso, no caso de cotitularidade do direito patrimonial por mais de um sujeito, vislumbra-se a necessidade de colher, previamente, o consentimento dos demais titulares, quando a garantia se constituir na totalidade do direito.¹¹⁷ Isso porque, o penhor tem o poder de, na hipótese de inadimplemento da obrigação garantida pelo devedor, resultar na alienação; cessão do direito, o que afeta diretamente a sua titularidade pelos demais.

3.1.2. O objeto (esfera objetiva) da garantia;

Em geral, prevê-se que somente os bens passíveis de alienação podem ser objeto das garantias reais de crédito.¹¹⁸ Referida previsão faz todo o sentido quando se está a tratar de bens móveis e imóveis corpóreos. Entretanto, quando o objeto da garantia real é um direito, tal como no caso do Direito de Autor, o requisito passa a ser o de possibilidade de cessão. Referido requisito só estará preenchido se a obra em questão for tutelada pelo Direito de Autor, ou seja, for passível de gerar uma exclusiva patrimonial ao seu originador, estando presentes os elementos necessários para tutela, conforme exposto no item 1.3 *supra*.

por serem absolutamente incapazes (art. 3º do CC/02). Excepciona-se a regra, quando representados pelos seus responsáveis legais, que só poderão gravar de ônus real os seus bens, nos casos de necessidade evidente interessado menor, após autorizados judicialmente, sob pena de nulidade do negócio (art. 1.691 do CC/02). Veja-se que, por força do Decreto nº 6.949/09, que incorporou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, as pessoas deficientes não poderão ser consideradas incapazes, de forma que, em geral, poderão alienar ou onerar seus bens. Não obstante isto, será necessário verificar se esta mesma pessoa, de forma excepcional, possui curador ou apoiadores nomeados judicialmente, hipótese em que sua assistência será necessária para constituição do negócio, sob pena de nulidade (arts 84 e 85 da Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência). Além disso, será necessária assistência para os casos de incapacidade relativa (art. 4º do CC/02). Veja-se, sobre o tema, CRUZ, Elisa Costa. A Parte Geral do Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão. In: BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; MENDONÇA Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coord.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 67-98;

¹¹⁶ Veja-se o art. 1.451 do CC/02.

¹¹⁷ A raiz desse raciocínio se encontra no instituto do condomínio, no qual nenhum condômino pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela à estranhos, sem o consenso de todos, na forma do art. 1.314 do CC/02. No caso do penhor de coisa comum, veja-se disposição específica no art. 1.420, §2º do CC/02. Veja-se também o art. 23 e 32 da Lei nº 9.610/98, que tratam do exercício dos direitos patrimoniais de autor por co-autores. Na doutrina, veja-se, por todos, Denis Borges Barbosa, que tratou da necessidade de consentimento dos titulares comuns de uma patente para a concessão de licença. , 2002. Disponível em [<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html>]. Acesso em 4 junho.2020

¹¹⁸ Veja-se o art. 1.420 do CC/02.

3.1.3. Os requisitos mínimos do título constitutivo e seu registro;

Para que a garantia real possa ser eficaz perante terceiros (*erga omnes*), é necessário proceder ao registro do título constitutivo. No caso do penhor comum, a regra geral indica que o registro deve ser realizado no Cartório de Títulos e Documentos.¹¹⁹ Entretanto, no caso específico do Direito de Autor, será necessário verificar qual o órgão ou autarquia responsável pelo registro da obra objeto do direito.¹²⁰ Assim, no caso de obras literárias, desenhos e música, será competente o Escritório de Direitos Autorais (EDA) da Fundação da Biblioteca Nacional (FBN). No caso de obras de engenharia, arquitetura e urbanismo, o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA). No caso de obras de arte visuais e obras musicais, a Escola de Belas Artes e a Escola de Música, respectivamente, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). No caso de obras audiovisuais, a Agência Nacional de Cinema (ANCINE). E, no caso dos programas de computador e banco de dados, será competente o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI).

É importante ressaltar que, embora o ordenamento jurídico brasileiro não requisite o registro da obra estética para fins de *tutela* do Direito de Autor,¹²¹ no caso de constituição de garantia, em razão de sua acessoriedade, o referido registro prévio será imprescindível.¹²² O título de garantia, a ser levado à registro, também deve obedecer a requisitos mínimos, quanto ao seu conteúdo. Nele, devem se encontrar especificados não só o bem objeto da garantia real, como também informações referentes ao crédito, como seu valor, seu vencimento e taxas de juro.¹²³

3.1.4. O vínculo real e a sequela;

Uma vez registrado, o bem objeto de garantia ficará, até o adimplemento do devedor, submetido, por um vínculo real, à satisfação da obrigação. O direito

¹¹⁹ Veja-se o art. 1.432 do CC/02.

¹²⁰ Nesse ponto, ainda se encontra em vigor o art. 17 da Lei nº 5.988/1973.

¹²¹ Veja-se o art. 18 da Lei nº 9.610/98. Veja-se, entretanto, que há exceções: algumas obras audiovisuais, a depender do tipo, deverão ser registradas, previamente à sua comercialização. Para mais informações, veja [<https://www.ancine.gov.br/pt-br/conteudo/obrigat-rio-requerer-o-registro-de-t-tulo-para-obra>]. Acesso em 19 junho.2020.

¹²² Dessa forma, tal como no caso dos demais bens, a garantia será averbadano registro da obra intelectual.

¹²³ Veja-se o art. 1.424 do CC/02.

de garantia adere ao bem, manifestando-se por meio da seqüela, que possibilita ao credor exercer o seu direito de crédito frente a terceiros que, eventualmente, venham a se tornar titulares do direito patrimonial em questão.^{124,125}

3.1.5. A indivisibilidade da garantia;

Uma característica que é comum a todos os direitos reais de garantia se consubstancia na indivisibilidade da garantia. Isso quer dizer que, no caso de obrigações sucessivas, o adimplemento de uma parcela das obrigações não desonera parte dos bens afetados, exceto (i) se expressamente previsto no título constitutivo ou (ii) se o credor oferecer quitação parcial do crédito.¹²⁶ O mesmo se aplica ao direito patrimonial de autor.

3.1.6. A proibição do pacto comissório;

O ordenamento jurídico brasileiro proíbe às partes estipular, no contrato constitutivo de garantia real, cláusula que autorize o credor a se apropriar do bem objeto da garantia, na hipótese de inadimplemento do devedor.¹²⁷ A tal cláusula se denomina de pacto; cláusula comissória, e a sua nulidade é a sanção legal prevista.¹²⁸ No âmbito do penhor de direito patrimonial de autor, a regra permanece inalterada, no sentido de que será vedado às partes estipularem que, em caso de não pagamento do crédito pelo devedor, poderá o credor se tornar titular do direito, sem a interpelação de terceiro, seja judicial ou extrajudicialmente.¹²⁹

¹²⁴ Sobre o direito de seqüela, veja-se, por todos, LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 124-126.

¹²⁵ O direito de seqüela não impede ao titular do direito patrimonial de autor de cedê-lo a terceiro(s). No entanto, tal bem continuará vinculado ao cumprimento da obrigação assumida perante o credor. Não obstante isto, pode o credor anuir com a cessão, hipótese em que exigirá parte do preço obtido (corresponde à dívida), para extinção do penhor. Veja-se, nesse sentido, o art. 1.436, V, do CC/02. Veja-se, também, os comentários de RODRIGUES, Silvío. direito das coisas. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 5, p. 354-356.

¹²⁶ Veja-se o art. 1.421 do CC/02.

¹²⁷ Veja-se o art. 1.428 do CC/02.

¹²⁸ Veja-se HADDAH, Luís Gustavo. Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 64-121.

¹²⁹ Isso não impede, entretanto, que o devedor ofereça o direito em dação em pagamento, que, caso aceito pelo credor, extingue a obrigação. Veja-se o parágrafo único do art. 1.428. Veja-se, na doutrina, TEPEDINO, Gustavo José Mendes; SCHREIBER, Anderson. obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 268-274.

Paralelamente, no entanto, permite-se que se convencie – inclusive para o direito patrimonial de autor – o que comumente se denomina de pacto marciano. Nessa hipótese, o credor, após o inadimplemento do devedor, adquire o bem para si. Fá-lo-á, entretanto, por um preço justo, verificado a partir de uma avaliação contemporânea do bem, realizada por um terceiro imparcial.¹³⁰

3.1.7. O Vencimento antecipado da dívida;

A legislação civil prevê situações em que a dívida será considerada antecipadamente vencida, a partir do qual o credor poderá cobrar o seu crédito, antes do termo anteriormente convencionado.¹³¹

Adaptando-se as hipóteses ventiladas ao Direito de Autor, afirma-se que a dívida vencerá antecipadamente (i) quando o valor apurado da exclusiva patrimonial for relevantemente reduzido, de forma a desfaltar a garantia (deterioração ou depreciação do bem);¹³² (ii) quando o titular do direito patrimonial entrar em insolvência ou falir; (iii) quando as prestações sucessivas não forem pagas; e (iv) quando o prazo do direito de exclusiva expirar (hipótese de perecimento do direito, por domínio público).

3.1.8. A excussão da garantia;

Vencido e não pago o débito, nasce para o credor a pretensão de excutir o bem oferecido em garantia. Para isso, ele poderá (i) adquirir o bem a preço justo, nos casos de previsão de pacto marciano (conf. 3.1.6. *supra*); (ii) proceder à venda amigável do bem, desde que autorizado pelo seu titular ou expressamente

¹³⁰ Veja-se TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. In: n° 70, Belo Horizonte, jan-jun/2017, p. 51-77.

¹³¹ Veja-se o art. 1.425 do CC/02.

¹³² Tal é o caso, por exemplo, de determinadas obras musicais. Certamente, um “hit” musical, em um dado período, possui um valor apurado de mercado relevantemente maior do que em um ano ou mais depois, quando o consumo do seu público-alvo estará voltado a outro artista ou outra obra. Veja-se que a legislação prevê que, caso haja um fundado receio de que o bem empenhado venha a se deteriorar ou perder o seu valor, o credor tem o direito de, mediante autorização judicial, promover a venda antecipada do bem, hipótese em que deverá depositar o preço obtido. O titular do bem, entretanto, para evitar sua venda antecipada, pode substituí-lo por outra garantia real idônea. Veja-se o art. 1.433, VI, do CC/02. Não se vislumbra qualquer impedimento de aplicação desta prerrogativa ao credor de dívida garantida por um bem intangível, tutelado pelo Direito de Autor.

previsto no título constitutivo do penhor;¹³³ e (iii) executar judicialmente o devedor para (a) adjudicação ou (b) venda do bem.¹³⁴

Nas hipóteses em que o valor adquirido com a alienação (judicial ou extrajudicial) ou adjudicação seja superior à quantia correspondente à dívida, o credor deverá devolver, ao titular do bem, o remanescente apurado.¹³⁵ Contrariamente, caso o valor seja inferior, o credor deverá executar os demais bens que compõem o patrimônio geral do devedor, até a integralidade do seu crédito.¹³⁶ Entretanto, por não mais dispor de uma garantia real, o seu crédito passa a se qualificar como quirografário.¹³⁷

3.1.9. A Pluralidade de penhores sobre o mesmo direito patrimonial de autor;

Por fim, vislumbra-se a possibilidade de constituição de múltiplos penhores, em favor de diferentes credores, sobre o mesmo direito patrimonial de autor. Embora sem previsão expressa na legislação, defende-se a transposição do instituto já previsto para os casos de penhor rural,¹³⁸ industrial¹³⁹ e de créditos,¹⁴⁰ como também regulado no âmbito dos bens passíveis de hipoteca.¹⁴¹

¹³³ Tanto a venda amigável, quando a execução judicial, encontram-se previstas no art. 1.433, IV, do CC/02. Veja-se que a venda amigável pode representar um instrumento de relevante interesse tanto para o credor, quanto para o devedor, uma vez que se trata de meio extrajudicial de excussão do penhor. Nessa hipótese, o bem é vendido ou o direito cedido a terceiro, em condições de mercado, e o preço arrecadado é utilizado no pagamento da dívida. Nesse cenário, não há dispêndio com a judicialização da execução, o que resulta em maior aproveitamento do valor do bem. Veja-se, na doutrina, VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 790 [e-book].

¹³⁴ O procedimento de adjudicação judicial encontra-se previsto nos arts. 876 a 878 do CPC, enquanto a alienação nos arts. 879 a 903 do CPC.

¹³⁵ Veja-se o art. 1.435, V, do CC/02.

¹³⁶ Veja-se o art. 1.430 do CC/02.

¹³⁷ Veja-se que tal constatação pode ter relevante impacto no recebimento da quantia faltante pelo credor, principalmente se o devedor se encontrar em procedimento de recuperação judicial ou falência. Assim, “quirografários serão os créditos que não possuam qualquer privilégio de recebimento em procedimento concursal (...). Trata-se de uma classe definida por exclusão: engloba (...) os saldos dos créditos com garantia real que ultrapassarem o valor arrecadado com o bem garantidor (...)”. SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes [coord.]. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 368. Veja-se o art. 83 da Lei nº. 11.101/05.

¹³⁸ Veja-se art. 4º, §1º da Lei nº 492/37, bem como o art. 1.443, parágrafo único do CC/02.

¹³⁹ Veja-se art. 5º do Decreto-lei nº 1.271/39.

¹⁴⁰ Veja-se art. 1.456 do CC/02.

¹⁴¹ Veja-se os arts. 1.476 a 1.478 do CC/02, que tratam da constituição de múltiplas hipotecas sobre um mesmo bem. Tal possibilidade não é nova e já era enfrentada pela doutrina clássica, veja-se BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Cit., vol. 2, p. 168-172.

O estabelecimento de um outro penhor (também denominado por penhor de segundo grau ou penhor de grau mais elevado) tem por fundamento possibilitar ao titular de um bem a sua máxima utilização ou aproveitamento econômico, traduzindo arranjo socialmente útil e, portanto, passível de tutela.¹⁴² Entretanto, ressalva-se que, também neste caso, serão aplicáveis prerrogativas de proteção aos credores concorrentes na mesma garantia sobre o bem. Assim, tal como na hipoteca, observar-se-á o princípio da preferência temporal, a partir do qual se estabelece uma ordem de prioridade entre os penhores.¹⁴³ Por isso, não poderá o credor pignoratício de segundo grau executar o bem, antes de vencido o crédito do primeiro credor.¹⁴⁴

3.2. A alienação fiduciária.

A alienação fiduciária em garantia também se constitui como uma modalidade de garantia real passível de utilização no âmbito dos direitos patrimoniais de autor, uma vez que seu objeto circunscreve qualquer bem móvel ou imóvel, fungível ou infungível, desde que passível de alienação ou cessão.¹⁴⁵⁻¹⁴⁶

Trata-se de garantia efetivada a partir da transferência, em caráter resolúvel, da propriedade; titularidade do bem para o credor fiduciário.¹⁴⁷⁻¹⁴⁸ Nessa

¹⁴² RENTERÍA, Pablo Waldemar. Penhor e autonomia privada. Cit., p. 211. Veja-se, para o autor, que “a liberdade para sua constituição [penhor de segundo grau] tem por fundamento a própria tipicidade reconhecida a essa espécie de direito real na ordem jurídica vigente”. *Ibidem*, p. 211.

¹⁴³ Nesse caso, o protocolo do registro do título constitutivo de garantia determinará a ordem dos penhores e, por seqüência, a preferência entre os credores concorrentes. Veja-se, para a hipoteca, o art. 1.493 do CC/02.

¹⁴⁴ Podem os credores e o titular, entretanto, preverem de forma diversa, admitindo-se ainda o que se convencionou denominar de pacto de reserva prelatícia. Veja-se COUTO E SILVA, Clovis Verissimo. A Hipoteca no Direito Comparado. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 6, 1972, p. 111-127.

¹⁴⁵ Na hipótese de cessão, denomina-se como cessão fiduciária em garantia. Veja-se CHALHUB, Melhim Namem. Direitos Reais. Cit., p. 249.

¹⁴⁶ Veja-se o art. 1.361 do CC/02. Para alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, veja-se a Lei nº 9.514/97.

¹⁴⁷ “Trata-se, portanto, de negócio fiduciário típico, pelo qual se transfere a titularidade de situação jurídica subjetiva ativa ao credor, com vistas não ao atendimento de seus próprios e exclusivos interesses, mas à consecução da finalidade ajustada pelas partes, a saber, a constituição de garantia ao adimplemento da obrigação assumida pelo devedor no contrato principal”. TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências da disciplina legal. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORARES, Maria Celina; et. al. Direito das garantias. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217.

¹⁴⁸ Importante notar que a propriedade fiduciária do credor compõe o seu patrimônio e, como tal, possui apreciação econômica e pode ser objeto de negócio jurídico pelo seu titular. Veja-se, nesse sentido, o caso da cessão de posição contratual do credor fiduciário que, embora expressamente prevista para alienação

hipótese, também se vislumbra o desmembramento da posse,¹⁴⁹ uma vez que o bem permanece na posse direta do devedor; titular originário, que poderá utilizá-lo.¹⁵⁰⁻¹⁵¹ Uma vez que a obrigação é adimplida, a propriedade se resolve, retornando àquele que ofereceu o bem em garantia. Já na hipótese de inadimplemento, a propriedade se consolida com o credor,¹⁵² que, no caso dos bens móveis, deve proceder à alienação e, com o produto da venda, satisfazer o seu crédito.¹⁵³

Tal como o penhor, a alienação fiduciária em garantia compreende contrato acessório, que deve ser registrado no registro competente (conf. 3.1.3. *supra*).¹⁵⁴ Além disso, devem as partes preencher os requisitos mínimos do título,¹⁵⁵ além de obedecer aos pressupostos subjetivos para constituição da garantia (conf. 3.1.1.).

3.3. Vantagens e Desvantagens dos instrumentos de garantia.

Ambos os modelos de garantia real de crédito possuem vantagens e desvantagens que, em cada caso, devem ser apreciadas pelo credor e pelo devedor, para fins de se estipular as condições veiculadas à concessão de crédito.

O principal elemento que diferencia o penhor e a alienação fiduciária em garantia é a transferência, presente neste último modelo, da titularidade do direito patrimonial de autor para o credor fiduciário. Enquanto não cumprida a obrigação, permanece o devedor ou terceiro na posse direta do bem intangível, enquanto o credor mantém a sua titularidade resolúvel, somente consolidada na

fiduciária de bens imóveis (art. 28 da Lei nº 9.514/97), pode ser utilizada para os casos de bens móveis. Veja-se CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 270-272.

¹⁴⁹ Veja-se o art. 1.361, §2º da CC/02 (Anexo I).

¹⁵⁰ Nesse modelo de garantia, entretanto, não se compreende possível a constituição simultânea de mais de uma alienação fiduciária em um mesmo bem, já que este não mais se compreende no patrimônio do devedor, mas sim do credor fiduciário. Veja-se, entretanto, que o devedor pode constituir nova alienação fiduciária sobre a propriedade superveniente, ou seja, futura, quando do implemento da condição resolutiva primária, na forma do que dispõe o art. 1.361, §3º c/c art. 1.420, §1º do CC/02. A questão se encontra, ainda, expressa no Enunciado nº 506 da V Jornada de Direito Civil. Veja-se, na doutrina, CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos Reais*. Cit., p. 250. Veja-se, também, doutrina que defende a possibilidade de, nos bens imóveis, a constituição de hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhó. *Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante*. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 22, out-dez/2019, p. 243-263.

¹⁵¹ Veja-se o art. 1.363 do CC/02.

¹⁵² Não significa, no entanto, que o credor poderá tomar para si o bem móvel, conforme proibição expressa do art. 1.365 do CC/02.

¹⁵³ Veja-se o art. 1.364 do CC/02. Tal como no penhor, também se admite a dação em pagamento na alienação fiduciária em garantia de bem móvel, conforme estipulado pelo art. 1.365, parágrafo único, do CC/02.

¹⁵⁴ Veja-se o art. 1.361, §1º, do CC/02.

¹⁵⁵ Veja-se o art. 1.362 do CC/02.

hipótese de inadimplemento. Já no caso do penhor, o bem vinculado à garantia permanece em titularidade – e posse direta – do devedor ou terceiro. Por isso, na eventualidade de inadimplemento, deverá o credor pignoratício recorrer a uma das hipóteses de excussão da garantia, conforme estudado no item 3.1.8. *supra*.

O principal efeito dessa diferenciação está relacionado à eventual possibilidade do devedor ou terceiro, titular do bem intangível intelectual, entrar em insolvência. Na hipótese do penhor, o bem será arrecadado para a massa falida e o credor deverá habilitar o seu crédito, sujeitando-se aos percalços e morosidade do processo falimentar, além da possibilidade de ser preterido no rateio de haveres, em razão de demais créditos com prioridade superior.¹⁵⁶ Já na hipótese de alienação fiduciária, o bem permanece no patrimônio do credor fiduciário e não é atingido pelos efeitos da declaração de insolvência do seu devedor ou de terceiro.¹⁵⁷

Assim, para o credor, a principal vantagem do segundo modelo se constitui em um reforço qualitativo da garantia, em razão de um aumento na segurança do crédito. De outra monta, para o devedor ou terceiro titular do bem, o penhor se apresenta como modalidade menos onerosa, já que o bem permanece em sua titularidade.

Dessa forma, ambas as espécies remetem a um complexo de interesses diversos que, ao final, devem ser sopesados pelos contratantes do negócio jurídico de crédito, a fim de refletir, da melhor maneira possível, a função das garantias. A depender do modelo escolhido, diferente será a estrutura da relação jurídica subjetiva e, portanto, diverso será o valor do crédito, seja para o credor, seja para o devedor.

CONCLUSÃO

Uma vez exteriorizada, e desde que presentes determinados elementos, a criação intelectual humana será tutelada pelo Direito de Autor. Ao autor, ou

¹⁵⁶ RENTERIA, Pablo Waldemar. Penhor e autonomia privada. Cit., p. 218-220. Veja-se que, em se tratando de recuperação judicial, o devedor ou terceiro titular permanece com os seus bens, exercendo a sua empresa. A sua limitação estará na alienação e oneração posterior à distribuição do pedido de recuperação, hipótese em que será necessária a autorização judicial. É o que denota o art. 66 da Lei nº. 11.101/05. Sobre o tema, veja-se CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 153.

¹⁵⁷ Assim, não se submeterá nem à falência, nem ao procedimento de recuperação judicial, conforme dispõe o art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05.

titular derivado do direito patrimonial, será deferido um direito exclusivo, que lhe possibilitará, a partir da reprodução ou representação da obra intelectual, auferir vantagens financeiras.

Enquanto não estiver em domínio público, será possível ainda explorar economicamente o bem intangível intelectual, oferecendo-o como garantia ao cumprimento de determinada obrigação. Em geral, poderá ser empregado como reforço qualitativo do credor em negócio jurídico de crédito. Neste caso, a depender do seu valor apurado, o bem imaterial constituirá um importante fator de redução do risco contratual e, por consequência, do preço apurado do crédito para o devedor.

O aproveitamento econômico da obra estética como bem de garantia possibilita o acesso ao crédito pelo seu autor ou titular, o que, ao final, resulta não só em vantagem individual, mas antes coletiva, já que a quantia mutuada poderá ser utilizada tanto no consumo de bens, como no emprego e desenvolvimento de atividade econômica. Poderá, além disso, funcionar como um meio utilizado pelo autor para auferir recursos que virão a ser empregados na produção de futuras obras intelectuais. Por isso, a máxima utilização do bem intangível cumpre a interesses individuais, ao mesmo tempo que proporciona o atendimento às funções sociais do Direito de Autor, de desenvolvimento cultural, econômico e social.

No ordenamento jurídico vigente, o direito patrimonial de autor é tratado como bem móvel, de forma que poderá ser objeto de penhor e da alienação fiduciária em garantia. Estas duas espécies de garantia especial real possuem estruturas diversas, de forma que a escolha de utilização de qualquer uma delas dependerá, em última instância, dos interesses do credor e do devedor da relação obrigacional garantida.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE IVO, Gabriel de; [et. al.]. A expansão do crédito no Brasil: uma ferramenta para o desenvolvimento socioeconômico. In: Revista Gestão e Regionalidade, vol. 32, nº 95, maio-ago./2016.
- ASCARELLI, Tullio. Teoria Geral dos Títulos de Crédito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1943.
- ASCENSÃO. José de Oliveira. A pretensa “propriedade intelectual”. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 20/2007, jul-dez 2007.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. A proteção jurídica dos programas de computador. Disponível em [<https://portal.oa.pt/upl/%7B639e8fc8-d372-43d0-8a42-c429d91445f8%7D.pdf>].
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O futuro do direito moral. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 54, jan-mar/2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Os Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. Disponível em [<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf>].
- ATALIBA, Geraldo. Empréstimos públicos e seu regime jurídico. São Paulo: RT, 1973.
- BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. Ativos Intangíveis como garantia. Disponível em [<https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/empresarial02.pdf>].
- BARBOSA, Denis Borges. Contratos em Propriedade Intelectual. Disponível em [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/apostilas/ufrrj/contratos_propriedade_intelectual.pdf]. Acesso em 29 maio.2020.
- BARBOSA, Denis Borges. Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. O contributo mínimo na propriedade intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARBOSA, Denis Borges. O Inventor e o Titular da Patente de Invenção, 2002.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. E-stabelecimento – Teoria do Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Segregação Patrimonial, Trade dress Eletrônico, Concorrência onlme, Ativos Intangíveis Cibernéticos e Negócios Jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. In: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 15, nº 1, jan-mar/2018.
- BARBOSA, Denis Borges. Software and Copyright: a Marriage of Inconvenience. Disponível em [<http://denisbarbosa.addr.com/papers.htm>].
- BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, Tomo I.
- BARBOSA, Denis Borges. Uma Economia do Direito Autoral, 2011.
- BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- BARRETO, Tobias. O que se deve entender por direito autoral. In: BARRETO, Tobias. Estudos de Direito. Campinas: Bookseller, 2000.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Código dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, vol. 1.
- BEVILAQUA, Clóvis. Direito das coisas. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, vol. 2.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Campinas: Red Livros, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina; SCHULMAN, Gabriel. Ensaio sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORARES, Maria Celina; et. al. Direito das garantias. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. A natureza jurídica dos direitos autorais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, Ano 2, nº 2, abr-jun/2013.
- BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: Uma Obra em Domínio Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CASTRO NEVES, José Roberto de. Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, vol. 1, parte 1.
- CHALHUB, Melhim Namem. Direitos reais. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- CHALHUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CHAMOUN, Ebert. Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas. In: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 20, abr/jun. 2019.
- CHIANALE, Angelo et. al. Garanzie Reali e personali. Torino: Giappichelli Editore, 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- COUTO E SILVA, Clovis Verissimo. A Hipoteca no Direito Comparado. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 6, 1972.

- CRUZ, Elisa Costa. A Parte Geral do Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão. In: BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; MENDONÇA Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coord.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- DE CUPIS, Adriano. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: Quorum, 2008.
- DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. 11, t. 2.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. XIII.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos essenciais para a constituição do negócio jurídico do aval. In: Soluções Práticas de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, vol. 1.
- FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os juros à luz do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes [et. al.]. O Direito e o Tempo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direitos reais São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GOMES, Orlando. Obrigações. 16ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. A música e o Direito, 2014.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalréo. Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 22, out-dez/2019.
- HADDAH, Luís Gustavo. A proibição do pacto comissório no direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. An Economic Analysis of Copyright Law. In: The Journal of Legal Studies, vol. 18, nº 2, jun/1989.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Economic Structure of Intellectual Property Law. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantia das Obrigações. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. Lincenças Compulsórias e direitos autorais. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. O contrato de penhor. Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

- MAMEDE, Gladson. Código civil comentado: direito das coisas, penhor, hipoteca, anticrese, artigos 1.419 a 1.510. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XIV.
- MAMEDE, Gladston. Títulos de crédito. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORARES, Maria Celina; [et. al.] Direito das garantias. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MUSSO, Alberto. Commentario del Codice Civile, Libro Quinto – Del Lavoro: Del Diritto Di Autore Sulle Opere Dell’ingegno Letterarie e Artistiche. Bologna: Zanichelli Editore, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva Instituições de direito civil. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. IV.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, vol. II.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução por Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações: ações executivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tomo VII, 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XX. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PUGLIATTI, Salvatore. La Proprietà nel nuovo diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964.
- RENTERÍA, Pablo Waldemar. A configuração do penhor no direito brasileiro. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORARES, Maria Celina; [et. al.] Direito das garantias. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RENTERIA, Pablo Waldemar. Penhor e autonomia privada. São Paulo: Atlas, 2016.
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito das coisas. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 5.
- ROSA, Luiz Emygdio Franco da. Títulos de Crédito: Jurisprudência Atualizada, Esquemas Explicativos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico Conciso. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SOARES, Sávio de Aguiar. Tópicos em direitos morais de autor. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, nº 184, out-dez/2009.

- SOUZA, Allan Rocha de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional. In: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 8, abr-jun/2016.
- SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais do autor. In: Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 2, nº 1, jan-mar/2013.
- SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes [coord.]. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SPINELLI, Luiz Felipe. O aval na recuperação judicial e na falência. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORARES, Maria Celina; et. al. Direito das garantias. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das coisas. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, vol. 4.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A fiança prestada pelos sócios: efeitos diante da alteração subjetiva da companhia. In: Empresa e atividade negocial. Coleção soluções práticas de direito: pareceres. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, vol. III.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; BODIN DE MORARES, Maria Celina. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, vol. 1.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo Waldemar. Fundamentos do Direito Civil: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil: teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes; SCHREIBER, Anderson. Fundamentos do direito civil: obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências da disciplina legal. In: SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela; BODIN DE MORARES, Maria Celina; et. al. Direito das garantias. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº 70, Belo Horizonte, jan-jun/2017.
- TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: títulos de crédito. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 2.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

O PROBLEMA DO MÉTODO NA PERÍCIA PSIQUIÁTRICA DO SERVIDOR PÚBLICO: QUAL RACIONALIDADE?

Cássio Benvenuto de Castro¹

Resumo: A ciência e o processo possuem um ponto de contato na prova pericial. Pelo art. 473, III, do Código de Processo Civil, parece que o sistema jurídico brasileiro admite a prova pericial com respaldo em um método único, sob a influência do caso Frye (datado de 1923), julgado nos Estados Unidos. Isso afastaria a possibilidade de um maior controle na fase de valoração da prova. Ocorre que o dispositivo deve ser coerente com os fundamentos e com os princípios Constitucionais bem como em relação ao art. 479 do CPC – daí se prevendo uma série de critérios (não meros enquadramentos) que viabilizam uma análise crítica da perícia, inclusive, o confronto com outros pareceres técnicos, de maneira a democratizar e efetivamente pautar com racionalidade e contexto as conclusões elaboradas.

Palavras-chave: constitucional; processo; ciência; prova.

THE PROBLEM OF METHOD IN PUBLIC EMPLOY PSYCHIATRIC EXPERTISE: WICH RATIONALITY?

Abstract: Science and the process have a point of contact in expert evidence. By rule 473, III, of the Code of Civil Procedure, it seems that the Brazilian legal system admits expert evidence based on a single method, under the influence of the Frye case (dated 1923) adjudicated in the United States. This would remove the possibility of greater control in the evaluation phase of the race. It occurs that the device must be consistent with the fundamentals and with the constitutional principles as well as with regard to rule 479 of

¹ Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.

the Code - thus providing a series of criteria (not mere frameworks) that enable a critical analysis of the expertise, including the confrontation with other technical opinions, in order to democratize and effectively guide the conclusions drawn with rationality and context.

Keywords: constitutional; process; science; evidence.

O perito judicial avalia alguém que ele não conhece, por determinação mal remunerada e em um espaço de tempo que ele acha injustos, para tentar convencer a universalidade sobre possível patologia que ele reputa detestável.

INTRODUÇÃO

O conhecimento científico é datado. Ainda mais em ciências humanas, a todo o instante surge uma nova ferramenta ou uma nova conclusão que supera ou revoluciona o estado da arte. A tecnologia, a comunicação, a abertura dos mercados e a globalização empreenderam uma dinâmica que importa na necessária aceitação de novos métodos, técnicas e experiências, tendo em vista essa revolução do conhecimento. O que se tinha como “conclusivo” ou como “diagnóstico restrito” de outrora – hoje, é peça de museu.

Quem diria, no ano de 1985, que um paciente portador do HIV poderia sobreviver por esses mais de 30 anos? Quem antigamente diria que uma pessoa portadora de necessidades especiais (a exemplo da má formação do cromossoma 21) deve ser inserido no mercado de trabalho?

O Estatuto da Pessoa com Deficiência² (Lei 13.146/15) estabelece políticas públicas para o tratamento e para a inclusão da pessoa em ambiente de trabalho e educação.

O direito não está alheio ao desenvolvimento da ciência.

A perícia judicial consiste em uma interface entre a ciência e o direito.

Por isso que os peritos devem ter uma visão de contexto das demandas, uma percepção holística. Principalmente em campos como a psiquiatria e a psicologia – a visão mais abrangente se justifica porque não mais se examina

² Art. 14. O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com deficiência. Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

uma patologia do tipo *manualístico*, não mais se examina um fármaco pela leitura da bula, sendo que a linha de visada conglobante/sincrética é no sentido de que um tratamento pode beneficiar e fazer incluir um paciente na medida das respectivas necessidades, porém não ser tão eficiente para outras pessoas em similares condições.

Somente existe uma certeza: apesar de alguns rasgos limitativos, a grande maioria das pessoas que procura ajuda psiquiátrica e psicológica são mais saudáveis que pretensos ilibados que se escondem na raia das histerias ou sociopatias que lhes não permitem postular acompanhamento – os mais doentes são aqueles cuja limitação não permite solicitar ajuda.

Na década de 1980, o autismo era fator estigmatizante e deletério:



Crianças com Autismo amarradas ao radiador num Hospital Psiquiátrico em 1982. Por isso nunca ninguém tinha convivido com alguém com autismo nessa época.

Uma detestável aberração. Os culpados? A limitação da ciência ou a indevida sede de poder *pelo operador do direito e da perícia*.

Atualmente, o melhor jogador de futebol do mundo é diagnosticado³ como

³ A questão do diagnóstico em “CID’s” é um tanto obsessiva (queiram os especialistas, ou não). Tanto porque as comorbidades são a grande maioria das espécies como pelo fato de cada ser humano reagir de uma forma diferente a determinada situação farmacológica ou mesmo psicanalítica. O que serve para um, pode não se encaixar no outro. Daí que diagnosticar subestima a condição pessoal do sujeito, colocando em primeiro lugar a profeta do manual de perícias – algo ultrapassado, algo que nem a inteligência artificial tende a

autista – e acaba de construir o maior hospital de câncer infantil, na Europa, para ajudar as pessoas.

O mundo mudou: quem sabe não seria a hora dos profissionais-expertos também ampliarem a sua percepção para uma visão de contexto das pessoas? Uma observação mais humanitária, adaptativa das situações e realmente reintegradora da saúde ou da qualidade de vida das pessoas?

O problema é de saúde pública. A despeito de se tratar de peritos oficiais (concursados) ou contratados, o sistema jurídico contemporâneo – por implicação da Constituição – predispõe ferramentas jurídicas que viabilizam criticar e refutar metodologias científicas ineficazes ou que estejam comprometidas com um desvio de finalidade (perícia quiçá encomendada, uma triste realidade do Brasil).

O mecanismo de controle da perícia psiquiátrica ou psicológica está previsto em norma de sobredireito positivada no Código de Processo Civil e por investida da própria Constituição e seus rasgos dogmáticos. O presente ensaio salienta a possibilidade de questionamento dessa espécie de perícia, fazendo menção à quebra de paradigma que a rotina pós-moderna e o sistema jurídico implicam. Em um primeiro momento, apresentando nuances referentes à espécie de ciência colocada para dentro do processo. Impostada a característica de *soft science* da perícia psiquiátrica, anota-se a tendência jurisprudencial no controle dessa prova através de critérios que são ilustrados a partir de caso prático.

1. QUAL CIÊNCIA?

As revoluções científicas⁴ se fazem sentir nas marchas e contramarchas do conhecimento humano, refletindo no processo judiciário de todas as espécies.

perpetuar. O importante é estruturar uma gama de critérios que possam efetivamente socorrer a necessidade tratativa das pessoas, assim alavancando um alívio ou uma estabilização de quadros que não chegam a ser graves ao ponto do velho isolacionismo de outrora. O mundo mudou, mas a maneira de encarar a patologia mental ou os transtornos de personalidade parece que ainda estão atarracados em manuais do século XX ou XIX. Só falta a masmorra e o radiador para colocar em prática as “boas intenções”.

Afinal, quem salva os meninos amarrados ao radiador da “bondade dos bons”?

⁴ A ciência não procura a “verdade”, até pelo fato da superabilidade das constatações científicas. Ocorre que os cientistas aprofundam a metodologia de trabalho, implantando um resultado produto de um processo racional. “Of course, scientists seek not just true answers, but substantive, explanatory, fruitful, illuminating answer”. Os cientistas procuram respostas aos problemas, com a consciência de que tal resposta pode ser superada em uma próxima investida. Contudo, a técnica empregada é mais fidedigna que a vulgaridade do senso comum. HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014, p. 84/5.

Na liquefação pós-moderna, *nada pode ser reputado definitivo ou de prognóstico restrito*⁵ – a não ser casos bizarros e de obsolescência absolutamente programada, a exemplo da esquizofrenia ou da sociopatia (sob pena do *avaliador estar acometido por séria dificuldade ou desatualização técnica*).

A *invalidez* do servidor público (redação atual) é devedora de uma tradição *estática* da ciência. De outro lado, a *incapacidade* na redação da PEC6/2019 é compromissada com uma perspectiva *crítica* e sobretudo humanista (que prevê ampla finalidade e possibilidade de reabilitação do paciente-servidor até como mecanismo de elidir fraudes ou aposentadoria indevida).

O primeiro problema é delimitar a zona cinza entre o senso comum e o saber científico. De fato, “a ciência não só é útil no plano probatório, mas também tende a ser considerada uma espécie de modelo ideal de conhecimento, ao qual também a apuração processual dos fatos deveria se aproximar”⁶.

Nem toda a prova científica apresenta o mesmo grau de precisão (standard). A *confiabilidade* da prova científica depende da categorização e da precisão do campo científico pesquisado – enfim, depende do caso e da imparcialidade do perito. A depender da espécie do compartimento científico, a prova elaborada é aceita como *mais ou menos* aproximada ao efeito que se alvitra demonstrar (em especial: a incapacidade de servidor público por alienação mental).

Michele Taruffo⁷ salienta que existem as “ciências rígidas ou desumanas”, como a química, a física, a matemática, a biologia, a genética, dentre outras que fornecem resultados próximos do evento empírico, havendo poucos espaços para considerações judiciais valorativas. Em outro sentido, o autor⁸ refere que as “ciências humanas ou sociais” (*soft science*), como a psicologia, a psiquiatria, a economia, a sociologia, a crítica literária, a estética, dentre outras não possuem a carga de exatidão daquelas outras, inclusive porque não apresentam solução de repetibilidade (ou contraprova) com o mesmo índice de acerto.

Portanto, esses ramos do conhecimento permitem somente conclusões aproximadas ou parciais – a cada consulta tudo pode mudar.

⁵ ZIMERMAN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – a crise do magistrado. In ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos da prática judiciária*. 3ª ed. Campinas, Milenium 2010, p. 127/131.

⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 301.

⁷ *A prova*, cit., 305.

⁸ Idem, *ibidem*.

Interessante que nesse sentido o art. 40, §2º, II, da CF (na redação da PEC6/2019) determina a realização de mais de uma avaliação médica – evidentemente que por juntas médicas diferentes – atendendo ao avanço ou à possibilidade de erro clínico.

No caso da alienação mental, ela consiste em hipótese de trabalho que raramente ou *já* *per*mite uma conclusão supostamente definitiva. Com efeito, os tratamentos evoluem a todo tempo, as patologias respondem a diferentes fármacos dependendo do biotipo das pessoas ou de fatores ambientais ou genéticos, e uma situação de contexto pode afastar o fenômeno da “incapacitação para a função quando a limitação não interferir no trabalho”. Isso tudo lembrando que arrepios emocionais atípicos, porém temporários são cada vez mais rotineiros na população mundial.

A questão está em não analisar manualisticamente a patologia. Os manuais emplacam esquemas, enquadramentos – mas é necessário observar critérios em testes periciais (lembrando que a perícia não possui o tempo de amostragem de um tratamento).

O núcleo do problema é avaliar o desenvolvimento do paciente frente a uma intempérie psíquica que pode ser pautada em critérios – afinal, o mundo contemporâneo reproduz, acelera, causa ansiedade, descortina histerias, recondiciona elementos depressivos, produz ambientes desconfortáveis a todos os seres humanos. Quase tudo é remediável e recondicionável, todavia, merece observar que o servidor adoecido passou em um concurso público e – até que se comprove muito bem ao contrário – ele dispõe de cognição presumida acima de uma estatística média para gerenciar a vida.

O atestado da junta médica serve como um critério *to establish a particular fact in issue*⁹, mas depende da ratificação do *contexto*, pela redação do art. 40 conforme a PEC6/2019, precisa de *outra* avaliação médica por *outra* junta, considerando que a alienação mental é diagnosticada por *soft science*. A psiquiatria ou a psicologia – de plano – não resolve a questão da incapacitação.

A PEC6/2019 chama a atenção para a eficiência e para a economia¹⁰ desde o texto constitucional. Daí vale sempre questionar, em termos de prova científica:

⁹ ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore's Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991, p. 448.

¹⁰ O recorte econômico bem como eficientista é devedor da matriz jurídica da *Law and Economics*, sendo que a fonte do direito como política pública ressalta a crescente escola do *Critical Legal Studies*. Ver FISS, Owen. A morte do direito. In FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 272/280.

Qual a natureza da ciência para a avaliação?

Algumas são mais objetivas e atribuem força epistêmica ao standard que encerra. Outras são mais subjetivas e somente podem ser ratificadas em termos de probabilidade¹¹.

No caso da alienação mental, evidente que a avaliação explicitamente traz uma carga de relatividade-subjetividade. Assim, *não basta uma aceitação geral* da comunidade para que seja reputada ciência e deixe de configurar um senso comum. A retórica utilizada pelo caso Frye (ano de 1923), aparentemente esboçada no art. 473, III, do Código de Processo Civil não converge aos ditames constitucionais.

Razão pela qual a jurisprudência já está ponderando sobre os critérios realmente assertivos conforme as implicações Constitucionais. O simples fato da PEC6/2019 exigir “avaliações periódicas” – mais de uma avaliação – significa que se abandona o critério do caso Frye para abarcar a proposta datada de 1993, no direito americano: o *leading case* Daubert, havendo diversos critérios que podem ser analisados para a admissão como para a valoração da prova, mormente com a utilização de uma segunda perícia e com fatores de observação contextual que *retiram a força de verdade absoluta* (autoritarismo tecnocrático) da perícia elaborada.

Tudo é contextualizável – daí a necessidade de mais de uma avaliação.

A dignidade da pessoa humana e o privilégio da eficiência da Administração Pública agradecem.

2. O PARADOXO PERICIAL NA CONTRAMARCHA DA EVOLUÇÃO CIENTÍFICA

A separação nem sempre cristalina entre senso comum e conhecimento científico pauta o espaço para que seja determinada a prova pericial. Com a liquefação do mundo contemporâneo – porque a tecnologia ganhou espaço em um planeta globalizado – na prática, mal se sabe o que é ciência ou o que não é ciência.

¹¹ HAACK, Susan. Legal probabilism: an epistemological dissent. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014, p. 60.

A única certeza é que ela pode ser superada por nova hipótese de trabalho.

Isso reflete a contingência e a hipercomplexidade das relações atuais.

Por *contingência* se entende o fato de as possibilidades apontadas para as experiências poderem ser diferentes das esperadas. Quer dizer “que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não está lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”¹². A hipercomplexidade é algo inimaginável, são as possibilidades que sequer estavam no espectro tangível do paradigma pressuposto.

Nem tudo o que está para acontecer pode ser previsto pelo tabuleiro de previsões burocráticas das instituições. Um aparelho telefônico da atualidade concentra mais informação que Sócrates, Platão e Aristóteles formularam e foram aperfeiçoados em séculos de história. Daí que se presencia o tempo do improvável, da pós-verdade, da virtualização dos saberes.

Como imaginar que a ciência permaneça estanque no processo brasileiro?

Por uma aparente antinomia que o Código de Processo Civil parece encerrar.

O Código de Processo Civil estipula (art. 473, III) “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”.

O laudo pericial deve expressar o método (leia-se: técnica) que foi utilizada para se trafegar das premissas à conclusão. Esse método deve ser de “aceitação geral pelos especialistas”, o que denota a consagração de um *autoritarismo tecnocrático*¹³ como uma espécie de delegação extroversa da jurisdição ao perito – na leitura isolada do inciso III, parece que o próprio perito escolhe o método.

Trata-se do paradoxo da perícia: a matéria em julgamento transcende o senso comum, daí o julgador deve requisitar perícia para o esclarecimento de determinada questão; ocorre que esclarecida a questão, o julgador não dispõe de ferramentas críticas que possa elidir a conclusão pericial.

¹² Ver LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45/6.

¹³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 124.

O laudo se transforma em uma *verdade absoluta* – algo inimaginável no atual quadrante científico.

A primeira reserva deletéria à cientificidade pela autocracia pericial proposta pelo velho modelo da “aceitação geral entre os especialistas” cogita da verdade absoluta. Em segundo lugar, um esquema desse tipo *não* cogita da abertura do processo a novas ciências e tecnologias porque, afinal, somente o que estiver bem assentido pela categoria que “detém a especialidade” pode ajudar no exame da questão de fato. Em terceiro lugar, a remissão do Código de Processo Civil – implicada pela influência do *case Frye*¹⁴ (datado de 1923, nos EUA) – conserva uma espécie de corporação ou confraria do saber, na medida em que a técnica ou método é capitulada pelos anais dos detentores dessa tipologia: quase uma chave de cofre da ciência.

Tudo indica que o Código de Processo Civil brasileiro adotou uma sistemática uns cem anos atrasada – porque o *case Frye* já fora superado por inúmeros julgados no direito estrangeiro (em especial, o caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 727 F. Supp. 570 (S.D. Cal. 1989), dando origem à *Rule 702 da Federal Rule of Evidence*.

A PEC6/2019 já refuta essa ideia – basta observar a necessidade de “mais de uma avaliação” para a demonstração da incapacidade do servidor público.

Porém, quando a leitura do CPC é realizada “em tiras”, possível dizer que o método indutivo pautado pela aceitação geral valida qualquer prova pericial. Inclusive em *soft science*, da qual a prova psiquiátrica faz parte. A nova postura explicitamente adotada pela PEC6/2019 – já constante nos valores e princípios da CF – descobre os inúmeros problemas que podem ser identificados na

¹⁴ O caso Frye – que serviu de supedâneo ao critério de admissão da prova, conforme art. 473, III, do CPC – permite “utilizar opiniões apenas aparentemente científicas, mas na verdade concretamente qualificáveis como *junk science*, voltadas a sustentar e justificar a posição defensiva de uma das partes”. DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Provas e instrumentos cognitivos do juiz. In *Processo Civil Comparado: uma perspectiva evolutiva*. Coord. da Tradução por Marinoni, Arenhart e Mitidiero. No prélio à publicação. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, item 5.5. De fato, o art. 473, III, do CPC se presta a um exame preliminar daquilo que pode ser juntado ao processo em nível de “aceitação geral dos especialistas” – um critério genérico que não diz nada em termos científicos (para quem está fora da confraria de especialistas) tampouco enumera critérios basilares para o controle de eventual arbítrio na formação da prova pericial. O processo é praticamente entregue para ser julgado pelo perito, ao *modus* Pôncio Pilates, resultando no paradoxo pericial: a escolha do perito é determinante ao resultado do processo; um fenômeno que violenta a imparcialidade, a transparência, a razoabilidade e a própria dignidade humana do paciente, porque ele se torna manobra de obscurantismo científico-probatório manipulado pelo julgador (em aparente desvio de funcionalidade-finalidade legal e constitucional).

perícia psiquiátrica que se pautou somente pelo critério da “aceitação geral” (prevista no art. 473, III, do CPC):

- a) os erros de diagnóstico são possíveis, em várias tipologias;
- b) falhas na amostragem, seja no tocante à biotipia do sujeito, seja no intervalo entre as consultas avaliativas;
- c) erros decorrentes da má utilização de fármaco em relação ao paciente avaliado;
- d) desencontro entre as conclusões de diferentes peritos não, necessariamente, remetem a um erro de método;
- e) utilização viciada de método de enquadramento (meramente indutivo), quando seria mais aconselhável uma perspectiva psicodinâmica ou behaviorista;
- f) lançamento de prognóstico preconceituoso ou que denota a falta de conhecimento do profissional em relação a técnicas mais avançadas referentes à remissão dos sintomas, em especial, do paciente;
- g) superestimação de situações ou labores que atualmente podem ser desempenhados por pessoas com necessidades ou humores diferentes do antigamente reputado “normal”.

Afinal das contas: o que é o normal que a psiquiatria ou a psicologia ousam a referenciar como parâmetro?

O pressuposto da pós-modernidade é o “se tornar diferente” do mundo moderno. O pós-moderno pretende assumir todas as formas e conceitos não admitidos pela modernidade – época na qual se fixaram noções pontualistas, ideias do “comum”, do “normal”, o que deve ser feito porque sempre foi efetuado daquela mesma forma; a modernidade, vale dizer, fixava conceitos que pretendiam sobrepujar o tempo e o espaço, conceitos que pudessem identificar perenemente a natureza das coisas¹⁵.

Vale dizer que as corporações do saber (art. 473, III, do CPC) conheceram o mundo através de conceitos abstratos e com pretensão de imutabilidade. Uma petição de postulados da modernidade. Está-se na pós-modernidade.

Essa maneira de ver as coisas por enquadramentos não existe mais.

¹⁵ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais, vol. 759, jan/1999, p. 25.

Justamente, o Estado Constitucional não somente abarca as noções particularistas e pluralistas, que o diferencia da inércia modernista, como também admite a corrosão crescente dos supedâneos abstratos de outrora. Até a noção vertical da soberania repercute uma nova feição. Tanto que a doutrina¹⁶ chega a comentar que forças corrosivas internas e externas implicam uma releitura da soberania, com ascensão da primazia do ser humano como o centro do pluralismo valorativo que unifica os sistemas jurídicos.

A experiência jurídica contemporânea convive com a desterritorialização das relações, o que reflete um aspecto tecnológico altamente vinculado ao manejo da internet. A internet consiste na interface tecnológica que implodiu o monopólio “dos saberes”, o “autoritarismo tecnocrático”.

Daí se dizer que um modelo único e sobretudo *indutivo*, para *enquadrar pessoas em um manual de instruções psiquiátrico ou psicológico* é como pensar em engessar mentes e comportamentos na geladeira do tempo.

Por exemplo, vide o teste psicológico do *Rorschach*: ele se trata de um teste cuja validade é de seis meses; após esse prazo, o resultado pode ser outro; ainda pode ser lembrado que para uma avaliação mais precisa, ele deve ser acompanhado de outro teste, como o *Wais*, que tem mais objetividade e pode indicar, realmente, algum contraste em termos de *deterioro cognitivo*.

Isso é ciência definitiva? Se é definitiva, não é ciência; se é ciência, jamais é definitiva; e dentre as hipóteses científicas, é das mais limítrofes e superáveis por decurso do tempo e dos fatores ambientais e imanentes ao paciente.

Seja o *Roerschach* ou seja o *Wais* não implicam resultados definitivos.

Um sem o outro, então – chega a ridicularizar a cognição do próprio paciente.

Ainda, uma constatação é imprescindível – *todos esses testes psicológicos devem ser precedidos de entrevistas*, tantas quantas forem necessárias para a visualização do contexto do paciente (e de seus familiares), da anamnese

¹⁶ “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale al’ordine (anche) statale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <soggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

suficiente como amostragem, sob pena de imprestabilidade absoluta do resultado. Sobre o resultado¹⁷, deve ser objeto de entrega compromissada, ao paciente, até pela dinamicidade imanente à testagem.

A transparência entre avaliador-paciente deve ser notória. Embora a Administração Pública – contrariamente à ética e à imposição Constitucional – faça *mistérios* que maculem todo o procedimento de aposentação.

No sentido pós-moderno, a condição humana é uma condição “social”, e não meramente estatal. Impossível se quedar em enquadramentos redondos se a cabeça é quadrada. O ser humano é um organismo em relações e para relações, sendo que o direito é nota instrumental ao ser humano – não o contrário. Nesse diapasão, Giorgio Oppo¹⁸ é contundente ao resumir que a juridicidade que regulamenta as relações sociais não pode ser confundida com o poder estatal. O Estado não é apenas uma relação entre os indivíduos, antes o Estado é uma ferramenta que tutela as relações humanas sem, contudo, retirar a essência humana que, naturalmente, pode evoluir e organizar novas tendências contratuais, ou relações jurídicas ainda não previstas.

Por isso que o art. 473, III, do CPC não aparece sozinho.

¹⁷ A Resolução nº 6, de 29 de março de 2019 (CFP, 2019, p. 1-2), estabelece:

CONSIDERANDO que a(o) psicóloga(o) deve pautar sua atuação profissional no uso diversificado de conhecimentos, técnicas e procedimentos, devidamente reconhecidos pela comunidade científica, que se configuram nas formas de avaliação e intervenção sobre as pessoas, grupos e instituições;

CONSIDERANDO que a(o) psicóloga(o) deve atuar com autonomia intelectual e visão interdisciplinar, potencializando sua atitude investigativa e reflexiva para o desenvolvimento de uma percepção crítica da realidade diante das demandas das diversidades individuais, grupais e institucionais, sendo capaz de consolidar o conhecimento da Psicologia com padrões de excelência ética, técnica e científica em favor dos direitos humanos;

CONSIDERANDO que a(o) psicóloga(o) deve: construir argumentos consistentes da observação de fenômenos psicológicos; empregar referenciais teóricos e técnicos pertinentes em uma visão crítica, autônoma e eficiente; atuar de acordo com os princípios fundamentais dos direitos humanos; promover a relação entre ciência, tecnologia e sociedade; garantir atenção à saúde; respeitar o contexto ecológico, a qualidade de vida e o bem-estar dos indivíduos e das coletividades, considerando sua diversidade;

CONSIDERANDO que toda a ação da(o) psicóloga(o) demanda um raciocínio psicológico, caracterizado por uma atitude avaliativa, compreensiva, integradora e contínua, que deve orientar a atuação nos diferentes campos da Psicologia e estar relacionado ao contexto que origina a demanda.

¹⁸ “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale all’ordine (anche) statale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <oggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

Em seguida, o CPC parece organizar as coisas ao prever:

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

O dispositivo permite *ao julgador determinar e/ou necessariamente avaliar criticamente o método utilizado pelo perito. Isso quer dizer contextualizar o paciente em relação à natureza das coisas – seja comparando-o aos demais sujeitos, seja fazendo outro perito atualizar bibliograficamente o acompanhamento científico da patologia.*

Um dispositivo cuja hermenêutica (tendo-se a impositação constitucional da PEC6/2019 e da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios da transparência, motivação e da razoabilidade) deve voltar para uma releitura do art. 473, III, do CPC – o juiz deve determinar o método de trabalho conforme os critérios que atualmente vigoram com maior satisfatoriedade para conferir confiança ao trabalho do perito. Uma situação que “abre” o sistema jurídico em termos de metodologia, transformando o julgador em um *gatekeeper* (guardião da prova) que se vale de critérios para aferir sobre a admissão e valoração da prova técnica¹⁹.

Experiência jurídica respaldada no citado case Daubert (datado de 1993) e que será retomada abaixo. Se a modernidade enfatizou esquemas dicotômicos e com pretensão de perenidade, a pós-modernidade se movimenta na dinâmica da velocidade do tempo-espço, para deixar de lado os velhos enquadramentos e preconceitos, passando a organizar os verdadeiros critérios.

A única certeza do pós-moderno é que tudo é passageiro, tudo é dinâmico, hipersensitivo, heterogêneo, repleto de particularidades, interdisciplinado. “O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor”²⁰, como uma contingência que vai ao encontro da contradição das premissas do sistema pós-moderno.

O Estado Constitucional tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF) e o pluralismo. Além disso, firmou o compromisso de

¹⁹ KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial (e seu controle no direito processual brasileiro)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 47 e seguintes.

²⁰ Erik Jayme, *idem*, p. 27.

promover a liberdade e a igualdade, com a crescente solidarização em todos os campos do direito. Isso somente é possível através de mecanismos que privilegiam uma solução de coerência com o sistema verticalizado “desde a Constituição” – qualquer método de trabalho a ser adotado deve privilegiar os valores em tensão, valores que a própria Constituição, em alguma medida, já predispõe como prementes, sejam eles explícitos ou implícitos²¹.

O único valor reprovado é o valor-viciado, o valor-preconceito, o valor que não permite a transição entre os pluralismos e particularismos demasiadamente humanos (vide os meninos autistas em 1982 – e que não se retroceda a esse momento da ciência).

Por entre a dignidade e os valores a serem atingidos, está a técnica pericial no exame psicológico e psiquiátrico. Essa técnica deve permitir a observação holística (arquetípica) e analítica do sujeito, avaliar o prognóstico com calma e com alma, *sem deletérias encomendas molduradas em manuais burocráticos ou em obscuros desvios de finalidade*²² travestidos em autoritária tecnocracia.

A força normativa da Constituição e o art. 479 do Código de Processo Civil implicam esse estado de coisas.

3. UMA MODULAÇÃO SOLVE ET REPETE (A PRETENSÃO DE LEGITIMAÇÃO PELA VAGUEZA MOTIVACIONAL)

Os detentores do poder (em seus estamentos aglutinados) elaboram verdadeiras operações de troca entre as classes dominantes, o que resta claro em uma série de programas rotineiramente cravados no desenrolar da história recente: (a) compromisso com o *overload* judicial; (b) axiomatização das decisões; (c) reformas de senso comum que obscurecem a carência social mais profunda.

O *overload* judicial é a sobrecarga da jurisdição. Ela interessa aos países segmentados em estamentos, porque o maior devedor da engrenagem social é o próprio Estado. Uma justiça lenta se trata de uma jurisdição que mantém os

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26.

²² Ressaltando que uma perícia falsa é crime (art. 342 do CP) e faz o profissional perder o registro profissional. O sujeito que encomenda a perícia também responde por esse crime e, em alguns casos, por improbidade administrativa (art. 11, I, da Lei 8.429/92).

mesmos estamentos hierárquicos no poder. A aritmética é simples, clarividente e legitimada nos holofotes dos gabinetes ou camarins das TVs Senado, Congresso, dentre outras versões midiáticas.

Consequentemente, a resolução de litígios por axiomas, a decisão de processos por intermédio de linhas de montagem, também flerta com o soterramento dos ideais denominados “subversivos”. Se o legislador predispõe uma legislação benéfica aos artífices do poder, se os Tribunais Superiores homologam tal força de manutenção das estruturas – que devem manter o mesmo poder estabilizar a elite –, é salutar vincular uma eventual liberdade de movimentação dos entendimentos. Um acordo de superfície para que seja mantida a “ordem superior” (desde a escolha do julgador dos Tribunais até o acordo sobre a placar dos julgamentos, tudo fazendo parecer a *normalidade*, um suposto equilíbrio simbólico de *lobbies*).

O direito brasileiro – sobretudo o latino-americano – está no divã, porque eles se perdem por entre os programas de televisão que distraem o ilusório popular.

Assim trafega a latino-américa de cujos traços o Brasil não destoa.

Evidente que uma ou outra regra possa sobressair em curiosidade (no direito argentino, colombiano, uruguaio, dentre outros). O que interessa, no final das contas, é que independente da assunção por um ou por outro sistema – resolução de conflitos ou dimensão epistêmica; modelo demonstrativo ou persuasivo –, parece mesmo que a supremacia do direito está coligada à política. Ou melhor, o *jurídico pede licença* ao ambiente da politização.

Em termos probatórios, a tendência é a adoção de um sistema bifásico com uma fase organizatória do processo e, finalmente, com uma fase de instrução e julgamento. Uma saxonização, sendo que todas as fases são regradas por normas que preveem a admissibilidade da prova de maneira pouco rígida – somente existe limitação nas poucas regras sobre a prova legal ou presunções colocadas no sistema.

Com a aparente adoção da retórica generalista da “aceitação geral predominante” (art. 473, III, do CPC) que os juristas não costumam criticar, o Brasil retorna ao ano de 1923 (caso Frye) para delegar o julgamento ao perito – na prática, trata-se da adoção do senso comum em termos de perícia: porque não admite novas tecnologias, porque imagina ou quer acreditar que o laudo

reproduz uma “verdade absoluta”, e porque ocorre uma extroversa delegação do dever de julgar para uma espécie de “comunidade de especialistas”.

A efetiva valoração da prova pericial é jogada para debaixo do tapete das aparências.

Seguindo esse dispositivo quanto à apreciação da prova, a operação jurídica deixa muito a desejar, sendo refratária ao dever de melhor motivar as decisões judiciais.

Uma motivação que sofre do *solve et repete*, alocando fórmulas vagas como “o juiz é o destinatário da prova” ou o “livre convencimento permite a ampla apreciação no ato de julgar”. Na prática, o magistrado primeiro julga para depois justificar conforme um interesse subjacente, ao *modus da nova política*.

Ocorre que o art. 473, III, deve ser coerente ao art. 479, ambos do CPC – e eles devem coerência aos valores e princípios da Constituição.

A PEC6/2019 estabelece (art. 40, §2º, II) a necessidade de mais de uma avaliação para comprovar a alienação mental – isso explicita a adoção do modelo do caso Daubert, com a vigência de critérios para a valoração do método de trabalho.

O sistema jurídico transforma o julgador em um *gatekeeper* (guardião da prova) que se vale de critérios para aferir sobre a admissão e valoração da prova técnica.

A CONSTITUIÇÃO – pelos valores impostos, pelos princípios explícitos e implícitos; sobretudo, pela regra da transparência, da segurança jurídica e da IMPARCIALIDADE-CONFIABILIDADE e motivação nos julgamentos, impõe um punhado de critérios controlarem o exame pericial.

Nem tudo o que passa pela porteira da prova técnica deve ser admitido. O julgador (magistrado ou administrador) deve selecionar, deve desempenhar a figura de *guardião da prova*, considerando o avanço científico, a possibilidade expressa de nova perícia, a possibilidade de testemunho dos peritos bem como a necessidade da visão de contexto que a resolução de um caso merece – essas novas fórmulas somente são cabíveis quando dispensada a fórmula do caso Frye sobre a “aceitação geral dos especialistas”.

A regra do se “salve quem puder” está deitada no berço esplêndido do divã brasileiro. Para piorar, os *terapeutas da jurisdição estão mais confusos que os*

pacientes – porque eles estão mais preocupados em se assegurar nos próprios cargos que resolver, efetivamente, as necessidades sociais.

Basta perguntar para alguns peritos: por que as coisas são feitas assim? Por que esse método? Por que essa técnica? Se já existem outras tão mais sofisticadas, avançadas, e que exploram a visão de contexto do paciente de uma maneira mais objetiva?

A resposta, principalmente, quando advinda do serviço público – *é porque sempre se fez assim*.

O método da “aceitação geral” deixa várias lacunas: considerando a frenética realidade atual, não existe consenso geral em nenhum campo científico; e se os especialistas dissentirem, qual seria o percentual considerável para a dissuasão; se o método tem aceitação abstrata, mas pouca ou menor aceitação concreta; não existem fontes para determinar o que é melhor ou pior em termos de tratamento, a depender da amostragem dentre os pacientes.

Diversas questões problematizam a tal *aceitação geral*.

O Brasil adormeceu em 1923 (?).

4. A RELEITURA DA PERÍCIA PSQUIÁTRICA NA ROTINA CIENTÍFICA BRASILEIRA

A evolução da ciência é notória na rotina pós-moderna.

As três críticas elaboradas contra o modelo do caso Frye justificam a adoção de uma nova metodologia em termos de prova pericial: (a) não existe verdade absoluta, ainda mais em se tratando *soft science como a perícia psiquiátrica*; (b) o próprio Código de Processo Civil prevê a necessidade de substituição do perito (art. 468), de mais de uma perícia (art. 480), da refutação da perícia (art. 479 ou do testemunho de perito (art. 464, §2º), tudo para a finalidade de ampliar a linha de visada do julgamento – a Constituição abarca e determina esse estado de coisas, inclusive a reforça da CF, até porque a PEC6/2019 confere nova redação ao art. 40, §2º, II, então estabelecendo a necessidade de “mais de uma avaliação” para constatar a incapacidade do servidor público; (c) finalmente, a suposta aceitação geral por uma comunidade de especialistas é algo desconstruído com o mundo atual.

O critério único da aceitação geral é descolado da realidade porque não ocorre unanimidade entre os profissionais. Ainda, porque não tem como se documentar essa suposta concordância devido a problemas quanto à amostragem e ao número de profissionais que estariam envolvidos na cooperação. Tudo isso sem falar em novas técnicas que irrompem a cada dia bem como em se considerando que eventual concordância abstrata não resulta em necessária concordância concreta entre os expertos. Um conservadorismo ultrajado.

Por isso que o sistema jurídico brasileiro trafega nitidamente para adotar critérios que permitam realmente valorar a prova pericial, discutindo sobre a metodologia e avaliando o contexto dos fenômenos. Sobretudo, tendo em vista que as propostas técnicas consistem em verdadeiras “hipóteses de trabalho” que podem ser superadas a qualquer momento.

Nem a coisa julgada é eterna. A perícia judicial – mormente a perícia psiquiátrica – jamais será eterna, jamais será definitiva ou jamais será eterna (como se preferir denominar).

Por isso o critério (standard) único da aceitação geral não é mais admitido no sistema jurídico, que passou a adotar uma série de critérios que elevam o juiz em verdadeiro *gatekeeper* (guardião) da prova pericial. A questão foi desencadeada em precedente jurídico no ano de 1993, nos Estados Unidos – o caso *Daubert*, no qual se reclamava a indenização pelos efeitos funestos de um medicamento e que acabou positivado na *Rule 702* dos *Federal Rules of Evidence*.

A *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos (país que formou academicamente o feitor da reforma da previdência, Ministro Paulo Guedes) elenca os padrões para aferir o índice de confiabilidade da prova técnica.

Para além do critério único da aceitação geral entre os especialistas, houve uma sistematização de critérios que pautam a validade e a efetividade da perícia – fatores inicialmente auferidos no *case Daubert versus Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113, S. Ct. 2786 (datado do ano de 1993): (a) possibilidade de se verificar e de se comprovar falsa a teoria em que se baseia a prova científica; (b) o percentual de erro relativo à técnica empregada; (c) o domínio sobre a teoria ou a técnica em questão por parte de outros especialistas; (d) o consenso geral da comunidade científica interessada²³.

²³ Michele Taruffo, *A prova...*, cit., p. 306.

Os critérios desenvolvidos em inúmeros casos concretos acabam sendo ilustrados pela norma constitucional (*by the case to the law*). A determinação por mais de uma perícia/avaliação vale como uma *peritus peritorum*²⁴, no sentido de valorizar a possibilidade de inclusão do servidor bem como salvaguardar a eficiência da Administração – ainda, prevenindo o desperdício do dinheiro público com uma aposentação indevida.

Conforme Danilo Knijnik²⁵, o modelo do juiz guardião da prova (*gatekeeper*) “comete expressamente ao julgador a eminente e delicada função de avaliar, ele próprio, o método utilizado pelo perito, no sentido de, por um lado, barrar o emprego da pseudociência, métodos inconfiáveis ou inconsistentes; e, de outro, permitir um enriquecimento do debate pericial, com sua abertura a novas ciências e proposições, mormente no campo das ciências sociais, técnicas e métodos, segundo critérios predeterminados que balizarão a discussão em contraditório”.

Daí a leitura do art. 473, III deve ser conjugada à determinação do art. 479 – o juiz deve indicar o critério e as possibilidades de falseabilidade e do cometimento do erro, alertando para que seja tomada uma visão de conjunto da questão bem como nomeando outro perito ou designando nova perícia em caso de suspeição acerca da precisão da conclusão, ou ainda no receito da quebra da parcialidade do perito.

O Código de Processo Civil deve ser manuseado em coerência²⁶ aos ditames da Constituição. Assim, evidente que a ciência somente existe para testar novas hipóteses de trabalho, de maneira que ao se afastar essa dinâmica, a ciência não passa de uma série de tradições particulares e atarracadas a um perfil ortodoxo de vangloriar os corifeus em sua própria base histórica de racionalidade divulgada, analisa Paul Feyerabend²⁷. O autor refere que a condição de consistência da ciência que exigir que novas hipóteses sejam testadas somente a partir dos velhos métodos é um discurso de apoucamento que mantém o estado da arte no mesmo lugar.

Nesse sentido, a proliferação de teorias, de hipóteses, de conclusões e o decisivo aperfeiçoamento científico depende sobretudo de novas técnicas e

²⁴ ABELLÁN GASCÓN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 196/9.

²⁵ Idem, cit., p. 44.

²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 170/1.

²⁷ FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2011, 273.

novos métodos que coloquem em xeque o falseamento dos velhos aforismos – o Judiciário e a Administração devem zelar por isso, sob pena de afastar as próprias sentenças e atos administrativos da realidade do mundo contemporâneo (fazendo-os *flatus vocis*).

A matriz do novo standard da prova científica encerra critérios que pautam tanto a admissibilidade da prova como a possibilidade de valorar a metodologia da prova pericial. A abrangência é maior, crescente a responsabilidade do julgador, e o sistema jurídico predispõe de mecanismos que detonam a circularidade do contraditório para dinamizar a precisão das conclusões – sendo que o verdadeiro exercício judicial/administrativo está no método eleito.

Fatores que atualmente são aceitos pelas Cortes Supremas brasileiras.

5. O DESVIO DE FUNCIONALIDADE METODOLÓGICO (OU O ABUSO DO COMPLIANCE PERICIAL)

O direito britânico também se preocupa em *pautar critérios* que possam ser algo controlados em julgamentos, ainda mais quando submetidos ao *trial by jury*. Daí a importância de adensar a análise sobre a metodologia da prova pericial tanto na admissibilidade quanto na valoração da prova.

O direito não deve organizar mero enquadramentos axiomáticos, antes deve pautar critérios racionais – daí a pretensão correção das soluções jurídicas, seja por intermédio da perícia, seja pela análise crítica dos princípios e da metodologia da prova pelo trabalho do *gatekeeper* (juiz ou administrador).

O documento “The admissibility of expert evidence in criminal proceeding in England and Wales. A new approach to the determination of evidentiary reliability”²⁸ demonstra tal evolução que acolhe as premissas entabuladas no caso Daubert:

In a criminal trial, a jury or magistrates’ court is required to determine disputed factual issues.

Experts in a relevant field are often called as witnesses to help the fact-finding body understand and interpret evidence with which that body is unfamiliar.

²⁸ Acesso em 13/7/2019, localizado em: <https://www.lawcom.gov.uk/project/expert-evidence-in-criminal-proceedings/>

The current judicial approach to the admissibility of expert evidence in England and Wales is one of *laissez-faire*.

Too much expert opinion evidence is admitted without adequate scrutiny because no clear test is being applied to determine whether the evidence is sufficiently reliable to be admitted.

This problem is exacerbated in two ways:

First, because expert evidence (particularly scientific evidence) will often be technical and complex, jurors will understandably lack the experience to be able to assess the reliability of such evidence.

There is a danger that they may simply defer to the opinion of the specialist who has been called to provide expert evidence.

Secondly, in the absence of a clear legal test to ensure the reliability of expert evidence, advocates do not always cross-examine experts effectively to reveal potential flaws in the experts' methodology, data and reasoning.

Juries may therefore be reaching conclusions on the basis of unreliable evidence. This conclusion is confirmed by a number of miscarriages of justice in recent years.

Isso quer dizer que a perícia não é atributo da *black box* dos peritos.

Na interface com o direito, é devido o controle da metodologia e do contexto que pode arrefecer conclusões açodadas – falando-se em *soft science*, há espaço para máximas de experiência comum que podem ser “esquecidas” pela rotina dos avaliadores. Dentre outros aspectos iminentes que, por si sós, acabam por invalidar o trabalho científico.

O caso Daubert é aceito como standard na jurisprudência do STF, conforme excerto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 363.889-DF, Pleno, DJ 15/12/2011:

Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (junk science), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso Daubert vs. Merrell, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo. Com efeito, e como narra Michele Taruffo³⁹, a Suprema Corte, pela lavra do Justice Blackmun, determinou que

a admissão ou exclusão da prova científica deve ser submetida aos seguintes critérios: (i) a controlabilidade ou a falsificabilidade da teoria que se encontra na base na técnica empregada, fazendo expressa remissão à filosofia da ciência de autores como Carl Hempel e Karl Popper⁴⁰; (ii) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; e (iii) sua aceitação pela comunidade científica especializada. Na essência, como esclarece, neste ponto, o Prof. Leonardo Greco, a “Corte Suprema americana, nesse leading case que alterou sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica. (...) Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no processo civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de 38 Alertam para esse risco ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011, p. 94 e segs.; e GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil – Processo de conhecimento, Vol. II, 2010, p. 286-7. 39 TARUFFO, Michele. Ciencia y proceso, In: Páginas sobre justicia civil, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2009, p. 464. 40 Para uma crítica desse primeiro critério, v. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011, p. 25 e segs. 38 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1261892. Supremo Tribunal Federal RE 363.889 / DF convencimento motivado de valoração da prova civil (CPC, art. 131)³⁸. Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (junk science), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso Daubert vs. Merrell, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo. Com efeito, e como narra Michele Taruffo³⁹, a Suprema Corte, pela lavra do Justice Blackmun, determinou que a admissão ou exclusão da prova científica deve ser submetida aos seguintes critérios: (i) a controlabilidade ou a falsificabilidade da teoria que se encontra na base na técnica empregada, fazendo expressa remissão à filosofia da ciência de autores

como Carl Hempel e Karl Popper⁴⁰; (ii) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; e (iii) sua aceitação pela comunidade científica especializada. Na essência, como esclarece, neste ponto, o Prof. Leonardo Greco, a “Corte Suprema americana, nesse leading case que alterou sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica. (...) Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no processo civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de sustentar racionalmente. E exigiu que o juiz controlasse o conhecimento científico mediante a aplicação simultânea de três critérios: o método indutivo, a resistência a todas as espécies de refutação e subsidiariamente o consenso geral da comunidade científica.

A prova pericial deve atender a critérios.

Um exemplo é autoexplicativo.

Um servidor público solicita uma licença-saúde, pelo fato de estar enfrentando estresse grave na lida com a jurisdição criminal. Desde o primeiro encontro – observe-se: desde o primeiro encontro – a médica psiquiatra se desapega de critérios, mas já o enquadra em uma categoria paranóica, delirante ou psicótica.

Não ocorre a devida anamnese tampouco a exploração do contexto do paciente, na medida em que uma consulta de 20 minutos não se permite aprofundamento na contextualização do problema. Isso já indica um fato contrário à técnica: uma solução açodada não vai ao encontro curativo-preventivo em tratamento clínico da situação em serviço público, até por que a própria Administração sugere que seus servidores peçam ajuda quando enfrentem problemas como ameaça de morte ou perseguições, ao trabalharem com a jurisdição criminal.

Por “estranha coincidência”, esse servidor foi promovido no mesmo dia em que apresentou o atestado médico para a licença – porém, sem contraditório e sem ampla defesa, ele foi literalmente *preterido da promoção*, algumas semanas depois a referida consulta psiquiátrica, sob um argumento *a latere* de que aparentemente não teria cumprido algum requisito obscuro do certame de promoção, ao contrário dos demais sujeitos promovidos (sendo que os promovidos também

não teriam cumprido esse requisito). A vaga fundamentação é algo como procurar um *solve et repete* subsidiário. Desiludido, o servidor remeteu emails diretos para os superiores hierárquicos, perguntando o que estava havendo e se colocando à disposição para discutir publicamente sobre os critérios que reputam a meritocracia em promoção por merecimento, fazendo uso de seu direito constitucional de livre expressão. Justamente isso pode ter desencadeado fator estimulante de uma punição às avessas (em desvio de finalidade).

Porque o servidor público não foi ouvido tampouco respondido.

Como o servidor não estava na ativa e não poderia responder a PAD, em seguida à remessa dos emails, ele foi submetido a mais um exame psicológico no qual – o psicólogo *sem* realizar exames e entrevistas prévias (o que é imposto pelo *compliance* do Conselho Federal de Psiquiatria) – saiu aplicando o subjetivo teste *Roerschach* para imputar as suas subjetivas aferições (lembrando que esse teste tem duração de 6 meses, segundo o Conselho Federal de Psicologia). Após algumas prorrogações, porque o servidor já avistara um nicho de cruzada contra as bruxas, ainda, o servidor foi submetido a uma tendenciosa inquirição perante a junta médica que não aprofundou o que os referidos profissionais relataram em suas fichas (sem ter sido alertada sobre a possibilidade de acompanhamento de assistente técnico), e ainda lançaram um autodenominado “laudo definitivo” e de “prognóstico restrito” – o que por si só contraria os mais comezinhos ditames da lógica da prova científica.

Sem contraditório; sem possibilidade de fornecer um contraditório por especialista (assistente técnico); sem a devolução dos exames, para saber do que o estavam literamente acusando; com falha na amostragem, porque as consultas não eram tecnicamente válidas na medida em que não substancializadas em entrevistas prévias – mas somente se valiam de especulações mais da espécie fofoca que propriamente lançamentos clínicos.

Tudo a culminar em um laudo incapacitante.

Esse tipo de laudo é inválido por imanência principiológica (o resultado é suicida por ele mesmo perante a aceitação geral das revoluções científicas); e esse tipo de laudo é inválido por desvio procedimental e desvio de *compliance* no decorrer do trâmite que deveria observar uma metodologia transparente e sem causar surpresas ao paciente.

A violência está não apenas no arrepiante resultado autoimputável que transcende a ordem natural da lógica científica. A violência está em uma série de indícios que retiram do *check list*²⁹ de critérios a questão da possibilidade de falseabilidade científica e da falta de confiança que mantém a necessária ideia de imparcialidade dos peritos no teste empregado. Com efeito, quando o perito obscurece o exame que está sendo feito, quando há surpresas contra o paciente, quando existem “coincidências” entre a prática médica e as determinações de superiores hierárquicos – tudo indica que ocorre uma violação de *compliance* contra o servidor, porque nisso está o desvio de finalidade: a tentativa é de punir o sujeito, mas com a denominação de teste pericial.

Isso é agravado quando *a Administração, de maneira concatenada lógica e cronologicamente com o departamento médico, interfere na promoção do servidor*. Fato que descobre um aparente desvio de finalidade sobre a perícia bem como sobre o preterimento da promoção. Tais fatos não poderiam se confundir; em se confundindo, nessa profusão concatenada de agires administrativos, todo o *procedimento é nulo desde a origem* – por macular a Constituição, a transparência, a moralidade, o dever de motivação e, ainda, pode ensejar a responsabilização por crime de responsabilidade dos artífices com poder de decisão que capitanearam esse procedimento.

A perícia é coisa séria. Deve atender a método – aparelhado em critérios.

O laudo da junta médica arrebentou com todos os critérios que deveria preservar: a confiabilidade (ela é suspeita); a falseabilidade e a possibilidade do erro (demais peritos não confirmam as hipóteses lançadas como conclusão); a péssima amostragem que se demonstrou tendenciosa; o plano de trabalho absolutamente descolado com a produtividade do servidor em seu ambiente funcional – ou seja, os peritos não se valeram de análise behaviorista, mas de um discurso sigiloso de ambulatório, que mais passou a parecer um discurso sujeito a fofocas e manipulação (até porque descontextualizado e sem a devida devolução ao paciente). Um resultado nulo de pleno direito.

Mais curioso que foi apontado o deterioro cognitivo desse servidor – cuja produção funcional e intelectual é acima da média. Isso soa ridículo ao departamento médico que demarcou a hipótese da incapacitação. Outras trinta juntas médicas analisariam de maneira diferente.

²⁹ Danilo Knijnik cit. P. 196 e seguintes.

Por isso a validade imperante do art. 479 do CPC.

A prova pericial consiste em um standard. A racionalidade dessa prova, tratando-se de perícia psicológica, é ainda mais delicado para se manter digno de prevalecer sem que parece uma certa perseguição contra um servidor.

CONCLUSÃO

Desde a primeira linha deste ensaio até a presente palavra – o mundo já mudou.

Qual a racionalidade (pretensão de correção) de uma perícia psiquiátrica que se autodefine como definitiva?

Qual a racionalidade (pretensão de correção) de uma perícia psiquiátrica que impõe um diagnóstico restrito e desconsidera o contexto pessoal e as habilidades intelectuais do paciente?

A racionalidade é a seguinte: o compromisso de manutenção dos próprios cargos ao satisfazer a *pretensão correicional* da chefia. Um reflexo da hierarquia corporativa (e nada gestora da eficiência) que impera há quinhentos anos no país do futuro, e ocasiona um desvio de normalidade do *compliance* necessário às instituições públicas e seus agentes – sob pena de improbidade administrativa.

O juiz ou o administrador são o guardião da prova. Logo, devem observar a admissibilidade a valoração no que toca aos princípios da prova pericial, ao procedimento dessa prova, ao uso corrente e técnico da metodologia bem como para evitar resultados teratológicos. O resultado também deve ser avaliado quando é desencontrado da própria essência científica.

Os prognósticos restritos ou autodenominados definitivos – quando parecem atender a eventos “coincidentes” a outras manobras administrativas – contrariam até a Lei 12.842/13:

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no

campo da atenção à saúde para:

I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;

II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;

III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.

Uma perícia açodada ou com método defasado ou desviado da *compliance* se trata de ato jurídico nulo.

Daí que pode haver uma nova perícia ou a colocação da perícia suspeita em contraditório entre peritos para tal demonstração. De qualquer maneira, mas quando o caso é tão esdrúxulo em termos de contexto paciente-laudo, o melhor é recomençar a investigação com o desentranhamento de um laudo que parece balançar na própria parcialidade, no coeficiente de confiança não apenas para quem determinou a prova, mas para o jurisdicionado ou para o administrado, sujeitos que verticalizam a necessidade da perícia em termos da dignidade da pessoa humana como fundamento.

julho/2019

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN GASCÓN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore's Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Provas e instrumentos cognitivos do juiz. In *Processo Civil Comparado: uma perspectiva evolutiva*. Coord. da Tradução por Marinoni, Arenhart e Mitidiero. No prélio à publicação. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, item 5.5.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2011.
- FISS, Owen. A morte do direito. In FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

O problema do método na perícia psiquiátrica do servidor público: qual racionalidade?

HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014.

_____. Legal probabilism: an epistemological dissent. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. *Revista dos Tribunais*, vol. 759, jan/1999.

KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial* (e seu controle no direito processual brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OPPO, Giorgio. Declinio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ZIMERMANN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – a crise do magistrado. In ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos da prática judiciária*. 3ª ed. Campinas, Milenium 2010.

RELAÇÕES ENTRE SERVIÇOS DE STREAMING E DIREITOS AUTORAIS

Eduardo Miceli Fanti Fajardo¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apontar os conflitos que surgem da colisão dos serviços de *streaming* com a estrutura estabelecida de defesa dos direitos autorais, tratando desde a natureza das criações de obras intelectuais até a particularidade do caso brasileiro em relação às associações civis de gestão coletiva de direitos autorais.

Palavras-chave: 1. Direitos Autorais. 2. Direitos Conexos. 3. *Streaming*.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Serviços como YouTube, Netflix, Spotify e MySpace representam uma mudança significativa na forma do consumo de obras intelectuais. Utilizando a tecnologia de *streaming*, o estabelecimento desses serviços mudou substantivamente as maneiras de compartilhamento de músicas, filmes, vídeos e todo e qualquer formato de mídia passível de transmissão pela internet. São ferramentas plurais para o acesso à cultura, entretenimento, educação e liberdade de expressão.

Entretanto, a forma de disponibilização de tais serviços entram em colisão com a estrutura tradicional consolidada da defesa dos direitos autorais. A reprodutibilidade técnica e a possibilidade de consumo de obras intelectuais em diversas plataformas via uma conexão estável à rede mundial de computadores desafiam os institutos tradicionais que limitam a utilização das obras dos autores por novos agentes. Feitas estas breves considerações, fundamental ingressar na estrutura dos direitos autorais e conexos em si antes que se trate dos liames com a tecnologia de *streaming*.

¹ Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio, Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

2. DOS DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS

A atividade intelectual humana é responsável pelo surgimento de novos bens na sociedade². Estas obras intelectuais, conforme a própria legislação pátria define, são criações do espírito³, expressões típicas e inafastáveis da existência humana. Dentre estas criações, compreende-se as obras literárias, artísticas e científicas, e todos os desdobramentos que nelas se subentende, como obras audiovisuais, composições musicais, fotografias, desenhos, ilustrações, gravuras, dentre inúmeras outras.

A ótica dualista dos direitos autorais⁴ postula que um único bem advindo da criação intelectual compreende duas esferas de direitos integrados, denominadas *esfera existencial* e o *direito patrimonial*⁵. Ambas coexistem e compreendem todas as facetas dos direitos que surgem a partir da criação e exploração de determinada obra intelectual. Tal entendimento é inclusive acolhido pelo ordenamento jurídico pátrio, na Lei nº 9.610/98.

2.1. Perfil existencial

A parcela dos direitos autorais que versa sobre a relação pessoal e de expressão individual da criação literária, artística ou científica, é habitualmente denominada *direito moral*. Apesar de ser comumente elencada como *moral*, esta faceta está mais relacionada à mera existência humana do que à moralidade, uma vez que criação intelectual é uma expressão da identidade do indivíduo, um exercício existencial que é indissociável daquele que o originou – diz-se, inclusive, se tratar de uma tradução inadequada do francês, sem a devida adaptação⁶. Posto isso, visita-se a ótica aristotélica, que postula que a existência da arte reside no artista, e não na coisa produzida⁷, sendo o artista e sua *expressão* o que dá ensejo à tutela, não apenas o resultado.

Dessarte, o *direito existencial* vinculado aos direitos autorais garante ao autor o vínculo inafastável da sua obra, de forma a assegurar que a criação do espírito e a expressão intelectual dele esteja amparado. As criações do espírito nascem

² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2ª edição, 2007. p.7.

³ BRASIL. Lei nº 9.610/98 de 19 de fevereiro de 1998, art. 7º

⁴ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p.27.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva Jur - 8ª ed. - 20114. p.11.

⁶ MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 9

⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito e Música*. O Globo. Rio de Janeiro, p. CAB15, 13 de maio de 2014.

das ideias, e estas são indissociáveis do indivíduo que as desenvolveu⁸. Ademais, observado o contexto da prevalência da proteção da personalidade humana sobre o patrimônio no que toca as garantias individuais, os direitos autorais “morais” consagram a proteção à identidade do autor⁹.

Portanto, essa parcela dos direitos autorais permite, dentre outras ações, reivindicar, modificar ou retirar a obra de circulação¹⁰, o que resguarda os valores individuais do autor, como uma defesa de uma criação tão próxima da sua personalidade¹¹, embora com ela não se confunda¹².

2.2. Direito patrimonial

Os direitos de natureza patrimonial permitem ao autor a exploração, fruição e disposição da sua obra literária, artística ou científica. São os direitos que não são inerentes à criação da obra em si, portanto se afastam da esfera dos valores da personalidade e se aproximam das faculdades do *direito de propriedade*. Vale destacar que o encaixe dos direitos intelectuais dentro do arcabouço proprietário é controverso¹³, tal como a vasta discussão acerca da natureza jurídica dos direitos de exclusivo, embora seja satisfatória, para os fins do presente texto, aceitar uma multiplicidade de acepções, pela propriedade intelectual ser “tão afeita ao hibridismo”¹⁴.

Considerando esta identificação com o direito de propriedade, ainda que incorpórea pela sua característica imaterial, tal parte dos direitos autorais é de suma importância na ordem econômica. A legislação brasileira garante ao autor o direito de dispor na esfera patrimonial de sua obra de forma *exclusiva*, podendo sua criação ser utilizada apenas mediante autorização prévia e expressa em

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2ª edição, 2007. p.28.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.610/98 de 19 de fevereiro de 1998, art. 24.

¹¹ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p.29.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autorial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição. 1980. p. 14.

¹³ “Os direitos intelectuais são essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do século 18 e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade*. Revista da ABPI, nº 59; p. 40)

¹⁴ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Originalidade em crise*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018

quaisquer modalidades, elencadas na Lei 9.160/98. Deve-se, portanto, sempre interpretar os direitos intelectuais de maneira restritiva e como medida de exceção, dado que *restringe* a livre iniciativa.¹⁵

2.3. Uma breve história dos direitos conexos

A evolução técnica advinda das tecnologias que ampliaram a reprodução e difusão de obras artísticas, científicas e literárias, criaram pessoas interessadas em explorar os direitos autorais e deram ensejo a direitos particulares àquelas atividades. O surgimento dos direitos conexos se dá com a evolução da capacidade de reprodução das criações do espírito. Ainda que, em sua essência, a obra de arte tenha sido sempre reproduzível, o advento da tipografia e da imprensa no século XV marca a possibilidade de reproduzir escritos em massa, barateando um processo que antes era demasiado caro¹⁶.

Antes do século XV, a proteção às criações intelectuais em nada remetia à proteção atual. Nas civilizações grega e romana, ancestrais da tradição jurídica ocidental, não havia preocupação com a proteção do autor e sua criação. Apesar do surgimento de diversos institutos de direito civil que integram o ordenamento jurídico pátrio atual, como o direito de propriedade (*dominium*) e proteção da posse de boa-fé, das obrigações e da noção rudimentar de pessoa jurídica na figura da instituição familiar, não há qualquer diferenciação ou especialização acerca da tutela dos bens advindos da atividade intelectual¹⁷. O entendimento predominante era de que o autor não deveria se posicionar como comerciante dos produtos da própria inteligência¹⁸.

Dessarte, as criações do espírito eram tratadas como qualquer outro bem móvel, sem qualquer ressalva às peculiaridades que os bens advindos da atividade intelectual humana por essência gozam. Era admitido, portanto, que as obras intelectuais poderiam ser dispostas tal como qualquer outro bem móvel, incluindo a transmissão da autoria, em desalinho com o a legislação pátria vigente. Frise-se que, apesar da vedação atual, o Código Civil de 1916 permitia a transmissão da autoria em seu Capítulo VI.

¹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 342.

¹⁶ BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época da sua reprodutibilidade técnica*. In: ADORNO et al. *Teoria da Cultura de Massa*. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. São Paulo. Paz e Terra, 2000. p. 221- 254

¹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Editora Atlas -3ª ed. São Paulo. 2008. p. 37- 47.

¹⁸ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Editora Lumen Juris, 1ª ed. Rio de Janeiro. 2007. p.11

Com o advento da prensa no século XV, há um salto enorme na capacidade de reprodução das criações do espírito. A partir desse momento, os livreiros e editores passaram a ocupar uma posição extremamente privilegiada, sem que houvesse qualquer tutela ao criador das obras então reproduzidas. Essa reprodutibilidade, todavia, permitiu que terceiros imprimissem escritos sem o zelo e sem arcar com os mesmos custos dos livreiros e editores. Este processo é análogo à denominada *contrafação*, cuja essência é tomar uma determinada obra, que tem seu valor intrínseco, e utilizá-la sem permissão do criador e/ou titular de tal obra¹⁹.

Neste momento, é possível perceber uma guinada em direção à regulamentação dos direitos do autor e da utilização das criações artísticas e literárias. A situação desfavorável dos livreiros pavimentou o caminho para as proteções autorais. Importante frisar que esta primeira tutela se dá com fins econômicos e políticos, e não com o intuito de resguardar a natureza existencial do autor. Essa proteção também será concedida, mas em segundo plano²⁰.

Assim, foi editado na Inglaterra o *Statute of Anne*, em 1710. Tal diploma legal concedia aos editores o direito de cópia de determinada obra por 21 anos, um marco na regulamentação dos direitos de edição. Ainda no século XVIII, com a Revolução Francesa, foi editado um decreto-lei que concedia aos autores propriedade sobre suas criações, moldando o que seria o cenário dos direitos autorais no século XIX: o autor numa posição de predomínio para exploração das criações intelectuais²¹.

A posição privilegiada dos autores durante o século XIX prejudicou os terceiros que exploravam as obras, em especial as de natureza artística. Uma série de pleitos – iniciadas por atores – afirmava que o intérprete era criador intelectual, e que sua criação deveria ser tutelada da mesma forma que a do autor. Tal entendimento buscou consagração já no século XX, na Convenção de Berna, mas foi rechaçado. Com o passar das décadas, houve uma gradual redução dos privilégios antes concedidos ao autor, como, por exemplo, o direito ao papel. Assim, a tutela de interesses de intérpretes não tinha mais força necessária para justificar uma tutela autônoma²².

¹⁹ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque. The Penguin Press. 2004. p. 18.

²⁰ JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Editora Lumen Juris, 1ª ed. Rio de Janeiro. 2007. p.12-17.

²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p.463

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p.464-465.

Com a evolução técnica advinda das tecnologias que ampliaram a reprodução e difusão de obras artísticas, científicas e literárias, surge uma nova gama de partes interessadas em receber os lucros advindos de obras intelectuais. Não há mais um obra apenas a ser protegida, mas uma interpretação daquela obra que pode ser reproduzida de forma continuada. Isto posto, há uma nova questão em voga: a dinâmica entre a proteção dos autores de criações do espírito e a permissão de que criadores posteriores possam criar e inovar de forma mais livre em relação ao controle e amarras do passado – especialmente com o advento da internet no final do século XX.

A introdução de tão sofisticada plataforma traz uma série de debates sobre direitos autorais, em especial as que tocam no consumo das obras intelectuais. Há uma mudança significativa no paradigma da relação dos criadores de bens imateriais e plataformas que disponibilizam este conteúdo com o mercado consumidor – denominada comumente de B2C, isto é *business to consumer*, significando a relação consumerista entre determinado empreendimento e os consumidores via internet. Em contrapartida, denomina-se B2B, *business to business*, o comércio entre empresas realizado pela conexão à rede mundial de computadores.

A reprodutibilidade de obras audiovisuais com o advento da internet representa uma mudança nos padrões de consumo destas criações. Há o surgimento de diversos debates acerca da relação dos direitos autorais com a rede mundial de computadores, desde que forma plataformas que disponibilizam criações de espírito *online* devem estabelecer seus serviços (B2C) até de que forma a atuação protetiva estatal deve se portar em questões que versam sobre o uso de obras sem permissão de seu criador²³.

2.4. Direitos conexos na legislação brasileira

Os direitos conexos são o resultado da evolução técnica que permitiu expandir os destinatários de obras literárias, artísticas ou intelectuais, que exigiu novas regras de proteção²⁴. Tal como a proteção à obra em si, os direitos conexos não gozam de uma materialidade obrigatória; o objeto da tutela não é corpóreo. Para ilustrar, na execução musical, a atividade protegida deve ser sonora, mas isso não quer dizer que esses sons são o objeto da tutela.

A legislação brasileira, mais especificamente a Lei 9.610 de 1998, a partir do seu artigo 89, assegura direitos conexos: a) aos artistas intérpretes e executantes;

²³ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque. The Penguin Press. 2004. p. 13.

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p.469

b) aos produtores fonográficos e; c) às empresas de radiodifusão.

São artistas intérpretes aqueles que dão concretização pessoal à uma obra preexistente. A interpretação de determinada obra é uma criação intelectual distinta da criação da obra em si, pois enquanto o intérprete desenvolve sua atividade, ele traz para a obra preexistente as suas próprias experiências, ideias, o que distingue a interpretação da mera reprodução. Em relação aos produtores fonográficos, os direitos conexos protegem a utilização de um bem incorpóreo (obra musical) mediante o uso de um meio corpóreo (fonograma). Tal tutela se dá para utilizações específicas, previstas na Lei nº 9.610/98, em seu artigo 93. É uma proteção técnica e industrial, de extrema complexidade e relevância na ordem econômica.

Por fim, no que toca as empresas de radiodifusão, há a tutela às transmissões por meio de ondas radioelétricas, de sons ou de sons e imagens de determinada obra. Essa emissão difere da fonográfica pela falta de fixação material própria das transmissões por ondas; há uma diferenciação do meio. O fundamento para tal tutela é a prestação empresarial do organismo de radiodifusão, e o objeto da produção é o seu resultado, isto é, a emissão em si²⁵. Apesar deste rol disposto na Lei nº 9.160/98, os direitos conexos são de fundamental importância no contexto dos serviços *online* e de *streaming*.²⁶ É essencial ponderar de que forma as plataformas que disponibilizam obras artísticas, científicas e literárias por meio de uma conexão à rede mundial de computadores se relacionam com as atividades tuteladas pelos direitos conexos e se há uma situação análoga que justifique a proteção e aplicação da Lei dos Direitos Autorais.

Expostos, ainda que de maneira célere, os principais aspectos dos direitos autorais e dos direitos conexos, suas relevância social e econômica, além das dificuldades de uma coexistência não-conflituosa em fase da estrutura protetiva estabelecida há mais de dois séculos, importante visitar a tecnologia de *streaming* em si.

3. SERVIÇOS DE STREAMING

A tecnologia de *streaming* pode ser definida como o processo que permite ao usuário de internet acessar um transmissão de áudio ou vídeo estável enquanto

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p.475-500.

²⁶ Conforme definição do *Dictionary of Computing*, a tecnologia de *streaming* pode ser definida como o processo que permite ao usuário de internet acessar um transmissão de áudio ou vídeo estável enquanto esta é transmitida. (DAINTITH, John e WRIGHT, Edmund. *Dictionary of Computing*. 6ª ed. Oxford University Press. 2008. p. 494)

esta é transmitida²⁷. Ou seja, é possível a cognição do conteúdo sem a transmissão de posse do bem, tal como ocorria no download. Advinda da palavra de língua inglesa “*stream*”, cujo significado é corrente, córrego, torrente, a tecnologia ganhou este nome pois ela é um processo de *fluxo* dos dados da transmissão de áudio ou vídeo.

Assim, serviços utilizados em navegadores da rede mundial de computadores ou aplicativos em aparelhos celulares ou computadores pessoais permitem ao usuário o acesso à inúmeras obras intelectuais se utilizando desta transmissão constante e estável.

3.1. Forma de acesso à cultura

O *streaming online* permite que usuários acessem conteúdos audiovisuais de qualquer lugar e a qualquer momento²⁸. A possibilidade de um indivíduo acessar criações do espírito depender apenas da sua conexão com a rede mundial de computadores representa uma mudança nos padrões de consumo das obras intelectuais.

Dessarte, as plataformas que disponibilizam músicas, filmes ou qualquer outro produto do trabalho intelectual permitem, com facilidade, o acesso à um acervo cultural de valor inestimável aos usuários. A Constituição Federal, inclusive, determina que é competência comum de todos os entes federativos zelar pela as obras de valor artístico, cultural e histórico, além de proporcionar meios de acesso à cultura²⁹. A definição de cultura é objeto de diversos debates que escapam do escopo deste estudo. Todavia, faz-se necessário estabelecer o que constitui cultura, e de que forma permitir e facilitar o acesso dos usuários às plataformas é extremamente benéfico para a população.

Para os fins deste estudo, a definição de cultura postulada por Jacques Turgot é satisfatória. “Possuidor de um tesouro de signos que tem a faculdade de multiplicar infinitamente, o homem é capaz de assegurar a retenção de suas

²⁷ DAINTITH, John e WRIGHT, Edmund. *Dictionary of Computing*. 6ª ed. Oxford University Press. 2008. p. 494.

²⁸ YU, Peter K. *What Apple's new music streaming service will mean for underpaid songwriters*. The Conversation. Junho, 2015. Disponível em <<https://theconversation.com/what-apples-new-music-streaming-service-will-mean-for-underpaid-songwriters-42230>>, Acesso em 19 de janeiro de 2021.

²⁹ BRASIL. Constituição Federal, Art. 23. “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.

ideias *eruditas*, comunicá-las para outros homens e transmiti-las para os seus descendentes como uma herança sempre crescente.”³⁰ Se retirado o termo *eruditas* do conceito do economista parisiense do século XVIII, a definição de cultura elaborado diz respeito à capacidade do homem inserido em sociedade perpetuar as ideias pré-existentes dentro de um contexto social, sem perder a possibilidade de elaboração de novas diretrizes e pensamentos. Com o advento das tecnologias que permitem o compartilhamento de informações ao redor do mundo, há uma grande facilidade na elaboração dessas novas diretrizes e pensamentos e a troca entre os indivíduos componentes de determinado contexto social. As plataformas *online* representam uma ferramenta democrática, acessível e abrangente, viabilizando o compartilhamento de conteúdo de qualquer natureza, seja ela artística, científica, acadêmica. Os serviços de *streaming* constituem um importante instrumento de acesso à cultura, informação, educação e entretenimento. Além disso, são um ambiente propício para o exercício da liberdade de expressão³¹.

Perceptível, portanto, que a facilitação do acesso à diversas obras intelectuais exerce um papel fundamental no crescimento cultural do país. A capacidade de consumir e produzir obras intelectuais diversas, além de compartilhá-las, consagra o que dispõe a Constituição Federal acerca da liberdade de expressão, acesso à cultura, além dos direitos à informação, entretenimento e lazer. Embargos de qualquer natureza ao estabelecimento de serviços de *streaming* no Brasil representam um retrocesso no consumo cultural e na forma que os indivíduos apreciam e compartilham os próprios pensamentos a partir de cada nova apreciação de uma criação do espírito.

A discussão da relevância social e da importância do *streaming* na consolidação dos objetivos da Carta Magna pátria coloca sob os holofotes as mudanças estruturais econômicas e sociais advindas das novidades tecnológicas. Este novo paradigma traz consigo mudanças na organização econômica, nas práticas sociais, criando oportunidades na maneira que informação, conhecimento e cultura são utilizados, produzidas e transmitidas. Estas transformações ampliaram o papel da produção que se afasta das características tradicionais de mercado e propriedade, seja ela realizada por indivíduos ou por colaborações entre estes indivíduos. O que deve ser observado neste contexto é o surgimento de uma economia pautada na *informação interconectada*, isto é, baseada nas conexões

³⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro. Ed. Zahar. 24ª edição. p. 25-30.

³¹ Todos os itens elencados são caros à Constituição Federal, pedra angular do ordenamento jurídico pátrio, dispostas nos seus artigos 5º, 6º e 215.

possibilitadas pelos adventos tecnológicos. A informação passa a ser o centro desse novo formato, permitindo o ingresso de personagens autônomos, num modelo mais democrático, com mais liberdade para seus agentes, como um mecanismo para alcançar maior desenvolvimento humano ao redor do mundo³².

Neste contexto, surge também o debate de que maneira o mercado consumidor se porta diante da formação de um economia voltada para a informação. É importante estabelecer o contraponto em relação à capacidade de um indivíduo desenvolver novas ideias, compartilhá-las e a forma que o grande mercado assimila essa liberdade individual. Siva Vaidhyanatan, em sua obra *“The Googlization of Everything (and why we should worry)”* estabelece uma posição que consiste na seguinte noção: apesar das redes sociais *online* e os grandes portais da internet em suas campanhas de *marketing* enquadrarem o consumidor como o resultado, a finalidade das prestações dos serviços virtuais, a liberdade individual é restrita e não correspondente ao que é anunciado. A maneira com a qual as companhias tratam os usuários passa a sensação de liberdade plena nas escolhas destes, de que os consumidores dispõem da capacidade de fazer por eles mesmos quaisquer escolhas dentro da rede mundial de computadores. Argumenta Vaidhyanatan, todavia, que esse enfoque no público funciona como uma fachada para mascarar o que acontece de fato com as informações e escolhas dos usuários online.

Empresas como Amazon, Google, Nike e inúmeras outras utilizam estas informações para refinar os anúncios de acordo com os interesses do usuário, além de coletar, copiar, agregar e organizar todo tipo de informação referente aos consumidores. Postula o autor, ainda, que tais empresas se utilizam da necessidade inata humana de conexão no nível social, aliado à capacidade de criação e compartilhamento coletivo para arquivar informações acerca dos usuários e utilizá-las para fins próprios³³. Agrava-se a discussão dentro de um ordenamento jurídico que enfim colocou os dados pessoais como relevante objeto de tutela e proteção diante de um cenário de pulverização e ampla difusão de dados sensíveis e pessoais³⁴.

Há um evidente contraponto entre a liberdade individual para desenvolver novas criações dentro da economia pautada em informações e a suposta liberdade e privacidade dos usuários no uso das ferramentas online. O equilíbrio

³² BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven. Yale University Press. 2006.

³³ VAIDHYANATAN, Siva. *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*. Los Angeles. University of California Press. 2011. p. 84

³⁴ BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados.

entre o crescimento desde novo formato econômico³⁵ e o comportamento do mercado consumidor inserido nesse contexto social e tecnológico se posta como um dos principais debates do início do século XXI.

3.2 Plataformas de *streaming*

A tecnologia de *streaming* por si só é apenas uma ferramenta que permite a transmissão de dados de maneira estável e constante. É aliada às plataformas que disponibilizam conteúdo *online* que o *streaming* encontra o público consumidor, reproduzindo criações do espírito em distribuições individuais dedicadas.³⁶

Estas plataformas podem ser divididas quanto ao controle prévio sobre a disponibilização de conteúdo *online*, isto é, se exercem alguma forma de veto ou pré-requisitos antes das obras estarem disponível para o acesso do público e dos consumidores.

3.2.1. Plataformas sem controle prévio de conteúdo

São plataformas sem controle prévio de conteúdo aquelas nas quais os usuários são os principais responsáveis pela disponibilização das criações do espírito, hospedando as próprias obras no sítio virtual. O expoente desta modalidade é o YouTube, canal dedicado a vídeos colocados na esfera virtual pelos próprios usuários sem qualquer veto *imediato* do próprio *site*.

Apesar da liberdade do usuário para hospedar vídeos de qualquer natureza no YouTube – desde que respeitadas as diretrizes de uso da comunidade - este deve observar diversos requisitos para que o produto audiovisual por ele colocado não seja passível de sanções de qualquer natureza. Primeiramente, o usuário que disponibilizar qualquer conteúdo deve ser titular ou ter autorização dos titulares dos direitos autorais relativos a todas as obras utilizadas durante o vídeo hospedado. Dessa maneira, qualquer usuário que utilizar material que ele não tenha os direitos estará suscetível à retirada do vídeo, caso o YouTube receba uma notificação extrajudicial³⁷.

³⁵ YU, Peter K. *Netflix's VPN ban proves we need to develop a global, legal digital marketplace*. Quartz. Fevereiro, 2016. Disponível em <<http://qz.com/607572/netflixs-vpn-ban-proves-we-need-to-develop-a-global-legal-digital-marketplace/>> . Acessado em 19 de janeiro de 2021.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: NETO, Bernardo Moreira Garcez. Apelação Cível nº 0386089-33.2009.8.19.0001.

³⁷ Termos de Serviço do YouTube. Disponível em <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

A possibilidade de um vídeo ser retirado do *site* caso exista o uso de *qualquer* material cuja propriedade intelectual não seja titularizada pelo usuário que o hospedou dá margem para um amplo debate acerca das limitações impostas pelos direitos autorais às criações futuras que de alguma forma utilizem elementos de obras criadas anteriormente. Seria extremamente penoso realizar a crítica de um filme, por exemplo, sem poder empregar as imagens daquela obra, e a utilização delas sem autorização daria margem para suspensão do vídeo caso os titulares dos direitos de propriedade intelectual entendessem que houve ali violação. Essa possibilidade unilateral de restringir o conteúdo hospedado por determinado indivíduo abre espaço para um debate ainda mais amplo: se esse poder unilateral é uma restrição à liberdade criativa de indivíduos, limitando o potencial desenvolvimento de novas obras intelectuais a partir de outras já existentes³⁸.

Brett Gaylor, em seu documentário “RiP! Um Manifesto do Remix”³⁹, que trata sobre as restrições que os titulares de direitos autorais impõem aos que utilizam criações antigas para originar novas criações do espírito – com especial atenção aos DJs que criam *mash-ups*, isto é, misturas entre duas músicas para fazer uma nova interpretação ou adaptá-las a um novo estilo – estipula que a estrutura que permite que os titulares dos direitos autorais restrinjam e embarquem criações novas desenvolvidas a partir de antigas é nociva para o desenvolvimento cultural de gerações futuras. A estruturação vigente dos direitos autorais, pautadas nas realidades tecnológicas da Revolução Industrial, não avançou de forma a abarcar a nova realidade na forma de produção de conhecimento presente na sociedade após o advento tecnológico da internet e a facilitação da troca de informações⁴⁰.

O vasto universo criativo disposto na internet está sujeito às limitações legais dos titulares dos direitos de propriedade intelectual. Postula Lawrence Lessig que as punições impostas aos que agem em desacordo com as normas de direito intelectual são demasiado penosas sem que haja uma clareza quanto quais condutas são permitidas e quais devem ser vedadas. O professor estadunidense sustenta a afirmação citando um caso no qual quatro estudantes estavam no polo passivo de uma ação proposta pela RIAA (*Recording Industry Association of America*) no montante de 98 bilhões de dólares pelo desenvolvimento

³⁸ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque. The Penguin Press. 2004. p. 185.

³⁹ *RIP! Um Manifesto do Remix*. Direção: Brett Gaylor, Produção: Daniel Cross, Mila Aung Thwin, Ravidia Din, Sally Bochner. Canadá, 2008. 80 min.

⁴⁰ WACHOWICZ, Marcos. *Direito autoral, recursos educacionais e licenciamentos criativos: acesso à cultura, ao conhecimento e à educação*. Em Aberto, Brasília, v. 28, n. 94. Jul/Dez 2015

de ferramentas de busca que permitiam copiar músicas. Lessig, de forma a proporcionar um parâmetro de comparação, traz o caso da WorldCom, que responsável por uma fraude que lesou investidores em 11 bilhões de dólares, resultando na perda de recursos de investidores no mercado de mais de 200 bilhões de dólares, foi punida com uma multa de 750 milhões de dólares.

O professor de Harvard levanta, ainda, para grau de comparação quanto ao peso das punições concernentes às infrações relacionadas à propriedade intelectual, um então projeto de lei em trâmite no Congresso dos Estados Unidos que restringia as reparações por um erro médico que resultasse na amputação da perna errada durante uma cirurgia à soma de 250 mil dólares. Menciona Lessig qual a razoabilidade de qualquer punição para um indivíduo que realizou o *download* de duas músicas ser maior do que aquela imposta a um médico por amputar a perna errada de um paciente⁴¹.

O impedimento de novas criações intelectuais pelos titulares de direitos autorais restringe a atuação das novas gerações de forma legal. É demasiado custoso pagar pelas licenças, limitando o desenvolvimento intelectual às pessoas físicas ou jurídicas que dispõem do capital para investir em determinado projeto. A consequência desse óbice é que uma grande parcela de indivíduos não desenvolverá seus projetos, ou se o fizer, o fará de forma ilegal. Há um descompasso notável no fino equilíbrio da balança dos interesses de novos criadores e dos titulares de valiosos direitos patrimoniais. Não se considera, ainda, que o valor que determinadas obras transcende o recheio das carteiras de seus titulares - é virtualmente impossível medir o ganho extrapatrimonial da coletividade em relação a determinada criação do espírito; como postula Mark A. Lemley, sejam quais forem as cifras aferidas pela J.K. Rowling pela criação do universo de Harry Potter, este é certamente superado pelo ganho *coletivo* que seus leitores e criadores de *fan fiction* pelo consumo, debate e modificação criativa da obra originada pela autora britânica⁴².

Uma mitigação deste impedimento se encontra no instituto do *fair use*, que pode ser traduzido como uso justo ou uso razoável. Este instituto permite que, sob certas circunstâncias, o desenvolvedor de determinada obra audiovisual utilize material protegido por direitos de propriedade intelectual. Tradicionalmente, são quatro os fatores já sedimentados na jurisprudência norte-americana que

⁴¹ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque. The Penguin Press. 2004. p. 186-188.

⁴² LEMLEY, Mark A. *Faith-Based Intellectual Property*. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2587297>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

dão ensejo à hipótese de uso razoável: a) o propósito e intenção do uso; b) a natureza do trabalho protegido utilizado na obra; c) o tamanho e a substância da fração utilizada, e; d) o efeito deste uso no potencial mercado consumidor⁴³.

Estes parâmetros permitem que certo usuário utilize imagens de filmes para fazer uma crítica e hospedá-la no YouTube, por exemplo. No caso brasileiro, uma interpretação do artigo 46 da Lei nº 9.610/98 e seus incisos permite a aplicação do uso razoável dentro do ordenamento jurídico pátrio. Estabelece tal artigo as hipóteses de não violação de direitos autorais, dentre elas a reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos e a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes; ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores⁴⁴.

Destaque-se o Enunciado 115 da III Jornada de Direito Comercial de 2019, que diz que “as limitações de direitos autorais estabelecidas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei de Direitos Autorais devem ser interpretadas extensivamente, em conformidade com os direitos fundamentais e a função social da propriedade estabelecida no art. 5º, XXIII, da CF/88.” Há, notadamente, uma preocupação com a liberdade criativa de novos indivíduos, embora a estrutura em si dos direitos autorais não abrace de forma definitiva tais limitações ou o *fair use* em si.

Explica-se: o instituto do *fair use*, ainda que dê aos indivíduos criativos um espaço para desenvolver trabalhos com mais segurança, não satisfaz plenamente a questão da clareza quanto quais condutas são permitidas e quais são vedadas. O emprego do *fair use* é extremamente casuístico e não é capaz de sanar os questionamentos acerca das condutas. De acordo com Lawrence Lessig, este instituto teoricamente estabelece que o usuário não precisa de permissão do titular dos direitos autorais. Portanto, o *fair use* seria um marco no desenvolvimento cultural e uma liberação do controle dos titulares da propriedade intelectual das criações do espírito. Todavia, a prática deste instituto é diametralmente oposta: a indefinição do que constitui o uso razoável e justificável, aliado às severas sanções aplicadas a essas violações permitem pouco espaço de manobra

⁴³ SUNDER Madhavi e CHANDER Anupam. *Everyone's a Superhero: A Cultural Theory of "Mary Sue" Fan Fiction as Fair Use*. California Law Review, Vol. 95. 2007. P. 597

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 9.610/98, Artigo 46.

para os que querem usufruir do instituto⁴⁵. A legislação que visava proteger as editoras da competição injusta da contrafação, formulada ainda no século XVIII, evoluiu de forma a punir qualquer uso da obra, independentemente desde ser transformativo e distinto ou não.

Dentro deste debate, surge ainda a figura do Creative Commons. O Creative Commons é uma organização não-governamental sem fins lucrativos, estabelecida em 2001, nos Estados Unidos. O intuito da referida organização é encontrar uma posição média em relação à extremidade dos direitos autorais tradicionalmente estabelecidos, permitindo que aqueles que trazem criações de espírito à luz expressem por si próprios a liberdade que terceiros terão para desenvolver novos projetos e criar bens dentro da sociedade a partir das suas criações intelectuais. São os criadores das obras intelectuais que definem quais serão as peculiaridades para o uso de sua criação⁴⁶.

O Creative Commons disponibiliza *categorias* de licença para que o desenvolvedor de obras intelectuais possa, entre elas, optar por qual seria a mais adequada à sua criação. Cada uma dessas categorias é composta por três camadas, conforme definição da própria organização não-governamental: a) o *legal code*, que consiste nas particularidades jurídicas daquela licença, com as especificidades legais e linguagem técnica para os operadores do direito; b) o *Commons Deed*, ou a versão *Human Readable* da licença, que permite que àqueles não familiarizados com a linguagem técnica jurídica tenham a possibilidade ampla de compreensão das particularidades daquela licença, e; c) a camada *machine readable*, isto é, uma versão compreensível por sistemas operacionais, *softwares*, mecanismos de busca, para que possam interpretar as questões principais acerca das obrigações e liberdades contidas em determinada categoria de licença⁴⁷.

O Creative Commons representa uma alternativa quando observada a autonomia do criador de bens intelectuais e a relação deste com sua criação do espírito. Esse modelo permite ao próprio criador da obra eleger a forma de relação dela com potenciais terceiros utilitários do material para desenvolvimento de novos bens intelectuais. A licença do Creative Commons oferece uma liberdade mais ampla se comparada ao instituto do *fair use*, uma vez que há uma clara demarcação quanto às liberdades dos terceiros interessados em utilizar a obra.

⁴⁵ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque. The Penguin Press. 2004. p. 98-99.

⁴⁶ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque. The Penguin Press. 2004. p. 282.

⁴⁷ Creative Commons. *About our Licenses*. Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/> Acesso em 19 de janeiro de 2021.

3.2.2. Plataformas com controle prévio de conteúdo

São plataformas com controle prévio de conteúdo aquelas nas quais há alguma forma de controle pela própria plataforma antes das obras audiovisuais serem disponibilizadas *online*. Ao invés dos usuários serem os principais responsáveis pela hospedagem do conteúdo, as empresas são as que disponibilizam o catálogo disponível para o mercado consumidor. Se destacam nessa modalidade o Netflix, Prime Video e Disney+, que disponibilizam filmes séries de televisão, e o Spotify, Deezer, Apple Music, serviços que permitem acesso a um vasto catálogo de músicas em diversos aparelhos eletrônicos, desde um computador até telefones celulares.

Uma das principais dinâmicas relativas ao crescimento dos serviços que disponibilizam um catálogo de criações do espírito mediante o pagamento de mensalidade reside no desestímulo aos *downloads* ilegais e o pagamento de *royalties* aos artistas cuja obra é disponibilizada. O serviço sueco Spotify, inclusive, estabelece como uma das missões de sua atividade resgatar a geração de *royalties* para os artistas por meio de uma plataforma dentro da legalidade e respeitosa à estrutura vigente dos direitos autorais⁴⁸. Ao atrair consumidores para o Spotify, a empresa os afasta de plataformas ilegais baseadas na utilização ilegal das obras intelectuais e de plataformas que remuneram artistas com valores inferiores àqueles praticados pelo serviço sueco. Dessa maneira, com o pagamento mensal do serviço, todas as partes seriam beneficiadas: o consumidor, pela qualidade do serviço e disponibilidade em diversos aparelhos eletrônicos; a própria empresa, pelo crescimento do empreendimento, e; os artistas, cujos *royalties* pagos cresceriam conforme o crescimento da plataforma. O modelo de negócios da empresa busca reestabelecer o valor do mercado musical perdidos para os *downloads* ilegais e outras formas de consumo de obras musicais menos rentáveis para os autores. Cabe ressaltar, naturalmente, que as contraprestações pecuniárias aos artistas não são tão volumosas quanto às recebidas pela plataforma, uma crítica comum à forma de distribuição de *royalties* da empresa sueca e seus competidores, em sentido lato.

No caso do Spotify, o pagamento dos *royalties* se dá de acordo as seguintes variáveis: o país no qual um artista cuja obra está sendo consumida; o percentual

⁴⁸ DUBNER, Stephen J. *How Spotify Save the Music Industry (But Not Necessarily Musicians)*. Disponível em <<https://gen.medium.com/how-spotify-saved-the-music-industry-but-not-necessarily-musicians-473f01e37136#:~:text=Spotify%2C%20he%20says%2C%20changed%20all,who%20can%20make%20a%20living.&text=%E2%80%9CAnd%20because%20of%20that%2C%20you,then%20grows%20the%20music%20industry.%E2%80%9D>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

de usuários premium, isto é, que pagam a mensalidade do serviço no país; o valor relativo da moeda do país em questão e a taxa de remuneração do artista em questão. Dessa forma, a noção comum de que a remuneração do artista se dá pela simples execução da música é equivocada, ainda que seja possível encontrar a média do valor devido por consumo daquela música. De acordo com a empresa, as variáveis da fórmula pela qual os royalties são pagos resultam numa média entre 0,006 e 0,0084 centavos de dólares por reprodução⁴⁹.

A atuação do Spotify remete ao que postula Yochai Benkler sobre o surgimento de uma economia pautada nas conexões à rede mundial de computadores, da liberdade e a capacidade de um único agente exercer um papel proeminente dentro deste cenário econômico⁵⁰. Antes da disponibilidade de serviços da natureza do Spotify, a facilidade na troca de informações gerou uma tendência dentro do mercado consumidor em baixar ilegalmente as obras musicais. Com o intuito de resgatar os valores antigos relativos ao consumo de música respeitando as estruturas vigentes de direitos autorais, o Spotify já movimentava bilhões de dólares em receita e distribuição de *royalties* a artistas, na declarada alteração como o mercado encara a reprodução de músicas dentro de um cenário tecnológico no qual a troca de dados, arquivos e informações é extremamente facilitada. Essa influência de um único agente dentro desse novo formato econômico pautado na informação mostra como a liberdade dos agentes e a capacidade individual de participar do cenário econômico são proeminentes.

3.4. Streaming e exibição pública

A proliferação das plataformas que disponibilizam conteúdos via *streaming* suscita o seguinte debate: se a oferta de obras intelectuais em sites e aplicativos configuram execução pública e se dão ensejo à cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

Fundamental, portanto, definir o que constitui *exibição pública*. A Lei nº 9.610, em seu artigo 68 e parágrafos, estabelece que a execução pública consiste na utilização de obras intelectuais em *locais de frequência coletiva*, seja por radiodifusão, transmissão por qualquer modalidade ou exibição cinematográfica.

⁴⁹ *Everything You Need To Know About How Spotify Pays Rightsholders*. Disponível em <<https://artists.spotify.com/blog/everything-you-need-to-know-about-how-spotify-pays-rightsholders>> Acesso em 19 de janeiro de 2021.

⁵⁰ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven. Yale University Press. 2006.

O mesmo diploma legal, por sua vez, define os locais de frequência coletiva como teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas⁵¹. A controvérsia se debruça, portanto, se a mera reprodução de uma obra por um indivíduo dentro de um ambiente privado pode, de alguma forma, ser considerado local de frequência coletiva.

Para Gustavo Tepedino, a cobrança de direitos autorais em serviços de streaming e suas modalidades é legítima e justificada. O doutrinador defende que a simples reprodução de um fonograma via streaming por um indivíduo dentro de sua residência não descaracteriza sítio público de frequência coletiva, uma vez que este se projeta para número indeterminado de pessoas. Ademais, argumenta que antiga jurisprudência, no debate acerca da cobrança de direitos autorais nas retransmissões de programas idênticos em mais de um veículo (rádio e televisão), firmou o entendimento que a reprodução em mídias autônomas representa execuções públicas específicas, não havendo *bis in idem* na cobrança. Portanto, de acordo com Tepedino, há uma situação análoga quando observadas as transmissões simultâneas na rede mundial de computadores, justificando a cobrança pelo ECAD⁵².

É mister analisar se de fato a reprodução privada daquele conteúdo configura execução pública. De acordo com jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apesar dos sites e aplicativos disponibilizarem o acervo de obras intelectuais, a seleção do usuário de qual conteúdo ele deseja dá início a uma transmissão individual e dedicada, restrita à localidade daquele usuário, afastando a hipótese de publicidade daquela execução⁵³. Dessarte, a disponibilização via *streaming* não configura execução pública, mas uma distribuição individualizada de conteúdo musical.

Neste mesmo sentido, aprofunda-se a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O *decisum* aplica a hermenêutica jurídica com o propósito

⁵¹ BRASIL. Lei nº 9.610, Artigo 68, § 3º

⁵² TEPEDINO, Gustavo. *Os autores e a internet*. Rio de Janeiro. O Globo, Opinião. Junho/2015.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. Embargos Infringentes nº 0174958- 45.2009.8.19.0001

de alcançar o *ratio legis* do artigo 68, §3º. Utilizando o método sistemático, que visa interpretar a norma jurídica dentro de um contexto e não isoladamente, conclui-se que o conceito de local de frequência coletiva disposto na Lei nº 9.610/98 é “aquele no qual muitas pessoas compareçam reiteradamente”⁵⁴. Assim, a utilização do conteúdo disponível via *streaming* e suas modalidades configura *ato individual*, sem que exista execução pública coletiva perceptível por mais de um usuário simultaneamente⁵⁵. A presunção de que haveria outros indivíduos ao redor dessa transmissão para justificar a cobrança pelo ECAD seria um salto imaginativo inadmissível na esfera jurídica.

Naturalmente, não se poderia abordar tal assunto sem a apreciação da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial 1.559.264/RJ. Afinal, a 2ª Seção do STJ decidiu por maioria que o ECAD goza, de fato, de legitimidade para realizar a cobrança sobre transmissão de músicas via uma conexão a rede mundial de computadores e que o *streaming* seria contemplado como execução pública e que “a internet sempre seria local de frequência coletiva”⁵⁶ e que o *streaming* não se enquadraria como hipótese de distribuição, “pois não haveria *formato transmissivo* a posse do bem imaterial tutelado por direito autoral pelo destinatário.”⁵⁷

Mais do que abordar a legitimidade do ECAD, é fundamental que se comente a posição majoritária da corte. Como elenca o artigo 68, parágrafo segundo da Lei de Direitos Autorais, a execução pública depende de (i) utilização do bem imaterial; (ii) em sítio de frequência coletiva, e; (iii) por meio de radiodifusão ou transmissão. Pedro Marcos Nunes Barbosa destaca a importância do olhar do legislador no fino equilíbrio dos núcleos de interesse da relação jurídica; os criadores/autores, titulares/proprietários, o mercado e a concorrência, os consumidores, o Estado e o meio ambiente, abarcando também o *ambiente cultural* no contexto⁵⁸.

Apenas contemplando tal visão poliédrica – como já preceituava Asquini,

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: NETO, Bernardo Moreira Garcez. Apelação Cível nº 0386089-33.2009.8.19.0001.

⁵⁵ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Execução Pública Musical na Internet: Rádios e TVs Virtuais*. Rio de Janeiro. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual nº 103. Nov/Dez 2009.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. REsp nº 1.559.264 – RJ (2013/0265464-7). 2017.

⁵⁷ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O STJ e o streaming*. Disponível em <<https://www.jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017?amp=1>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

⁵⁸ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O STJ e o streaming*. Disponível em <<https://www.jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017?amp=1>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

décadas antes⁵⁹ -, pode-se aferir se a posição majoritária está em consonância com a função social da propriedade de tal bem cultural e bem de produção. Esta função “tem como objetivo principal a limitação da utilização social dos bens intelectuais pelo titular, em razão de diversos interesses da coletividade”⁶⁰, coletividade esta espalhada nos núcleos acima citados, não observado apenas o autor/criador e os titulares/proprietários.

Posto isso, nota-se uma interpretação extensiva do rol do artigo 68, que não só contempla uma hipótese não observada no texto legal, mas também traz uma “hermenêutica extensiva de regra que estabelece uma presunção racionalmente questionável e precata o exercício subsuntivo generalizador e padronizador (tudo na internet seria “em público”) em favor de lógica casuística suprassuntivo.”⁶¹ Preferiu-se esta questionável posição em detrimento de uma observação cautelosa acerca da função social e nos pormenores da internet como sítio de frequência coletiva, e, por conseguinte, local próprio para execução pública.

Ademais, tal raciocínio generalizante não leva em consideração as situações distintas que um usuário de serviço de *streaming* possa usufruir das plataformas que abarcam tais bens intelectuais; é inconciliável, sob uma mesma hipótese, que se equivalha um sítio de frequência coletiva a exibição de uma série de televisão na pequena tela de um celular, já no fim da noite, como forma de auxiliar o abraço de Morfeu à situação de um empreendedor dono de determinado estabelecimento comercial que exhibe, na parede plana de um prédio vizinho, um produto *premium* da Netflix disponível para quem ali passar.

Inconteste as dificuldades advindas do uso da internet em face da estrutura consolidada dos direitos autorais, mas de forma alguma pode-se escantear as sutilezas do caso concreto. A ubiquidade *online*, por si só, não causa a erosão da privacidade e da autonomia; estar conectado à rede mundial de computadores não faz de toda e qualquer transmissão exibição pública – a analogia colocada por Pedro Marcos Nunes Barbosa é cirúrgica: “até mesmo no contexto social da alusão sobre o *grande irmão* de Orwell há campo para a espera privada. Se a internet aumentou o grau de complexidade da aplicação e interpretação do

⁵⁹ ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Ano XXXV, n° 104, p. 109-126. out/dez 1996.

⁶⁰ SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

⁶¹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O STJ e o streaming*. Disponível em <<https://www.jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017?amp=1>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

direito e do contexto, em nome da simplificação não é louvável operar – via Judiciário – a *simplificação* pela arbitrariedade da estereotipização.⁶²

Por fim, não deve prosperar o argumento de que *streaming* não configuraria distribuição por não existir transmissão da posse. Ora, se é possuidor aquele que exerce, de forma plena ou não, algum dos poderes inerentes à propriedade⁶³ – sendo estes usar, gozar e dispor da coisa, além, do direito de reavê-la de quem injustamente a possui ou detenha⁶⁴ - de certo aquele assinante de um serviço de *streaming* está *usando* o bem imaterial para seu próprio gozo. Mais do que isso, é um posicionamento que conflita com a posição do próprio Superior Tribunal de Justiça, como pode-se constatar pela breve leitura da Súmula 193⁶⁵ - se há reconhecimento de usucapião de bem imaterial, impossível não se reconhecer a posse de tais bens. Mais do que isso, mesmo que a posse seja breve, ela já foi reconhecida pela corte em sede de Recurso Especial⁶⁶ - ou seja, o posicionamento, dada máxima vênia, é cômodo e não pondera diversas particularidades ao optar por uma generalização, diante do exposto acima, equivocada.

É crucial conceber que a decisão acima traz a dificuldade em abarcar as alterações tecnológicas dentro de uma lógica própria do século XVII e XVIII; é fundamental que se contemple os institutos jurídicos de maneira funcional, atento às “exigências emergentes” e por problemas, e não setores pré-constituídos⁶⁷. A decisão do Supremo Tribunal de Justiça não considera a estrutura poliédrica dos diferentes núcleos diferentes a serem considerados em qualquer ato oficial que verse sobre os bens de produção mais valiosos da contemporaneidade.

3.5. Aplicabilidade da tutela de direitos conexos aos serviços de *streaming*

O ordenamento jurídico brasileiro assegura direitos conexos aos artistas

⁶² BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O STJ e o streaming*. Disponível em < <https://www.jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017?amp=1>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

⁶³ BRASIL. Código Civil de 2002. Artigo 1.196.

⁶⁴ BRASIL. Código Civil de 2002. Artigo 1.228.

⁶⁵ “O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião”. Súmula 193 do Superior Tribunal de Justiça de 25 de junho de 1997.

⁶⁶ “O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da *aprehensão* (ou a *motio*), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por seu ato ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata.” (Supremo Tribunal de Justiça, 3ª Seção, Ministra Nefi Cordeiro, Recurso Repetitivo, Recurso Especial nº 1.524.450/RJ, DJ. 29.10.2015).

⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002. p. 55-56

intérpretes e executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão. Estes direitos conexos são resultado de uma evolução técnica que ampliou os destinatários de obras literárias, artísticas e intelectuais, requerendo, dessa maneira, novas regras de proteção.⁶³ Estes direitos surgem de forma a proteger não necessariamente o autor da obra intelectual, mas terceiros cuja atividade envolve a utilização de criações do espírito. Importante frisar que, tal como a proteção à obra literária, artística ou científica em si, o objeto da tutela dos direitos conexos não é corpóreo; a atividade é protegida, e não necessariamente os meios físicos pelo qual esta atividade é realizada⁶⁸. O debate acerca da aplicabilidade dos direitos conexos aos serviços de streaming cinge sobre se as plataformas que disponibilizam criações do espírito executam atividade análogas àquelas realizadas pelas figuras protegidas pela Lei nº 9.610/98.

Dentre as figuras protegidas pelos direitos conexos dispostas no artigo 89 da Lei nº 9.610/98, são as empresas de radiodifusão⁶⁹ as que se aproximam das plataformas que disponibilizam obras intelectuais pela tecnologia de streaming. A tutela se dá às transmissões por meio de ondas radioelétricas, de sons ou de sons e imagens de determinada criação do espírito. Esta emissão se afasta da fonográfica pela falta de fixação material própria das transmissões, havendo uma diferença essencial no meio. Ademais, fundamenta-se a tutela às empresas da radiodifusão pela prestação empresarial do organismo de radiodifusão, isto é, há uma proteção da atividade realizada por estas empresas. No momento em que se concede a tutela ao resultado da prestação empresarial, isto é, à emissão em si, há uma proteção à atividade empresarial.

Faz-se necessário observar, primeiramente, qual o objeto da tutela: a *emissão propriamente dita*. O que é protegido pelo ordenamento jurídico pátrio é a transmissão de sons e imagens, a atividade incorpórea. Neste sentido, há uma evidente semelhança na atividade explorada pelas figuras responsáveis pelas empresas de radiodifusão e naquela realizada pelas plataformas que disponibilizam serviços de *streaming*: são responsáveis pela emissão de conteúdo audiovisual para o consumo da população. A lacuna que permite a discussão toca na *forma* pela qual essa transmissão se dá: a tutela dos direitos conexos especifica a proteção às transmissões por ondas radioelétricas.

A redação do legislador no artigo 89 da Lei nº 9.610/98, que elenca as figuras às quais os direitos conexos se estendem, não dá ensejo a uma interpretação

⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p. 469.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 9.610/98. Art. 95.

extensiva da aplicabilidade dos direitos conexos. Não há o emprego de qualquer expressão que permita a interpretação de que se trata de um rol exemplificativo, *numerus apertus*, tal como ocorre na Lei nº 11.340/06 em seu artigo 22, cujo emprego da expressão “entre outras” dá ensejo à interpretação de que há hipóteses não contemplados naquele dispositivo⁷⁰.

A própria natureza técnica da proteção afasta a interpretação extensiva do rol de titulares de direitos conexos. Entretanto, há de se ponderar acerca da natureza dos serviços de *streaming* e dos serviços de radiodifusão: o que os distingue é meramente a forma técnica de emissão das obras audiovisuais. Se considerada a época na qual foi elaborada a vigente Lei de Direitos Autorais, em meados da década de 1990, há também a questão da defasagem da lei: ela não abarca as tecnologias futuras e as mudanças nos padrões de consumo dentro de determinados mercados. Portanto, pela similitude entre as prestações dos serviços de *streaming* e dos serviços de radiodifusão, é possível defender a aplicação da proteção à emissão e dos direitos conexos às transmissões provenientes das plataformas de *streaming* e a concessão da proteção à atividade empresarial destas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As tecnologias de *streaming* representam uma mudança substancial na forma do consumo de obras de natureza intelectual, artística e científica. A mera arquitetura pela qual as plataformas que oferecem tais serviços exibem trazem por si só um enfrentamento às estruturas jurídicas tradicionais no que toca a defesa dos direitos autorais, sendo essencial que se busque novas soluções para que seja facilitado o estabelecimento desse serviços. A oferta destes garante ao mercado consumidor maneiras de acesso à cultura, além de prover ferramentas democráticas, plurais e acessíveis para produção de conteúdo e seu compartilhamento, consagrando a liberdade de expressão, além de garantir acesso à educação e entretenimento.

Dessarte, os institutos tradicionais que agem na defesa dos direitos do autor precisam se adaptar à realidade tecnológica vigente. A simples proibição do uso de obras protegidas não produz os mesmos efeitos que produzia na época anterior à reprodutibilidade técnica permitida pela internet; há uma perda de

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 11.340 de 2006. Art. 22: “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, **entre outras**:”

controle dos titulares dos direitos autorais pela facilidade de reprodução de todo o tipo de conteúdo na rede mundial de computadores. É necessária que as formas de proteção aos direitos do autor se adaptem às irreversíveis evoluções científicas. Ademais, a compreensão de que existe de fato a emergência de uma economia baseada na troca de informações numa rede compartilhada, com agentes independentes e livres em relações às estruturas tradicionais econômicas é o paradigma socioeconômico do início do século XXI: a incapacidade de adaptação dos defensores dos direitos autorais é limitante no desenvolvimento cultural, artístico e científico na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia tradicional

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2ª edição, 2007.
- _____. *Direito autorial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição. 1980.
- _____. *Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade*. Revista da ABPI, nº 59.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Ano XXXV, nº 104, p. 109-126. out/dez 1996.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Originalidade em crise*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018
- BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época da sua reprodutibilidade técnica*. In: ADORNO et al. Teoria da Cultura de Massa. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. São Paulo. Paz e Terra, 2000.
- BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven. Yale University Press. 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva Jur - 8ª edição. 2014.
- DAINTITH, John e WRIGHT, Edmund. *Dictionary of Computing*. 6ª ed. Oxford University Press. 2008
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010
- GRAU, Eros Roberto. *Direito e Música*. O Globo. Rio de Janeiro, p. CAB15, 13 de maio de 2014.
- JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro. Ed. Zahar. 24ª edição.
- LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. Nova Iorque. The Penguin Press. 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Editora Atlas -3ª ed. São Paulo. 2008.
- MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2002.
- SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Execução Pública Musical na Internet: Rádios e TVs Virtuais*. Rio de Janeiro. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual nº 103. Nov/Dez 2009.
- SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.
- SUNDER Madhavi e CHANDER Anupam. *Everyone's a Superhero: A Cultural Theory of "Mary Sue" Fan Fiction as Fair Use*. California Law Review, Vol. 95. 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *Os autores e a internet*. Rio de Janeiro. O Globo, Opinião. Junho/2015.
- WACHOWICZ, Marcos. *Direito autoral, recursos educacionais e licenciamentos criativos: acesso à cultura, ao conhecimento e à educação*. Em Aberto, Brasília, v. 28, n. 94. Jul/Dez 2015.
- VAIDHYANATAN, Siva. *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*. Los Angeles. University of California Press. 2011.

Referências extraídas da internet

- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. O STJ e o streaming. Disponível em <<https://www.jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017?amp=1>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.
- Creative Commons. About our Licenses. Disponível em:<https://creativecommons.org/licenses/> Acesso em 19 de janeiro de 2021.
- DUBNER, Stephen J. How Spotify Save the Music Industry (But Not Necessarily Musicians). Disponível em <<https://gen.medium.com/how-spotify-saved-the-music-industry-but-not-necessarily-musicians-473f01e37136#:~:text=Spotify%2C%20he%20says%2C%20changed%20all,who%20can%20make%20a%20living.&text=%E2%80%9CAnd%20because%20of%20that%2C%20you,then%20grows%20the%20music%20industry.%E2%80%9D>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.
- LEMLEY, Mark A. Faith-Based Intellectual Property. 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2587297>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

RIP! Um Manifesto do Remix. Direção: Brett Gaylor, Produção: Daniel Cross, Mila Aung Thwin, Ravida Din, Sally Bochner. Canadá, 2008. 80 min.

Termos de Serviço do YouTube. Disponível em <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

YU, Peter K. *What Apple's new music streaming service will mean for underpaid songwriters*. The Conversation. Junho, 2015. Disponível em < <https://theconversation.com/what-apples-new-music-streaming-service-will-mean-for-underpaid-songwriters-42230>>. Acesso em 19 de janeiro de 2021.

_____. *Netflix's VPN ban proves we need to develop a global, legal digital marketplace*. Quartz. Fevereiro, 2016. Disponível em <<http://qz.com/607572/netflixs-vpn-ban-proves-we-need-to-develop-a-global-legal-digital-marketplace/>>. Acessado em 19 de janeiro de 2021.

Referências pretorianas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. REsp nº 1.559.264 – RJ (2013/0265464-7). 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Seção, Ministra Nefi Cordeiro, Recurso Repetitivo, Recurso Especial nº 1.524.450/RJ, DJ. 29.10.2015

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: NETO, Bernardo Moreira Garcez. Apelação Cível nº 0386089-33.2009.8.19.0001.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. Embargos Infringentes nº 0174958- 45.2009.8.19.0001

_____. Súmula 193 do Superior Tribunal de Justiça de 25 de junho de 1997.

A GOVERNANÇA GLOBAL EM TEMPOS DE ESTATALIDADE PÓS-CORONAVÍRUS

*Guilherme Sandoval Góes*¹

*Cleyson de Moraes Mello*²

Resumo: O presente trabalho acadêmico tem a pretensão de analisar o sistema de governança global que surgirá na era pós-coronavírus. Sua base epistemológica é a investigação de duas grandes tendências que já se apresentam no horizonte científico, quais sejam: a retomada da governança global neoliberal regida por uma ordem mundial unipolar e a implantação de uma nova governança global cosmopolita capitaneada por uma ordem geopolítica multipolar.

Palavras-chave: Governança global neoliberal. Governança global cosmopolita. Estatalidade pós-coronavírus. Ordem metaconstitucional de direitos humanos.

Abstract: The present academic work intends to analyze the global governance system that will emerge in the post-coronavirus era. Its epistemological basis is the investigation of two major trends that are already present in the scientific horizon, namely: the resumption of neoliberal global governance governed by a unipolar world order and the implantation of a new cosmopolitan global governance ruled by a multipolar geopolitical order.

Keywords: Neoliberal global governance. Cosmopolitan global governance. Post-coronavirus state. Metaconstitutional order of human rights.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Diplomado pelo “Naval War College” dos Estados Unidos da América (Newport-Rhode Island). Membro do Fórum Permanente de Direitos Humanos e Professor de Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor de Geopolítica e de Direito da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-doutor em Geopolítica, Cultura e Direito pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

² Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Doutorado em Teoria do Direito. Professor do PPGD da UERJ / UVA; Coordenador do curso de direito do UniFAA.

INTRODUÇÃO TEMÁTICA

O presente artigo tem por objetivo investigar a reconfiguração jurídico-democrática da governança global decorrente não apenas da crise mundial do coronavírus, mas também do jogo geopolítico entre potências globais.³

É nesse diapasão, portanto, que o conceito de governança global é aqui vislumbrado como o conjunto de redes complexas não hierarquizadas do sistema internacional, envolvendo Estados soberanos, organismos internacionais, empresas multinacionais, grupo de países e organizações não governamentais, cuja interação vem passando por transformações paradigmáticas nesses tempos de Covid-19, seja pela desaceleração do ciclo neoliberal de dinâmica globalizante, seja pela disputa renhida pela liderança global entre os Estados Unidos da América (EUA) e a China.

Em linhas gerais, pretende-se demonstrar que o sistema de governança global, decorrente da pandemia do novo coronavírus, ainda se encontra em construção, mas, já projeta um cenário paradigmático na história da humanidade, na medida em que apresenta um modelo de governabilidade mundial paradoxal de per si.

Ou seja, de um lado, despontou uma governança global incapaz de criar mecanismos multilaterais eficazes de superação da crise sanitária em escala planetária, predominando a visão maquiavélico-hobbesiana da guerra de todos contra todos, na qual cada Estado buscou egoisticamente a obtenção de meios de proteção da sua própria população, com bloqueios de respiradores, equipamentos de proteção individual e outros recursos essenciais à saúde. No entanto, por outro lado, surgiu, também, um modelo de cooperação internacional de inspiração kantiano-cosmopolita, no qual diversas redes internacionais foram articuladas dentro de uma árvore de decisão hierarquizada e multilateral, focada na busca do bem comum, como, por exemplo, a iniciativa da União Europeia, cuja geometria de cooperação, pela primeira vez na sua história, assumiu um plano de dívida conjunta no valor de 750 bilhões de euros, com a finalidade de mitigar os estragos da pandemia em todo o continente.

³ Em linhas gerais, esse trabalho acadêmico foi desenvolvido dentro de estágio pós-doutoral do Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeronáuticas da Universidade da Força Aérea (PPGCA), que investigou os diálogos epistemológicos existentes entre a geopolítica, a cultura e o direito, bem como de debates realizados na disciplina “Geopolítica Clássica e Contemporânea” do Programa de Mestrado em Segurança Internacional e Defesa da Escola Superior de Guerra (PPGSID).

Observe, com atenção, que essa louvável iniciativa de dívida compartilhada da União Europeia se acoplou diretamente ao projeto epistemológico cosmopolita da Organização Mundial da Saúde (OMS), no sentido de criar redes globais de cooperação científica com o fito de descobrir a vacina contra o novo coronavírus, beneficiando toda a humanidade e o que é mais significativo: sem vínculos às questões ligadas a patentes e propriedade intelectual.

De tudo se vê, por conseguinte, que o mundo pós-coronavírus possui duas faces diametralmente opostas, na medida em que projeta cenários geopolíticos e ciclos constitucionais que se contrapõem entre si.

Isto significa dizer que, no campo da geopolítica, o mundo pós-Covid-19, tanto pode gerar uma governança global hobbesiana, regida pelo fio desencapado de alta tensão entre megapotências (EUA e China), quanto pode implementar uma governança global kantiana, capitaneada por diferentes polos de poder mundial a partir de novas estruturas multilaterais não mais controladas por uma única superpotência dominante.

Já no campo constitucional, o mundo pós-coronavírus se depara com duas grandes tendências que colocam, de um lado, a retomada do Estado Neoliberal de Direito e, do outro, a consolidação do Estado Cosmopolita de Direito.

Assim sendo, com a devida acuidade acadêmica, o leitor haverá de perceber que a análise do sistema de governança global pós-Covid-19 não é tarefa fácil, uma vez que exige estudos complexos a partir de um mosaico epistemologicamente multinucleado,⁴ cuja abordagem percorre desde a tensão geopolítica entre os EUA e a China até a fricção jurídica entre Estado Liberal e *Welfare State*, perpassando antes pela evolução da proteção internacional dos direitos humanos.

Eis aqui o núcleo fundante desse trabalho científico, qual seja identificar o estado da arte do sistema de governança global pós-Covid-19, cuja dinâmica se encontra entre dois grandes eixos epistemológicos, a saber: a retomada da globalização neoliberal orquestrada pela estatalidade mínima e a globalização cosmopolita administrada pela estatalidade welfarista.

⁴ Realmente, para realizar exame percuente das características e tendências da governança global pós-coronavírus, é necessário estabelecer diálogos epistemológicos pouco visíveis e que interligam diversos ramos da ciência, tais como, dentre outros, o direito, a geopolítica, as relações internacionais, a filosofia, a economia, a teoria geral do estado e a ciência política.

1. CRÍTICA E CRISE DA GOVERNANÇA GLOBAL NEOLIBERAL

A presente segmentação temática tem o objetivo de examinar as bases teóricas que informam a governança global neoliberal, cujas origens remontam ao fim da Guerra Fria, em 1989. Portanto, a ideia central aqui é demonstrar que o assim chamado globalismo liberal gira em torno do jogo geopolítico combinado entre a tríade capitalista (EUA, União Europeia e Japão) e os organismos internacionais por ela controlados (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio).

Isto significa dizer que o sistema de governança global pós-1989 passou a ser capitaneado pelo projeto hegemônico de *pax americana*, no qual a única superpotência remanescente do planeta ficaria encarregada de patrocinar a aceleração do processo de globalização da economia, ao mesmo tempo em que garantiria a paz mundial.

É nesse sentido que Vicente de Paulo Barreto associa o termo “globalização” ao projeto hegemônico de poder da *pax americana*:

O termo “globalização” foi, também, associado a um projeto sociopolítico, a *Pax Americana*, que após a queda do Muro de Berlim, foi considerado como hegemônico. O projeto, tanto para alguns teóricos, como na prática das relações financeiras, passou a ser considerado como qualitativamente superior aos demais modelos de regimes políticos, econômicos e sociais, encontrados nas diferentes nações do planeta.⁵

Dessarte, com a necessária agudeza de espírito, observe que o sistema de governança global do mundo americano (*pax americana*) projeta, a um só tempo, a imagem de um só mundo sem guerras e de uma só ideologia dominante a democracia liberal, tal qual preconizado pela célebre tese do *Fim da História* de Francis Fukuyama.⁶

De fato, a ideia de fim da História traz ínsita um novo arquétipo de governança global, uma nova mundialidade sem conflitos intercivilizacionais e de cooperação internacional benigna para toda a humanidade, caracterizando a democracia liberal como forma final e definitiva de governo humano.⁷

⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215-216.

⁶ FUKUYAMA, Francis. *O fim da história*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

⁷ Com isso, a governança global neoliberal passou a ser instrumentalizada pela redução jurídica do Estado,

No entanto, a pandemia da Covid-19 comprovou, em pouquíssimo espaço de tempo, a inadequabilidade do sistema global neoliberal,⁸ que é também pós-welfarista e pós-westphaliana, na medida em que representa, a um só tempo, a desconstrução do Estado Democrático Social de Direito (daí a ideia de estatalidade pós-welfarista), bem como de relativização do conceito de soberania do modelo westfaliano de Estado (daí a ideia de estatalidade pós-westphaliana).

É claro que o sistema de governança neoliberal e a *pax americana* se mesclam de tal sorte que acabam se projetando sobre a formulação de políticas públicas dos países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil; o que logicamente obriga o estudioso do direito e das relações internacionais a compreender o globalismo liberalizante e seus impactos na ordem jurídica interna.⁹

É nesse diapasão que Giovanni Olsson e Eduardo Baldissera destacam que:

Na teoria política clássica, governo e governança sempre foram conceitos correlatos, como duas faces de uma mesma moeda. O conjunto de instituições com a estrutura de pessoal e material (governo) era quem exercia o poder político na consecução de atividades (governança). Não havia governo que não exercesse governança, e não havia governança que não fosse exercida por um governo. (...) James Rosenau já observava que ambos os conceitos, embora diferentes, estavam imbricados por uma circunstância em comum, que é o fato de serem “sistemas de regras” (ROSENAU, 2002, p. 72),¹⁰ voltadas para a estrutura (no governo) ou voltadas para a sua função social ou processo social (na governança).¹¹

núcleo fundante da estatalidade mínima, da abertura mundial do comércio e da desconstrução dos direitos sociais de segunda dimensão. Aliás, foi nessa toada de desconstrução de direitos sociais, que a dinâmica do sistema global neoliberal logo evidenciou sua incapacidade para lidar com a pandemia do coronavírus e sua crise sanitária de curso universal.

⁸ Como bem destaca Luís Roberto Barroso: “Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre a luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas*. Organizador Luís Roberto Barroso. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

⁹ Urge, pois, ao estrategista brasileiro, entender as consequências geopolíticas da redução jurídica do Estado, bem como, urge ao jurista pátrio, identificar os impactos jurídicos decorrentes da geopolítica unipolar da *pax americana*. Dessarte, as vantagens e as desvantagens geopolíticas que decorrem da desregulamentação jurídica do comércio mundial serão examinadas, possibilitando a formulação de políticas públicas de desenvolvimento nacional e de redução das desigualdades sociais e regionais, nos termos fixados pela Constituição de 1988.

¹⁰ ROSENAU, James N. Governance in a new global order. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (Eds.). *Governing globalization: power, authority and global governance*. Oxford: Polity, 2002. p.72.

¹¹ OLSSON, Giovanni; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho. A reconfiguração do poder e a governança

De tudo se vê, pois, que a governança global neoliberal aposta na redução jurídica do Estado, na abertura mundial de novos mercados, na desregulamentação da economia, na proteção de patentes, na neutralização axiológica do constitucionalismo dirigente, na desconstrução dos direitos sociais de segunda dimensão, no fenômeno da desterritorialização, na primazia da livre iniciativa, na sacralização da autonomia privada, na inexistência de proteção de hipossuficientes, no arquétipo de estatalidade mínima, na relativização do conceito westfaliano de soberania etc.¹²

Com tais características, o sistema de governança global neoliberal mostrou-se incompatível com o sentimento de solidariedade social exigido pela crise do coronavírus, tanto sob seu aspecto absenteísta de estatalidade mínima, quanto sob seu ponto de vista negador de direitos sociais, notadamente do direito à saúde.

Com rigor, antes mesmo da pandemia, as promessas do fim da História de Fukuyama, de uma nova era de prosperidade mundial, patrocinada pela democracia liberal, não se concretizaram, ao revés, tal cosmovisão serviu apenas para potencializar desigualdades sociais e miséria humana nos países de modernidade tardia do Sul Global, que receberam acriticamente tais regras liberais de governança global.

Nesse sentido, é melancólico constatar, com Norberto Bobbio,¹³ que o parlamento de países pobres já não atua mais como poder autônomo, mas, sim, como mera câmara de ressonância de decisões estrangeiras, notadamente das nações líderes da globalização da economia. Diferente dessa toada acadêmica acrítica dos países de modernidade tardia, vale destacar, agora na companhia de

global com e sem governo: um olhar sobre os novos atores. In: *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, jul/dez. 2015, p. 25.

¹² Nesse sentido, Paulo Bonavides, com precisão acadêmica, mostra que: “O fato novo e surpreendente do modelo de globalização em curso é que ele não opera nas relações internacionais com valores e princípios; sua ideologia, aparentemente, é não ter ideologia, posto que esteja a mesma subjacente, oculta e invisível no monstruoso fenômeno de poder e subjugação, que é a maneira como a sociedade fechada e incógnita das minorias privilegiadas, dos concentradores de capitais, faz a guerra de escravização, conquistando mercados, sem disparar um só tiro de canhão e sem espargir uma única gota de sangue. Desferem, simplesmente, a pretexto de reformar, modernizar e globalizar a economia, os sinistros golpes de Estado institucionais, tendo para tanto por instrumentos e executores os governos títeres da “ditadura constitucional” de que ora estamos sendo vítimas neste País”. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 6-7.

¹³ Para Norberto Bobbio, o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar. Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 159.

Joshua Kjerulf Dubrow, o refreamento de países mais desenvolvidos em relação à governança global democrática:

O presente artigo, assim como a presente edição de *Sociologias*, foi inicialmente inspirado por dois eventos durante o Congresso Mundial da ISA -International Sociological Association, em Gotemburgo, na Suécia (2010). O primeiro evento inspirador foi uma fala do conferencista da Primeira Sessão Presidencial, Yuan-Tseh Lee, de Taiwan, vencedor de um Prêmio Nobel. (...) Parafrazeando Lee: os cientistas vão a congressos, prometem colaboração internacional e, depois, voltam para casa. Em casa, o governo pergunta, “Essa colaboração internacional aprimorará a competitividade nacional no mercado global?”; ou a União Europeia pergunta, “Isso trará vantagens à UE?” Se o cientista responder “não”, os governos não demonstrarão entusiasmo.¹⁴

Em tempos de crise da Covid-19, é aconselhável que se priorize a universalização do direito à saúde e a realização da dignidade do gênero humano em dimensão planetária. Com efeito, há que se reconhecer que, felizmente, durante a crise da pandemia mundial, na grande maioria dos Estados nacionais, o caminho para a governança global democrática se afastou do curso neoliberal ao retomar o arquétipo constitucional welfarista do Estado Democrático Social de Direito e sua preocupação com os hipossuficientes. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

Os direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada.¹⁵

É por isso que a próxima segmentação temática pretende investigar as transformações paradigmáticas da **ordem metaconstitucional de direitos humanos**, na qual a questão da eficácia positiva ou simétrica dos direitos humanos transcende as fronteiras dos Estados nacionais soberana, para alcançar dimensão cosmopolita de inspiração kantiana.

¹⁴ DUBROW, Joshua Kjerulf. Governança global democrática, desigualdade política e a hipótese da resistência nacionalista. Tradução de Liana V. Fernandes. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan./abr. 2013, p. 95 e 100.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 98.

2. DESAFIOS DA GOVERNANÇA GLOBAL COSMOPOLITA.

Impende iniciar esta segmentação temática destacando desde logo que a ideia de governança global cosmopolita não pressupõe a desconstrução das bases teóricas do constitucionalismo liberal garantista, da mesma forma que também não é incompatível com o constitucionalismo social welfarista.

Isto significa dizer apenas que tanto o constitucionalismo liberal garantista quanto o constitucionalismo social welfarista circunscreveram uma era histórica que se mostrou inapta para garantir direitos cosmopolitas de curso universal, que transcendem as fronteiras soberanas do Estado nacional. É nesse diapasão, portanto, que a era pós-coronavírus impõe a releitura do Estado Democrático de Direito a partir de dimensão metaconstitucional, que se projeta na direção da realização da dignidade do gênero humano, independentemente do local onde se encontre no planeta Terra.

Com a devida sensibilidade acadêmica, o leitor haverá de compreender que a governança global cosmopolita desloca para o epicentro do constitucionalismo da era pós-Covid-19 a sacralização da proteção internacional dos direitos humanos, que somente pode ser viabilizada pelo metaconstitucionalismo de inspiração kantiana.

Ou seja, resta indubitável que a teoria pós-pandemia mundial dos direitos humanos não pode deixar de caminhar no sentido de consolidar o sistema metaconstitucional de governança global, no qual predomina a globalização cosmopolita e, na sua esteira, a universalização kantiana dos direitos humanos como meio de realização de vida digna para todo e qualquer ser humano na face da Terra.

Espera-se dessarte que o novo coronavírus possa produzir mudanças constitucionais que visem à mitigação do lamentável quadro de miséria humana das periferias dos países de modernidade tardia do Sul Global. Infelizmente essa é a compilação que se faz do quadro constitucional de proteção de direitos humanos dos países pobres, daí a relevância do projeto epistemológico metaconstitucional, calcado na ideia kantiana de sociedade democrática universal de cidadania cosmopolita.

Como bem destacam Gary Slapper e David Kelly, *verbis*: "A noção de que a função principal dos direitos humanos e certamente do Estado de Direito é proteger os

fracos dos fortes não é mera sentimentalidade. É o produto de uma era da história em que a igualdade de tratamento e oportunidade tem sido compreendida".¹⁶

Assim, há que se reconhecer que o cenário pós-Covid-19 necessita urgentemente da consolidação da Constituição Cosmopolita, como estágio mais avançado da fase metaconstitucional de proteção dos direitos humanos, cuja dinâmica jurídica projeta a supremacia do Direito Internacional Público (DIP) sobre o Direito Interno dos Estados. Como já dito alhures, mas, repita-se por fundamental, o Estado Metaconstitucional de Direito da era pós-Covid-19 não se confunde nem com o Estado Liberal de Direito e nem com o Estado Democrático Social de Direito da era pré-Covid-19.¹⁷

Nessa mesma toada científica, a visão de Claudio Corradetti quando destaca que:

a ideia de uma constituição cosmopolita reflete um processo histórico de constitucionalização progressiva do direito internacional, a partir da adoção de uma "constituição civil" doméstica e depois convergindo para um arranjo constitucional transnacional incipiente (*phoedus pacificum*). (...) Considero, então, que o construtivismo jurídico de Kant responde à questão geral de como justificar o direito cosmopolita a partir de um método processual para a justificação de um sistema público de direitos.¹⁸

Em consequência, pode-se afirmar que o sistema de governança pós-pandemia mundial caminha entre duas grandes perspectivas que se contrapõem entre si, quais sejam, de um lado, a retomada da globalização neoliberal liderada por uma potência hegemônica, seja a China ou os EUA, nos mesmos moldes da era pré-Covid-19 e, do outro, a consolidação da globalização cosmopolita capitaneada por uma ordem mundial multipolar, caracterizando assim a verdadeira inovação da era pós-Covid-19.¹⁹

¹⁶ SLAPPER, Gary. KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33.

¹⁷ Com efeito, em tempos de reconstrução democrática pós-coronavírus, um dos grandes desafios da governança global cosmopolita é engendrar um novo arcabouço estrutural de inspiração kantiana (Constituição Cosmopolita), que se põe em busca de garantir vida digna e acesso universal à saúde para todos os seres humanos do planeta, uma vez que simbolizam direitos inatos da humanidade, posicionados acima das próprias vontades constitucionais soberanas de Estados nacionais.

¹⁸ CORRADETTI, Claudio; SARTOR Giovanni. Global constitutionalism without global democracy (?). Badiá Fiesolana: Italy, European University Institute, EUI Working Paper LAW 2016/21, 2016, p.4.

¹⁹ É nesse sentido que o estudioso dos direitos humanos, independentemente de ser constitucionalista ou internacionalista, deve compreender o encontro epistemológico entre o poder hegemônico dos países desenvolvidos e o metaconstitucionalismo cosmopolita associado aos sistemas universais e regionais de direitos humanos. Enfim, urge construir um novo arquétipo que possa reaproximar a ética e o direito na realização da vida digna para todos os seres humanos do planeta, independentemente da influência da geopolítica mundial de poder, atribuindo-se força normativa ao direito cosmopolítico kantiano de curso universal.

Com tal tipo de intelecção em mente, fica mais fácil compreender os impactos da geopolítica mundial pós-coronavírus sobre a governança global cosmopolita, caracterizada pela implantação da ordem metaconstitucional de direitos humanos.

CONCLUSÃO

Esse artigo procurou analisar as tendências do sistema de governança global que poderá surgir na era pós-coronavírus. Para tanto, examinou as bases teóricas que informam uma possível transição de um sistema global de governança neoliberal para um sistema de governança cosmopolita.

Com efeito, o presente trabalho acadêmico esforçou-se por demonstrar que o sistema mundial pós-Covid-19 tanto pode evoluir para o resgate da vetusta globalização neoliberal, regida pelo poder hegemônico vencedor da luta renhida entre China e Estados Unidos, quanto pode evoluir para uma inédita globalização cosmopolita, regida por uma ordem geopolítica multipolar, na qual diferentes polos de poder global irão garantir a valorização das normas protetivas de direitos humanos.

Em consequência, se o sistema de governança neoliberal prevalecer no mundo pós-coronavírus, já se pode diagnosticar sua conhecida instrumentalização a partir de um plexo de conceitos, que se imbricam de tal modo que acabam desaguando na retomada de uma ordem geopolítica unipolar, na vitória da democracia liberal em detrimento da social democracia, no triunfo do capitalismo financeiro, na neutralização axiológica da Constituição Dirigente, na abertura mundial do comércio sem obstáculos estatais protecionistas, na desconstrução dos direitos sociais, na primazia da livre iniciativa e da autonomia privada, na inexistência de proteção de hipossuficientes, na redução jurídica do Estado, no arquétipo de estatalidade mínima e na relativização do conceito westphaliano de soberania.

De outra banda, se a governança global cosmopolita preponderar na era pós-Covid-19, despontará um novo ciclo democrático de metaconstitucionalização de direitos humanos, edificado sobre a égide de um verdadeiro Estado Universal de Direito, de iluminação kantiana, cujo eixo dominante será a proteção dos direitos humanos em escala planetária. Assim sendo, na linha epistêmico-

conceitual do mundo pós-coronavírus, o Estado Metaconstitucional de Direito ganha relevância transcendental, na medida em que a ética e o direito irão se encontrar na realização de vida digna para todos os habitantes da face da Terra, independentemente da sua nacionalidade ou do catálogo jusfundamental do seu Estado de origem.

Isto significa dizer que a força normativa do direito cosmopolítico kantiano não dimana de normas feitas internamente por Estados soberanos, mas, sim, das normas metaconstitucionais cosmopolitas de curso universal. Certamente a ordem metaconstitucional dos direitos humanos simboliza o mais avançado grau de governança global de cunho multicultural, podendo-se mesmo afirmar que sua implementação depende diretamente da consolidação de uma ordem geopolítica multipolar, sem predominância cêntrica de poderes hegemônicos.

Em conclusão, defende-se aqui a ideia de que, pela primeira vez na História da Humanidade, a ordem mundial pós-coronavírus poderá ser geopoliticamente multipolar, juridicamente metaconstitucional e culturalmente multicivilizacional.

REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas*. Organizador Luís Roberto Barroso. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial. A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional*. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CORRADETTI, Claudio; SARTOR Giovanni. *Global constitutionalism without global democracy (?)*. Badia Fiesolana, Italy: European University Institute, EUI Working Paper LAW 2016/21, 2016.
- DUBROW, Joshua Kjerulf. Governança global democrática, desigualdade política e a hipótese da resistência nacionalista. Tradução de Liana V. Fernandes. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan./abr. 2013, p. 94-110. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/>

v15n32/05.pdf. Acesso 23 mai 2019.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: BIBLIX, 1998, p. 19-21.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989.

OLSSON, Giovanni; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho. A reconfiguração do poder e a governança global com e sem governo: um olhar sobre os novos atores. In: *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p.18-35, jul/dez. 2015, e-ISSN: 2525-9652. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/668>. Acesso em 23 mai 2019.

ROSENAU, James N. Governance in a new global order. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (Eds.). *Governing globalization: power, authority and global governance*. Oxford: Polity, 2002. p.70-86.

SLAPPER, Gary. KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

UMA VISÃO SOCIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Horácio Monteschio¹

Valéria Juliana Tortato Monteschio²

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de ampliar as discussões acerca da produção do direito constitucional brasileiro para além do fortalecimento do Supremo Tribunal Federal e mudança de papel político da Corte. Elementos como a delimitação dos autores que se tornaram referências, a distância entre teorias e realidade social, a expansão dos programas de pós-graduação em Direito e o aumento da circulação de ideias que envolvam matérias constitucionais, além das relações entre professores/pesquisadores e juristas, são incorporados à discussão como movimentos capazes de influenciar a construção do direito constitucional brasileiro. Da breve análise de tais movimentos, a disputa pelo conhecimento no campo jurídico e o processo de constitucionalização do debate político tornam-se elementos centrais à compreensão do direito constitucional brasileiro enquanto categoria autônoma no discurso jurídico.

Palavras-chave: Direito constitucional brasileiro; academia; prática jurídica; disputas; e conhecimento jurídico.

¹ Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Pós Doutor pelo UNICURITIBA. Doutor em Direito pela FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade pela UNICESUMAR. Professor de direito processual no curso de Graduação e Mestrado da Universidade Paranaense. UNIPAR. Professo de Direito processual Civil na Graduação UNICESUMAR. h.monteschio@uol.com.br

² Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Graduada em Pedagogia, Mestre em Políticas Públicas da Educação, especialista em Gestão Educacional, professora nas Faculdades OPET e FAEL, autora da obra *Direito da Criança e do Adolescente*, advogada. vatortato@yahoo.com.br

A SOCIAL VISION OF BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW

Abstract: This paper aims of increasing the discussions about the production of Brazilian constitutional law, besides the argument of the Brazilian Supreme Court strengthening and changing political role it. Elements as (i) the delimitation of the authors who have become references, (ii) the distance between theory and social reality, (iii) the expansion of graduate studies programs in law, increasing the circulation of ideas involving constitutional law, in addition (iv) the relationship between teachers/researchers and jurists, are incorporated into the discussion as movements can influence the construction of the Brazilian constitutional law. The brief analysis of the mentioned movements, the competition for knowledge in the juridical field and the transformation of the political discussion in juridical and constitutional become important elements to the understanding of Brazilian constitutional law as an independent category in juridical discourse.

Keywords: Brazilian constitutional law; academy; work of jurists; competitions; and legal knowledge.

INTRODUÇÃO

Não é incomum autores de direito constitucional, ou áreas próximas, argumentarem no sentido da inexistência de uma metodologia própria ao estudo do direito constitucional, embora seja uma categoria que tem crescido tanto em número quanto em importância no discurso jurídico.

No direito norte-americano, por exemplo, Bruce Ackerman ao escrever *We the people*,³ em seus três volumes, apresenta um método específico ao estudo do direito constitucional norte-americano: a partir da história política do país, o autor vem traçando a forma como o país foi construindo e consolidando esta categoria até torná-la fundamental também na compreensão do discurso jurídico local.

Cabe ressaltar que outros métodos de mesmo poder explicativo não estão descartados, mas, nos Estados Unidos, a história política do país é capaz de explicar diversos fenômenos, como o suposto nascimento do controle de constitucionalidade a partir de uma briga política na sucessão presidencial de John Adams a Thomas Jefferson, conhecido também pelo leading case *Marbury vs. Madison*.

³ ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. V. 1, Harvard: 1993.

ACKERMAN, Bruce. *We the people: Transformations*. V. 2, Harvard: 2000.

ACKERMAN, Bruce. *We the people: The civil rights revolution*. V. 3, Harvard: 2014.

De outro lado, no Brasil, “o direito constitucional ganhou maior evidência no campo jurídico nacional”, para usar uma expressão de Pierre Bourdieu⁴, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Na hipótese, importantes mudanças como o aumento da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar demandas jurídicas, a ampliação do acesso à jurisdição constitucional, a criação de mecanismos de proteção aos direitos fundamentais ante a inércia do Poder Legislativo – mandado de injunção, dentre outras medidas, ampliaram as discussões jurídicas em relação às mudanças no direito constitucional.

Essas significativas mudanças atribuíram ao direito constitucional brasileiro uma maior visibilidade, e não como peça auxiliar, em relação a outras áreas jurídicas, como o direito civil, por exemplo: o que permite alguns autores brasileiros a defesa de ocorrência de um constitucionalismo brasileiro somente, ou principalmente, a partir da Constituição de 1988.

Esse movimento de expansão do direito constitucional brasileiro pós-88 defendido, por exemplo, por autores como Luis Roberto Barroso⁵ e Daniel Sarmiento⁶, impactou também no aumento da discussão pública a partir da constitucionalização de debates políticos. Isto é, juristas utilizam cada vez mais argumentos fundamentados em normas constitucionais para adentrar ao campo político com a segurança de uma “imparcialidade aparente” por se utilizar de argumentos jurídico-constitucionais.

Diante do cenário acima descrito, compreender a forma como o direito constitucional se tornou uma categoria fundamental à explicação do discurso jurídico brasileiro tornou-se um desafio principalmente entre juristas e acadêmicos. O objeto de análise capaz de unir estes diferentes grupos é o Supremo Tribunal Federal, órgão que vem ganhando cada vez mais notoriedade no cenário jurídico nacional, principalmente após a transmissão ao vivo de suas sessões de julgamento.

O Supremo Tribunal Federal vem a fundamentar a investigação no seguinte sentido: de um lado, os integrantes de carreiras jurídicas tradicionais (advogados,

⁴ BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista Diálogo Jurídico, Salvador/BA, ano 1, v. 1, n.º 6, set., 2001.

⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Ande Luis Fernandes et al. As novas faces do ativismo judicial: Salvador: Juspoddivm, 2011.

representantes do Ministério Público, juízes, defensores públicos, dentre outros), que buscam um prognóstico das decisões judiciais a fim de preencher um interesse específico; e de outro, professores e pesquisadores que, por meio da investigação tanto por meio da análise de decisões judiciais, análise comportamental, ou ainda pelo estabelecimento de diálogos interdisciplinares como a realização de pesquisas empíricas, buscam compreender o funcionamento do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se a presença de outro elemento que é também responsável por aproximar seus interesses: a compreensão do funcionamento do Supremo Tribunal Federal e a partir principalmente da investigação de como os seus ministros decidem.

Neste sentido, a pergunta central deste texto é: Uma variação de pensamentos, objeto de pesquisa e conclusões científicas as quais juristas, professores e pesquisadores buscam uma resposta em face de um problema similar. Se pergunta, por que não se unem em prol de um mesmo objetivo?

A resposta que se propõe é que diante da precariedade de uma metodologia específica à compreensão de como o direito constitucional se tornou uma categoria explicativa do discurso jurídico nacional, a disputa entre juristas, professores e pesquisadores pelo “o que é dito” e “como é dito” contribui também à construção, consolidação e, principalmente, compreensão do direito constitucional enquanto categoria autônoma de estudo no discurso jurídico brasileiro.

Nesta linha de reflexão, além de contribuir à construção do argumento mencionado acima, cabe analisar as teorias surgidas possivelmente nos sistemas jurídico norte-americano e alemão, e a importação e aplicação de estudos e pesquisas à realidade social brasileira sem a devida adequação ou análise mais profunda. Ademais, com o aumento dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em direito no Brasil, ao que se percebe primou mais pela quantidade do que pela qualidade na pesquisa.

1. A NECESSIDADE DE UMA REFLEXÃO SOBRE A “IMPORTAÇÃO” DE TEORIAS ESTRANGEIRAS E A SUA APLICABILIDADE À REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

No Brasil, as teorias constitucionais começam a ganhar força a partir do século XX o que pode ser notado a partir das publicações nacionais existentes

sobre temas de direito constitucional (como o controle de constitucionalidade com Rui Barbosa, por exemplo). E os autores que escreviam sobre o direito constitucional brasileiro, por ser um tema muito incipiente ainda à época, o faziam estabelecendo relações com a teoria do Estado.

Esse processo pode ser notado por meio da leitura dos textos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O autor realizou em sua tese de doutorado um estudo comparado do estatuto constitucional dos partidos políticos no Brasil, Itália, França e Alemanha. O contato com o Direito Constitucional francês e alemão foi determinante em sua trajetória acadêmica, permitindo uma formação que abrangesse duas distintas Escolas de Direito Público: França e Alemanha.

No ano de 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho publica um dos estudos mais aprofundados sobre o direito constitucional brasileiro à época, intitulada “Curso de Direito Constitucional”⁷ e, em seguida, torna-se professor titular da Universidade de São Paulo, difundindo a sua experiência internacional e conhecimentos adquiridos voltados para uma específica do saber: o direito constitucional.

Cabe lembrar que nesse período histórico havia a preponderância do Direito Civil, ou seja, dentro de um período de pouco aprofundamento do direito constitucional no Brasil, as teorias estrangeiras se incorporam aos nossos estudos. As reflexões até aqui sugeridas podem influenciar na elaboração de teses e argumentos jurídicos, que se incorporam não apenas em seus estudos, mas também em posicionamentos de ministros da Suprema Corte, no ensino do Direito e, sobretudo, ao que alguns autores chamam de raciocínio jurídico.

Nesse sentido, é no mínimo questionável a remissão à origem de quaisquer teses e argumentos tipicamente constitucionais aplicados ao direito brasileiro. Exemplo: quando diante de um caso de difícil resolução não é improvável que surja a necessidade de consulta a textos jurídicos que contribuam ao seu esclarecimento.

Sob este raciocínio, suponhamos que, iniciado o processo de pesquisa, é encontrado um texto em espanhol que discute o mesmo assunto ou assunto conexo. Em seguida, é feita uma adequação da tese encontrada ao caso em análise. Entretanto, quem fez a pesquisa sequer se atentou ao fato de o livro em espanhol ser a tradução de uma publicação alemã. O caso é solucionado à luz da tese encontrada e passa a ser parâmetro de resolução para casos semelhantes, permitindo que a própria repetição de casos e teses semelhantes passe a ser incorporadas ao discurso nativo dos juristas.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo : Saraiva, 1967.

Destarte, está brevemente narrada a possibilidade de uma tese estrangeira alemã ser incorporada ao sistema jurídico brasileiro sem qualquer análise da viabilidade de sua adequação.

Apesar de o exemplo acima parecer exagerado, o principal eixo de análise é a incorporação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro sem análise de sua adequação em realidade social distinta. Sobre o tema, em palestra proferida no Brasil, o jurista alemão Claus Roxin apresentou surpresa com a utilização de sua teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal n.º 140 pelo STF, conhecida também como “mensalão”⁸. Segundo o jurista, a teoria do domínio do fato foi aprimorada em contexto completamente diverso. Ou seja, os sistemas jurídico norte-americano e alemão utilizados como exemplo nesse texto representam também modelos que exercem influência sobre um sistema jurídico ainda em formação, dada a jovialidade de algumas categorias que são fundamentais à sua compreensão, como o direito constitucional aqui discutido. E também por ser recente na história do Direito no Brasil, o direito constitucional deve sim sofrer influências de experiências internacionais que apresentam um sistema e discurso jurídico um pouco mais consolidado em comparação ao Brasil.

O presente tópico não se presta a tecer críticas à importação em si de teorias estrangeiras e sua aplicação ao direito brasileiro, mas à importação sem a devida acuidade e sem análise de adequação à realidade social aqui existente.

Apesar do espanto de Claus Roxin, ele não é o único, tampouco o primeiro, a identificar inadequações na aplicação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro. Para Francisco José de Oliveira Vianna, há a necessidade de se questionar a utilização de “modelos jurídicos que não refletissem a formação do Estado brasileiro, realizando um estudo sobre a realidade constitucional vigente, preocupando-se em verificar uma correspondência entre algumas instituições políticas e a estrutura social do país”⁹. Ao que se conclui pelas suas considerações o que se pretendia era diminuir o distanciamento percebido pelo autor entre as normas constitucionais, as teorias utilizadas com fins explicativos e a realidade política e constitucional brasileira.

O cenário acima nos atenta a importantes questões. A primeira refere-se à

⁸ <https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-actual-teoria-dominio-fato>, acesso em 10 de junho de 2020.

⁹ VIANNA, Francisco José de Oliveira. *O Idealismo da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1927.

influência de autores clássicos, assim qualificados em relação ao momento em que produziram suas obras e a frequência em que lhes são feitas referências, na construção dogmática do conhecimento jurídico. A segunda está diretamente relacionada à circulação e utilização das teses sem a devida reflexão, a exemplo do caso envolvendo o autor Claus Roxin.

Na época, a jurisprudência alemã ignorou a teoria de Roxin. Por sua vez, na Argentina, o processo contra a junta militar de Videla [Jorge Rafael Videla, presidente da Junta Militar que governou o país de 1976 a 1981] aplicou a teoria, considerando culpados os comandantes da junta pelo desaparecimento de pessoas. Está no estatuto do Tribunal Penal Internacional e no equivalente ao STJ alemão, que a adotou para julgar crimes na Alemanha Oriental. A Corte Suprema do Peru também usou a teoria para julgar Fujimori [presidente entre 1990 e 2000].

Somados a estes fatores, devemos considerar também os ministros que brasileiros que compõem o Supremo Tribunal Federal que apresentam determinados rótulos de justificações às suas decisões de modo a manipular conceitos jurídicos ou adotá-los em um contexto completamente diverso do qual ele foi ensaiado quando do seu surgimento.

Concluindo é possível afirmar que os dados construídos nos permitem questionar no Direito brasileiro a existência de uma metodologia própria à utilização de conceitos e institutos jurídicos? Em um caso difícil, por exemplo, não é incomum que um ministro do STF desenvolva argumentações a partir da importação de uma alternativa produzida em contexto diverso ao vivido pelo Estado brasileiro. Segundo Santos e Silva, “ministros do STF sequer observam a diferença entre o significado que a expressão ou instituto pode ter ganhado em seu contexto de surgimento e os usos e sentidos que lhe está concedendo em sua utilização”¹⁰. Em pesquisa recente feita a partir da leitura de todos os acórdãos no STF que faziam menção à expressão “mutação constitucional”, Carlos Victor Nascimento dos Santos identificou ao menos seis significados distintos à mesma expressão, o que corrobora a já discutida falta de rigor metodológico na utilização de conceitos jurídicos pelos juristas brasileiros.¹¹

¹⁰ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; SILVA, Gabriel Borges da. Para que copiar se podemos pesquisar? Uma breve análise acerca da importação de teorias e modelos constitucionais ao Direito brasileiro sem a análise prévia de sua realidade social. In: CONPEDI/UNICURITIBA. (Org.). Sociologia, antropologia e Culturas Jurídicas. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 10.

¹¹ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. STF e Mutação Constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões. Curitiba: Juruá, 2015. p. 104.

A circulação de ideias por meio das teses, interpretações e argumentações jurídicas, frutos do contraditório representado tanto nos tribunais quanto na academia, contribuem à sustentação dos chamados “argumentos de autoridade”, em detrimento da autoridade do argumento¹².

Fato relacionado à atividade prática do jurista, que se desenvolve com base em dogmas construídos em um processo legislativo e depois interpretados por autoridades do campo jurídico. Diante desse raciocínio, é possível inferir a existência de pesquisas no Direito que são produzidas a partir desses dogmas, que se consolidam por meio da jurisprudência e da produção de “manuais de Direito”.

Os livros utilizados na faculdade de Direito são chamados de Manuais. Os Manuais trazem a interpretação de determinado jurista sobre a lei que o manual abrange. Estes juristas são chamados de Doutrinadores. E aquilo que é produzido nos manuais é utilizado nas peças processuais, nas decisões do Poder Judiciário e nas pesquisas no campo do Direito. Estas geralmente discutem os posicionamentos dos doutrinadores, de modo a utilizá-los para confirmar ou comprovar determinado argumento jurídico.

A questão é que os manuais são releituras de uma autoridade jurídica a respeito de determinada lei. É um conhecimento técnico, que não gera consenso entre a própria técnica que esta posta. Não é incomum que os manuais discordem uns dos outros, trazendo “teses” opostas. Isto faz parte da lógica do tribunal e o jurista, quando parte de um processo judicial, utiliza esses doutrinadores de modo a confirmar um argumento que lhe é favorável. Porém, a faculdade de Direito internaliza essa lógica do tribunal. E as pesquisas muitas vezes são defesas de ponto de vistas, sem comprovação empírica, mas fundadas em dogmas, jurisprudências e/ou doutrinadores.”¹³

O jurista, então, reproduz e discute os dogmas e suas interpretações, estabelecendo uma disputa entre estas, de modo a identificar um argumento vencedor. Essa prática reflete o “contraditório” utilizado nos tribunais, marcado pela disputa de teses jurídicas, com o fito de convencer o julgador sobre qual argumento este deve escolher para aplicar ao caso em análise.

¹² KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ABCP, 7, 2010. Recife.

¹³ SILVA, Gabriel Borges da. Entre precariedades e os “direitos” que delas advém: uma etnografia do Mercado Popular da Uruguaiana. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Niterói: 2014. p. 30.

Por via de consequência, a tese vencedora não é necessariamente a melhor tese ou aquela que mais se aproxima da realidade a ser aplicada, mas aquela escolhida pelo julgador, com base no exercício de sua autoridade. E o exercício de tal autoridade não está restrito somente ao julgador, ao passo que no campo jurídico ela pode ser construída com base na deferência a determinado autor, não necessariamente pelos resultados obtidos em sua pesquisa, mas pelo status adquirido no campo jurídico.

Esse processo de concessão de legitimidade no campo do Direito de interpretação do dogma, sem que o intérprete assuma tal posição, permite a criação de autoridades. Como consequência, o pesquisador acaba por perder sua autoridade enquanto autor daquilo que escreve, pois o que vale é o argumento de autoridade e não necessariamente a autoridade do argumento.

Por fim, este tópico explicita outra característica relacionada ao direito constitucional brasileiro: a forma peculiar de circulação das ideias por meio de teses, interpretações e argumentações tipicamente constitucionais, ganhando espaço e notoriedade não pela sua aplicabilidade prática, mas pela “autoridade” de quem as utiliza. O movimento identificado nos sugere a análise de outro importante aspecto: os espaços utilizados como arena de debates ao cenário descrito acima, como as pós-graduações em Direito e os tribunais, questões discutidas nos tópicos seguintes.

2. AS PÓS-GRADUAÇÕES NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

No primeiro tópico, foram apresentadas algumas breves reflexões sobre autores do direito constitucional capazes de influenciar os estudos da matéria. Em seguida, foram tecidos comentários a respeito das teorias constitucionais no direito brasileiro desenvolvidas ou importadas por tais autores, estabelecendo-se sem uma relação de adequação com a realidade social. Nas próximas linhas, discutiremos o local onde autores do direito constitucional, suas teses, interpretações e argumentações poderiam ganhar fôlego, além de instruir profundas reflexões acerca do direito brasileiro: os programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito existentes no país.

Leia-se a expressão “pesquisador” como forma de abranger todos aqueles que empenham esforços intelectuais na produção do conhecimento, como o jurista, por exemplo.

A opção de análise pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* (mestrados e doutorados) foi feita devido o caráter de formação, aprofundamento na área de concentração e preparação para atuação no ensino e estímulo à pesquisa.

No Brasil, o primeiro programa de pós-graduação *stricto sensu* foi inaugurado pelo Decreto n.º 19.851 de 11 de abril de 1931, conhecido também como Reforma Francisco Campos, permitindo que cursos de doutorado fossem criados no Rio de Janeiro, capital do país à época.

No mesmo ano, foi criado o doutorado em Direito na Universidade do Rio de Janeiro, nos moldes estabelecidos pelo Decreto, n.º 19.852, de 1931: um professor catedrático da área orientava um aluno por um período de dois anos, enquanto este aluno apresentava uma tese ao final do curso, apresentando semelhanças ao modelo europeu de estudos doutorais.

Esse processo é importante para notar que mestrados e doutorados começam a ser implementados no Brasil na década de 30, em um período que vários autores considerados clássicos no direito constitucional brasileiro já estavam publicando seus textos. Cerca de duas décadas depois, os cursos de mestrados e doutorados foram se consolidando como um espaço de discussão e reflexão acadêmica a respeito de teorias e pesquisas a partir das teses desenvolvidas por seus estudantes.

Cabe destacar que no ano 1952 foi firmado o primeiro acordo entre universidades americanas e brasileiras oficializando o intercâmbio entre ambas, dando início a uma série de acordos entre universidades brasileiras e estrangeiras, possibilitando muitos estudantes brasileiros a estudar no exterior e muitos estrangeiros fazerem pesquisa no Brasil.

Com a implantação do modelo europeu de estudos doutorais e os convênios com diversas universidades americanas, fica clara a influência de dois diferentes modelos de estudos, ensino e pesquisa sobre o objeto aqui em análise: o direito constitucional brasileiro.

Após os primeiros convênios de universidades brasileiras com universidades americanas, eles foram ampliados para outros países, principalmente europeus. O que estimulou inclusive a criação de novos programas de mestrado e doutorado a partir da década de 60, devido à ampliação de possibilidade de estudos no exterior.

Esse primeiro movimento da expansão dos programas de mestrado e doutorado no Brasil, demonstrando a influência dos modelos norte-americano e europeu sobre os estudos aqui realizados coincide com outro movimento: o do aumento gradual do protagonismo da Corte Constitucional na discussão de questões jurídicas e políticas fundamentais ao país.

Desta forma o Supremo Tribunal Federal passa a exercer grandes ingerências acometidas principalmente pelo Chefe do Poder Executivo ao longo de sua história, pois naquela época o Supremo Tribunal Federal sofria perseguição do Poder Executivo, com constantes alterações em seu número de ministros e decisões cassadas, além de apresentar dificuldades em discutir e decidir questões centrais no cenário político e jurídico do país.

Mesmo diante de todas essas questões, o Supremo Tribunal Federal surgia cada vez mais no cenário político como centro de discussões jurídicas de fundamental relevância à vida do cidadão brasileiro. Tanto no sentido de ser o órgão máximo do Poder Judiciário do país quanto em relação ao alcance de suas decisões, que podem atingir todos os órgãos administrativos e jurídicos do país, devendo por eles ser seguidas e respeitadas.

Este cenário também recebeu influência da promulgação da Constituição Federal de 1988, concedendo ao Supremo Tribunal Federal maior segurança e liberdade no julgamento, características da transição democrática que o país viveu.

Além disso, a Constituição ampliou a sua atuação a partir da inflação de processos que o tribunal sofreu após mudanças em suas competências para julgamento. Em poucos anos, o Supremo Tribunal Federal passou a ser o órgão de vital importância nas discussões públicas sobre o cenário jurídico e político do país decidindo questões como: o conceito de família (ADI n.º 4.277, Rel. Min. Ayres Britto), o que é raça (HC n.º 82.424, Rel. Min. Moreira Alves), cotas raciais (ADPF n.º 186, Rel. Min. Joaquim Barbosa), planos econômicos (RE n.º 141, 190, Rel. Min. Nelson Jobim), o impeachment do então Presidente da República Fernando Collor de Mello (MS n.º 21.564, Rel. Min. Octavio Gallotti), dentre outros.

Assumindo o status de intérprete da Constituição, o Supremo Tribunal Federal foi ganhando um protagonismo na discussão pública, contribuindo também à elevação do direito constitucional à categoria fundamental na compreensão de tais questões. E o movimento de expansão dos programas de mestrado e

doutorado no país coincidiu com esta mudança de papel do STF enquanto instituição jurídica. O que permitiu uma maior visibilidade pública da instituição a partir da grande repercussão de suas decisões ao tratar questões políticas fundamentais à vida do cidadão brasileiro em questões jurídico-constitucionais.

Os dois movimentos narrados acima, que partiram de épocas semelhantes ou próximas, podem demonstrar um instigante cenário de investigação: o tratamento de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal como questões jurídico-constitucionais. O que parece ter sido percebido pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do país, local considerado fundamental à discussão e reflexão de tais fenômenos, a partir da criação em demasia de áreas de concentração que envolvam diretamente o direito constitucional e programas que só possuem o direito constitucional como objeto de estudo.

Em breve pesquisa realizada sobre os programas de pós-graduação *stricto sensu* reconhecidos e recomendados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) na área de Direito, foram identificadas oitenta e oito instituições superiores que possuem um curso de mestrado, dentre as quais, doze possuem um curso de doutorado.

Em uma primeira impressão, é possível descaracterizar o dado de existir aparentemente apenas sete instituições a terem um Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional, se considerarmos que elas existem em um universo de oitenta e oito instituições.

No entanto, o dado que deve ser extraído da breve e simples pesquisa acima é o de que, além dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil estarem fazendo uma opção por especialização em matérias na formação de seus alunos, o direito constitucional é a matéria que apresenta o maior número de opções a tal especialização.

O aumento da possibilidade de estudo do direito constitucional enquanto categoria autônoma é superior ao de outras categorias, como as descritas acima. O que pode demonstrar um movimento voltado ao ensino e pesquisa do direito constitucional no Brasil a partir de elementos como a maior visibilidade pública da corte constitucional do país ao discutir questões políticas como jurídico-constitucionais e o interesse da academia pela investigação deste fenômeno. Tais movimentos podem causar diversas conseqüências, dentre

as quais: o aumento da discussão pública de questões políticas em matérias constitucionais, uma profusão maior de textos que representem estudos com interpretações, argumentações e criação de teses jurídico-constitucionais, além de proporcionar ao mercado de trabalho um número maior de profissionais habilitados e especializados em matérias constitucionais, aspecto que será mais bem discutido no tópico seguinte.

3. A DISPUTA PELO CONHECIMENTO JURÍDICO

Dado o panorama proporcionado pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* em direito no país, outro aspecto é passível de breve análise: a profusão do direito constitucional a partir da disputa ocorrida no campo do Direito, entre acadêmicos e ocupantes das carreiras jurídicas tradicionais. Destacando-se que tanto a expansão dos programas de pós-graduação em Direito, quanto à mudança de papel político do Supremo Tribunal Federal em período semelhante e as disputas entre carreiras jurídicas tradicionais pelo conhecimento jurídico, contribuíram a uma busca por maior qualificação na área constitucional.

Isso porque, com o cenário criado, o discurso constitucional permitiria a preponderância de um argumento político ou jurídico, capaz de se colocar hierarquicamente superior em relação aos demais. O fenômeno da constitucionalização do discurso político ou jurídico estimulou tanto os acadêmicos a aprofundarem estudos e pesquisas envolvendo o direito constitucional quanto os juristas a procurarem um maior domínio da dogmática nos programas de pós-graduação em Direito, e até mesmo em cursos preparatórios para concursos públicos.

O que contribuiu a uma desenfreada discussão e circulação de textos e temas constitucionais entre acadêmicos e juristas, que não atuam em parceria pela incompreensão do objetivo do outro ou por interesses distintos. Podemos citar como exemplo a investigação comum a professores/pesquisadores de/em direito constitucional e juristas de como os juízes decidem: enquanto professores e pesquisadores simulam prognósticos de decisões judiciais a fim de investigar como o tribunal funciona, juristas têm o interesse em saber como os julgadores decidem para adotar a tese mais adequada que lhe permita um julgamento favorável ao seu interesse. Assim, a disputa entre ambos pelo conhecimento

jurídico representa também um meio de ampliação do debate constitucional, considerando se embasarem em teorias completamente distintas e aumentando consideravelmente as teses, teorias, interpretações e argumentações envolvendo o direito constitucional.

Há também a disputa entre os membros de um mesmo grupo. Professores e pesquisadores em Direito, por exemplo, disputam um método próprio à compreensão de fenômenos sociais, podendo ser notado pelos diálogos interdisciplinares que diversas correntes estabelecem. Diferentemente, os juristas se apropriam do domínio da dogmática aprendida para incorporar ao seu trabalho prático a utilização e criação de teses e interpretações e argumentações jurídico-constitucionais capazes de manipular entendimentos e promover interesses particulares, como a disputa travada entre advogados e juízes, por exemplo.

O campo jurídico desenhado aponta para uma disputa pelo conhecimento a partir do contraditório, capaz de confrontar teses e, por meio de técnicas de interpretação e argumentação, consolidar entendimentos sobre determinadas demandas ou fenômenos sociais.

Especificamente em relação às carreiras jurídicas tradicionais, a disputa pelo conhecimento jurídico travada entre elas acirra essa disputa a partir principalmente diante de tornar público do debate envolvendo questões políticas e jurídico-constitucionais.

Isto é, somando-se à disputa pelo conhecimento jurídico, há uma disputa pelo reconhecimento e credibilidade tanto da atuação profissional individualmente considerada quanto das profissões envolvidas nesta “luta cognitiva”.

E o papel de extrema relevância exercido pelo Supremo Tribunal Federal não é o de apenas centralizar as decisões em última instância sobre questões constitucionais, mas o de atuar como arena ao debate público travado por cada vez mais atores sociais (cidadãos, imprensa, poderes legislativo e executivo, acadêmicos, representantes de carreiras jurídicas tradicionais, dentre outros). A arena de debates proporcionada pelo STF permite uma maior visibilidade pública da disputa pelo conhecimento aqui desenhada, onde os atores que ali atuam, buscam, dentre outros fatores, reconhecimento profissional e credibilidade das instituições que representam.

Esse processo demonstra para além das reflexões aqui apresentadas,

diferentes caminhos perseguidos pelo direito constitucional brasileiro até assumir o protagonismo que alcançou no debate jurídico nacional. O que nos remete diretamente ao objeto deste texto: não seria o direito constitucional brasileiro construído também a partir da disputa existente no campo jurídico? Essa é a reflexão proposta no tópico seguinte.

CONCLUSÕES

Após os trinta e um anos alcançados pela Constituição Federal de 1988, incessantes debates surgiram acerca do seu impacto na sociedade brasileira. As mudanças causadas pelo novo sistema constitucional permitiram uma maior reflexão acerca do direito constitucional brasileiro, principalmente a partir de movimentos como o ativismo judicial, a judicialização da política e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal frente às mudanças institucionais que lhe foram feitas, discutindo-se inclusive uma possível ampliação de suas competências por meio de suas próprias decisões.

A proposta aqui desenvolvida foi a de incorporar novos movimentos ao debate acerca da produção do direito constitucional brasileiro, que pouco são discutidos entre autores de textos que envolvam matéria constitucional.

Por sua vez, o grupo de autores citados pelos ministros do STF são eles mesmos, e o terceiro é formado por juristas que costumam atuar perante a Corte Constitucional. É possível identificar que os autores que se tornaram referências no direito constitucional brasileiro são aqueles que circulam na Corte Constitucional do país, quer seja orientando a atuação dos ministros, utilizando seus próprios textos como fundamentos à tomada de decisão ou desenvolvendo e sustentando teses, interpretações e argumentações capazes de influenciar o julgamento dos ministros.

Outro movimento identificado refere-se à utilização de teorias estrangeiras sem a devida adequação à realidade social brasileira, influenciado dentre outros fatores pela disputa de teses e argumentos no campo jurídico, devido a aparente atribuição de status ao argumento que busca fundamentação em uma teoria estrangeira. Esse processo de fundamentação do argumento embasado em uma teoria estrangeira, utilizado inclusive como meio de fundamentar um argumento tornando-o hierarquicamente superior a outros que lhes são confrontados,

são representados tanto nas discussões acadêmicas que envolvam matérias constitucionais quanto entre juristas ocupantes das carreiras jurídicas tradicionais.

Isto é, tanto nos tribunais quanto na academia o conflito e disputa pelo domínio do conhecimento jurídico são visíveis a partir da utilização de autores que reputam ser clássicos - atribuindo autoridade ao argumento e da incorporação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro - sofisticando o argumento ou tese jurídica defendida.

As percepções acima demonstram a existência de um outro conflito: o direito constitucional produzido pelos tribunais e aquele proveniente da academia. Por tais motivos, apresentamos nos tópicos seguintes um movimento acadêmico com a expansão dos programas de pós-graduações em direito constitucional e outro representativo da disputa existente entre acadêmicos e carreiras jurídicas tradicionais pelo domínio do conhecimento jurídico.

O cenário desenhado contribuiu ao aumento do estudo do direito constitucional enquanto categoria autônoma no discurso jurídico, ampliando a produção e circulação de textos que envolvessem a matéria. A partir disso, é possível identificar um processo de constitucionalização do debate político e jurídico e a incorporação de matérias constitucionais tanto no trabalho prático dos juristas quanto em discussões públicas a respeito de temas de grande repercussão social. Tais fatores nos permitem a reflexão em relação a não consolidação de um sistema constitucional brasileiro e a sua constante produção por um trajeto que segue um fluxo que parece distanciar cada vez mais este direito constitucional da nossa realidade social, se aproximando e sendo apropriado pelo campo de disputas jurídicas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. V. 1, Harvard: 1993.

_____. *We the people: Transformations*. V. 2, Harvard: 2000.

_____. *We the people: The civil rights revolution*. V. 3, Harvard: 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador/BA, ano 1, v. 1, n.º 6, set., 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Ande Luis Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*: Salvador: Juspoddivm, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1967.
- KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ABCP, 7, 2010. Recife.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; SILVA, Gabriel Borges da. Para que copiar se podemos pesquisar? Uma breve análise acerca da importação de teorias e modelos constitucionais ao Direito brasileiro sem a análise prévia de sua realidade social. In: CONPEDI/UNICURITIBA. (Org.). *Sociologia, antropologia e Culturas Jurídicas*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *STF e Mutação Constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões*. Curitiba: Juruá, 2015.
- SILVA, Gabriel Borges da. *Entre precariedades e os “direitos” que delas advém: uma etnografia do Mercado Popular da Uruguaiana*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Niterói: 2014.
- VIANNA, Francisco José de Oliveira. *O Idealismo da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1927.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABORTO À ÉGIDE DO DIREITO COMPARADO

Luiz Eduardo C. G. Fernandes

Priscila Elise Alves Vasconcelos

Rogério Borba da Silva

Resumo: Este trabalho tem como objetivo demonstrar toda a discussão que ronda o tema do aborto, com ênfase no contexto do Direito Comparado. Para tanto, foi realizado um estudo bibliográfico e legislativo, além de pesquisa em fontes de dados oficiais de forma a aprofundar a temática no contexto do Poder Judiciário brasileiro e da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: aborto; direito da gestante; jurisprudência.

Abstract: This paper aims to demonstrate all the discussion that surrounds the theme of abortion, with emphasis on the context of Comparative Law. To this end, a bibliographic and legislative study was carried out, as well as research on official data sources in order to deepen the theme in the context of the Brazilian Judiciary and contemporary society.

Keywords: abortion; pregnant woman's; Jurisprudence.

¹ Mestrando em Direito (UVA RJ). Advogado.

² Estágio pós-doutoral em Direito das Cidades (UERJ), Doutora em Direito (UVA RJ), Mestra em Agronegócios (UFGD MS). Especialista em Meio Ambiente (COPPE UFRJ) e Direito Público e Direito Privado (EMERJ ESA). Professora universitária. Advogada. Pesquisadora GGINNS. Bolsista PROSUP CAPES UVA.

³ Doutor em Sociologia. Mestre em Direito. Professor do PPGD da Universidade Veiga de Almeida (RJ). Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar os motivos pelos quais o aborto deve ser legalizado e como isto tem sido dificultado ou até mesmo impossibilitado por crenças religiosas, não somente no Brasil, mas também no mundo, independentemente deste país ser laico ou não. Com isto, ferem-se princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, princípio da felicidade, princípio da liberdade de escolha, livre arbítrio, liberdade religiosa e vedação à tortura, que estão presentes nos artigos 1, III;3, IV;5, III;5, VI;5, VIII; 5, X da Carta Magna de 1988, bem como seus aspectos no âmbito criminal art.124 a 129 do Código Penal e Código Cível.

Sendo assim, é possível identificar alguns problemas relativos ao tema, como a influência que as religiões exercem sobre a legalização ou não do aborto, que é um interesse personalíssimo, ou seja, cabe à própria pessoa decidir se quer ou não abortar e mesmo considerando que isto fosse matéria de ordem pública, a doutrina religiosa não poderia ser aplicada a todos, incluindo quem não as segue, quebrando todos os paradigmas sobre a laicidade do estado. Outro aspecto seria, diante do direito civil, onde há divergência de quando se inicia a personalidade jurídica que se divide na corrente natalista e concepcionista. A primeira defende que adquire a personalidade jurídica, o nascimento com vida e para a segunda depende meramente do ato da concepção.

No âmbito do direito penal tem-se um paradoxo jurídico, pois se o objetivo do direito penal é criminalizar quem realiza o aborto com o argumento de ser uma vida, não há de se discriminar a prática de aborto em mulheres que sofreram estupro, visto que também é uma vida. Tem-se também o conflito entre o direito à vida e o direito à escolha, que deve ser analisado com muita cautela, pois para ambos o principal objetivo é defender a vida, seja ela do feto ou da mulher que terá uma vida melhor se puder optar e não realizar o procedimento em clínicas clandestinas.

Este trabalho demonstra os devastadores problemas sociais que ocorrem diante da criminalização do aborto, pois mais de 70 mil mulheres morrem ao ano no mundo devido à prática do aborto em clínicas clandestinas (R7, 2009), demonstrando, assim, que isto já se tornou um problema de saúde pública e vai muito além a estas mortes, pois no momento em que há um controle religioso e não político, não haverá mais imparcialidade muito menos interesse da população, mas sim seus próprios interesses.

Com isto, fere-se a carta magna que diz que o país é laico, com o risco assim, de retornar à santa inquisição, que punia *aqueles que, de uma forma ou de outra, se opunham aos preceitos da Igreja Católica*.

Assim sendo, foi também conhecida como santo ofício, que foi um tribunal eclesiástico criado com a finalidade de investigar e punir crimes contra a fé católica; passou a ser utilizada não somente para a punição, mas indiretamente uma maneira de obter vantagens políticas, ou seja, uma ditadura onde a lei divina possuía efeito *erga omnes*, não muito diferente do que ocorre hoje, causando um problema jurídico

Realizar-se-ão pesquisas em artigos científicos, doutrinas nacionais e internacionais a fim de demonstrar como o problema relativo ao aborto é tratado e quais as possíveis soluções, bem como um contraponto entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos, fazendo uma breve linha do tempo para marcar como este assunto era visto e como é a visão moderna

A pesquisa será bibliográfica, com a exploração do tema em livros e artigos publicados na internet, para amparar o tema publicado a respeito da influência da igreja nas decisões sobre os assuntos referentes ao aborto e como isto poderia ser realizado legalmente, diante dos conflitos de normas.

2. ASPECTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso: “a tese que eu defendi era a da liberdade reprodutiva da mulher. Portanto, a mulher tem o direito fundamental a escolher se ela quer ou não ter um filho. E esta tese vale para a anencefalia, como vale para qualquer outra gestação”⁴

A Carta Magna de 1988 não tratou, expressamente, sobre o aborto voluntário, seja ele, autorizando-o ou proibindo-o. Porém não significa que o tema sobre a interrupção voluntária seja um “indiferente constitucional”, pois para tal tem-se princípios e valores constitucionais, que interpretados ajudarão a resolver este impasse.

A atual Constituição, diferentemente das anteriores, tem como foco, os direitos humanos, evidenciado pela sua própria estruturação com isto, parece evidente,

⁴ Luís Roberto Barroso: Um advogado de causas históricas: Jornal O GLOBO edição do dia 3 nov. 2013

que para resolver este impasse, deve-se recorrer a constituição para encontrar um equacionamento jurídico a ser conferido à questão da interrupção voluntária de gravidez no Brasil, diante dos princípios constitucionais interpretados.

Direitos humanos, para Perez Nuño é “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade, igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (NUÑO, 1979, p. 43)

Assim sendo, demonstra-se que os direitos humanos são relativos e não estáticos, devendo estes, serem interpretados conforme o momento histórico e o caso concreto, que atualmente, vê-se que em diversas partes do mundo, o aborto é permitido, restando apenas proibido, em alguns países subdesenvolvidos, ou os que são mais conservadores por terem uma forte influência religiosa.

Pelas regras dedicadas a interpretação constitucional, devese proceder uma harmonização dos direitos constitucionais conflitantes, sendo eles normas, valores ou princípios, para que dentro do possível, evite a exclusão total de um destes em virtude do outro, devendo dentro do possível manter ambos.

Porém, quando isto não for possível, segundo Celso Ribeiro Bastos, a solução será “[...] devem esses princípios abdicar da pretensão de serem aplicados de forma absoluta. Prevalecerão, portanto, apenas até o ponto a partir do qual deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é divergente” (BASTOS, 2002, p. 174)

Com isto, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art.1, III Carta Magna de 1988, que segundo Ingo Wolfgang Sarlet é: “[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano [...] que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável” (SARLET, 2007, p. 62)

Da mesma forma, afirma também Celso Bastos (2002) “a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades” ou seja, proteger os direitos individuais contra todo e qualquer ato de cunho desumano ou degradante, neste caso, pode-se interpretar que ser obrigado

a carregar um feto não desejado, seja equiparado a tortura, da qual é vedada pelo art.5, III da Carta Magna de 1988, pois é o Estado interferindo na esfera particular, impedindo-lhe o direito de escolha e conseqüentemente ferindo o princípio supra citado. Vale ressaltar que este princípio, se correlaciona com o livre arbítrio e o direito de escolha

Faz se mister citar, também, o princípio da felicidade que foi elevado a um direito fundamental e inalienável do homem, assim como o direito à vida, liberdade e igualdade, com a Declaração da Independência dos EUA, em 1776, criada por Thomas Jefferson, que citou: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.”⁵

O direito à felicidade não está de forma expressa na Constituição Brasileira de 1988, porém, este está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que o ser humano não pode ser digno se não for feliz. Este direito também é conferido pela ONU como “um objetivo humano fundamental”, e diz que seus países-membros deveriam fazer com que ela aconteça, adotando medidas públicas, que, frise-se, o aborto estaria incluído neste princípio, pois é impossível a futura mãe ser feliz tendo um filho indesejado, como também para o próprio filho que por ser indesejado se obviamente seria infeliz.

Outro princípio que estaria sendo violado, seria o direito à privacidade, pois utilizando-se do direito comparado, nos Estados Unidos, no ano de 1969, ocorreu o caso *Roe vs Wade*, que foi um caso deveras importante para o referido assunto.

Este caso se iniciou quando a grávida Jane Roe desafiou a lei criminal do Texas sobre o aborto, pois alegava ter sido estuprada e queria ter o direito de abortar. (BBC, 2014).

Posteriormente, o tribunal julgou favorável a Roe e foi reconhecido assim o aborto com base no direito à privacidade- sob a cláusula do devido processo legal da “décima quarta emenda” onde poderia decidir por si mesma a continuidade ou não da gravidez. Esse direito à privacidade era considerado um direito fundamental sob a proteção da Constituição dos Estados Unidos, e portanto

⁵ The declaration of independence: “We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness” tradução livre

nenhum desses Estados podia legislar contra ela (BBC, 2014). Cabe assim a Carta Magna resolver estes conflitos de interesse, sendo eles, pro vida ou pro escolha.

Os que defendem a ideologia pró-escolha ou *pro choice*, são aqueles que defendem o direito de escolha da mulher de gerar ou não aquele feto, que erroneamente ou convenientemente, são taxados como pró-aborto, ou seja, ser a favor de maneira incondicional do aborto, criando uma falsa ideia, que o grupo apoia este feito de maneira compulsória ou seja, que as pessoas sejam obrigadas a abortar. Este movimento defende os direitos reprodutivos, incluindo o acesso à educação sexual, à interrupção voluntária da gravidez de forma segura e legal, à contracepção e aos tratamentos de fertilidade, bem como a proteção legal contra o aborto forçado (pelos direitos reprodutivos, 2011)

Reforçando o ideal deste grupo, o próprio Conselho Federal de Medicina e os 27 Conselhos Regionais de medicina, deliberaram, por maioria, apoiar a liberação do aborto por vontade da gestante até a 12ª semana de gestação. Do ponto de vista ético, os médicos entenderam que a legislação sobre o aborto do Código Penal de 1940 é “incoerente com compromissos humanísticos e humanitários, paradoxais à responsabilidade social e aos tratados internacionais subscritos pelo governo brasileiro” (O globo, 2013). Segundo o CFM, o aborto é uma das maiores causas de mortalidade materna no país, sendo evitável em 92% dos casos.

Com base na constituição, este grupo utiliza-se principalmente do direito constitucional de livre arbítrio, privacidade, a dignidade da pessoa humana, e a felicidade, visto que a carta magna é omissa quanto ao aborto voluntário, como já citado.

A *contra sensu*, tem-se o movimento pró-vida ou *pro life*, que defende, segundo eles, a dignidade da vida humana, são conhecidos principalmente pela oposição total ao aborto induzido, incluindo a vida intrauterina como valor universal

O direito à vida é um princípio que assume duas vertentes, sendo elas: o direito de permanecer existindo e no direito a um adequado nível de vida. Neste sentido, o STF já reconheceu que “o direito à saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional”⁶

⁶ RE 271.286-8-RS, rel. Min. Celso de Melo, j. 12/09/2000, boletim de direito administrativo, ago. 2001, p. 641

Este direito está amplamente conectado ao momento em que se adquire a personalidade jurídica, que para o Código Civil em seu art.2 diz que se inicia a partir do nascimento com vida, porém assegura desde a concepção o direito do nascituro.

Com isto, o direito à vida se inicia com o nascimento, e nas palavras do doutrinador André Ramos Tavares: “Na realidade, em ambos os dispositivos se tutela o desenvolvimento embrionário, mas não se admite tratar-se de vida propriamente dita. Trata-se de mais um valor, tal qual a vida” (TAVERES, 2013, p. 73)

Porém muito se discute sobre quando se inicia propriamente a vida, que possui diversas teorias, dentre elas: teoria da concepção, teoria da nidação, teoria da implementação do sistema nervoso, teoria dos sinais eletro encefálicos e os que defendem que a vida se inicia apenas com o nascimento, da qual é a vertente seguida pelo autor.

Estes argumentos pró-vida, interpretando legalmente, está incorreto, visto que para incidir o princípio da dignidade da pessoa humana, antes o embrião deve ser um humano e não uma coisa, como tratado pelo próprio STF, na ADI 3510, desde que fertilizados *in vitro*, que por analogia, entende-se que esta célula, seja a mesma da fecundação comum, com a diferença de tão somente não estar no útero.

Importante citar-se, também, a posição do professor Volnei Garrafa que como muitos outros não consideram o embrião como uma pessoa: “Estou entre aquelas pessoas que não interpreta o embrião como uma pessoa pois ainda não é possível identificar, quando realmente o embrião passa a ser uma pessoa” (GARRAFA, 2007).

Deve-se destacar a posição do Dr. Dráuzio Varella “É fácil proibir o abortamento, enquanto esperamos o consenso de todos os brasileiros a respeito do instante em que a alma se instala num agrupamento de células embrionárias, quando quem está morrendo são as filhas dos outros” (VARELA, 2011).

Com este discurso, faz-se, de suma importância, raciocinar-se até quando a corte constitucional irá se abster de decisões contraditórias, como não considerar humano o embrião fecundado *in vitro*, mas considerar que, pelo mero fato de estar no útero materno, este sim será humano, mesmo que ambos sejam expectativas de vida.

Importante destacar, que existe uma ADPF em curso de número 442, ajuizada pelo PSOL, a fim de buscar a descriminalização do aborto até a 12 semana de gestação, questionando a constitucionalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal.

Finalizando este tópico, podem –se citar as palavras Immanuel Kant: “Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas” (KANT, 1980, p. 135), para demonstrar o próprio pensamento filosófico sobre o assunto.

3. IMPLICAÇÕES SOCIAIS ACERCA DA NÃO LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

O aborto por ser um tema de extrema importância a sociedade, coube a sociologia estudá-lo, pois cada vez mais abrange os indivíduos integrantes de uma sociedade, modificando ou defendendo uma série de valores e costumes de uma sociedade.

No âmbito sociológico, o aborto é muito discutido, quanto as maneiras de preveni-lo e o impacto que a gravidez indesejada, somada a falta do controle de natalidade podem causar a sociedade.

Com isto, deve-se citar as maneiras de prevenir a gravidez, quais sejam: adesivos contraceptivos, anel contraceptivo, camisinha masculina, coito interrompido que segundo o site Terra (2013) é sim um método contraceptivo, diafragma, DIU, espermicida, implante, injeção contraceptiva, laqueadura, muco cervical, pílula contraceptiva, pílula do dia seguinte, preservativo feminino e tabela.

Ocorre que, nenhum destes métodos possuem 100% de efetividade de prevenção contra o aborto, conforme José Mendes Aldrighi “falha, sim, entre 0,2% e 0,4% dos casos, mesmo que a mulher a tenha tomado direitinho. O mesmo acontece com a laqueadura: 0,1% das mulheres que passam pelo procedimento. Portanto, não existem métodos totalmente eficazes.” (VARELA D., 2013)

Com isto, infere-se, que não se pode culpar a mulher, com falsas alegações de que engravidou por descuido, pois mesmo utilizando-se de métodos contraceptivos poderá sim a mulher engravidar.

Vale ressaltar, que mais de 47 mil mulheres morrem por ano e mais de 8,5 milhões

tiveram consequências graves de saúde que poderiam ser facilmente prevenidos segundo Gilda Sedgh: **“O aborto é um procedimento muito simples.** Todas essas mortes e complicações poderiam ter sido facilmente evitadas”. (Marie Claire, 2012)

Segundo a revista *The Lancet* (2006), mais de 20 milhões de abortos clandestinos são realizados no mundo e demonstra-se que a maior parte destes abortos são realizados na África e América do Sul, ou seja, países subdesenvolvidos, que não possuem controle de natalidade e o aborto é ilegal.

4. O ABORTO NO DIREITO COMPARADO

Atualmente existem ainda países que são tão conservadores que criminalizam qualquer hipótese de aborto, inclusive o aborto espontâneo, por acreditarem que estas mulheres o provocaram, devendo estas serem acusadas de homicídio doloso. Fazendo assim, com que muitas mulheres cometessem o suicídio, que foi a causa mais comum de mortes em El Salvador no ano de 2011 (UOL, 2013)

Cinco são os países que possuem proibição total do aborto, sendo eles: El Salvador, Nicarágua, Chile, Honduras e República Dominicana.

Citar-se-ão os países em que houve embates jurisdicionais mais relevantes para a evolução do tema.

A questão sobre o aborto não está regulado diretamente pela constituição Estadunidense, porém, tem-se como precedente mais conhecido nos Estados Unidos, o conflito anteriormente citado de *Joe vs Wad*, que foi julgado em 1973, onde entendeu-se que o direito à privacidade, reconhecido pelo próprio tribunal no caso *Griswold vs Connecticut*, interpretaria que a mulher haveria o direito de escolher se continuaria ou não sua gestação.

Faz-se mister citar parte da decisão proferida pelo juiz do caso, pois estes trechos demonstram como deve ser interpretado o direito à privacidade e a autonomia que a mulher deve ter sobre seu próprio corpo. Para Sarmiento, “a restrição que o Estado impor sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz.” (SARMENTO, 2013, p. 6)

Ressalte-se também que tal decisão poderia causar grave dano psicológico a mãe, como continua em sua sentença, alegando que o “dano psicológico pode

ser iminente. A saúde física e mental pode ser penalizada pelo cuidado com o filho” (SARMENTO, 2013, p. 6)

Este caso foi um grande marco ao que tange o aborto, pois foram criados determinados parâmetros a partir desta decisão, para se realizar o aborto. No primeiro trimestre da gestação, o aborto deveria ficar a critério da própria pessoa, abortar ou não, de acordo com sua livre vontade. No segundo trimestre, o aborto continua sendo permitido, porém o estado poderia regulamentar este direito, desde que visando a saúde da gestante. A partir do terceiro trimestre, seria facultado aos estados proibir o aborto, pois a partir deste momento, haveria a possibilidade de o feto ter vida extra uterina, salvo se o aborto fosse necessário para salvar a vida da gestante.

Ocorre que, como esperado, esta decisão gerou muita polemica e ainda gera nos Estados Unidos, tanto pelo resultado atingido, quanto pela legitimidade da decisão, haja visto que foi proferida por um tribunal que não foi eleito e o legislador não se manifestou sobre o assunto. Porém, mesmo com toda a discussão que houve por parte do grupo *pro life* e de sucessivos governos republicanos que tentaram forçar uma revisão deste precedente, este, em linhas gerais, continua em vigor.

Em alguns casos, como *Planned Parenthood vs. Casey* (Oyez, 1976), pode-se dizer que houve uma flexibilização do trimestre da gestação, onde foi aceita a proibição do aborto em período anterior ao terceiro trimestre, porém deveria ser provado que este feto, teria a possibilidade de ter naquele momento vida extra uterina.

Ressalte-se que a suprema corte americana, reconheceu a inconstitucionalidade de lei que condicionava o direito a abortar ao consentimento do pai (Oyez, 1976), porém em caráter excepcional, deveriam os pais consentir caso a gestante fosse menor de idade, mas apenas se estivesse contemplado em legislação a possibilidade de suprimento judicial deste consentimento, caso se verifique que a gestante é madura suficiente para decidir sozinha ou quando se conclua que esta interrupção atende aos seus verdadeiros interesses (SARMENTO, 2013, p. 6)

Importante citar-se também, o Canadá, que passou por momentos semelhantes aos Estados Unidos onde faz-se mister citar o embate mais importante, que ficou a cargo do caso *Morgentaler* (SARMENTO, 2013, p. 6) ocorrido em 1988, onde se reconheceu o direito fundamental a realização do

aborto, pois neste caso discutia-se a inconstitucionalidade sobre a previsão do Código Penal de penalizar o aborto, haja visto, que feria o direito da mulher previsto na cessão 7 da carta de direitos e liberdades do Canadá. Em decisão proferida pela Suprema Corte Canadense, tem-se como destaque que “forçar uma mulher, pela ameaça de sanção criminal, a levar uma gravidez até o fim, a não ser que se enquadre em certos critérios sem relação com suas próprias prioridades e aspirações constitui uma profunda interferência no corpo da mulher e, por isso uma violação da sua segurança pessoal” (SARMENTO, 2013, p. 6)

A primeira aparição do aborto na Alemanha, foi em seu código penal de 1871, §218 onde definia como: “crime punido com 5 anos de prisão” (SARMENTO, 2013, p. 12).

Passou a se tornar um problema de saúde pública no final do século XIX, com os esforços de grupos que queriam uma reforma social sobre o assunto, sendo eles: movimentos feministas, socialistas e liberais que queriam a implementação de um controle de natalidade e populacional (SARMENTO, 2013, p. 12)

No ano de 1974, foi editada uma lei, na qual, descriminalizava o aborto praticado por médico, a pedido da mulher, desde que ocorresse até a decima segunda semana de gestação. Objetando esta lei, foi ajuizada ação de inconstitucionalidade perante o tribunal constitucional federal que somente veio a ser julgada em 1975 (BVerfGE 39, 2013)

Este caso veio a ser chamado de aborto I, onde a corte entendeu que o feto já é um ser em desenvolvimento, logo dotado de personalidade e devendo também ter proteção constitucional. Acabando assim com a teoria de que a vida somente se iniciaria com o nascimento.

Neste caso, o tribunal reconheceu o direito de privacidade da mulher relativas a procriação, contudo, afirmou que este direito deveria ser flexibilizado, diante do direito à vida do feto, sendo permitido o aborto somente nos casos de risco à vida da gestante, má formação do feto, situação dramática da família e gravidez advinda de violência sexual, tornando assim o direito à vida do feto uma obrigação constitucional.

A lei foi alterada em 1976 para adequar-se a este novo entendimento do tribunal, o qual proibia e criminalizava o aborto, salvo nas hipóteses acima descritas.

Após a unificação da Alemanha, foi necessária a criação de uma nova lei, haja vista que na Alemanha oriental o aborto era permitido no primeiro trimestre de gestação e na Alemanha ocidental era proibido. Promulgou-se em 1992 uma nova lei, a qual permitia a realização do aborto até o terceiro mês de gestação, desde que submetesse a um serviço de aconselhamento que tentaria dissuadi-la a modificar sua pretensão e ainda aguardar três dias (SARMENTO, 2013, p. 13).

A característica principal desta lei era evitar o aborto, através de métodos alternativos, criando medidas de caráter educativo, de planejamento familiar, benefícios assistências, dentre outros, a fim de eliminar as principais causas que levam as mulheres a se submeterem ao aborto.

Contudo, esta lei foi objetada na corte constitucional que emitiu decisão em 1993, chamado de aborto II, onde considerou novamente inconstitucional a legalização do aborto, salvo em casos especiais em que a representasse ônus excessivo a gestante. Porém esta proteção ao feto não necessitaria utilizar-se dos meios repressivos do direito penal, valendo-se de medidas de caráter administrativo e assistencial (SARMENTO, 2013, p. 13).

Vale ressaltar, que mesmo havendo esta proibição do aborto, houve uma interpretação *lato sensu* sobre o que é o ônus excessivo para a gestante como visto em trecho da própria decisão: “Além dos casos decorrentes de indicações médicas, criminológicas e embriopáticas (...). Este cenário inclui situações psicológicas e sociais graves em que um ônus desarrazoado para a mulher possa ser demonstrado.” (BVerfGE 88, 2013)

Demonstrando que mesmo havendo a proibição, deve-se levar em consideração diversos fatores que influenciam em uma vida saudável da mãe. Em 1995 foi editada a última lei sobre o aborto, a qual é vigente até hoje, onde aceita as hipóteses do aborto legal, como já citado e descriminalizou o aborto ocorrido nas 12 primeiras semanas, devendo esta mulher se submeter a um serviço de aconselhamento para tentar convence-la a manter a gravidez, depois disto terá três dias para repensar sobre o assunto e se ainda desejar, poderá se submeter ao procedimento medico.

Diferentemente dos países citados, na França a proposta de legalização do aborto veio do poder legislativo e não do judiciário, sendo em 1975 aprovada a lei 75-17, com vigência de 5 anos que permitia o aborto desde que alegando

angústia por estar grávida, até a 10^a semana ou em qualquer momento desde que coloque sua vida ou saúde em risco ou se provado alto índice probabilístico de que o feto venha a sofrer após o nascimento doença grave reconhecidamente incurável (SARMENTO, 2013, p. 8). Porém, deveria a grávida, visitar determinadas instituições que lhe forneceria assistência apropriada para evitar que esta decisão esteja sendo influenciada por eventuais problemas sociais.

Ocorre que antes de entrar em vigor, o Conselho Constitucional questionou a constitucionalidade desta lei, onde alegava que era incompatível com a convenção europeia de direitos humanos, todavia, a corte entendeu que a norma era sim compatível com a constituição francesa e também com os outros diplomas (FAVOREAU, 1999)

Em 2001 foi promulgado a lei 2001-588 que voltou a tratar do assunto, a qual dilatou o prazo de 10 semanas para 12 semanas e tornou facultativo a consulta previa em estabelecimento de aconselhamento.

O Conselho Constitucional, mais uma vez provocado, proferiu a decisão 2001-446 onde diz: “ampliar de 10 para 12 semanas o período durante o qual pode ser praticada a interrupção voluntária de gravidez quando a gestante se encontre numa situação de angústia, a lei, considerando o estado atual dos conhecimentos e técnicas, não rompeu o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe” (SARMENTO, 2013, p. 10).

Em Portugal, é importante citar o acordão 25/84 onde o tribunal constitucional, entendeu que a constituição portuguesa tutela o direito à vida do feto, porém não com a mesma intensidade que protege o direito à vida dos que possuem vida extra-uterina. Segundo Miranda, “tradição jurídica nacional que nunca equiparou aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são no mesmo sentido.” (MIRANDA J., 1996, p. 136).

O aborto nesta época era permitido nos casos de risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual. A discussão sobre a existência de um direito a vida do nascituro veio a ser questionado novamente no acordão 85 em 1985, onde novamente o direito ao aborto nestas hipóteses seriam permitidos, como descritos neste trecho: “não há direitos fundamentais sem sujeito – pelo que o regime constitucional de proteção especial do direito à vida, como um dos

‘direitos, liberdades e garantias pessoais’ não vale diretamente e de pleno para a vida intra-uterina e para os nascituros.” (SARMENTO, 2013, p. 15).

Em 1998, tentou-se legalizar o aborto voluntario até a 10ª semana através de um referendo, porém houve um alto índice de abstenção nos votos, fazendo com que o legislador não permitisse esta modalidade de aborto, mantendo somente as hipóteses acima elencadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de toda pesquisa realizada, entendeu-se que o aborto ao longo da história tem sido muito discutido, tanto no Brasil quanto em outros países do mundo, pois há diversas interpretações das leis locais, bem como os próprios conflitos de princípios que devem ser resolvidos e, também, a influência religiosa tanto no âmbito político como no controle social

Muito se discute, quando ocorre o início da vida, porém, baseado na melhor doutrina e jurisprudência, tanto nacional como internacional, entende-se que somente o nascimento com vida faz com que esta se inicie, bem como se adquire a personalidade jurídica, haja vista que se aceitasse que a vida se inicia no momento da concepção, como é a posição eclesíastica, se sobrepujaria uma expectativa de vida à própria mãe exerce todas as suas funções em uma sociedade.

Tratando desta influencia religiosa, este é o maior enfrentamento deste trabalho, mas também da sociedade que luta pelos direitos das mulheres, pois a posição religiosa é extremamente conservadora que tenta convencer garotas de 9 anos de idade vítima de estupro a ser obrigada a ter este filho, tentando evitar também que o aborto seja realizado em qualquer hipótese.

Esta posição religiosa é deveras perigosa para uma sociedade, pois mistura-se os interesses públicos do estado com os interesses particulares das igrejas e vê-se que esta é a maior barreira que a legalização do aborto no mundo passa, haja vista que a maior parte dos argumentos contrários ao aborto são religiosos.

Vale ressaltar que laicidade do estado é ficta, assim como a democracia, pois no momento em que um presidente assina um contrato com a igreja evangélica para poder se eleger, e ver cada vez mais políticos religiosos no congresso

nacional, que em rede nacional se intitulam pastores para se promover, data máxima vênia, não existe laicidade muito menos democracia.

Isto não ocorre somente no Brasil, mas sim mundo a fora, mostrando que cada vez mais, aproxima-se de uma nova inquisição, onde quem não segue os padrões religiosos não tem direitos

Constatou-se, também, que a maior parte dos países que não legalizam o aborto de maneira livre, ou seja, em qualquer situação, são países subdesenvolvidos, presentes no continente Africano, América do Sul e parte da Ásia e que também não possuem controle de natalidade.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, C. R. Publicado em 2002. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.
- BBC. Publicado em 2014. *Roe vs Wade*. disponível em <http://www.bbc.co.uk/ethics/abortion/legal/roewade.shtml>. Acesso em outubro de 2014
- Brasil Online. Publicado em 13 de outubro de 2010. *Dilma se compromete com evangélicos a lançar carta contra aborto*. disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/dilma-se-compromete-com-evangelicos-lancar-carta-contra-aborto-2939843>. Acesso em julho de 2014
- BUENO, S. Publicado em 2002. *Mini dicionario da lingua portuguesa*. São Paulo: FTD.
- BVerfGE 39, 1. Publicado em 20 de setembro de 2013. *BVerfGE 39, 1 - Schwangerschaftsabbruch I*. Fonte: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html> Acesso em 20 de janeiro de 2014
- BVerfGE 88, 2. Publicado em 2013. *BVerfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II*. disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>. Acesso em janeiro de 2014,
- Cofen. Publicado em 3 de agosto de 2018. *uma mulher morre a cada 2 dias por aborto inseguro*. disponível em www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-cao-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html. Acesso em setembro de 2018,
- Diario do Nordeste. Publicado em dezembro de 2013. *Dilma Rousseff defende legalização do aborto*. disponível em <http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=626312> Acesso em janeiro de 2014
- DWORKING, R. Publicado em 1996. *life's dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. New York: Vintage books.
- Estadão. Publicado em 19 de outubro de 2013. *Senado não vê privilegio e aprova acordo entre Brasil e Vaticano*. disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,senado->

- nao-ve-privilegio-e-aprova-acordo-entre-brasil-e-vaticano,447514,0.htm?p=1. Acesso em 2013,
- FAVOREAU, L. Publicado em 1999. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- G1. Publicado em 4 de março de 2009. *igreja quer impedir interrupção de gravidez de menina de 9 anos em PE*. disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1027006-5598,00-IGREJA+QUER+IMPEDIR+INTERRUPCAO+DE+GRAVIDEZ+DE+MENINA+DE+ANOS+EM+PE.html> Acesso em outubro de 2013
- GARRAFA, V. Publicado em 3 de dezembro de 2007. *O embrião não é uma pessoa*. disponível em http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1543&secao=246 Acesso em novembro de 2013
- HERBERG, M. Publicado em 2013. *O caso do crucifixo*. disponível em ". http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=5064 Acesso em setembro de 2013
- KANT, I. Publicado em 1980. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultura.
- Marie Claire. Publicado em 20 de janeiro de 2012. *Aborto é mais frequente em países onde é proibido*. disponível em <http://colunas.revistamarieclaire.globo.com/mulheresdomundo/2012/01/20/aborto-e-mais-frequente-em-paises-onde-e-proibido-aponta-estudo/> Acesso em outubro de 2013
- Ministerio Público da União. Publicado em 28 de junho de 2010. *Apostila de Direito Civil*. disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAA6VoAA/direito-civil> Acesso em outubro de 2013
- MIRANDA, J. Publicado em 1996. *Jurisprudência Constitucional Escolhida, vol. I*. Lisboa: Universidade Católica.
- MIRANDA, P. d. Publicado em 2000. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi.
- MONTORO, A. F. Publicado em 2000. *introdução a ciência do direito*. São Paulo: RT.
- NUÑO, A. E. Publicado em 1979. *Delimitacion Conceptual de los Derechos Humanos*. In: *Los derechos Humanos, Significacion, Estatuto Juridico y Sistema*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- O globo. Publicado em outubro de 2013. *CFM se posiciona a favor do direito da mulher de fazer o aborto ate a 12 semana de gestação*. disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/cfm-se-posiciona-favor-do-direito-da-mulher-de-fazer-aborto-ate-12-semana-de-gestacao-7902917> Acesso em janeiro de 2014
- Oyez. Publicado em 1976. *Planned Parenthood of Central Missouri, David Hall*. disponível em <https://www.oyez.org/cases/1975/74-1151> Acesso em outubro de 2013,

- Pelos direitos reprodutivos. Publicado em 4 de maio de 2011. disponível em <http://pelosdireitosreprodutivos.blog.com/2011/05/04/o-que-significa-ser-pro-escolha/> Acesso em outubro de 2013,
- PINTO, N. Q. Publicado em 10 de outubro de 2013. *Direito do Nascituro, controversias sobre o inicio da personalidade civil da pessoa humana no direito brasileiro*. disponível em http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAX_MAF/direitos-nascituro-controversias-sobre-inicio-personalidade-civil-pessoa-humana-no-direito-brasileiro Acesso em junho de 2014,
- R7. Publicado em 14 de outubro de 2009. *Aborto malfeito mata 70 mil mulheres por ano*. disponível em <http://noticias.r7.com/internacional/noticias/aborto-mal-feito-mata-70-mil-mulheres-por-ano-20091014.html> Acesso em outubro de 2013,
- SARLET, I. W. Publicado em 2007. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SARMENTO, D. Publicado em 10 de outubro de 2013. *Legalização do aborto e constituição*. disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em janeiro de 2014,
- TAVERES, A. R. Publicado em 2013. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Terra. Publicado em 10 de outubro de 2013. *Metodos Contraceptivos*. disponível em <http://www.terra.com.br/saude/infograficos/contraceptivos/> Acesso em janeiro de 2014
- The Lancet. Publicado em 2006. Unsafe abortion: the preventable pandemic. pp. 1-5.
- UOL. Publicado em 21 de outubro de 2013. *O país onde as mulheres podem ser presas por ter aborto espontâneo... - Veja mais em* <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2013/10/21/o-pais-onde-as-mulheres-podem-ser-presas-por-ter-aborto-espontaneo.htm?cmpid=copiaecola>. disponível em <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2013/10/21/o-pais-onde-as-mulheres-podem-ser-presas-por-ter-aborto-espontaneo.htm> Acesso em outubro de 2013,
- VARELA, D. (Publicado em 8 de abril de 2011. *A questão do aborto*. disponível em <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-questao-do-aborto/> Acesso em outubro de 2013,
- VARELA, D. Publicado em 10 de outubro de 2013. *Pilula do dia Seguinte*. disponível em <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/pilula-do-dia-seguinte/> Acesso em janeiro de 2014,

DIREITO E JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DE HANS KELSEN

Marcos Carnevale¹

Resumo: Este ensaio busca apresentar o pensamento de Kelsen sobre Direito e Justiça partindo da explicitação na introdução do histórico de vida pessoal/profissional, pela qual passou a formação de seu intelecto, que influenciou na construção de suas teorias. A defesa irrestrita da “pureza” do direito, é desenvolvida no item seguinte, enquanto metodologia para garantir a autonomia do Direito como Ciência. Para chegar no tópico em que o jurista define o que entende por Justiça, e seus axiomas, que afastam do estudo do Direito que ele tenha que se preocupar com a justiça como objeto da ordem jurídica.

Palavras-chave: Direito, Justiça, Juspositivismo, Jusnaturalismo

Abstract: This paper strive for present the thought of Kelsen regarding Law and Justice. First of all, starting with the explanation in the introduction of the history, personal and professional about his life, through which passed the preparation of his intellect, which influenced the construction of Kelsen theories. The unconditional defense of the “purity” of the law is developed in the following item, as a methodology to ensure the autonomy of law as science. To get the topic on he defines what is mean about justice, and its axioms, which keep away the study of the law and the concerns about justice as object of law science.

Keywords: Law, Justice, Juspositivismo, Jusnaturalism

¹ Marcos Carnevale é advogado, Mestre em Sociologia pelo IUPERJ/UCAM, e Doutor em direito pela UNESA.

1. INTRODUÇÃO

Verificar as origens de Hans Kelsen, a partir de sua biografia, aliada ao contexto histórico em que desenvolveu e formulou seu pensamento, de vocação cientificista, podem ajudar a posicionar seu axioma jusfilosófico, para a formulação da Teoria Pura do Direito e seu contraponto a questão da Justiça. Kelsen (...) não é autor de leitura fácil. É detalhista, minucioso, repetitivo, (...). Acompanhá-lo pelos diversos rincões da teoria do direito pressupõe o gosto pelas elucubrações em nível elevado de abstração e alguma paciência (COELHO, 2012, p. 9). Nesta linha, este artigo não tem qualquer pretensão analítica, além de estabelecer indicativos teóricos do pensamento Kelseniano.

Sua trajetória pessoal certamente haverá influenciado sobremaneira toda sua formação intelectual e suas “elucubrações”, pois de seu nascimento em outubro de 1881, filho de Adolf Kelsen e Auguste Löwy, em Praga, a época domínio Austro-húngaro, até sua ida para Berkeley, no Estado Unidos, onde faleceu em 1973, sofreu inúmeras influências pessoais e intelectuais, de acordo a sua biografia (BONAVIDES, 2012):

Aos dois anos, a família mudou-se para Viena com o fito de construir uma fábrica de lustres e lâmpadas. E Kelsen, dado ao conhecimento, iniciou sua formação estudando em uma Escola Protestante; no entanto, sua origem religiosa era judaica, e seu nome está relacionado a uma comunidade localizada a sudoeste de Saarburg, distrito de Trier, na fronteira entre Luxemburgo e Alemanha. Recebeu, ainda, influência do mundo Católico, pois se fazia necessário conhecer a história do Cristianismo, para que as famílias judias que viviam na Áustria evitassem as perseguições medievais, e foi justamente neste momento que os antepassados de Kelsen provavelmente obtiveram o seu nome de família; em 1900 iniciou seus estudos em Direito, havendo colado grau 1906 grau como “doutor” na faculdade de Viena; foi docente: Na academia de Exportação (Atual Universidade de Economia de Viena) e na Universidade de Viena (Direito Público e Filosofia do Direito); Com a 1º guerra mundial, em 1915, atuou como Primeiro tenente, no entanto, em função de uma pneumonia foi remanejado ao serviço burocrático, e nomeado representante do Procurador do Tribunal de Viena. Sua função: Ditar autos de processo em casos de delitos políticos. Insatisfeito com a forma de proceder do órgão, cuidava de reunir provas contra e a favor dos acusados, de sorte que em seus feitos observava-se um elevado número de

absoluções; por excêntrico que possa parecer, isso lhe trouxe consequências, positivas, pois recebeu convite para atuar como Consultor Jurídico no Gabinete do Ministro da Guerra, sua função: Enunciar indultos (transformava as penas de morte expedidas pela justiça militar em condenações e prisão); em seguida, foi convidado para cuidar da reforma da Constituição quanto aos assuntos militares e em 1919 contribuiu para a elaboração da “Constituição Definitiva da Áustria”; em 1921 passou a integrar o Tribunal Constitucional, mas em 1930 fora afastado em função de hostilidades políticas e dissidências científico-ideológicas, especialmente em razão de seus embates com Carl Schmitt².

Sua história produtiva/intelectual consolidou-se definitivamente após este período quando, em 1933, retomou o caminho docente na Universidade de Colônia; com a intensificação da campanha nacional socialista, fugiu para lecionar no Instituto de Altos Estudos Universitários em Genebra. Lecionou, ainda, em 1936 na Universidade de Praga. Até que em 1940 precisou fugir para os Estados Unidos. A partir daí Kelsen “coleccionou” inúmeros títulos: 1940: Convocado como Professor Visitante na Universidade de Harvard, 1942: Catedrático de Ciência Política na Universidade de Berkeley – Califórnia, 1952: Dr. Honoris causa – Berkeley, foi homenageado ao todo com 11 títulos de Doutor honoris causa: Utrecht, Harvard, Chicago, México, Berkeley, Salamanca, Berlim, Viena, Nova Escola de Pesquisa Social de Nova York, Paris, Salzburg.

Finalmente, Kelsen esteve em vários países da América Latina, na virada dos anos 1948/1949, inclusive no Brasil, a convite de Bilac Pinto, onde proferiu conferências sobre seu pensamento jurídico no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e na Fundação Getúlio Vargas, com a participação de Osvaldo Aranha, Hermes de Lima, Afonso Arino de Melo Franco, Levi Carneiro.

Em resumo, no entanto, sem pretender esgotar a riqueza de suas experiências pessoais/profissionais, que influenciaram na formação intelectual de Kelsen, que o levaram a reflexão e fundamentação dos axiomas de sua produção científica, poderíamos sintetizar seu perfil, que o enquadraria como um cidadão que: era de origem judaica, que estudou em escola protestante, havendo recebido influência cristã, vivendo sob a propaganda de segregação nazista, e que fora obrigado a (re)formular seu pensamento lógico-jurídico estrangulado pela escola sociológica (EUA). Sob a influência desta formação construiu suas teorias, criticando qualquer

² Carl Schmitt defendia as teorias da legalidade estrita e discutia a legitimidade acerca de quem deveria ser o guardião da constituição, se o próprio estado ou uma estrutura além do estado.

dependência da Ciência Jurídica de outras ciências, seja pela ótica da sociologia ou pela política e, ainda, buscando afastar o Direito da ideia de Justiça.

Posta esta introdução, de cunho biográfico, procuramos demonstrar sob quais paradigmas pessoais foram formuladas as origens do pensamento de Hans Kelsen, assim, vejamos que indicativos teóricos ele estabeleceu em sua obra.

2. OBJETO DA CIÊNCIA JURÍDICA

Se lhe creditam a Kelsen 483 títulos, especialmente sobre o tema jurídico, que lhe rendeu o título de pai do Positivismo Jurídico (Juspositivismo – “Rechtspositivismus”). Para AURÉLIO WANDER BASTOS, homenageado nesta obra, e estudioso das teorias deste expoente jusfilósofo que foi Hans Kelsen, mais se pode defini-lo como um pensador de vocação cientificista, do que propriamente como um jurista positivista (BASTOS, 2005, p. 81).

Podemos verificar na obra clássica de Kelsen “Teoria Pura do Direito” (Reine Rechtslehre), esta construção científica, a de 1934 (alemã) e a de 1960, já sob a influência da construção lógico-jurídica nas Américas, quanto a participação ativa do judiciário, destacando-se na formação/divulgação do conteúdo de seu pensamento. A formulação desta teoria normativista sofreu influência decisivas pois a primeira edição foi elaborada em Genebra (1934), entre guerras e instabilidade política, já a segunda foi idealizada na Califórnia, e cuidou de ampliar a primeira, como afirma o próprio autor no Prefácio a segunda edição:

A segunda edição da minha Teoria Pura do Direito, aparecida pela primeira vez há mais de um quarto de século, representa uma completa reelaboração dos assuntos versados na primeira edição e um substancial alargamento das matérias tratadas. Ao passo que, então, me contentei com formular os resultados particularmente característicos de uma teoria pura do Direito, agora procuro resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico e, ao mesmo tempo, precisar, ainda melhor do que antes havia feito, a posição da ciência jurídica no sistema das ciências. (KELSEN, 2015, p. XVII)

Em outras palavras, nas entrelinhas de suas escritas vemos esta autodefinição cientificista da Ciência Jurídica. Podemos inferir que o pensamento de Hans

Kelsen, com base em sua Teoria Pura do Direito, se notabilizou não apenas como teoria de organização da ordem jurídica, mas, também, como teoria compreensiva desta ordem. Kelsen pressupõe que o Direito se identifica com a própria norma posta, que por sua vez é o objeto de estudo da Ciência Jurídica.

Nesta linha de raciocínio, com vistas a libertar o Direito (Ciência Jurídica) de uma possível submissão a outras ciências, e buscando afastar o conhecimento hermenêutico do Direito destas outras áreas, Kelsen pendia a refutar a poluição trazida por traços de origem naturalista, sociológicos ou mesmo políticos, verificamos isso na seguinte passagem:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política, e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 2015, p. XI)

Neste diapasão, o que Kelsen defendia era uma abordagem do Direito posto através dos vínculos hierárquicos das normas entre si, enquanto um sistema de vínculos de subordinação inerente a própria norma. Assim, ele não pretendia discutir o conteúdo valorativo das normas, mas sim, buscava afastar qualquer análise de cunho moral ou sociológico.

Para entender Kelsen e a Teoria da Validade da Norma Jurídica, COELHO aborda o assunto explicando que a validade da norma depende de sua relação com a norma fundamental, que é manifestação de uma autoridade competente, onde, as normas jurídicas, que tem suas descrições materializadas em proposições (positivadas), integram um sistema dinâmico, no entanto, o seu conteúdo é irrelevante para a definição de sua validade (COELHO, 2012, p. 51).

BASTOS explica a Teoria da Validade da Norma Jurídica de Kelsen dizendo que o estudo da ordem jurídica, como vislumbrado por Kelsen, remete a análise desta ordem como um sistema coeso, onde a norma inferior não pode divergir da norma superior,

nem formal nem materialmente, subtraindo, assim, o fenômeno jurídico do âmbito causal das ciências, para lhe reconhecer como um fenômeno cujas consequências dependem dos elementos constitutivos da norma (BASTOS, 2005, p. 85).

Assim, a ocorrência fática, que vier a se constituir em um ilícito, por contrariar a norma positivada, demandará ação de uma autoridade legal, que levará a um efeito jurídico, traduzido na norma, como uma sanção aplicável ao caso. É sob esta análise que podemos afirmar que a ideia de Kelsen é que a natureza normativa do Direito lhe redimensiona como uma teoria jurídica compreensiva das normas e da ordem jurídica, apoiada em mecanismos hermenêuticos metodologicamente delimitados.

Definidos os limites de sua proposta, Kelsen dedica-se a analisar a criação da norma, que deve ser o objeto de estudo do Direito, e renega qualquer valor de justiça que possa atentar contra a estabilidade da norma jurídica, preocupando-se unicamente com a questão da sua validade. Sob este enfoque é que se justifica o uso da palavra “pura” em sua teoria. COELHO, bem ilustra esta proposta Kelseniana da pureza da ciência, fazendo menção a trecho do livro de FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Por que ler Kelsen, hoje*:

(...) Kelsen propôs o que denominou princípio da pureza, segundo o qual o método e objeto da ciência jurídica, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). Isso valia tanto para o objeto quanto para o método (COELHO, 2012, p. XV).

Neste contexto, falando sobre as ideias de validade da norma jurídica, é necessário, ainda, posicionar o pensamento de Kelsen quanto a norma fundamental, sob a seguinte passagem:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 2015, p. 217)

Conjugando as indicações teóricas expostas até o momento, podemos entender que a validade da norma jurídica no pensamento Kelseniano depende de sua relação com a norma fundamental, que por sua vez é originada da

manifestação de vontade de uma autoridade competente que a propôs, para manter uma determinada ordem social.

Mas o que seria esta ordem social esperada no axioma Kelseniano? Consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a essa ordem está subordinado, fazendo com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente (...) prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis (KELSEN, 2015, p. 25)

O que nos permitiria dizer que de fato, para Kelsen, a norma fundamental não é uma norma posta, e sim, suposta, derivada do dever de observância ditado pelos editores desta norma, que a consideram, supostamente, como a melhor conduta para aquela sociedade. Nesta linha do desenvolvimento da teoria de Kelsen surge, então, a questão de que se há ordem social a ser garantida, enquanto representativa do comportamento humano desejado, nasce o tema do mecanismo de controle, para fazer valer os preceitos normativos contra quem lhe ofender.

Podemos afirmar, também, que todo jurista ou estudioso do direito tem na orientação teórica de Hans Kelsen um referencial sólido, tanto como instrumento científico de compreensão da hierarquia das leis, como de sua força institucional coercitiva para manutenção da ordem posta. De fato, em outras palavras, o pensamento Kelseniano exorta a importância da relação jurídica na sua proposta de que: se há ordem juridicamente reconhecida, há que se pressupor que sua infração deverá levar a uma punição (sanção), aplicada pela autoridade legitimada no controle da sociedade.

Finalmente, dito e destacado o que é angular no pensamento da Teoria Pura do Direito de Kelsen, abordaremos a questão da Justiça, que é ponto nodal na composição de seus estudos para libertar a Ciência Jurídica da ideia de que é com o Direito posto que se faz Justiça.

3. DIREITO VERSUS JUSTIÇA

Sobre a questão da justiça vários textos recopilados permitiram a construção de três obras, que expressam o pensamento/sentimento de Kelsen sobre as questões da Justiça: O que é justiça – 2001 (*Was ist Gerechtigkeit?*); O problema da justiça – 2003 (*Das Problem der Gerechtigkeit*); e A ilusão da justiça – 2008 (*Die Illusion der Gerechtigkeit*), todas de organização pela Editora Martins Fontes.

Em sua linha lógico-argumentativa Kelsen busca estabelecer um distanciamento entre Direito como ciência jurídica e Justiça. Seu princípio metodológico procura resgatar o valor científico do Direito como Ciência Jurídica, afastando a incumbência de se preocupar em seu objeto de estudo com o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas descrever aquilo que de fato é valorado como justo, sem se identificar a si próprio (o Direito) com um destes juízos de valor (KELSEN, 2003, p. 16)

Em outros termos, o Direito como ciência não tem de decidir o que é justo, porque para Kelsen a norma jurídica não deve ser considerada como justa ou injusta (será sempre justa), mas, tão somente devemos analisar se ela é válida ou inválida.

Então: *O que é justiça?* para Kelsen. Na obra de título idêntico a pergunta, o jusfilósofo nega que lograra encontrar a resposta para suas indagações. No entanto, lança uma dicotomia em sua teoria, para chegar ao raciocínio de que a Justiça não deve ser objeto de estudo da Ciência Jurídica, enquanto norma posta. No trecho abaixo enxergamos as primeiras linhas do desenvolvimento da teoria da Justiça Absoluta e Justiça Relativa:

Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça; a justiça absoluta, esse belo sonho de humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça, sob cuja proteção, a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância (KELSEN, 2001, p. 25)

Mas, afinal, qual é o problema da justiça? Kelsen afirma que a justiça não pertence à Ciência Jurídica por não ser jus positiva, mas sim, pertence à Moral. Isto é, por abranger que não há uma solução ou resposta única ou absoluta à justiça, pois justiça é um juízo de valor relativo, nesta linha, em defesa do juspositivismo, Kelsen critica o jusnaturalismo pois, segundo esta secular discrepância das duas teorias de fundamentos jurídicos, o jusnaturalismo visa à justiça como um juízo de valor absoluto.

Seguindo seu raciocínio, para fundamentar sua proposição, Kelsen contrapõe o posicionamento jusnaturalista, que busca legitimar sua teoria afirmando que o direito existente corresponde a uma moral absoluta, no entanto, para Kelsen, direito, enquanto ciência jurídica, e moral são duas ordens distintas.

Ele constrói o distanciamento entre a ciência jurídica e a moral, sustentando-se no fato de que a ordem social pretendida pelo ordenamento jurídico deve impor uma sanção, ao passo que a ordem social pretendida pela moral impõe, apenas, uma reprovação. Sua teoria remete a análise da questão do mundo do ser e o dever ser: Para Kelsen, nem as normas jurídicas ou morais se podem definir a partir da natureza do homem (naturalmente egoísta) como pretendem os jusnaturalistas, nem essa mesma natureza se pode modificar pela vontade expressa em padrões de conduta (morais). Ou seja, somente pela lei positivada, que imponha uma sanção pelo descumprimento que afete a ordem social, será objeto de estudo da Ciência Jurídica.

Como vimos no tópico, acima, em Kelsen, a ordem social do direito é coercitiva, e implica em uma sanção como estrutura orgânica do Direito ou da norma jurídica para manter a paz social, face ao caráter individualista dos seres humanos, pois, do contrário, como exorta COELHO, o homem essencialmente egocêntrico se deixará conduzir de acordo com as prescrições das normas apenas se divisar vantagem – ou, pelo menos, menor desvantagem – na obediência à ordem social (...) no entanto, ele ainda continua manifestando seu caráter naturalmente egoísta (COELHO, 2012, p. 56).

Novamente relativizando a questão da Justiça, Kelsen lança suas teorias negando a ideia do jusnaturalismo, que posiciona a justiça como um juízo de valor absoluto. O relativismo moral Kelseniano é bastante conhecido. Suas repetidas afirmações de que “justiça” é um conceito vazio e de que é impossível a determinação objetiva do que seja justo e injusto lhe renderam a fama de defender que o direito, mesmo injusto, deve ser aplicado.

Para reforçar seu duelo em face da teoria jusnaturalista, Kelsen engendra a diferença entre a Justiça Absoluta e Justiça Relativa: para apoiar a bases de sua definição de Justiça Absoluta Kelsen aborda os ensinamentos de Platão, que defende que “justo, é feliz”, e a aspiração do ser humano à justiça emana da sua aspiração à felicidade, no entanto, a justiça por excelência (justiça absoluta) é um ideal irracional, e só pode(ria) emanar de uma autoridade transcendente

(Deus); por outro lado, apenas concebe o que denomina de Justiça Relativa, cujas premissas encontram seus elementos de estabilidade nas regras sociais, que são postas pela autoridade social, e complementa, que as normas criadas pelo legislador só permitem a manifestação da justiça relativa (KELSEN, 2003, p. 65).

Com esta separação de ideias Kelsen busca expungir de sua teoria toda e qualquer influência que seja supra-humana na construção do Direito, esclarecendo, esclarecendo neste trecho:

Se justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número de pessoas (KELSEN, 2001, p. 3)

Em outras palavras, a teoria dissociativa de Kelsen afirma que o Direito Natural não pode ser reconhecido como Direito ideal. E suas objeções se baseiam na definição de natureza: É “a realidade empírica do acontecer fático em geral, ou a natureza particular do homem tal qual ela se revela na sua conduta efetiva (...), em suma, o que se retira da natureza é uma sucessão de fatos interligados que, pelo princípio da causalidade, conduz a um resultado esperado – um SER – ocorre que de um SER não se pode deduzir um – DEVER SER –, isto é “de um fato não se pode concluir uma norma, senão contrapô-los a norma para que seja possível um juízo de valor (KELSEN, 2003, p. 72/73).

Assim, negando a Justiça Absoluta, defendendo que esta é “imperceptível” aos homens, Kelsen somente admite a existência de uma Justiça Relativa, construída sobre o princípio da tolerância, e de concepção eminentemente humana, apegada a certos valores morais eleitos por um legislador no momento da elaboração da norma posta. Suas ideias alicerçam a teoria de que um sistema positivo de valores não é (e nunca será) uma criação arbitrária de um indivíduo isolado, mas sempre o resultado da influência que os indivíduos exercem uns sobre os outros dentro de um dado grupo, seja ele família, tribo, classe, casta ou profissão.

Em seu detalhismo e minúcias teóricas afirma, ainda, que quem deve se preocupar com a Justiça é a ética, pois a Teoria Pura do Direito deve se preocupar com o fundamento de validade da ordem jurídica positiva, isto é, de uma ordem

coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz (KELSEN, 2003, p. 116).

Para Kelsen o Direito é mais relevante do que a Justiça, por ser esta passível de erros e interesses falsos. Em sua teoria a noção de justiça é essencialmente humana, e seu conceito não é transcendente, e vemos isso nitidamente na seguinte passagem de sua obra sobre o problema da justiça:

Do ponto de vista do conhecimento científico, o pressuposto de uma essência transcendente, existente para além de toda experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, e apenas reconhecendo a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser posta na dependência da sua relação com a justiça (KELSEN, 2003, p. 69)

Em tom conclusivo, trazido a imperatividade por Kelsen, de concreto, o que o jurista propôs sobre o distanciamento entre o Direito e a Justiça foi ratificar o seu posicionamento crítico incisivo, de toda sua linha lógico-argumentativa sobre a Teoria Pura do Direito, enquanto princípio metodológico, para elevar a Ciência Jurídica ao seu valor científico independente da noção de Justiça.

CONCLUSÃO

Hans Kelsen introduziu na discussão sobre o conceito de Direito duas abordagens essenciais: em primeiro lugar, o estudo da norma jurídica como objeto da Ciência do Direito e, em segundo, a relativização da concepção de Direito como realização de Justiça. Sob estes enfoques o filósofo do direito afasta à análise da Justiça como objeto de estudo do Direito, pois a compreensão científica da norma jurídica dispensa a discussão dos valores da norma em si, mas apenas da sua validade.

Destaquemos que em sua teoria Kelsen não afirma que não haja justiça, apenas separa seu conceito do direito positivista, pois o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito, que se limita a análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica.

O pensamento Kelseniano exorta um paradigma fundamental para a compreensão de seu axioma quanto a questão da norma jurídica, que é a sua

conexão entre, se há ilícito que contrarie a norma posta, deverá existir no conjunto normativo a sanção, que garanta a coerção socialmente reconhecida para aquela prescrição, juridicamente reconhecida e positivada.

Finalmente, como leciona BASTOS, com base nos pensamentos deste jusfilósofo, muitos juristas entendem que a construção de uma teoria da ordem constitucional democrática teve em Hans Kelsen a contribuição decisiva para viabilizar os mecanismos jurídicos que reconhecem, na própria ordem jurídica, os fundamentos hermenêuticos imprescindíveis à sua própria mudança, enquanto dinâmica de reconhecimento circunstancial da validade normativa e da eficácia destas para regular os próprios fatos sociais novos aos quais a sociedade está constantemente submetida na sua própria evolução natural.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Aurélio Wander. **Hans Kelsen**. Rio de Janeiro. Pq Juris, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo. Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2015.

_____. **O que é justiça**. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

_____. **O problema da justiça**. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

A DEMOCRACIA ESTÁ EM CRISE?

Olivar Augusto Roberti Coneglian¹

Rogério Turella²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o discurso popular e global instalado principalmente na segunda década do século XIX de que a democracia estaria em crise. Tal afirmativa causa espanto quando se parte do entendimento de que o único regime possível é a democracia. Colocar-se-á que uma das principais características de democracia é a capacidade de se reestabelecer e adaptar, desde que mantidos os seus preceitos básicos. Para tanto, necessário pensar em quais são as instituições fundamentais (condições subjacentes) que fizeram o êxito da democracia moderna, o que permitirá apresentar uma oposição a ideia de não democracia. A representação política, os espaços públicos de debate, a função unificadora da Constituição, a independência do Judiciário e a estabilidade das fronteiras ante a circulação intensa de pessoas são fatores que serão pensados.

Palavras-chave: Democracia, crise, não democracia, condição subjacente, democracia liberal.

Abstract: This paper aims to analyze the popular and global discourse installed mainly in the second decade of the 19th century that democracy would be in crisis. This statement is astonishing when one starts from the understanding that the only possible regime is democracy. It will be stated that one of the main characteristics of democracy is the ability to re-establish and adapt, as long as its basic precepts are maintained. Therefore, it is

¹ Juiz de Direito em Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela ITE/Bauru. Graduado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul.

² Professor de Ensino Superior na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Procurador Jurídico na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Processual e Cidadania - UNIPAR. Coordenador do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Segurança Pública e Fronteiras. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Segurança Pública da UEMS - (NUPeSP).

necessary to think about which are the fundamental institutions (underlying conditions) that made modern democracy a success, which will allow to present an opposition to the idea of non-democracy. Political representation, public spaces for debate, the unifying function of the Constitution, the independence of the Judiciary and the stability of borders in the face of the intense movement of people are factors that will be considered.

Keywords: Democracy, crisis, non-democracy, underlying condition, liberal democracy.

1. INTRODUÇÃO

O que é “crise”? Para Hipócrates, crise seria um ponto de progressão da doença ou da cura do paciente que determinava se ele se recuperaria ou morreria.

Para pensar em crise da democracia, deve-se partir do estado em que ela (a democracia) se encontra, e o que pode levá-la a um estado de recuperação ou ao fim.

A democracia pode ser considerada “numa visão integrativa (...) o governo constitucional das maiorias, que, sobre a base da liberdade e igualdade, concede às minorias o direito de representação, fiscalização e crítica no Parlamento”³.

O conceito de democracia pode variar. Mas é importante considerar que é democrático um regime de governo que tem um aspecto comportamental, e contém “um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para formação das decisões políticas (...), mais do que uma determinada ideologia, deve seguir alguns procedimentos universais”⁴. Para tanto, as democracias sempre partem de dois pontos fundamentais: “o sufrágio censitário e representação nacional”⁵.

Sendo assim, a democracia é algo alcançável. Ela está sempre em movimento, na busca do equilíbrio entre igualdade e liberdade. Bobbio, na obra acima citada expôs que “a Democracia perfeita – que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto – deveria ser simultaneamente formal e substancial”⁶.

Assim, deve-se ter cautela ao utilizar a expressão de que a democracia

³ FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo : Saraiva, 1989. p.37.

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Trad. Carmen C. Varrialle, Caetano Lo Monaco, J. Ferreira, Luiz G. Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. p.326.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Democracia possível. São Paulo : Saraiva, 1972. p.12.

⁶ Id. p.329.

está em crise, ou que está desconsolidada. Não é exato utilizar termos como “desconsolidação”, quando ainda não se tem algo absolutamente estável.

A doutrina admite que o século XX foi o século da democracia. Isso não quer dizer que ela foi definitiva (pronta). Foi o século em que ocorreram aprimoramentos da democracia, e em que foram localizados diferentes meios para se manifestar.

Nessa linha, então, quando se fala em crise da democracia, não se está colocando em discussão os fundamentos da democracia, mas se sua sobrevivência (evolução) está sendo posta em xeque. Questiona-se se, diante de inúmeros representantes populistas com tendências autoritárias eleitos em países considerados até então democráticos, se isso é um sinal ou não de que os valores democráticos estão sendo afastados.

Pergunta-se: está em “xeque a própria sobrevivência da democracia liberal?”⁷.

Só o passar da história poderá dizer se a democracia esteve em xeque ou se sobreviveu. Mesmo assim é possível traçar algumas características que permitem concluir que está ocorrendo uma oscilação no que se entende por democracia, ou que o pêndulo democrático tendente a se aproximar para regimes menos democráticos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Democracia liberal/social

Na linha do acima apresentada deve-se ter cuidado com a expressão “democracia”, eis que é um termo de pluralidade científica. E a democracia sempre resistiu atenção entre conceitos de democracia real (existente aqui e agora) e democracia ideal.

Falando de democracias reais, elas têm muitas formas e muitos modelos de organização, cada uma de acordo com a sua história, de acordo com a sua alma, e de acordo com as instituições políticas existentes.

Os exemplos são as democracias brasileira e portuguesa. Enquanto a segunda é semiparlamentar e tem seus problemas indissociáveis dos da União Européia, a primeira é presidencialista.

⁷ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia : por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo : Companhia das Letras, 2019. p. 17.

Para se compreender o fenômeno como um todo, necessário equacionar o problema da democracia na atualidade a partir de um mesmo prisma.

O pensamento político moderno tem inspiração nas revoluções iluministas, nas declarações de direitos. Com estas premissas seguiram os séculos XIX e XX, com um *aggiornamento* inquestionável após a queda das barreiras da guerra fria (1989)⁸.

Todo esse pensamento moderno teve como base dicotomias (dualidades). Quando nasceu, a dicotomia era monarquia x democracia ou aristocracia x democracia; após passou para adicotomia direita x esquerda.

Com a aparente vitória da democracia liberal, o que se percebeu no último quarto do século XX foi uma aparente satisfação com a democracia, o que se sustentou também com a melhora econômica que ocorreu nos países considerados democráticos.

Seguindo a mesma linha de evolução histórica, os problemas do liberalismo evoluíram ao ponto em que o Estado passou a expandir suas funções, os seus serviços, e a intervir no fluxo do direito e no exercício do direito de propriedade.

Principalmente a partir da segunda metade do século XIX e no século XX, o que se percebeu foi que a idéia de democracia não se sustentava somente pela representação ou por eleições periódicas, mas também quando consegue promover algum nível de distribuição de renda.

E a distribuição de renda passa pela idéia de democracia substantiva, ou seja, é aquela que tem condições de promover algum nível de melhoria na qualidade de vida dos indivíduos, por meio do acesso a serviços e bens de consumo. Em decorrência, o Estado vai interferir nas relações contratuais. É o que denominou de democracia social, já que vai promover algumas limitações ao direito de liberdade, para garantir uma maior participação de pessoas, principalmente na economia. A democracia deixa de ter somente significado político, para ter um significado social.

Mas a experiência da democracia social vai trazer os seus problemas; com a criação dos titulares de direitos criam-se os direitos de massas que, por sua vez,

⁸“Com o fim da cortina de ferro, a queda do muro de Berlim, a independência dos estados africanos e a adoção de uma economia de mercado no mundo asiático, observa-se uma tendência clara da democracia de se transformar em regime político universal.” CAGGIANO, Monica Herman. Democracia x Constitucionalismo. Um navio à deriva? Disponível em: <<https://cepes.org.br/site/index.php/2011/06/14/democracia-x-constitucionalismo-um-navio-a-deriva/>>. p.5. Acesso em: 11 set. 2019.

dá origem à comunicação de massa, que ao mesmo tempo em que é inclusiva, também é manipuladora⁹.

A democracia sai das aristocracias (ou oligarquias) e alcança setores que antes não participavam dos grandes debates nacionais, com a amplificação dos meios de comunicação.

Na referida época muitos postulantes ao poder se sentiram tão apreensivos por não entender as novas formas de comunicação como ocorre com alguns nos dias de hoje.

Na democracia social o governo tem que se comunicar com os diversos grupos que se tornaram titular de direitos. Mas essa comunicação que aumenta em quantidade perde em qualidade; ela passa a ser mais superficial, mais emotiva, e em certas vezes contra grupos que ocupavam o espaço político anteriormente. Tem a necessidade de ser uma comunicação política de massa.

Esse cenário da democracia social (de massas) começa a ter algumas transformações após a segunda guerra mundial. Há ampliação da esfera estatal (pública).

Outro problema da democracia social, verificada no Reino Unido na década de (19)70, nos EUA na década de (19)80, e no Brasil da década de 19(90), é que o Estado também estava chegando ao limite de sua capacidade financeira (de gastos).

Paralelamente, o Estado passa a ser cobrado em outras áreas (ex: meio ambiente, patrimônio cultural e imaterial, etc.); é nesse contexto de mudança estrutural da esfera pública que se chega ao momento atual (primeira metade do século XXI).

E, se só isto não bastasse, essa mudança estrutural na esfera pública se faz acompanhar do uso de novas tecnologias pela humanidade.

2.2. Democracia x não democracia

Muito recentemente (segunda década do século XXI), surge por um discurso popular e global uma nova dicotomia: democracia x não democracia.

⁹Dois exemplos muito conhecidos: 1) Getúlio Vargas, quando assume o poder na década de 19(30) cria e incrementa a Rádio Nacional, o que permitiu levar a sua voz para pessoas que não tinham qualquer aproximação com os discursos políticos; 2) O primeiro dos quatro debates ocorridos entre John Kennedy e Richard Nixon na eleição presidencial dos EUA em 1960, foram os primeiros televisionados, e teriam dado a vitória ao primeiro, eis o segundo não estaria preparado para esta nova forma de comunicação.

Com esta irrupção, a nova dicotomia surge de maneira descontrolada, e não se sabe bem qual conteúdo atribuir ao segundo termo (não democracia), alguns falam até em democracia iliberal¹⁰.

O fato é que, subitamente, ainda de forma desordenada, se começa a instalar, principalmente no discurso popular, a dicotomia- democracia x não democracia -, e os estudiosos do direito, herdeiros do pensamento político moderno – instalado a partir do iluminismo – reagem com espanto, decorrente da sensação de se estar frente a uma crise.

O “estado de espanto” decorre do fato de que, se de um lado existe uma convicção profunda que fora transmitida por uma tradição intelectual segundo a qual a democracia é um modo de vida com legitimidade exclusiva, não é concebível que exista a dicotomia democracia x não democracia, pelo qual a própria condição de “não” democracia pode trazer em seu bojo um candidato de igual valor, de igual legitimidade, a democracia.

O ponto é este, o fato de que os modernos (as pessoas do sec. XX e do sec. XXI) só entendem que o único regime possível é o regime de toda a democracia.

Isso não impede a existência de instituições democráticas que podem se corromper. Não impede que a legitimidade se perca pelo exercício indevido das instituições.

Daí surge à principal desafio que é saber quais as instituições fundamentais fizeram o êxito enorme das democracias modernas.

Quais as instituições fundamentais que fizeram a identidade deste modo de viver?

O que no mundo contemporâneo está a desafiar a saúde dessas instituições democráticas?

Aquilo que fez a identidade e a felicidade da democracia moderna, que vê como boa forma de viver, foram quatro institutos ou condições subjacentes

¹⁰ Democracias podem ser iliberais. Isso tende a acontecer particularmente em lugares onde a maioria opta por subordinar as instituições independentes aos caprichos do executivo ou por restringir direitos das minorias que a desagradam. Por sua vez, regimes liberais podem ser antidemocráticos, a despeito de contarem com eleições regulares e competitivas. Isso tende a acontecer sobretudo em lugares onde o sistema político favorece de tal forma a elite que as eleições raramente servem para traduzir a opinião popular em políticas públicas. MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia : por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo : Companhia das Letras, 2019. p. 45

(históricas)¹¹: 1) representação política; 2) conceito moderno de constituição por sua força integradora; 3) Freios e contrapesos e a justiça independente; 4) vastidão e a estabilidade das fronteiras territoriais nas quais eram exercidas e vividas essas instituições.

2.3. Condições subjacentes

Passa-se a discorrer sobre estes institutos, com relevância para o primeiro.

1) Representação política. O instituto vem do mundo antigo, da ideia de isonomia, de igualdade, nas pequenas cidades/estados da antiguidade, em que todos tinham igual oportunidade de fala para decidir os rumos da comunidade. Contudo, o mundo moderno se organizou em torno da destruição da idéia dessa igual oportunidade de fala (pela impossibilidade física inicial) e, pelo contrário, se organizou ao redor da idéia aristocrática de que se elegendo os melhores para o exercício de mandatos longos, estáveis, não imperativos (livres e independentes das vontades volúveis do eleitorado), se conseguiam bons instrumentos de governo. Isso é o coração da democracia moderna.

Nos *federalistpapers* (parágrafo 71 escrito por Alexander Hamilton em 1787) é trazido que, a propósito da representação política, que os representantes eleitos contariam com a gratidão do povo para os homens que tivessem a coragem para servir, correndo o risco de desagradar. Essa afirmação, contudo, parece tão longe e inadequada nos dias de hoje que chega a causar sofrimento, eis que a confiança na capacidade da representação política, em enxergar a vontade geral, está em profunda erosão.

E aqui, sim, neste ponto essencial da democracia moderna, está aberta uma crise, uma fratura (algo em que se deve pensar). E isso está ocorrendo pelo fato de que está mudando de natureza o espaço público, onde se forma a opinião pública, onde têm lugar as eleições competitivas e discussões.

¹¹ Robert Dahl é que utiliza a expressão “condições subjacentes (ou históricas)”. E assim se manifesta o referido autor: “Já sugeria mais de uma vez que certas condições subjacentes (ou históricas) em um país são favoráveis à estabilidade da democracia e que onde essas condições estão francamente presentes ou totalmente ausentes é improvável existir a democracia – ou, se existe, provavelmente é precária. (...) Condições essenciais para a democracia: 1. Controle dos militares e da Polícia por funcionários eleitos 2. Cultura política e convicções democráticas 3. Nenhum controle estrangeiro hostil à democracia. Condições favoráveis à democracia: 4. Uma sociedade e uma economia de mercado modernas 5. Franco pluralismo subcultural. DAHL, Robert. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília Editora Universidade de Brasília, 2009. p.163.

O espaço público, com as novas tecnologias, passou a ter formas imediatas, instantâneas e não filtradas de comunicação, levantando a idéia difusa de que, a par das instituições da democracia representativa, existirão formas de democracia direta, mais imediatas, mais autênticas, mais espontâneas.

O problema é que ainda não existe um ponto de equilíbrio entre uma coisa e outra.

Atualmente se está em um extremo, em que quase todos têm voz (através das mídias sociais), e por tal motivo não há mais possibilidade de o governo monopolizar o discurso sobre temas de interesse público.

Quase todos opinam sobre tudo. Contudo, ao mesmo tempo em que a tecnologia potencializa o meio, de outro lado não garante a mínima qualidade. E cada vez menos se encontra a opinião de uma autoridade sobre o tema.

E mais, não se busca o entendimento ou o diálogo com o outro. A tecnologia da informação permite a obtenção de informações de maneira solitária (máquina e algoritmos), o que faz com que dificilmente o que a outra pessoa fala venha a ser racionalizado, refletido ou escutado. Ocorre uma verdadeira indiferença quanto ao próximo e quanto ao conteúdo. As redes sociais são juízos sumários em que, psicologicamente, pouco importa quem esteja do outro lado.

Assim, não se reconhecem os representantes, eis que é possível dar a opinião de forma direta e imediata; não existe um aprofundamento no assunto debatido; não são perseguidos modos de consenso. E tudo provoca uma verdadeira indiferença para com o próximo (e até mesmo o representante).

Tudo isto provoca um efeito desagregador e desestabilizador da população, de eventual crise.

2) O segundo ponto de crise está na própria idéia da função unificadora da constituição.

A democracia é o local de debate e da deliberação. No entanto, como nas democracias modernas há uma amplitude (pluralidade) de visões do mundo que os antigos não conheciam, deve-se ter o mundo político organizado sobre dois grupos distintos de valores. O primeiro são os valores da competição e, do outro lado, o da pacificação e cooperação. Uma coisa não vai sem a outra.

Se não houver o reconhecimento livre das regras comuns a todos, do que pode ser dito, do que pode ser feito, não haverá espaço para deliberação e para o debate. E não havendo regras para o debate, o pluralismo se transforma em cacofonia e desordem. Por tal motivo a constituição moderna existe para ser o repositório do que pode ser dito e do que deve ser feito.

Essa idéia ocidental de constituição pressupõe e reconhece que podem existir momentos de compressão e de pacificação.

Contudo, nesses tempos do século XXI, existe uma nova visão somente competitiva da vida política, que já não se estrutura diante de uma competição econômica. É uma espécie de conflito, não econômico, não de classes sociais, mas parece que sobre classes culturais. De um lado de conflito parecem estar aqueles (agentes da história) que pretendem tornar invisível e humilhar o outro, o outro do gênero, o outro da geografia, o outro da raça, o outro da religião; e de outro lado está o excluído, que sente a exclusão de tal forma identitária (as políticas de identidade andam em torno desta questão), que parte do princípio de que quem não viveu a sua experiência de dificuldade (ou humilhação), não pode ser capaz de entender o conflito.

Nessa visão, volta a adquirir algum peso a idéia de que as democracias são apenas lugares de debate, sem perdão à vista, e sem lugar para a pacificação.

Este é também um grande desafio contemporâneo¹².

3) Justiça independente. Esse é o terceiro instituto indispensável para propagação da democracia.

Quanto mais violento é o conflito político, mais existe a tendência para devolver ao Poder Judiciário a possibilidade de estabelecer o equilíbrio, como se o Judiciário fosse a única forma de pacificar o que o poder político não é capaz de solucionar. Nesse ponto, não há como se deixar de lado a expressão consagrada: na jurisdicalização da política o direito tem tudo a perder e a política não tem nada a ganhar.

E mais, não pode o Judiciário assumir uma posição descompromissada, mas sim aquela que gere segurança jurídica.

¹² Nesta linha que o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho coloca que existem garantias indispensáveis para impedir a degeneração da democracia. Para ele “Tais garantias são de natureza jurídica. Nestas condensase uma secular experiência. São elas: a constituição rígida, com o devido controle de constitucionalidade, a divisão do Poder, a proteção dos direitos fundamentais.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia no liminar do século XXI. São Paulo : Saraiva, 2001. p.33.

4) A vastidão e a estabilidade das fronteiras territoriais: todas as instituições foram pensadas para serem aplicadas em fronteiras definidas, e para garantir aos cidadãos um mínimo padrão de vida.

A globalização, as novas tecnologias de comunicação, e a circulação intensa de pessoas transformaram tudo isto. Sob outra perspectiva as novas tecnologias também têm causado instabilidade democrática de outras formas, ao ponto em que extingue postos de trabalhos em velocidade maior do que pode criar outros¹³.

Nesta linha, quando surge a crise econômica, os discursos de intolerância ao diferente, ao estrangeiro são potencializados¹⁴. Ora, se além da questão de ausência de representação, também existe crise financeira (o Estado é incapaz de prover necessidades), há aí mais um fator de desequilíbrio que reflete diretamente na democracia.

Com todas estas colocações, a pergunta que deve ainda ficar é, se o sucesso da democracia visto no século XX permanecerá no século XXI.

3. CONCLUSÃO

Feitas as considerações, não há como não deixar de se colocar que, assim como agora, no século XX não foram poucos os que anunciavam a crise ou até mesmo o fim iminente das democracias.

No entanto, não se pode desconsiderar a capacidade que as instituições democráticas têm de se reestabelecer, eis que adaptáveis, desde que mantidos os preceitos básicos.

Assim, para saber se a democracia está em crise “depende do quanto for satisfatória a maneira como os países democráticos resolve (sic) suas dificuldades”¹⁵. E as resolvam de maneira satisfatória para a população.

¹³ Essa disputa desigual entre nossas invenções e nossa força de trabalho baixou salários e roubou de milhões a dignidade de um emprego fixo – e com ela, a valiosa sensação de ser útil e o otimismo quanto ao que nos aguarda. Albright, Madeleine. *Fascismo: um alerta*. São Paulo : Planeta, 2018. p. 118

¹⁴ Preocupados com o seu sustento, os brancos cada vez mais se ressentem dos imigrantes e das minorias étnicas que reivindicam o direito a seus recursos coletivos. Ameaçados pelas forças aparentes incontroláveis da globalização e do terrorismo, reverterem em atitudes menos tolerantes”. MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia : por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo : Companhia das Letras, 2019. p. 217.

¹⁵ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília Editora Universidade de Brasília, 2009. p.181.

REFERÊNCIAS

- ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo: um alerta*. São Paulo: Planeta, 2018.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varrialle, Caetano Lo Monaco, J. Ferreira, Luiz G. Pinto Cacais e RenzoDini. 11. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.
- CAGGIANO, Monica Herman. *Democracia x Constitucionalismo. Um navio à deriva?* Disponível em: <<https://cepes.org.br/site/index.php/2011/06/14/democracia-x-constitucionalismo-um-navio-a-deriva/>>. p.5. Acesso em: 11 set. 2019.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília Editora Universidade de Brasília, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no liminar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo : Companhia das Letras, 2019.

O TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO EM DECORRÊNCIA DA CONDIÇÃO MIGRATÓRIA EM MATO GROSSO DO SUL

Priscila Elise Alves Vasconcelos¹

Sanny Bruna Oliveira Fernandes²

Waldemir de Souza Junior³

Resumo: Em 2019, o Brasil ocupou uma posição receptora significativa de fluxo migratório internacional na América do Sul, seja de populações oriundas de outros países do continente ou não. Nesse enfoque, a pesquisa visa discutir e analisar o novo contexto da migração internacional no Brasil pela ótica do trabalho. O objetivo é fornecer elementos para análise da configuração polarizada da demanda de força de trabalho dos migrantes internacionais e refugiados, partindo da análise macro e micro de fluxo migratório do país, investigatória da vulnerabilidade e inclusão precária daqueles no mercado de trabalho de Mato Grosso do Sul. À luz dos estudos sobre a precarização do mundo do trabalho, as transformações ligadas ao processo de mundialização em andamento, o racismo e a discriminação das minorias étnicas de migrantes internacionais, a metodologia utilizada foi bibliográfica e com base em dados oficiais, de forma a trazer o contexto real a discussão científica.

¹ Estágio Pós Doutoral em Direito das Cidades (UERJ), Doutora em Direito (UVA RJ), Mestra em Agronegócios (UFGD), Especialista em Meio Ambiente (COPPE UFRJ), Especialista em Direito Público e Direito Privado (EMERJ ESA), Professora Universitária(UFGD). Advogada. Pesquisadora do GGINNS. Bolsista PROSUP CAPES UVA.

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2020).

³ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS e inscrito na OAB/MS sob o n. 21.382. Pós-graduado em Direito Administrativo Lato Sensu pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Pós-graduando da especialização Lato Sensu de Direitos Difusos e Coletivos da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul – UEMS. Mestrando no Programa de Fronteiras e Direitos Humanos na Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD.

Palavras-chave: Trabalho; Migrantes Internacionais; Escravidão; Fluxo Migratório.

Abstract: In 2019, Brazil occupied a significant receiving position of international migratory flow in South America, whether from populations from other countries on the continent or not. In this approach, the research aims to discuss and analyze the new context of international migration in Brazil from the perspective of work. The objective is to provide elements for analyzing the polarized configuration of the labor force demand of international migrants and refugees, starting from the macro and micro analysis of the country's migratory flow, investigating the vulnerability and precarious inclusion of those in the labor market of Mato Grosso do Sul. In fact, the studies on the precariousness of the world of work, the transformations linked to the ongoing globalization process, racism and the discrimination of ethnic minorities of international migrants, the methodology used was bibliographically and based on official data, in order to bring the real context to scientific discussion.

Keywords: Job; International Migrants; Slavery; Migration Flow.

INTRODUÇÃO

A globalização permitiu a criação de novas colaborações e cooperações entre as nações e continentes, desta forma possibilitando os infinitos encontros. A consolidação do fenômeno da globalização evidenciou a diferença econômica entre os Estados, incentivando as pessoas a buscarem melhores condições de vida e novos lares. Ademais, os conflitos armados internos nos Estados também contribuem para o crescimento dos deslocamentos (MORAES, 2016, p.191-192).

A partir do conceito de migrantes e refugiados internacionais, objetiva-se demonstrar os movimentos migratórios, características e necessidades, e quais as formas que o estado acolhedor deve agir. Acesso ao trabalho é um direito incumbido ao Estado acolhedor, tendo o dever de assegurá-lo. Cabe, então, uma breve reflexão sobre as atuais inserções, com ênfase no estado de Mato Grosso do Sul.

Segundo GUERRA (2017), as consequências práticas quando a atuação do Estado não se mostra eficaz na garantia deste direito fundamental são destacadas, sendo a submissão dos migrantes e refugiados ao trabalho escravo um dos piores.

De acordo com o art. 2º da Convenção sobre o Trabalho Forçado, nº 29 da OIT, "qualquer trabalho ou serviço requerido de um indivíduo sob ameaça de

qualquer penalidade e para o qual esse indivíduo não seja voluntário”. O art. 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) dispõe que a prática da escravidão em todas as suas formas é proibida, onde ninguém deve ser constringido a executar trabalho forçado ou obrigatório.

Outrossim, na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, III e XLVII, veda, de forma absoluta, a pena de “trabalhos forçados”, o que não se confunde com a pena de “prestação social alternativa”; enquanto aquela é involuntária, degradante e desumana, sendo um ato ilícito, esta modalidade de pena é voluntária e possui caráter ressocializador, sendo um ato lícito (desde que observadas as formalidades legais). Além do que, a conduta é tipificada como crime, nos termos do art. 149 do Código Penal.

E para dar mais proteção a determinados grupos populacionais mais vulneráveis, em 2017 foi instituída a nova Lei de Migração brasileira (Lei 13.345/2017), que colocou o Brasil em posição de vanguarda concedendo aos migrantes uma série de prerrogativas, direitos e garantias que até então eram conferidos apenas aos nacionais. A novel legislação deu concretude ao que estabelece o texto constitucional brasileiro, *in casu* nos arts. 1º, III 5º da Constituição Federal, que consagra o princípio da igualdade entre os brasileiros e os não brasileiros, pugnando de maneira clara o combate à discriminação, à xenofobia e outras práticas que sejam consideradas atentatórias aos direitos humanos (GUERRA, 2017).

Utilizando-se do método dedutivo a partir de investigações bibliográficas e documentais, o presente estudo demonstra que o direito fundamental de acesso ao trabalho necessita da atuação do Estado, que através de políticas públicas deve garantir este direito aos migrantes.

1. BREVE HISTÓRICO DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS NA AMÉRICA LATINA

Os censos demográficos demonstram que em 1991 o Brasil recebeu mais de 66 mil imigrantes, em 2000 foram aproximadamente 144 mil e 590 mil em 2010, esses números também abrangem os imigrantes de retorno, ou seja, são os brasileiros natos que estavam vivendo fora do Brasil (MORAES, 2016, p.198).

Nos anos 2000 e 2014, houve uma predominância da imigração latino-americana, dando ênfase a boliviana, além de colombianos e mexicanos, bem como dos europeus (portugueses, italianos, franceses, espanhóis), africanos, caribenhos e asiáticos, em número menor (MORAES, 2016, p.199).

O aumento do ingresso da solicitação de refúgio teve o percentual de 930% entre 2010 e 2013 (de 566 para 5.882 pedidos), dados fornecidos pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Em 2014, no mês de outubro foram contabilizadas outras 8.302 solicitações, a maioria dos pedidos vieram da África, Ásia e América do Sul (MORAES, 2016, p.199).

A travessia das fronteiras internacionais, por vezes, não são opcionais, mas sim a única alternativa plausível para milhares de pessoas. Ao final de 2013, o número de refugiados registrados era de 51,2 milhões e, ao final de 2014 atingiu 59,5 milhões (MORAES, 2016, p.194). Em 2013, o Brasil ultrapassou 1,9 milhão de imigrantes, representando a porcentagem de 0,95%, enquanto os países desenvolvidos tiveram 10% de imigrantes, incluindo também os sem documentação (MORAES, 2016, p.199).

De acordo com o CONARE, o Brasil possuía 7.289 de refugiados reconhecidos em outubro de 2014, cerca de 81 nacionalidades (25% mulheres), incluindo aqueles reassentados. São indivíduos que foram deslocados por mais de um país estrangeiro, que não o seu país natal, tampouco o primeiro país que os concedeu refúgio (MORAES, 2016, p.200).

Percebe-se que em 2014 houve um aumento considerável de migrantes e refugiados internacionais no Brasil, sendo a maioria latino-americana e europeia, com destaque aos haitianos, senegaleses, os bengalis, os somalis e os ganeses (MORAES, 2016p.201). Os haitianos que migraram para o Brasil - devido miséria e acontecimento do terremoto que atingiu o Haiti em 2010 - começaram a migrar em 2010 e em 2015 já totalizavam 43.971 (MORAES, 2016, p.202).

Em 31 de janeiro de 2020 o Comitê Nacional para Refugiados (Conare), associado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, reconheceu o *status* de refugiado de 17 mil venezuelanos. Em sua totalidade, o CONARE recebeu cerca de 100 mil pedidos de refúgio de cidadãos que se disseram perseguidos pelo regime de Nicolás Maduro. Entre o período de dezembro de 2019 e de 2020, o número de refugiados reconhecidos pelo governo brasileiro passou de 11 mil para quase 40 mil (PALMA, RODRIGUES, 2020).

Entre 2011 a 2018, foram registrados 492,7 mil migrantes, com os haitianos (106,1 mil) representando 21,5%. Pode-se observar na tabela 01, disponibilizada no site oficial do Ministério de Justiça, essas informações.

TABELA 01 – Percentual de imigrantes. Ministério da Justiça.

Principais Nacionalidades: 2010 e 2018	
1º Haitianos	5º Argentinos
2º Bolivianos	6º Chineses
3º Venezuelanos	7º Portugueses
4º Colombianos	8º Peruanos

Fonte: Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Coordenação Geral de Imigração Laboral.

Principais Nacionalidades de 2018
1º Venezuelanos – 39%
2º Haitianos – 14,7%
3º Colombianos – 7,7%
4º Bolivianos – 6,8%
5º Uruguai – 6,7%

Fonte: Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Coordenação Geral de Imigração Laboral.

Portanto, o Brasil pode ser considerado um país destino na rota migratória, de trânsito e de retorno de brasileiros que tiveram no exterior por longos anos e também de acolhedor dos refugiados (MORAES, 2016, p.203).

2. ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO COMO UM DIREITO SOCIAL

Para se consagrar o acesso ao trabalho como um direito humano e indispensável à dignidade, é pretensioso considerá-lo como um bem social da sociedade. Ao prever no art. 23 que “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à

livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”, a Declaração de Direitos Humanos reconhece que é direito de todos o salário igual pelo mesmo trabalho. Nas palavras de SANTIN (2007, p.135), é um dos mais importantes direitos humanos capaz de proporcionar uma vida digna ao indivíduo.

O direito ao trabalho é um valor social, inserido na Carta como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 6º), sendo um direito fundamental de segunda dimensão. Inova ao trazer um capítulo próprio para os direitos trabalhistas, anteriormente inseridos no âmbito da ordem econômica e social (DELGADO, 2015, p. 76).

Insta salientar a importância dos direitos fundamentais face os direitos garantidos nos tratados internacionais. Assim, conforme CENCI; CACHICHI; COSTA, (2014, p. 12) “quando falamos em norma de direito fundamental, recorreremos “sobretudo” a valores veiculados no plano jurídico por princípios hodiernamente positivados nas constituições”. É imprescindível concluir a vinculação desses direitos ao princípio da igualdade feita por BOBBIO (2004, p. 66.), onde afirma que “todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde)”.

Logo, impende ressaltar que os direitos fundamentais sociais necessitam da atuação do Estado para serem efetivados e, nessa senda, segue o direito ao trabalho digno. Bobbio (2004, p.67) afirma que os direitos sociais “exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado”.

Sendo assim, os grupos migratórios internacionais, de indivíduos com características próprias, salvaguardam o direito fundamental social de acesso ao trabalho, devendo o Estado acolhedor garantir e observar as peculiaridades e vulnerabilidades dessas populações na inserção no mercado de trabalho (COSTA e PULCINELLI, 2017).

Portanto, uma vez que não atingir os valores e princípios dispostos na Constituição Federal, inerentes à valorização do trabalho, a livre iniciativa e a sua existência digna, há a ausência de garantia dos direitos fundamentais.

3. MIGRANTES E REFUGIADOS NA CONDIÇÃO ANÁLOGA À ESCRAVIDÃO

Para SASSEN (2011 *apud* SUZUKI, 2019), com a globalização, a demanda por determinadas espécies de mão de obra aumentou, além de existir uma forte demanda por profissionais transnacionais de alto nível e por trabalhadores que irão ocupar postos de trabalho precários e mal remunerados.

Após a Assembleia Geral da ONU de 1990, passou-se a adotar a Convenção para a proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias. Previu a obrigação dos Estados atribuírem aos trabalhos migrantes indocumentados e documentados diversos direitos, sendo eles: civis, sociais, laborais, o acesso à justiça, à saúde, as liberdades de expressão e de culto, à educação para crianças, o direito a participar dos sindicatos e ter direitos trabalhistas equiparados aos trabalhadores nacionais (MORAES, 2016, p.212 e 213).

Mesmo com os direitos assegurados é raro encontrar migrantes que efetivem todos. No Brasil, destacam-se os direitos trabalhistas que na grande maioria são suprimidos, levando em alguns casos a submissão de trabalho análogo ao de escravo.

A nova divisão internacional do trabalho possibilita que alguns trabalhadores, setores e empresas sejam “sobrevalorizados” e outros “subvalorizados”. A incorporação de migrantes nos mercados de trabalho ocorrem em diversas ocupação, porém na maioria das vezes exercem trabalhos manuais e genéricos, sob más condições de trabalho (SUZUKI, 2019). Inclusive, os migrantes internacionais são os atuais representantes da “nova escravidão”, onde o tráfico humano funciona como o principal meio de exploração dessa força de trabalho, geralmente nos indivíduos indocumentados, sem qualquer direito e sujeitos às imposições da organizações criminosas e do empregador (VILLEN, 2012).

Essa migração de modo periférico e de baixa qualificação reflete em uma marginalidade cultural, econômica e social, com isso acaba reproduzindo inclusive em um racismo estruturado no trabalho (Perocco, 2011 *apud* 2012). O número de trabalhadores migrantes no mercado de trabalho formal brasileiro foi positivo em 2018, mesmo sendo menor do que o verificado em 2017, como exposto na Tabela 02.

TABELA 02 – TRABALHADORES E MERCADO (2018)

Ano	Admitidos	Desligados	Saldo
2011	36.364	30.231	6.133
2012	45.308	38.822	6.486
2013	73.717	56.709	17.008
2014	100.849	81.207	19.642
2015	94.870	88.388	6.482
2016	70.335	86.850	16.515
2017	71.814	62.588	9.226
2018	71.882	62.921	8.961

Fonte: Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Coordenação Geral de Imigração Laboral.

No primeiro semestre de 2019, a tendência observada para 2018 foi mantida, ou seja, com saldo positivo nas movimentações de trabalhadores migrantes. Os haitianos e venezuelanos foram as nacionalidades que maior apresentaram movimentação no mercado de trabalho formal brasileiro (CAVALCANTI, OLIVEIRA, MACÊDO, PEREDA, 2019).

Outrossim, o movimento migratório proveniente da Bolívia para o Brasil ocorre desde meados da década de 50 e se intensificaram depois da década de 80. Essa movimentação ocorreu devido às graves dificuldades quanto às percentagens de desempregados na Bolívia, que comprometem principalmente as pessoas que não têm formação superior. Desta forma, faz com que o Brasil seja a oportunidade migratória para os bolivianos que procuram trabalho e melhores condições de vida (ALVES, 2012 apud MARÇAL; NETO; CAIANA; NÓBREGA; LIMA, 2019).

Os bolivianos se concentram em centros econômicos, como na cidade de São Paulo, geralmente atuam nas confecções de roupas, como autônomos ou subcontratados e em oficinas. São resgatados em posição de trabalho análogo ao de escravo, em especial quando são trabalhadores autônomos ou subcontratados, em condições indignas e insalubres, onde a oficina ou a fábrica de costura é o

mesmo ambiente que eles utilizam para dormir (ALVES, 2012 *apud* MARÇAL; NETO; CAIANA; NÓBREGA; LIMA, 2019). Nesse contexto, Suzuki (2016, p.151 *apud* MARÇAL; NETO; CAIANA; NÓBREGA; LIMA, 2019) afirma que os contratos de trabalho são feitos de forma verbal, sendo o valor da passagem a primeira dívida. Além disso, lembra o autor que a entrada dos estrangeiros costuma ser irregular, ocorrendo em muitos casos a retenção dos documentos pessoais.

É perceptível que estes trabalhadores são marcados por vulnerabilidades, essencialmente social e econômica. Ocorre que ao chegarem ao Brasil se deparam com as limitações do preconceito, afastamento social e do idioma. Além disso, há vulnerabilidade ao desconhecimento da lei brasileira, inibindo dessa maneira a ciência dos trabalhadores estrangeiros sobre as garantias que possuem e conseqüentemente aumentando o temor de efetuar denúncias. Na maioria das vezes estão de forma clandestina (BRITO FILHO, 2011 *apud* MARÇAL; NETO; CAIANA; NÓBREGA; LIMA, 2019).

O Conselho Nacional de Imigração (CNIg), através da Resolução Normativa 93, de 23 de dezembro de 2010, trata da proteção à vítima de tráfico de pessoas, inclusive concedendo-lhe visto permanente. A vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes dos fluxos Sul-Sul e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e crianças são os assuntos retratados na Resolução (MORAES, 2016, p. 220). No art. 2º, parágrafo único, dispõe acerca da proteção, abrange os explorados para prostituição ou outras formas de exploração sexual, assim como o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (MORAES, 2016, p. 220).

Nos anos de 2013 e 2014, através de ações de fiscalização, verificou-se a existência de trabalhadores de fábricas de alfaitaria subcontratadas, de marcas conhecidas no mercado, que foram resgatados e libertos. As empresas terceirizavam a fabricação dos itens para as manufaturas, com preços abaixo e conseqüente redução do valor final para o mercado (MARÇAL; NETO; CAIANA; NÓBREGA; LIMA, 2019).

Ao retratar o caso dos haitianos no Brasil, estes realizam requerimentos de refúgio associado ao CONARE e com isso o comitê disponibiliza um formulário,

liberando então a emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e o Cadastro de Pessoa Física (CPF) ao imigrante. Todavia, mesmo com os documentos não existe segurança de que haverá uma promoção de oportunidades de emprego, ensino da língua portuguesa e regularização da documentação, por isso os eles acabam se tornando alvos fáceis do abuso, seja pelo trabalho informal ou por trabalho análogo à escravidão (MARÇAL; NETO; CAIANA; NÓBREGA; LIMA, 2019).

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em 2002, que a condição análoga à escravidão não decorre apenas de constrangimentos físicos, viola também a liberdade individual da pessoa, além de ofender a dignidade da pessoa humana, conseqüentemente os direitos trabalhistas e previdenciários.

Além disso, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) determina que “todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade”. Para o efetivo cumprimento deste dispositivo fundamental foi elaborada a Convenção 29, que é complementada pela 105, dispondo acerca da proibição do trabalho forçado. Essas convenções são consideradas obrigatórias, com ou sem ratificação, pela Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (RODRIGUES, 2018).

É notório esse posicionamento, ao visualizar que o crime previsto no art. 149 do Código Penal de “redução à condição análoga à de escravo”, demonstra não ser necessário a caracterização da violência física para constatação do crime, portanto basta que haja “a coisificação do trabalhador, com a reiterada ofensa a direitos fundamentais, vulnerando a sua dignidade como ser humano”. Nesse sentido, o julgado STF. Inq 3412. Rel Min. Marco Aurélio, julgado em 29/03/2002, decidiu no sentido que “a violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa reduzir alguém à condição análoga à de escravo”.

A ordem jurídica, internacional e nacional estabelece inúmeras normas proibitivas da prática do trabalho escravo. A escravidão não se encontra limitada à violência física (quando viola a liberdade individual), pode ser caracterizada por diversas formas, por exemplo, quando ofende a dignidade da pessoa humana. Contudo, apesar da tutela constitucional, legal e convencional, a escravidão ainda

está presente no Brasil e em outros lugares do mundo, mesmo nos tempos que são considerados “modernos”, acarretando em uma preocupação global.

Em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 489 (rel. Min. Rosa Weber, julgado em 23/10/2017), o STF suspendeu os efeitos da Portaria nº 1.129/2017, levando em consideração que a restrição do conceito de redução a condição análoga a escravo vulnerabilizou princípios da Carta de 1988 além do desrespeito a tratados internacionais sobre Direitos Humanos, possuidores de supralegalidade pelo ordenamento brasileiro.

O migrante internacional detém de uma particularidade no âmbito do trabalho, mas esta realidade não é separada das problemáticas do mundo do trabalho sem sua totalidade, como a presença do trabalho análogo ao de escravo em várias regiões do mundo. Contudo, é necessária a investigação dessa particularidade com caráter de complexidade em um contexto brasileiro, o qual as políticas de proteção ao trabalho se mostram insuficientes ao tentarem conter os fenômenos da desregulamentação, flexibilização e terceirização, estes que estão em movimento nas últimas décadas (ANTUNES, 2006; DEDECCA, 2009; DRUCK ET.AL., 2002 apud VILLEN, 2012).

Apesar das normas, o Brasil ainda está em um processo de integração aos migrantes e refugiados internacionais, onde a realidade seja ajustada ao contexto social, procurando garantir e efetivar os direitos garantidos no ordenamento jurídico.

4. ACESSO DE MIGRANTES E REFUGIADOS INTERNACIONAIS NO MERCADO DE TRABALHO SUL-MATOGROSSENSE

No Brasil, consoante o art. 1º da Portaria Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE - Nº 85 de 18.06.2018, a emissão da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), para migrantes com estada legal no país fica a cargo das Superintendências, Gerências e Agências Regionais do Trabalho vinculadas ao Ministério da Economia, sendo obrigatória a confecção para o exercício de qualquer emprego.

O número de confecção de CTPS emitidas por estes órgãos a migrantes e refugiados internacionais só tem aumentado no decorrer dos anos. Corroborando isso,

o levantamento do “Relatório de Conjuntura: tendências da imigração e refúgio no Brasil”, realizado nos quadrimestres de 2018 e 2019 pelo Observatório das Migrações Internacionais - OBMigra; Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019).

De acordo com os dados do OBMigra (2019), os números demonstraram que o estado do Mato Grosso do Sul ocupa o 9º lugar dos estados que mais empregaram migrantes internacionais e em 3º lugar entre os estados destinos, totalizando 4,7% da média nacional, ficando atrás somente dos estados de Roraima e São Paulo, com uma respectiva média de 81,0% e 9,4%, das solicitações de refúgio. Os grupos étnicos de maior fluxo migratório durante o período estabelecido no relatório foram venezuelanos, haitianos e cubanos concentrando os maiores números de emissões de CTPS no Brasil.

Muitos desses dados se justificam na atualidade pela operação acolhida e também, senão o mais grave, pela migração independente de migrantes indocumentados.

4.1. Operação Acolhida

Criada em meados de 2018 para receber com dignidade migrantes e refugiados venezuelanos, fugidos do país que enfrenta crise político-econômica e êxodo de milhares de pessoas, dada operação se baseia em três pilares: acolhimento, abrigamento e interiorização menciona BRASIL (2020).

Em resumidas palavras, consoante DIAS e SOUZA JUNIOR (2019) “O intuito da estratégia de interiorização é reduzir o impacto da chegada de solicitantes de refúgio e imigrantes venezuelanos em Roraima, permitindo que tenham novas oportunidades de integração e ingresso no mercado de trabalho (...)”. E por ter caráter humanitário, aduz os autores, reúne a cooperação de diversos órgãos governamentais e não governamentais, e neste enfoque segundo MINISTÉRIO DA DEFESA (*apud* DIAS e SOUZA JUNIOR 2019), aquelas pessoas que forem interiorizadas receberão o acompanhamento do voo até as cidades de destino, além de possuírem o devido registro e informações que forem pertinentes.

Portanto, chega-se à conclusão que os grupos migratórios que chegam ao estado sul-mato-grossense com a assistência dessa política são mais insuscetíveis

a supressão de direitos e garantias fundamentais, ou até mesmo ao aliciamento ao trabalho escravo, uma vez que, na maioria das vezes já há direcionamento certo do lugar que ficaram e são documentadas, isto é, munidas de CTPS, CPF, Identidade, Carteira de Vacinação.

4.2. Migrantes indocumentados

Quanto à migração individual daqueles em situação irregular no Brasil e conseqüentemente em Mato Grosso do Sul, ou seja, aqueles que são mais suscetíveis a supressão de direitos e garantias fundamentais, e também ao aliciamento do trabalho escravo, uma vez que, são indocumentados, a realidade é diferente. O local que mais recebe esse tipo de migrante é a cidade de Corumbá-MS. Esclarece LEMOS (2018) que a cidade tem sido rota de fuga á muitos haitianos oriundos do Chile, já que, o país nos últimos anos endureceu a legislação para migrantes.

Continua Lemos (2018) mencionando, que “A estimativa atual é de que cheguem a Corumbá, diariamente, de 10 a 15 haitianos (...)”, sendo que “A cidade é considerada transitória para os imigrantes que vêm do Chile”. Deve-se o fomentando de deslocamento dessas populações pelo país, por medo de represálias, e situação embaraçosa da indocumentação face o governo local.

Outrossim, afirma DA SILVA e LIMA (2017) “Na ilegalidade, esses imigrantes muitas vezes são explorados por empresas clandestinas, que os submete às condições análogas à escravidão, principalmente nos grandes centros do país.”, ora um migrante nesse contexto, torna-se “ (...) encarcerado a essa situação, pois, sem condições financeiras e na ilegalidade, precisa trabalhar no que lhe é oferecido para poder sustentar a família (...)” haja vista, que estas dependem financeiramente no país natal, do trabalho daquele migrante, que agora está em outra pátria diversa.

CONCLUSÃO

O movimento migratório de diversas nacionalidades na América Latina se resume basicamente pela procura de melhores condições de vida, social e principalmente a financeira. E no Brasil este retrato não é diferente. Haja vista

que, a grande maioria dos migrantes e refugiados chegam no país procurando a reinserção no mercado de trabalho, ou seja, emprego.

Observa-se que a pluralidade étnica racial nos últimos anos se intensificou e instaurou-se entre países do próprio continente ou provenientes da América Central. Através do trabalho que edifica o homem e resguarda sua dignidade, assegura o seu poder social, sendo assim, seria incoerente por parte do governo local não assumir o protagonismo de inserção desses migrantes e refugiados internacionais no mercado de trabalho formal.

No entanto, a característica de vulnerabilidade dos grupos migratórios, acabam atraindo uma mazela social mais imoral e desumana da humanidade, a condição de trabalho análogo à escravidão. Considerado como violação aos direitos humanos pela OIT, ONU e entre outras organizações internacionais, assim como um ato atentatório contra os direitos e garantias fundamentais da Magna Carta de 1988. Por conta das diversas situações em que migrantes chegam ao Brasil, estas populações, são mais propensas a ter seu trabalho subvalorizado e funcionando como meio de exploração, seja física, na supressão de direitos trabalhistas, previdenciários ou psicológico.

Dessa forma, busca-se a efetivação dos direitos garantidos, no âmbito internacional e nacional. A documentação é uma maneira, vez que com a regularização do sujeito de direito no país receptor, este poderá reivindicar com maior facilidade, em relação aos indocumentados, pelos seus direitos e estará cumprindo seus deveres.

A grande celeuma de submissão à condição escrava é na maioria das vezes em relação aos migrantes e refugiados indocumentados daqueles que estão no território brasileiro em situação regular. Um exemplo é o estado do Mato Grosso do Sul, o qual se transformou em porta de entrada - através de Corumbá - para haitianos indocumentados vindos de outros lugares do continente. O local vem exigindo uma fiscalização mais dura por conta desta condição, e do crescente movimento migratório. Fica claro, a falta de políticas públicas estaduais relacionada a população migratório indocumentada que chegam no estado e sem respaldo algum pelas autoridades estaduais.

Porém, somente a documentação pode não ser suficiente para solucionar as contratações trabalhistas análogas à escravidão, reforçando a importância de políticas públicas de acompanhamento, dos migrantes e refugiados documentados que se inserem no mercado de trabalho formal com ajuda

governamental, e ao mesmo tempo não há a continuidade da manutenção nos postos de trabalho, principalmente da comunidade venezuelana, a qual se introduz no mercado de trabalho através da Operação Acolhida.

Portanto, é indiscutível que os migrantes e refugiados não estão em pé de igualdade no mundo laboral com os brasileiros. Ainda no século XXI existe uma “servidão” mascarada que causa obstáculo ao acesso a trabalho formal no estado. Cabe ao agente público, dessa maneira, instituir melhorias e proporcionar meios pelos quais, os grupos migratórios ingressem no mercado de trabalho nacional, a fim de que o direito fundamental de acesso universal ao trabalho seja efetivado. E enfim, entender e buscar soluções específicas para cada movimento migratório, e entender as necessidades de cada grupo e indivíduo dentro de cada estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 19 de abril 2020.

_____. Operação Acolhida. Disponível < <https://www.gov.br/acolhida/historico/>> Acessado em 23 de abril 2020.

_____. Portaria Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE - Nº 85 Disponível em <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-sppe-85-2018.htm>> Acesso em 21 de abril 2020.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÉDO, M; PEREDA, L. Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil. A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança pública/ Conselho Nacional de Imigração e Cordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra2019.

CENCI, Elve Miguel; CACHICHI, Rogério Cangusso Dantas; COSTA, Ilton Garcia da. Comentários sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos PNDH3. Diálogos (Im) pertinentes Responsabilidade Civil. Instituto Memória Editora, Curitiba, 1ª ed, 2014, p. 48-63.

COSTA, Ilton Garcia da, PULCINELLI, Ana Luiza Godoy Pulcinelli. Imigrantes: Uma análise Crítica dos Serviços Públicos adotados para a sua inserção no mercado de trabalho. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 243 - 267, jul./dez. 2017. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2017v71p243. Disponível <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1880/1782>> Acesso em: 21 de abril de 2020.

O trabalho análogo à escravidão em decorrência da condição migratória em Mato Grosso do Sul

- DALAGO, Gabriela; RODRIGUES, Gabrielle Tavares. Mato Grosso do Sul é o 4º estado do Brasil com maior número de haitianos. Disponível em: <<http://www.primeiranoticia.ufms.br/cidades/migrantes-e-refugiados/1553/>>. Acesso em: 23 de abr. 2020.
- DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015.
- DIAS, Eliotério Fachin, SOUZA JUNIOR, Waldemir. Operação Acolhida, Processo de Interiorização dos Imigrantes Venezuelanos no Brasil e seus respectivos desafios. In. Congresso Internacional de Direitos Humanos, 16, 2019, Campo Grande - MS. Anais online, ISSN: 2178-7174. Disponível em <https://cidh2019.files.wordpress.com/2019/11/ar_07_10.pdf> Acesso em: 25 de abril de 2020.
- GUERRA, Sidney. A Nova lei de Migração no Brasil: Avanços e Melhorias no campo dos direitos humanos. Revista de Direito da Cidade. Vol. 09, nº 4. ISSN 2317-7721. DOI: 10.12957/rdc.2017.28937, pgs. 1717-1737.
- LEMOS, Vinícius. Cidade no Mato Grosso do Sul vira nova porta de entrada para haitianos. BBC News Brasil. 24 agosto 2018. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45278905>> Acesso em: 25 abril de 2020
- MARÇAL, Marcos Vicente; NETO, Francisco das Chagas Bezerra; CAIANA, Clarice Ribeiro Alves; NÓBREGA, Monnizia; LIMA, Caetano José de. A herança oculta da migração no Brasil: uma discussão acerca do combate ao trabalho escravo - RBFH ISSN 2447-5076 (Pombal - PB, Brasil), v.8, n.1, p.01-09, jan.-dez., 2019. Disponível em: <<http://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RBFH>>. Acesso em: 23 de abril de 2020.
- MENDONÇA, Maressa. Mato Grosso do Sul é o 9º estado do País que mais emprega imigrantes. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/mato-grosso-do-sul-e-o-9o-estado-do-pais-que-mais-emprega-imigrantes>>. Acesso em: 23 de abril de 2020.
- MORAES, Ana Luisa Zago de. Crimigração: a relação entre a política migratória e política criminal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.
- PALMA, Gabriel. RODRIGUES, Mateus. Brasil reconhece, de uma vez, 17 mil venezuelanos como refugiados. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/31/brasil-reconhece-em-bloco-17-mil-venezuelanos-como-refugiados.ghtml>>. Acesso em: 21 de abril de 2020.
- RODRIGUES, Adriana Letícia Saraiva Lamounier. Análise das Convenções 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51686/analise-das-convencoes-29-e-105-da-organizacao-internacional-do-trabalho>>. Acesso em: 27 de abril de 2020.
- SANTIN, Valter Foletto. Migração e Discriminação de Trabalhador. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 131-140, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/76>>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

- SILVA, Leda Maria Messias da; LIMA, Sarah Somensi. Os imigrantes no Brasil, sua vulnerabilidade e o princípio da igualdade. *Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, nº 2, 2017 p. 384-403. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4804>> Acessado em 25 abril 2020.
- SILVA, Silas José da. O trabalho escravo e a ordem jurídica. Disponível: < <https://jus.com.br/artigos/67555/o-trabalho-escravo-e-a-ordem-juridica>>. Acesso em: 24 de abril de 2020.
- SIMÕES, A; HALLAK NETO, J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACEDO, M. Relatório de Conjuntura: tendências da imigração e refúgio no Brasil. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2019. Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados>>. Acesso em: 21 de abril de 2020.
- SUZUKI, Lilian Silva do Amaral. Trajetórias ocupacionais de trabalhadores imigrantes no Brasil: caminhos desiguais -Soc. e Cult., Goiânia, v.22, n.1, p.66-87, jan./jun. 2019. Disponível: <<https://www.revistas.ufg.br/fchf/article/download/57824/33153/>>. Acesso em: 23 de abril de 2020.
- VILLEN, Patricia. Polarização do mercado de trabalho e a nova imigração internacional no Brasil. In: VIII Seminário do Trabalho - Unesp, 2012, Marília. Disponível em: <<http://www.estudosdotrabalho.org/texto/gt5/polarizacao.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO E PODER DE POLÍCIA: O CASO DO NOVO CORONAVÍRUS

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar as possibilidades e os limites do exercício do poder de polícia na situação de estado de necessidade administrativo. Em situação de anormalidade no âmbito da saúde pública, decorrente da pandemia do COVID-19, doença ocasionada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), a Administração Pública tem o desafio de adotar soluções excepcionais, temporárias e proporcionais para proteção do interesse público. O exercício da ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, em momento de anormalidade social, sugere a adoção de soluções estatais restritivas à liberdade, desde que sejam proporcionais e justificadas por razões técnicas. No Brasil, o ordenamento jurídico apresenta possíveis respostas para o enfrentamento do problema pela Administração Pública.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Estado de necessidade administrativo; poder de polícia; coronavírus.

Abstract: This article aims to address the possibilities and limits of the exercise of police power in situations of administrative need. In a situation of exceptionality in the field of public health, resulting from the pandemic of COVID-19, a disease caused by the new

¹ Pós-doutor pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. E-mail: contato@roaa.adv.br.

coronavírus (Sars-Cov-2), the Public Administration faces the challenge of adopting exceptional, temporary and proportional solutions to protect the public interest. The exercise of balancing the fundamental rights involved, at a time of social anomaly, suggests the adoption of state solutions that restrict freedom, requiring that such decisions be proportional and justified for technical reasons. In Brazil, the legal system presents possible answers for Public Administration to face the problem.

Keywords: Administrative Law; State of administrative necessity; police power; coronavirus.

1. INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 11 de março de 2020, declarou a pandemia do Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2).² O termo “pandemia” significa que a doença é disseminada em diversos continentes. Identificado, inicialmente, no final de 2019, na cidade chinesa de Wuhan, o vírus se espalhou rapidamente para centenas de países, inclusive o Brasil.

A pandemia, naturalmente, acarreta crise no sistema público e privado de saúde, bem como gera reflexos negativos na ordem econômica, desafiando as autoridades estatais e a população a adotarem medidas preventivas e repressivas para superação da crise.

Ao lado da necessidade de pesquisas científicas para compreensão do vírus e a busca de vacinas e remédios eficazes, o Poder Público precisa adotar medidas, geralmente amargas, para controlar a disseminação do vírus e a contaminação das pessoas. Em momentos de crise, o Poder Público tem o desafio de adotar condutas excepcionais e temporárias para solução de problemas extraordinários.

O objetivo do presente artigo é apresentar algumas ferramentas do Direito Administrativo no enfrentamento de crises na saúde pública, com destaque para a pandemia do novo coronavírus.

2. FERRAMENTAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ENFRENTAMENTO DAS CRISES: ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO

Tradicionalmente, o Direito Administrativo apresenta ferramentas importantes para os momentos de crise. Diversas normas excepcionais são consagradas no

² WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 15/03/2020.

ordenamento para lidar com situações igualmente excepcionais, tais como: a) desapropriação por necessidade pública (art. 5º, XXIV, da CRFB e DL 3.365/1941); b) requisição de bens no caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV, da CRFB); c) contratação temporária de servidores públicos, sem concurso público, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CRFB); d) contratação direta, com dispensa de licitação, de empresas para prestação de serviços, fornecimento de bens e execução de obras, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem, bem como nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando houver risco de prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares (art. 24, III e IV, da Lei 8.666/1993); etc.

Em situação de anormalidade, o próprio ordenamento jurídico reconhece, portanto, medidas excepcionais (legalidade extraordinária) para o atendimento do interesse público.

O “estado de necessidade” no Direito Administrativo português, segundo José Manuel Sérvulo Correia, constitui princípio geral de direito que condiciona a atuação administrativa em situações de vida caracterizadas pela anormalidade, devendo preencher os seguintes pressupostos:³ (i) perigo iminente e atual: risco de lesão ou ofensa, com caráter de urgência “que, tratando-se de situação de evolução rápida, só uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos”; (ii) interesse público essencial: essencialidade do interesse público tutelado que justifique a inaplicabilidade da “legalidade ordinária”; (iii) circunstância excepcional: realidade social anormal, revestida “de características cuja raridade não tenha permitido a sua previsão para efeito de, através de uma regra excepcional, prevenir os graves inconvenientes da sujeição à regra geral”; (iv) não provocada pelo agente: a situação de anormalidade não pode ter sido provocada pelo agente, tendo em vista o princípio da boa-fé; e (v) adequação da inaplicabilidade da regra estabelecida: juízo sobre a instrumentalidade do afastamento das regras estabelecidas para afastamento ou atenuação do perigo iminente e atual, com o atendimento do interesse público essencial.

Em razão das circunstâncias fáticas excepcionais, que demandam atuações estatais urgentes, admite-se, no estado de necessidade administrativo, a

³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 733-738.

preterição das regras que são aplicadas ordinariamente à Administração Pública, abrindo-se caminho para aplicação de uma legalidade excepcional ou alternativa.

Ao tratar do tema, Paulo Otero sustenta que o estado de necessidade administrativo funciona como verdadeira causa de exclusão da ilicitude de uma atuação administrativa *contra legem*, tendo em vista que a atuação será submetida à uma “legalidade alternativa”. Segundo o autor, a natureza *contra legem* da atividade administrativa relaciona-se com o seu “confronto face à legalidade jurídico-positiva que normalmente rege a Administração Pública, sabendo-se, no entanto, que a mesma é substituída, desde que se verifiquem os pressupostos do estado de necessidade administrativa, por uma legalidade excepcional”⁴

Em Portugal, o estado de necessidade não é reconhecido apenas pela doutrina, mas, também, é consagrado no art. 3º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo que dispõe:

“Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indenizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.”

O reconhecimento do estado de necessidade, contudo, não depende, necessariamente, de sua normatização, ainda que a previsão no ordenamento jurídico tenha o mérito de garantir, de forma explícita, parâmetros, não exaustivos, para atuações administrativas em situações excepcionais.

Em síntese, o estado de necessidade administrativo, como afirma Gustavo Binbenojm, é uma tentativa de “preservar um elo, ainda que tênue, entre o poder e o direito em situações de grave perturbação da normalidade”⁵

Nas situações de estado de necessidade, a visão rígida e tradicional sobre o princípio da legalidade, segundo a qual a Administração Pública somente poderia atuar se autorizada pela lei, sem qualquer margem de inovação – tema bastante controvertido na doutrina –, sofre mitigações para viabilizar atuações administrativas normativas (regulamentos de necessidade) ou concretas caracterizadas como urgentes, excepcionais, temporárias e proporcionais.⁶

⁴ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 998.

⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 151.

⁶ Sobre os regulamentos de necessidade e a releitura do princípio da legalidade administrativa, vide:

Na situação de crise na saúde pública, dois institutos do Direito Administrativo ganham destaque especial: serviços públicos e poder de polícia.

A gestão e a execução de serviços públicos de saúde são fundamentais para prevenção e repressão à disseminação do vírus. A pandemia acarreta sobrecarga nos postos de saúde e nos hospitais públicos – que já apresentam problemas ordinários, infelizmente – e privados, o que revela enorme desafio para racionalização das atividades e atendimentos de todos os pacientes.

No campo do poder de polícia (Direito Administrativo Ordenador),⁷ a Administração Pública, ordinariamente, tem a prerrogativa de exercer o seu poder de polícia com a implementação de restrições à propriedade e à liberdade das pessoas, na forma da legislação vigente.

O reconhecimento de prerrogativas estatais é justificado, normalmente, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Isso não significa dizer supremacia do “interesse do Estado”, enquanto pessoa jurídica, mas, na linha mencionada por Celso Antônio Bandeira de Mello, o reconhecimento da “dimensão pública dos interesses individuais”⁸

Atualmente, a polêmica sobre a existência do “princípio da supremacia do interesse público”, em razão da centralidade dos direitos fundamentais, não impede o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de prerrogativas estatais para restrição de direitos individuais para satisfação de outros direitos igualmente fundamentais e coletivos.⁹ Ocorre que a definição do interesse público deixa de ser definido a partir do inteiro arbítrio do administrador, “passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados”.¹⁰

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 62. Segundo, Juan Carlos Cassagne, a admissibilidade desses regulamentos, que não se encontram previstos expressamente no texto constitucional, é fundamentada pelo princípio da subsistência e continuidade do Estado. CASSAGNE, Juan Carlos. “Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino.” In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 73, Madrid: Civitas, p. 17/28.

⁷ Carlos Ari Sundfeld propõe a substituição da expressão “poder de polícia” pelo termo “administração ordenadora” que seria conceituada como “parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 62.

⁹ Sobre a discussão, vide: ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *Revista Trimestral de Direito Público* 24, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 159/180.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de*

Uma das características marcantes do poder de polícia é a sua autoexecutoriedade que representa a prerrogativa conferida à Administração para implementar os seus atos, sem a necessidade de manifestação prévia do Poder Judiciário.¹¹ Em casos de urgência, a doutrina converge para o reconhecimento da necessidade de medidas estatais autoexecutórias, com o intuito de satisfazer o interesse público.

É preciso esclarecer que a autoexecutoriedade não significa arbitrariedade – confusão encontrada em alguns estudos sobre o tema –, pois a atuação administrativa sempre deverá observar a juridicidade, com a ponderação, devidamente justificada, entre direitos fundamentais conflitantes.

Infelizmente, não é novidade a constatação de situações emergenciais no âmbito da saúde pública que exigem medidas estatais restritivas intensas ao direito de liberdade e à autonomia privada.

Lembre-se, por exemplo, da Revolta da Vacina, ocorrida, em 1904, no Rio de Janeiro, capital do Brasil à época. No governo do presidente Rodrigues Alves, o Rio de Janeiro recebeu intensas transformações urbanas, implementadas pelo Prefeito Pereira Passos, bem como adotou medidas extremas de higienização e limpeza urbana por intermédio do médico sanitarista Oswaldo Cruz, Diretor-Geral de Saúde Pública (DGSP), com o objetivo de combater a febre amarela, tuberculose, peste bubônica, tuberculose, varíola, entre outras doenças que arruinavam a saúde pública, com reflexos negativos, também, na economia.

As medidas urbanísticas (ex: reforma “bota-abaixo”, com a demolição imóveis velhos para construção de avenidas, edifícios, praças e jardins) e sanitárias (ex: criação das Brigadas Mata-Mosquitos, grupamento de agentes sanitários que ingressavam forçadamente nas residências para combater a febre amarela) adotadas, respectivamente, por Pereira Passos e Oswaldo Cruz, geraram forte insatisfação popular e o estopim para revolta foi a promulgação da Lei 1.261/1904 que tornou obrigatória a vacinação e a revacinação contra a varíola em toda República. Diversos fatores contribuíram para a revolta popular, especialmente, a falta de informação da população; o contexto de restrições estatais à liberdade e à propriedade privada; os excessos das autoridades públicas na implementação das medidas restritivas; movimentos políticos; etc.

avanços e retrocessos. In: *Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n. 13, março/abril/maio, 2008, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 08/05/2009.

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed., Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 284-287.

Em 2009, a influenza pandêmica (H1N1) H1N1, conhecida como gripe suína, afetou mais de 100 países, incluído o Brasil. Em 2010, foi elaborado o Plano Brasileiro de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza e a adoção de medidas preventivas e repressivas para garantia de saúde pública.¹²

Recentemente, no combate à epidemia da dengue, alguns entes da Federação adotaram medidas de poder de polícia para garantia da saúde pública. Destaca-se, nesse ponto, a Lei 13.301/2016 que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika. O art. 1º, § 1º, IV, da Lei em comento autorizou, por exemplo, o “ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, no caso de situação de abandono, ausência ou recusa de pessoa que possa permitir o acesso de agente público, regularmente designado e identificado, quando se mostre essencial para a contenção das doenças.”¹³

Trata-se de relativização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio em favor da necessidade de garantia de saúde pública por meio da atuação da vigilância sanitária, mesmo sem mandado judicial, tendo em vista a situação emergencial.¹⁴

¹² Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. Grupo Executivo Interministerial. *Plano Brasileiro de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza*. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_brasileiro_pandemia_influenza_IV.pdf>. Acesso em: 15/03/2020.

¹³ Em relação ao ingresso forçada nos imóveis públicos e privados, o art. 1º, § 2º, Lei 13.301/2016 considera: a) imóvel em situação de abandono: aquele que demonstre flagrante ausência prolongada de utilização verificada por suas características físicas, por sinais de inexistência de conservação, pelo relato de moradores da área ou por outros indícios que evidenciem a sua não utilização; b) ausência: a impossibilidade de localização de pessoa que possa permitir o acesso ao imóvel na hipótese de duas visitas devidamente comunicadas, em dias e períodos alternados, dentro do intervalo de dez dias; e c) recusa: negativa ou impedimento de acesso do agente público ao imóvel. O art. 4º da Lei autoriza o ingresso forçado sempre que se verificar a existência de outras doenças com potencial de proliferação ou de disseminação ou agravos que representem grave risco ou ameaça à saúde pública, condicionada à declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN.

¹⁴ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld afirma: “O ingresso forçado no contexto de um programa de vigilância epidemiológica em que se busque a cobertura total (como no caso da dengue) é uma situação muito diferente. A medida é claramente geral, envolvendo todos os ambientes de uma dada região. Não há um endereço específico, nem cunho de pessoalidade. Na decisão de vistoriar não se leva em conta qualquer característica individual do morador, o qual pode permanecer no anonimato; dele nada se subtrai, contra ele nada se produz. Daí a impertinência do mandado judicial”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Combate à dengue X inviolabilidade de domicílio: vigilância epidemiológica e direitos constitucionais*. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=361>>. Acesso em: 15/03/2020. Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sustenta que, no combate preventivo à dengue, as autoridades administrativas dependem de autorização judicial para ingressarem nos domicílios, dispensada a autorização judicial apenas nos casos de “risco comprovado e iminente de dano”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Abstração e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública*.

Outros diplomas legais estabelecem a possibilidade de interdição voluntária de pessoas, com a restrição à liberdade pessoal em favor da proteção da saúde. Mencione-se, por exemplo, a Lei 10.216/2001 que prevê a internação involuntária das pessoas portadoras de transtornos mentais.¹⁵ Outro exemplo é a Lei 13.343/2006, alterada pela Lei 13.840/2019, que admite, em seu art. 23-A, § 3º, II, e § 5º, a internação involuntária dos dependentes de drogas.¹⁶

Nesses casos, a ponderação realizada pelo legislador relativizou o direito fundamental à liberdade em favor do direito fundamental à saúde. Em razão do caráter extremo da medida, a implementação da internação involuntária deve ser considerada excepcional, exigindo-se justificativa adequada, apoiada em laudo médico circunstanciado e individualizado.¹⁷

Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=360>>. Acesso em: 15/03/2020. Dalmo de Abreu Dallari, por sua vez, sustenta que na ausência da situação emergencial, “o agente administrativo deverá dirigir comunicação aos órgãos competentes, solicitando as providências necessárias para obtenção de autorização judicial para penetrar em recintos privados”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações*. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=359>>. Acesso em: 15/03/2020.

¹⁵ Lei 10.216/2001: “Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.” Ao contrário da compulsória, a norma não exige autorização judicial para interdição involuntária. O STJ já afirmou a juridicidade da internação compulsória, desde que baseada em parecer médico. STJ, HC 130.155/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.05.2010. Sobre a constitucionalidade da citada Lei, Ingo Sarlet e Fábio Monteiro afirmam: “Assim, aplicada em sintonia com os princípios do devido processo legal e da proporcionalidade, portando, manejada de um modo constitucionalmente adequado, a Lei nº 10.216/2001 poderá, mesmo no caso de internação obrigatória, operar como um meio que simultaneamente assegura o tratamento das pessoas com transtorno mental e promove a sua reinserção social e sua cidadania.”. SARLET, Ingo Wolfgang; MONTEIRO, Fábio de Holanda. Notas acerca da legitimidade jurídicoconstitucional da internação psiquiátrica obrigatória. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v.10, n.2, p. 1393-1436, 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em: 15/03/2020.

¹⁶ Lei 13.343/2006: “Art. 23-A (...) § 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas; II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida. (...) § 5º A internação involuntária: I - deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável; II - será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde; III - perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável; IV - a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento.”

¹⁷ No mesmo sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Análise constitucional da relação entre saúde pública e internação psiquiátrica compulsória. *Jus Navigandi* (Online), v. 22, p. 01, 2017.

3. ORDENAMENTO JURÍDICO E O NOVO CORONAVÍRUS: O REGIME JURÍDICO DA LEI 13.979/2020

No momento atual, reconhecida a pandemia do Covid-19, justifica-se, com maior razão, a adoção de medidas urgentes e restritivas, necessárias para conter o avanço da contaminação que coloca em risco a saúde pública.

Diversos países têm adotado medidas preventivas – há discussão entre os especialistas sobre a demora na adoção dessas medidas – que restringem a liberdade das pessoas, como, por exemplo, a proibição de ingresso de pessoas em seus territórios, a estipulação de quarentena para pessoas contaminadas pelo vírus, etc.

No Brasil, as ações de vigilância epidemiológica adotadas no âmbito do Sistema único de Saúde (SUS) encontram-se previstas na Lei 8.080/1990 que, de acordo com o art. 6º, § 2º, compreendem as “ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”.

A Lei 6.259/1975, por sua vez, ao tratar da notificação compulsória de doenças, inclusive com a previsão de isolamento e quarentena (art. 7º, I), prevê que a autoridade sanitária deverá efetuar a investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob o risco (art. 11, *caput*). A autoridade poderá exigir e executar investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos populacionais determinados, sempre que julgar oportuno visando à proteção da saúde pública (art. 11, parágrafo único).

Em razão dos resultados, parciais ou finais, das investigações, dos inquéritos ou levantamentos epidemiológicos, a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente (art. 12 da Lei 6.259/1975).

Nesse caso, as pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas citadas medidas, ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária (art. 13 da Lei 6.259/1975).

O descumprimento das determinações realizadas pelas autoridades poderá

configurar infração sanitária, na forma da tipificação contida na Lei 6.437/1977. De acordo com o art. 10 da referida Lei, constitui infração sanitária, por exemplo, “impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis” (VII) e a “inobservância das exigências sanitárias relativas a imóveis, pelos seus proprietários, ou por quem detenha legalmente a sua posse” (XXIV).

Lembre-se, ainda, a possibilidade de aplicação de sanções penais por crimes contra a saúde pública. O art. 268 do Código Penal, por exemplo, tipifica o crime de “Infração de medida sanitária preventiva”, consubstanciado na infração de determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa, com a previsão de detenção de um mês a um ano, e multa. Na forma do parágrafo único do citado artigo, a pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Cite-se, também, o art. 269 do Código Penal, que trata do crime de “Omissão de notificação de doença”, com a fixação de detenção de seis meses a dois anos, e multa, para o médico que deixar de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória.

Não obstante a legislação vigente já autorizasse a adoção de medidas excepcionais para garantia da saúde pública, optou-se pela promulgação de legislação específica para fixação de normas sobre o enfrentamento do novo coronavírus.

Com efeito, a Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, fixou normas sobre as medidas emergenciais para o enfrentamento do coronavírus. Trata-se de lei temporária que tem a sua vigência restrita à duração do estado de emergência internacional pelo coronavírus responsável pelo surto de 2019, cabendo ao Ministério da Saúde a edição de atos normativos necessários à sua regulamentação e operacionalização (arts. 7º e 8º).

Em seu art. 3º, o legislador elencou, exemplificativamente, algumas medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades competentes, a saber:¹⁸

- a) isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus (art. 2º, I);

¹⁸ Os §§ 5º ao 7º, do art. 3º, da Lei 13.979/2020 dispõem sobre a competência para normatização e adoção das medidas restritivas.

- b) quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (art. 2º, II);
- c) determinação de realização compulsória de: (i) exames médicos; (ii) testes laboratoriais; (iii) coleta de amostras clínicas; (iv) vacinação e outras medidas profiláticas; ou (v) tratamentos médicos específicos;
- d) estudo ou investigação epidemiológica;
- e) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;
- f) restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;
- g) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
- h) autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: (i) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e (ii) previstos em ato do Ministério da Saúde.

É possível perceber que diversas medidas elencadas na nova legislação já poderiam ser adotadas pela Administração Pública, com fundamento nas normas constitucionais e legais vigentes.

Isso não retira a relevância da Lei 13.979/2020 que tem o mérito de garantir maior segurança jurídica aos gestores públicos na adoção de medidas restritivas de direitos e aos particulares, inclusive com a estipulação de limites à atuação administrativa, de forma a prevenir possíveis arbitrariedades.

Destaca-se, aqui, o § 1º do art. 3º do referido diploma legal que dispõe que as medidas restritivas “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

A necessidade de fundamentação científica na implementação de medidas restritivas de direitos fundamentais tem por objetivo evitar uma espécie de

“seletividade arbitrária” por parte de parcela dos agentes públicos, impedindo atuações pautadas em subjetivismo preconceituoso.

Igualmente, a limitação, espacial e temporal, da medida restritiva é salutar, uma vez que medida excepcional deve ser implementada no local específico em que o vírus tem incidência e perdurar pelo tempo necessário à proteção da saúde pública.

O fato de ser permitida a adoção de medidas restritivas excepcionais, que restringem o direito fundamental de locomoção, não significa dizer, portanto, que o Poder Público tem plena liberdade para agir. Aliás, a chave da distinção entre a “discricionariedade legítima” e a “arbitrariedade proibida” reside justamente na motivação que, mais do que um requisito meramente formal, representa a justificação do ato e permite constatar se este foi fruto de um mero capricho (arbitrariedade) do administrador.¹⁹

Além dos limites destacados anteriormente, o art. 3º, § 2º, da Lei 13.979/2020 resguarda determinados direitos às pessoas afetadas pelas medidas restritivas, como, por exemplo:

- a) direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;
- b) direito de receberem tratamento gratuito; e
- c) pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, na forma do art. 3º do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto 10.212/2020. O art. 2º § 3º da Lei 13.979/2020 considera, ainda, “falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada” o período de ausência decorrente das medidas restritivas.

Em matéria de contratação pública, o art. 4º da Lei 13.979/2020 dispensa a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. A dispensa de licitação em comento é temporária, vigente enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, e os respectivos contratos serão imediatamente disponibilizados em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (art. 4º, § 1º e § 2º).

¹⁹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa. In: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: CGPJ-Centro de Documentación Judicial, 2003. p. 73.

Por fim, o enfrentamento do problema depende, necessariamente, da colaboração da sociedade civil e do mercado, bem como do diálogo entre as autoridades públicas dos diversos entes da Federação.

Nesse contexto, o art. 5º da Lei 13.979/2020 dispõe que toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de (i) possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus e (ii) circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus.

Por sua vez, o art. 6º da Lei 13.979/2020 determina o compartilhamento obrigatório entre órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. As pessoas jurídicas de direito privado também devem compartilhar os referidos dados quando houver solicitação da autoridade sanitária (art. 6º, § 1º).

Em razão da declaração da pandemia do Covid-19 pela OMS, no dia 11 de março de 2020, diversos entes da Federação publicaram, rapidamente, decretos para regulamentar as medidas temporárias para prevenção e combate ao novo coronavírus, tais como:

* Decreto 47.246, de 12/03/2020, do Município do Rio de Janeiro: na essência, reproduz o conteúdo da Lei 13.979/2020.

* Decreto 46.970, de 13/03/2020, do Estado do Rio de Janeiro. Estabelece, em resumo, as seguintes medidas:

a) servidor público, empregado público ou empregados das empresas terceirizadas, que apresentar febre ou sintomas respiratórios, será considerado suspeito e deverá adotar o protocolo de atendimento específico definido pela Secretaria Municipal de Saúde (art. 2º);

b) trabalho remoto – regime homeoffice –, desde que observada a natureza da atividade, mediante a utilização de tecnologia de informação e de comunicação disponíveis (art. 3º); e

c) suspensão, pelo prazo de 15 dias, das seguintes atividades (art. 4º): c.1) realização de eventos e atividades com a presença de público, ainda que previamente autorizadas, que envolvem aglomeração de pessoas (eventos desportivos, shows, feiras, eventos científicos, comícios, passeatas e afins); c.2) atividades coletivas de cinema, teatro e afins; c.3) visitação às unidades prisionais, inclusive aquelas de natureza íntima; c.4) transporte de detentos para realização de audiências de qualquer natureza, em cada caso, o Secretário de Estado

de Administração Penitenciária deverá apresentar justificativa ao órgão jurisdicional competente; c.5) visita a pacientes diagnosticados com o COVID-19, internados na rede pública ou privada de saúde; c.6) das aulas, sem prejuízo da manutenção do calendário recomendado pelo Ministério da Educação, nas unidades da rede pública e privada de ensino, inclusive nas unidades de ensino superior, sendo certo, que o Secretário de Estado de Educação e o Secretário de Estado de Ciência, Tecnologia e Inovação deverão expedir em 48 horas ato infralegal para regulamentar as medidas estabelecidas no Decreto; c.7) o curso do prazo recursal nos processos administrativos perante a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, bem como, o acesso aos autos dos processos físicos.

* Decreto 40.520, de 14 de março de 2020, do Distrito Federal. Prevê, em síntese, as seguintes determinações:

- a) suspensão pelo prazo de 15 dias (art. 2º): a.1) eventos, de qualquer natureza, que exijam licença do Poder Público, com público superior a cem pessoas; a.2) atividades coletivas de cinema e teatro; a.3) atividades educacionais em todas as escolas, universidades e faculdades, das redes de ensino pública e privada;
- b) os bares e restaurantes deverão observar na organização de suas mesas a distância mínima de dois metros entre elas (art. 3º);
- c) os eventos esportivos no Distrito Federal somente poderão ocorrer com os portões fechados ao público, mediante autorização sanitária expedida pela Subsecretaria de Vigilância à Saúde do Distrito Federal e Termo de Compromisso assinado pelos organizadores (art. 4º);
- d) a elevação de preços, sem justa causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os preços dos insumos e serviços relacionados ao enfrentamento do COVID-19 será considerada abuso do poder econômico, na forma do art. 36, III, da Lei Federal 12.529/2011 e do art. 2º, II, do Decreto Federal 52.025/1963, sujeitando-se às penalidades previstas em ambos os normativos (art. 5º);
- e) o servidor público, empregado público ou contratado por empresa terceirizada que apresentar febre e/ou sintomas respiratórios (tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar e batimento das asas nasais) ou que tenha retornado de viagem internacional, nos últimos dez dias, deverá permanecer em casa e adotar o regime de teletrabalho, conforme orientação da chefia imediata (art. 6º); e
- f) as pessoas físicas e jurídicas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas no Decreto, sob pena de responsabilização (art. 7º).

Os atos normativos em questão fixam medidas temporárias que podem e devem ser revistas periodicamente, com o objetivo de verificar a necessidade de permanência, de alteração ou de revogação dos seus comandos excepcionais, levando em consideração os resultados das medidas preventivas e corretivas adotadas no combate ao novo coronavírus.

4. CONCLUSÕES

Não representa qualquer novidade o embate entre a liberdade individual e as medidas estatais sanitárias restritivas para garantia da saúde pública. O conflito não apresenta solução fácil, exigindo a ponderação entre os direitos fundamentais contrapostos.

Em casos emergenciais, revela-se possível, em tese, a adoção de medidas excepcionais, de forma proporcional e justificada, que restringem a liberdade individual para garantir a saúde pública. Como dizia Hipócrates, considerado o pai da medicina, “para os males extremos, só são eficazes os remédios intensos”.

Isso não significa dizer, naturalmente, um cheque em branco aos agentes públicos competentes que deverão agir, em conformidade com os limites fixados no ordenamento jurídico, sob pena de responsabilidade.

O Direito Administrativo possui ferramentas para o enfrentamento da crise na saúde pública, mas, evidentemente, o Direito não é suficiente para resolução de todos os problemas, revelando-se fundamental, no ponto, a conscientização da população e os avanços da ciência na busca de tratamentos adequados no tratamento das pessoas contaminadas pelo coronavírus.

A inércia estatal é indesejada no momento de crise, assim como revela-se vedada a adoção de medidas arbitrárias que extrapolam a proporcionalidade na restrição de direitos individuais. O desafio, como de praxe, é encontrar o ponto médio na ponderação entre as liberdades individuais e a necessidade de proteção da saúde pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Revista Trimestral de Direito Público 24, São Paulo: Malheiros, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE), Salvador,

- Instituto Brasileiro de Direito Público n. 13, março/abril/maio, 2008, p. 1-43. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 08/05/2009.
- _____. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CASSAGNE, Juan Carlos. "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino." In: Revista Española de Derecho Administrativo, n. 73, Madrid: Civitas, 1992.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Análise constitucional da relação entre saúde pública e internação psiquiátrica compulsória. Jus Navigandi (Online), v. 22, 2017.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F.P.D. Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=359>>. Acesso em: 15/03/2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=360>>. Acesso em: 15/03/2020.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa. In: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. Constitución y control de la actividad administrativa. Madrid: CGPJ-Centro de Documentación Judicial, 2003. p. 73.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 21 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 8 ed., Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 284-287.
- _____. A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MONTEIRO, Fábio de Holanda. Notas acerca da legitimidade jurídicoconstitucional da internação psiquiátrica obrigatória. Revista Eletrônica Direito e Política, v.10, n.2, p. 1393-1436, 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 15/03/2020.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador, São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Combate à dengue X inviolabilidade de domicílio: vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=361>>. Acesso em: 15/03/2020.

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O MODELO CONTEMPORÂNEO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: POR UMA VISÃO INTERMÉDIA ENTRE PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS

Rafael Meireles Saldanha¹

Resumo: A pesquisa buscou observar a evolução dos direitos fundamentais utilizando a doutrina de Robert Alexy com o intuito de examinar se a ausência de uma prestação prevista na constituição pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la judicialmente. Em um segundo momento, foram realizados estudos sobre o conceito, tipo de abordagem e ciclo de elaboração das políticas públicas. A pesquisa evidencia o Poder Judiciário como ator estatal envolvido no processo de tomada de decisão de políticas públicas na área da saúde, dando ênfase na relação entre a intervenção dos juízes e a democracia. O arcabouço teórico que fundamenta as análises parte do estudo das concepções contemporâneas sobre o conteúdo das constituições e atividade jurisdicional, observando o debate entre procedimentalistas e substancialistas.

Palavras-chave: Direitos sociais; criação de políticas públicas; controle judicial das políticas públicas; judicialização.

¹ 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. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

Abstract: The research aims to observe the evolution of fundamental rights using the doctrine of Robert Alexy in order to examine whether the absence of a benefit provided for in the constitution can generate a subjective individual right to demand it in court. In a second step, studies on the concept, approach and the cycle of elaboration of public policies will be object of scrutiny. The research highlights the judiciary as state actor involved in the decision making of public policies in health, with emphasis on the relationship between the intervention of judges and democracy. The theoretical framework underlying the analysis will be oriented by the contemporary conceptions of the content of constitutions and judicial activity, observing the debate between proceduralists and substantialists.

Keywords: Social rights; creation of public policies; judicial control of public policies; judicialization.

“A pergunta é onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados”.

(Robert Alexy, 1983)

1. INTRODUÇÃO

A intervenção dos juízes no controle de políticas públicas é apenas um dos diversos fatores envolvidos no processo de decisão política. Bucci² ressalta que, especialmente a fase de criação de políticas públicas não é própria da atividade jurisdicional, dada a alta complexidade destes instrumentos. Dessa forma, questiona-se até que ponto a intervenção judicial possui validade para tanto:

A exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir seu cumprimento em juízo.

Além disso, a autora complementa que as políticas públicas dependem sempre de uma conotação valorativa. Por um lado, o governo implementador da

² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257.

medida busca racionalizar a ação governamental expondo as metas e objetivos, e por outro lado, os opositores desta ação questionam a eficiência da medida, fazendo parte, portanto, do processo democrático:

Envolveriam sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins de ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e Objetivos.³

Dessa maneira, a criação, implementação e avaliação de políticas públicas unilateralmente pelo poder judiciário fere o princípio democrático, pois a tomada de decisão política não reflete a vontade da maioria, ainda que seja realizada seguindo os princípios norteadores da ação judicial. Na realidade, é contraditório juízes não-eleitos limitarem a vontade de representantes eleitos pela sociedade por meio de um processo democrático previsto pela constituição vigente.

Entretanto, também é assegurado ao cidadão a possibilidade de recorrer à justiça caso haja violação a algum direito seu, pois o Poder Judiciário não pode se escusar de apreciar qualquer lesão a direito. Por este motivo, cresce tanto a judicialização de políticas públicas objetivando a apreciação do seu conteúdo.

Portanto, se faz necessário estabelecer limites a esta intervenção, de maneira que sejam respeitados os princípios constitucionais que asseguram a democracia. Por isso, pretende-se dar enfoque a relação da judicialização de políticas públicas com a democracia, argumentando que a intervenção judicial se mostrará diferentemente adequada para os momentos distintos do ciclo de políticas públicas.

Para tanto, observa-se que o controle judicial de políticas públicas pode ser anterior, simultâneo ou posterior à medida, se relacionando assim com as diferentes fases do ciclo, qual seja, criação, implementação ou avaliação.

A elaboração das políticas públicas é conhecida como ciclo de políticas públicas. Neste ciclo de políticas é possível visualizar as diferentes etapas do processo, auxiliando a melhor compreensão do objeto de estudo. Leonardo

³ *Ibidem*, p. 252.

Secchi⁴ restringe o modelo as sete momentos distintos e independentes: 1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 5) implementação, 6) avaliação, 7) extinção.

Deve-se primeiramente identificar que as fases do ciclo que se relacionam com a criação ou extinção de políticas públicas são: (1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 7) extinção. E estas demandam uma intervenção judicial de caráter anterior à própria política pública ou pretendem uma modificação da mesma, o que acarreta, de qualquer maneira, o descumprimento daquilo que foi acordado pelo “jogo de interesses” (inerente ao processo democrático) que se estabeleceu até a sua implementação.

Pretende-se, nas seções seguintes, a partir da identificação desta relação entre as fases do ciclo e do momento que se dá essa intervenção, examinar os limites impostos para que o controle seja de forma democrática. Percebe-se que não é possível, pelo processo democrático, a formulação de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário, na medida em que se substituiria, indiscriminadamente, a vontade da maioria pela vontade judicial.

2. OS LIMITES DA ATIVIDADE JUDICIAL E A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA PARA JOHN ELY: AS CORRENTES INTERPRETATIVISTA E NÃO-INTERPRETATIVISTA

O debate entre procedimentalistas⁵ e substancialistas⁶ se encontra, atualmente, no foco de estudo dos teóricos da Constituição, principalmente com relação às concepções contemporâneas sobre o conteúdo das constituições e a atividade jurisdicional.

A interpretação constitucional, pelo viés substancialista, deve objetivar ser um instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Esta teoria defende que determinados valores são socialmente relevantes e, portanto, devem ser utilizados para justificar as decisões judiciais. Por outro lado, os procedimentalistas

⁴ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33.

⁵ Entre os defensores desta corrente se encontram: John Hart Ely, Jürgen Habermas, Cláudio Pereira de Souza, Marcelo Cattoni e Rogério Gesta Leal.

⁶ Destacam-se: Ronald Dworkin, Fábio Konder Comparato, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Paulo Bonavides e Mauro Cappelletti.

entendem que a jurisdição constitucional deve ser um instrumento de defesa do procedimento democrático.⁷

John Hart Ely, em sua obra “Democracia e Desconfiança: uma teoria da revisão judicial”, apresenta comentários sobre o debate entre os interpretativistas e não-interpretativistas acerca dos limites da intervenção judicial nos Estados Unidos.

A corrente interpretativista não busca a literalidade da lei, e sim a investigação da vontade do legislador. O interpretativismo pretende que os magistrados não extingam a vontade do poder político eleito democraticamente ao retirar valores fora do estabelecido pelo poder legislativo (a pretexto de defenderem a própria constituição). Jane Pereira⁸ ressalta que o essencial para este método hermenêutico é o pressuposto que “*as leis só podem ser declaradas inválidas mediante um processo dedutivo que tenha como premissa norma claramente identificável na Constituição*”. Nesta esteira, Canotilho⁹ avalia que esta corrente fixa parâmetros para que seja aplicada a Constituição:

As corrente interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou pelo menos, nela claramente implícitos.

Já a corrente não-interpretativista sustenta uma postura hermenêutica que busca o sentido substancial da constituição com a finalidade de justificar uma atuação judiciária embasada em valores “maiores”. Essa denominação, não-interpretativismo, se justifica pelo fato desta corrente recorrer a certos valores que não foram resultados de uma interpretação direta do texto constitucional. De acordo com Canotilho¹⁰:

As correntes não-interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípios da liberdade e da justiça – contra atos de responsabilidade do legislativo em conformidade com o ‘projecto’ da constituição.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1178.

⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais* – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006, p. 64.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1179.

¹⁰ *Ibidem*, p. 1180.

Em sua obra, Ely¹¹ argumenta que não é compatível com o processo democrático um sistema judicial em que os juízes busquem, fora da própria constituição, valores substanciais (não-interpretativista), como solidariedade e justiça, para se combater ou exigir determinados atos dos representantes eleitos. Para esta corrente, por meio da utilização deste tipo de hermenêutica, forma-se um sentido substancial da constituição, permitindo-se uma atuação judicial baseada em valores, e não apenas ao princípio democrático.

O autor desenvolve sua argumentação descrevendo a função histórica desempenhada pela Suprema Corte norte-americana e chega a uma conclusão que o problema central da revisão judicial americana é o fato que os juízes que não são eleitos não podem ser responsabilizados politicamente pelos seus atos:

Um corpo que não é eleito ou de outra forma, politicamente responsável em qualquer significado estará dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam¹².

Ely¹³ analisa que o pilar do constitucionalismo norte-americano está baseado no poder que o povo outorga aos seus legisladores. Avalia ainda, que para o sistema representativo ser possível, embora tenha que ser respeitada a vontade da maioria, a minoria não pode ser completamente suprimida, pois somente quando há efetiva participação de todos no sistema representativo e a percepção dos benefícios sociais assegura o equilíbrio necessário entre a representatividade da vontade das maiorias no Poder Legislativo e a efetiva proteção das minorias.

No entanto, para o autor, uma concepção substancial dos valores da Constituição pelos juízes (não-interpretativistas) não dá legitimidade às decisões judiciais, pois axiologicamente não há diferença dos valores escolhidos pelos membros do Poder Legislativo daqueles buscados pelos juízes no próprio texto da constituição (interpretativistas).

A grande questão, portanto, é a legitimidade dos juízes não-eleitos definirem sobre políticas públicas que foram deliberadas pelos representantes do povo. O autor levanta importante questão ao ressaltar que, interpretar a constituição somente com valores inseridos dentro dela própria seria o mesmo que a sociedade do presente ser governado por legisladores do passado. E, por outro lado, não interpretando a constituição os juízes estariam utilizando um método

¹¹ ELY, John Hart. *Op. Cit.*, p. 4.

¹² *Ibidem*, p. 5.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

próprio para definir a moralidade da nação, e este não é mais adequado se compararmos com os definidos pelos membros do Poder Legislativo.

Por meio de uma concepção histórica da Constituição norte-americana, ao adotar a corrente interpretativista do modo como foi utilizada esta hermenêutica de interpretação constitucional ao longo do tempo, foram permitidas situações em que os direitos das minorias foram desconsiderados, especialmente a participação das minorias no processo democrático, como o direito ao sufrágio universal e o direito a tratamento isonômico em favor das minorias raciais.

No entanto, o autor também vê severos problemas na corrente antagônica, pois repudia veementemente que os valores da Constituição dependem da benevolência dos juízes, realizando forte crítica ao uso que os não-interpretativistas fazem do direito natural, que, em sua concepção, pode ser usado como argumento para qualquer coisa, sob qualquer pretexto¹⁴.

Por isso, Ely¹⁵ sustenta que o sistema representativo deve possuir duas premissas fundamentais: (1) a participação de todos no processo democrático e (2) e a participação de todos nos benefícios sociais decorrentes deste processo. A combinação entre o sistema de representação a participação popular se mostra como um mecanismo compatível com a democracia contemporânea, pois garante um equilíbrio entre a vontade da maioria parlamentar sem desconsiderar a proteção das minorias.

A regra da maioria no sistema representativo se impõe justamente para assegurar o respeito da vontade de todos os cidadãos, mas, ao mesmo tempo, esta regra também gera um efeito colateral indesejado, as minorias restam facilmente desprotegidas.

E é por esta razão que o autor acredita que as minorias devem receber proteção judicial específica, garantindo o direito de participação no processo democrático. Ely¹⁶ defende que a existência deste direito substancial de participação é decorrente da própria constituição, e este é o mecanismo por meio do qual será discutido de que maneira os bens sociais serão distribuídos pela sociedade, concluindo, assim, que um sistema que se pretende dar igualdade de oportunidade a todos os cidadãos deve ter como permissa básica a distribuição

¹⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁵ *Ibidem*, p. 97.

¹⁶ *Ibidem*, p. 181.

estatal de bens sociais fundamentais. E, por isso, a intervenção judicial norte-americana se legitima nos casos em que atua para corrigir as deficiências do sistema de democracia representativa.

Portanto, Ely¹⁷ defende uma concepção procedimental da Constituição como mais adequada a enfrentar o debate que se segue com a ingerência do judiciário nas políticas públicas, pois a interferência direta dos juízes, a partir de uma particularidade de valoração, conduziria à tirania do poder judiciário.

No Brasil, entretanto, o debate ganha especial destaque nos limites judiciais frente à omissão da Administração Pública. Se seguirmos a linha de pensamento de Ely, só seria possível a criação de uma política pública pelo poder judiciário se esta fosse imprescindível para a garantia da participação de todos os cidadãos no processo democrático e para assegurar o tratamento isonômico aos bens sociais distribuídos pelo poder público.

Além disso, estas suas duas posições, como veremos adiante, não conflitam com os argumentos utilizados por autores que defendem uma concepção de democracia substancial, como Dworkin¹⁸.

Esta concepção procedimental de Ely possui diversos pontos de contato com a desenvolvida por Habermas¹⁹. Muito embora, para o primeiro, o controle democrático seja realizado pelo próprio Estado por meio da intervenção judicial nos casos que o sistema democrático não esteja funcionando perfeitamente, casos esses em que os juízes deverão rejeitar o “*produto do mal-funcionamento e começar de novo*”²⁰. Já para o segundo, será a própria sociedade que definirá e regulará a atividade do Estado.

3. A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS

Habermas, em sua obra “Direito e Democracia: entre a facticidade e validade”, funda sua teoria pretendendo solucionar o problema da ordem jurídica e as tensões entre facticidade e validade, sob um aspecto sociológico.

¹⁷ *Ibidem*, p. 243.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*.

²⁰ ELY, John Hart, *Op. Cit.*, p. 137.

O autor faz uso da concepção de Kant sobre as diferenças entre a moralidade e a legalidade, argumentando que só é possível a vinculação dos cidadãos ao Direito se a legitimidade advier do consenso da sociedade. Para o autor, muito embora o direito e moral se aproximem, ressalta que a moral representa apenas uma forma do saber cultural, enquanto que o direito exige a obrigatoriedade também em níveis institucionais:

 Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no níveis institucionais. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação²¹.

O autor prossegue salientando que a ordem jurídica não é necessariamente uma cópia de uma norma moral que se tornou autônoma e, por essa razão, não se pode interpretar os direitos fundamentais que são positivados em normas constitucionais como idênticos às normas morais que os originaram, tampouco a política como simples cópia da moral:

 A concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam-se co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito mais tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral – como se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral. Isso é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas²².

Nesta esteira, avalia que ocorre na sociedade, com o passar dos anos, uma transformação da moral que será essencial para se compreender o direito. Por isso, o autor vale-se da perspectiva de Kant de que as decisões políticas devem ser tomadas nos espaços públicos que permitam o consenso entre os cidadãos. Para o autor, essa interlocução, por meio das instâncias públicas se torna um importante instrumento para combater a distância que existe entre o Poder público e a massa de eleitores.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 141.

²² *Ibidem*, p. 142.

Habermas critica a democracia representativa, pois os partidos políticos fazem uma “seleção” do que é relevante para a sociedade dentro do debate político que não é, necessariamente, derivada das expectativas populares. Para o autor, as políticas públicas decorrem muito mais da necessidade de se enfrentar crises do que de planejamento social:

Há evidências de que o sistema administrativo só pode operar num espaço muito estreito; parece que ele age mais no nível reativo de uma política que tenta contornar crises do que uma política que planeja.

Dessa maneira, seria possível buscar a legitimidade das normas positivadas por meio de um amplo debate, fornecendo mecanismos procedimentais para uma melhor compreensão da racional da democracia, construindo uma nova cultura política.

Esta tese tem como finalidade legitimar a atuação do Estado contemporâneo por meio de uma lógica consensual, envolvendo o maior número possível de cidadãos, e a legitimidade das normas jurídicas e validade pela participação destes cidadãos.

Este conceito procedimental de democracia amplia o grau de abertura do sistema, apresentando uma alternativa a um positivismo jurídico pautado em uma validade formal e absoluta. Além disso, essa ótica democrática se afasta da proposta de sopesamento de princípios de Alexy, onde se busca dimensionar valores individualmente considerados no caso concreto.

No mesmo entendimento, Gesta Leal²³ ressalta ainda que o uso destes mecanismos de democracia participativa não é avesso ao modelo de democracia representativa adotada no Brasil. Ao contrário, ampliam a capacidade representativa na medida em que aproxima as decisões políticas dos interesses populares:

Um processo deliberativo que funcione sob o fundamento da inclusão intersubjetiva dos seus operadores, não precisa negar ou mesmo afastar a experiência da representação política, mas ampliá-la a extensões cada vez maiores, fazendo com que os resultados políticos de ações cotidianas respondam aos desejos e aspirações populares e massivas.

Lenio Streck salienta ainda que a teoria proposta por Habermas, ao depositar

²³ GESTA LEAL, Rogério. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. 3 v. Tomo 3, p. 819-865, p. 836.

na sociedade a legitimidade e validade das normas jurídicas, traz importante contribuição no sentido de restringir a atuação dos juízes no tocante às políticas públicas, pois, segundo a argumentação proposta pela teoria da comunicação, elas deveriam ser formuladas pela própria sociedade, seja pela representatividade, seja pela ampliação dos canais de participação popular:

Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do Direito²⁴.

Ainda que seja claro o potencial democratizante proposto por Habermas, poderia ser argumentado que no Brasil sua aplicação seria dificultada por diversos fatores, como o baixo envolvimento político dos cidadãos. Outra crítica a ser feita a esse modelo procedimentalista se refere ao fato de que a própria constituição brasileira incumbiu ao intérprete constitucional, e não à sociedade, a fixação de valores que norteiam a proteção das garantias individuais.

Ainda assim, esta teoria traz sensível contribuição na medida em que alerta os juízes do perigo do ativismo judicial sem observar os argumentos democráticos que permitam o controle judicial das políticas públicas.

Além disso, a própria Constituição brasileira de 1988 traz em seu bojo mecanismos de ampliação do debate democrático sem ferir o modelo representativo, a exemplo das audiências públicas e dos Conselhos Municipais de Saúde, o que se mostra bastante válido na medida em que se poderão ampliar os canais de comunicação, incluindo agentes sociais até então afastados da administração pública.

No que tange especificamente ao momento de formulação das políticas públicas, a teoria proposta se mostra adequada no sentido de: 1) não permitir que os juízes interfiram na criação das políticas públicas, sob pena de estarem substituindo a vontade dos representantes eleitos pelo povo, a menos que esta intervenção seja para assegurar o processo democrático; 2) garantir uma aproximação maior da população nos processos de formulação de políticas públicas.

Cumprе ressaltar que Habermas se aproxima de Dworkin pelo fato de ambos considerarem de grande importância a soberania popular para a democracia. Entretanto, enquanto para o primeiro a vontade popular é alcançada por um conceito de democracia participativa procedimentalista, para o segundo a

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 138.

soberania é alcançada pelo direito a um tratamento igualitário entre os cidadãos, habilitando os juízes a exarar a única resposta correta, por meio da tradição e pela força normativa dos princípios constitucionais.

4. A PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN SOBRE AS BALIZES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Ronald Dworkin, em suas obras, produz sua própria concepção de Direito, na medida em que busca examinar o que os juízes entendem como Direito. A importância desta análise reside no fato que as decisões judiciais podem determinar o destino de uma comunidade:

Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica.²⁵

A preocupação de como a racionalização da justificação da decisão se relaciona com a proteção da democracia também foi alvo de estudo de outros autores, a exemplo de Alexy, que questiona os limites aceitáveis de valoração para a interpretação jurídica:

A pergunta é onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados²⁶

Dworkin procura relacionar a democracia com a Teoria do Direito, analisando a atividade judicial nos Estados Unidos. Argumenta que somente com a adoção de uma concepção substancial de democracia é possível justificar o controle judicial amplo, como no caso norte-americano (*judicial review*) e respeitar, ao mesmo tempo, o modelo de democracia representativa, e a autonomia dos Estados da Federação.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 19.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 12.

Para o autor, existe uma sensível diferença entre a concepção majoritária de democracia, onde não seria permitido a intervenção de juízes para defesa de uma posição contra-majoritária, e uma concepção constitucional de democracia, onde os juízes estariam legitimados a limitar a vontade da maioria parlamentar sempre que o direito de cada cidadão a um tratamento justo e igualitário estiver sendo violado.

Cumpra salientar que o sentido de igualdade adotado por Dworkin se refere à igualdade formal, um instrumento de acesso a bens e serviços fornecidos pelo Estado, se afastando assim da ideia de igualdade material²⁷.

Para o autor, a intervenção judicial se mostra necessária sempre que o processo legislativo não tratar os cidadãos com igualdade. Sua argumentação consiste no fato que as decisões majoritárias só devem ser reputadas como legítimas quando todos os membros da comunidade em questão são considerados “membros morais”, ou seja, cada membro deve se sentir parte integrante da mesma com capacidade de participação.

Dworkin sustenta que a palavra final sobre a limitação da atuação da maioria parlamentar é do juiz constitucional que a realiza por meio de uma leitura moral da constituição e da sociedade em que vive. Para que seja possível essa valoração, o autor mostra como essencial estabelecer uma diferença entre princípios e políticas. Os princípios são os norteadores da atuação judicial, que não devem receber influência do jogo político.

Para ele, os princípios são um *standard*, que têm de ser alcançados porque é uma exigência moral de igualdade ou outro aspecto da justiça, e não porque favorece a uma situação econômica, política, ou social. Luiz Henrique Cademartori²⁸ ressalta a importância dos princípios na obra de Dworkin, na medida em que este contém as ferramentas que necessitam os juízes para julgar de um modo ou de outro, dependendo do caso concreto, pois é neles que se encontra o conteúdo moral a ser seguido:

Se, no caso das normas comuns ou regras, estas se aplicam ou não aos casos concretos dentro de uma perspectiva de ‘tudo ou nada’ (an all or nothing), os princípios estabelecem as razões para decidir de uma forma determinada e, ao contrário das outras normas comuns, o seu enunciado não determina as condições de sua aplicação, mas sim, o seu conteúdo material ou peso específico, ou seja, o valor que encerram e que definem quando eles serão aplicados ou não.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

²⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique U. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**. 1 ed., 4. Tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 101.

Para o autor, as decisões judiciais devem ser realizadas na estrita observância dos princípios constitucionais, não havendo espaço dentro da integralidade do Direito para criação de novos direitos. A atuação do juiz deve ser pautada na procura de direitos que já se encontram na ordem jurídica, mas de maneira implícita. Pois, só dessa forma, será possível uma atuação sem que seja ferido o princípio democrático. Dworkin²⁹ defende, de forma sistemática, que sempre existe uma resposta correta que deve encontrada a partir da prática interpretativa dos juízes, utilizando como guias os princípios (*standards*) que contêm o conteúdo moral que intencionaram a vontade do legislador. Sobre Dworkin, Klaus Günther³⁰ ressalta:

O descobrimento ou a busca por normas implícitas não ocorre de modo arbitrário. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito. Esta argumentação de Dworkin é consequente, porque, no âmago, direitos são de natureza moral, portanto inacessíveis à intenção positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e considerações iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade.

Günther³¹ prossegue:

A exigência de justificar decisões legislativas e judiciais, segundo uma teoria política coerente, estabelece uma ponte entre argumentos principiológicos morais e decisões a respeito de normas jurídicas.

Resta claro que Dworkin se afasta de uma concepção jusnaturalista do Direito na medida em que não admite criação discricionária do direito pelo juiz, pois confrontaria o princípio democrático e a integralidade do sistema jurídico. Sua argumentação consiste no fato de que toda satisfação jurídica corresponde a uma ideia que já se encontra dentro do próprio Direito.

Aí reside a importante contribuição deste autor para a análise das políticas públicas. Os juízes não podem ser tentados ao ativismo judicial e a consequente interferência nas políticas públicas sem se levar em consideração o princípio democrático. O juiz não deve criar o direito, e sim encontrá-lo sempre que a isonomia na distribuição de recursos não estiver sendo assegurada, utilizando-se para isso dos princípios constitucionais (*standards*).

²⁹ DWORKIN, Ronald. Juízes e democracia. **O Estado de S. Paulo**, Espaço Aberto, 26 abril, 1997.

³⁰ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 410.

³¹ *Ibidem*, p.: 411.

Além disso, o autor salienta a importante percepção de que os juízes não devem ser influenciados, e nem intervir, sobre questões de cunho político. Por isso estabelece uma diferenciação entre decisões políticas. A primeira, as decisões sobre questões sensíveis à eleição, devem estar submetidas somente a vontade da maioria parlamentar, não permitindo assim a ingerência do poder judiciário. Já o segundo tipo de decisão política se refere às questões não sensíveis às eleições, o que permitiriam a regulação por parte do poder judiciário. Dworkin utiliza como exemplo que a criação de um centro esportivo seria uma política sensível à eleição, já a questão que envolvesse discriminação racial seria uma política não sensível às eleições:

A decisão de usar ou não os fundos públicos disponíveis para construir um novo centro de esportes ou um novo sistema de estradas é normalmente sensível à eleição. (...) a decisão de matar ou não os assassinos convictos ou de proibir a discriminação racial no trabalho parece, por outro lado, insensível à eleição³².

A democracia substantiva defendida por Dworkin nos permite firmar o entendimento que o autor estabelece capital importância na preservação do sistema democrático, limitando a intervenção judicial somente nos casos em que a distribuição dos recursos sociais não esteja sendo feita com base no princípio da igualdade. Transportando este argumento para o caso brasileiro, pode-se observar que a criação de políticas públicas pelo poder judiciário não deve ser estimulada, sob pena de afronta ao princípio democrático.

Portanto, pode-se extrair da argumentação deste autor que o momento da implementação das políticas públicas deve ser pautado pelo princípio da isonomia, e que o poder judiciário pode realizar o controle judicial na execução destas medidas. Para tanto, os juízes devem buscar nos princípios constitucionais (*standards*) a resposta certa para o problema.

5. CONCLUSÃO

A criação de uma política pública decorre de uma avaliação sobre como serão distribuídos os bens do Estado entre os cidadãos de uma comunidade específica. O conteúdo da política pública dependerá assim de uma ação política que é vinculada, na democracia representativa, aos Poderes Executivo e Legislativo.

³² DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*. Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2000, p. 224.

A concepção procedimental de democracia é adequada ao debate da formulação da política pública, pois esta depende de um amplo processo de comunicação entre os membros da comunidade que serão afetados pela medida formulada, e da preservação do princípio democrático. Portanto, a criação de uma política pública é uma opção política segundo a qual as preferências e interesses de toda a sociedade devem ser levados em consideração. A intervenção judicial deve ser pautada na preservação da democracia representativa e na promoção da democracia participativa.

Já a implementação de uma política pública depende da execução da medida pelos órgãos do poder público, se configurando, portanto, uma ação administrativa. O poder judiciário já realiza o controle dos atos administrativos pautado no princípio da legalidade. Contudo, tratando-se de direitos sociais realizados por meio de políticas públicas, os juízes estão autorizados ao controle judicial das políticas públicas, especialmente no que tange ao princípio da isonomia. Deve-se utilizar o sopesamento de princípios de Robert Alexy para que se examinem todos os aspectos particulares da situação do caso concreto.

Na realidade, este tipo de controle judicial realiza um exame de retrospectiva da política pública, pois se busca verificar se os cidadãos possuem o direito de sua implantação. Esta conjectura é adequada a um conceito substancial de democracia. A visão substancialista dos valores constitucionais é compatível com a democracia brasileira, já que a própria Constituição brasileira de 1988 impõe ao Estado a proteção e promoção das garantias fundamentais por meio de análise das especificidades encontradas em cada caso. Esta atuação do Poder Judiciário não afronta ao princípio democrático da separação de poderes, pois é sua incumbência constitucional controlar a atividade dos outros poderes.

Neste contexto, é de grande importância a diferenciação feita por Dworkin entre as políticas sensíveis à eleição e aquelas não sensíveis à eleição, bem como sua argumentação no sentido da possibilidade da intervenção judicial nos casos em que a distribuição de recursos fere o princípio da isonomia.

As concepções de Ely e de Habermas sobre democracia procedimental se mostram aptas a delimitarem a atuação do poder judiciário no caso de criação das políticas públicas, expondo as situações excepcionais em que ela se faz presente.

Para o primeiro autor, a interferência do Poder Judiciário se dará unicamente nos casos em que esteja ocorrendo uma afronta ao próprio processo democrático.

Já para o segundo autor, a intervenção judicial poderia se dar em menor intensidade, utilizando mecanismos constitucionais de participação popular de maneira que incluisse todos os atores sociais envolvidos no processo da criação da política pública. Estes instrumentos se encontram, inclusive, na própria Constituição brasileira de 1988.

Conclui-se, portanto, que não há nenhuma incompatibilidade entre os argumentos de Ely, Habermas e Dworkin, podendo coexistir no mesmo modelo constitucional argumentos procedimentais e substanciais de democracia.

Daniel Sarmiento³³ destaca que há atualmente uma elevada produção acadêmica, especialmente de origem anglo-saxônica, sobre modelos teóricos que estimulam o diálogo entre instituições. Privilegiaram-se aqui algumas das ideias formuladas por Rosalind Dixon³⁴, principalmente acerca das vantagens de decisões co-participadas.

O diálogo institucional procura maximizar o alcance das deliberações constitucionais. Para o presente estudo traz-se a ideia de que não se deve afastar completamente a intervenção do judiciário na criação e implementação de políticas públicas. Segundo Dixon³⁵, os tribunais devem servir de palco para o diálogo, por vezes intervindo para comunicar falhas neste diálogo, abrindo os canais, e nos casos extremos, quando relacionados à implementação, agindo coercitivamente. O que se ressalta da teoria do diálogo é que a atuação do poder judiciário não seja somente dotada de uma postura repressiva, ou seja, de máxima intensidade (*strong form*).

Este tipo de abordagem, por exemplo, estimula a participação da comunidade, como no caso das Audiências Públicas, que aprofundam a discussão em torno do processo político de formulação de políticas públicas, e dessa maneira, tendem a otimizar o impacto das decisões políticas³⁶.

Além disso, a autora ressalta que estes mecanismos de diálogo entre as instituições e a comunidade permitem a superação da falta de conhecimento técnico, por parte dos magistrados, de uma determinada política pública.

³³ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade*. In: Marcelo Novelino. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. , p. 31-68.

³⁴ DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. Weak-form judicial review revisited*. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. Economic, Social And Cultural Rights Series n.3, p. 11-52, 2006.

³⁵ *Ibidem*, p. 40.

³⁶ *Ibidem*, p. 39-40.

Portanto, a intervenção judicial na fase de criação de políticas públicas deve se dar em menor intensidade, pois se afasta em muito da característica revisora e de inércia deste poder. A intervenção deve ocorrer somente para proteger a própria democracia, utilizando-se de mecanismos que propiciem o diálogo e a participação da comunidade neste processo de formulação.

Dessa maneira, observa-se que este momento de controle judicial de políticas públicas se aproxima do modelo de democracia procedimental sugerida por John Hart Ely³⁷ e Jürgen Habermas³⁸, bem como também está inserida no debate entre democracia representativa e participativa.

Já o segundo momento de controle judicial de políticas públicas se dá na fase de implementação da medida, ou seja, as regulamentações para a execução do direito já foram determinadas e a administração tem o dever de cumprir o que foi estabelecido. Neste momento, a lesão ao direito pleiteado pelo cidadão está fundamentada, sobretudo, na eficácia da medida e no princípio da isonomia.

Embora o Estado alegue dificuldades orçamentárias para implementar uma política pública, o que justificaria a sua ineficácia, invocando para tanto o princípio da reserva do possível, autores como Ronald Dworkin³⁹ e Robert Alexy⁴⁰ sustentam que a Administração Pública deve escolher ao menos uma das alternativas possíveis que estão a sua disposição para execução de uma política pública, residindo justamente nesta escolha a discricionariedade administrativa. Contudo, esta alternativa deve ser eficaz. Para os referidos autores, não se pode alegar o princípio da reserva do possível ao ser confrontado com questões que envolvam o mínimo existencial, uma vez que este é assegurado pela proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Observa-se que este momento de atuação do Poder Judiciário na fase de implementação de políticas públicas deve ser mais intenso que o momento anterior, analisando o caso concreto para determinar sua atuação. Optou-se neste trabalho pelo entendimento de que os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e

³⁷ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010, p. 5.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 19.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 445-446.

jurídicas existentes, desenvolvida na teoria de Robert Alexy. No caso de colisões entre princípios, deve-se recorrer ao sopesamento dos mesmos, o que varia dependendo de cada caso analisado.

Este tipo de intervenção judicial na fase de implementação de políticas públicas, como visto, se aproxima de uma concepção substancial de democracia, e assim, demandam mecanismos de intervenção específicos, como defendido por Dworkin.

A intervenção judicial, posterior à implementação da medida, se dá na fase de avaliação presente no ciclo de políticas públicas. Esta atuação judicial não se mostra inovadora, já que o Poder Judiciário faz o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. Neste caso, a intervenção tem maior intensidade, pois está determinado na própria lei o limite da atuação do judiciário, aplicando a sanção correspondente ao caso específico determinado na norma.

Já atuação do poder judiciário frente às fases de criação e implementação de políticas públicas deve ser cautelosa, pois é precisamente nestes momentos que estas ingerências substituem um ato de vontade de poderes eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos. Portanto, se faz necessário observar os limites constitucionais para esta atuação de forma a não comprometer o processo democrático, restando claro que as diferentes fases do ciclo de políticas públicas necessitam de intervenções distintas.

6. REFERÊNCIA

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

CADEMARTORI, Luiz Henrique U. Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito. 1 ed., 4. Tir. Curitiba: Juruá, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. Weak-form judicial review revisited. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. Economic, Social And Cultural Rights Series, 2006.

O controle judicial de políticas públicas e o modelo contemporâneo de interpretação constitucional: por uma visão intermédia entre procedimentalistas e substancialistas

DWORKIN, Ronald. Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad. Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. Uma questão de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. O Império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Juízes e democracia. O Estado de S. Paulo, Espaço Aberto, 26 abril, 1997.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.

GESTA LEAL, Rogério. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. 3 v. Tomo 3.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na Moral. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: Marcelo Novelino. (Org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009.

SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

*Raissa Nunes de Barros*¹

Resumo: Este artigo discute a possibilidade de utilização de resíduos humanos dos indivíduos encarcerados para fins penais sem consentimento destes. Para tanto, examinamos o alcance reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao direito fundamental ao silêncio, na forma do direito à não autoincriminação. Passamos a discorrer sobre as hipóteses legais de obtenção do material genético dos condenados, bem como sobre os possíveis impactos da aprovação dos projetos de reforma do Código de Processo Penal, para tratar sobre o cabimento do aproveitamento dos resíduos humanos dos presos. Por fim, analisaremos a questão sob o ponto de vista ético-jurídico da admissibilidade e licitude probatória do referido material para fins penais.

Palavras-chave: Processo penal; Direito Penal Constitucional; Direito ao silêncio; Garantia à não autoincriminação; Garantia de vedação à autoincriminação; Direito a não produzir provas contra si mesmo; Ética jurídica; Material genético dos presos; Resíduos humanos; Direito e Novas Tecnologias.

Abstract: This article discusses the possibility of using the genetic material of incarcerated individuals for criminal procedure purposes without their consent. For this purpose, we examine the reach recognized by the Supreme Federal Court to the fundamental right to remain silent, in the shape of the privilege against self incrimination. We write about the the legal hypothesis to obtain genetic material from convicted individuals as well as the

¹ Pós-Graduanda em Direito pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. Pós-Graduada em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Graduada no Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

possible impacts of the approval of the reform project of the Criminal Procedure Code, to reach the suitability of the harnessing of human waste of incarcerated individuals. Finally, we analyze the subject from the ethical-juridic point of view regarding the probational admissibility and legality of human waste for criminal purposes.

Keywords: Criminal procedure; Constitutional criminal law; Right to remain silent; Privilege against self incrimination; Right to not produce evidence against oneself; Legal ethics; Genetic material of incarcerated individuals; Human waste; Law v. New Technologies.

I. INTRODUÇÃO

O processo penal é um procedimento jurisdicional de reconstituição de fatos visando à responsabilização penal, tendo como inerente a busca pela verdade. Nesse sentido, o avanço médico-tecnológico das últimas décadas proporcionou mecanismos de identificação dos seres humanos de extrema valia para a investigação e processo criminal. É dizer, a autoria de inúmeros crimes pôde ser desvendada — e, em alguns casos, até mesmo infirmada² —, com base no exame de material genético do suposto agente criminoso, tornando a resposta estatal mais precisa e justa.

Em que pese tais vantagens à efetividade da jurisdição penal, muito se discute acerca da necessidade de consentimento do investigado ou acusado para a obtenção do material genético a ser submetido a exame, à luz das garantias processuais penais fundamentais conferidas ao indivíduo pela Magna Carta, do devido processo legal, da presunção de inocência e do direito ao silêncio, cuja interpretação extensiva, de garantia à não autoincriminação, merecerá atenção neste trabalho.

Essa controvérsia se torna ainda mais delicada no tocante aos indivíduos privados de liberdade por razões penais, tendo em vista sua posição de vulnerabilidade frente ao Estado, que se apresenta como verdadeiro garantidor de sua condição existencial e dignidade. Essa posição de sujeição, além de diminuir a capacidade de autodeterminação do indivíduo, ainda lhe expõe à conveniência estatal na coleta de material genético, vez que o produz constante e involuntariamente.

² Veja-se, de exemplo, caso de absolvição criminal com base em exame genético que prevaleceu sobre o reconhecimento pessoal: STF, RHC 128096, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 18/12/2018.

Se o indivíduo custodiado não pode evitar que, por natureza, produza material genético que possa ser usado contra si, cabe ao Estado encarar essa realidade e, com base na ponderação dos interesses envolvidos, optar entre duas posturas, quando ausente consentimento: aproveitar esse material na forma de uma prova não invasiva para promover ou afastar a responsabilização penal, ou se abster de realizar qualquer coleta, respeitando de forma absoluta a garantia contra a autoincriminação.

Visando a contribuir para a solução, trabalharemos com as hipóteses legais existentes de fornecimento compulsório de material genético, os entendimentos firmados pela jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros e no direito comparado — com ênfase para os países de tradição romano-germânica —, a delimitação dos métodos adequados para obtenção de prova, a interpretação dos bens jurídicos em jogo à luz da dignidade da pessoa humana, e os impactos de uma possível reforma do Código de Processo Penal, que vem se desenhando nestes últimos anos.

II. GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

O direito ao silêncio possui raízes na Idade Média e início do Renascimento com Cesare Beccaria, que criticava a exigência de juramento do réu no interrogatório. Porém, conforme a lição de Eugênio Pacelli, o direito ao silêncio foi desenvolvido propriamente no Direito anglo-saxão na forma de um privilégio contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*), que se tornaria uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal no século XIII.³

O direito ao silêncio no Direito anglo-americano encontra-se positivado na 5ª Emenda Constitucional (nenhuma pessoa deve ser compelida a testemunhar contra si própria em procedimento criminal), e deriva da necessidade de se proteger o acusado contra um sistema processual pouco garantista — o réu é ouvido na condição de testemunha, sob o compromisso de dizer a verdade, submetendo-se à inquirição diretamente pela acusação, e dirigido a um júri popular, que por sua vez resta desvinculado do dever de fundamentação de suas decisões.

Nessas condições, o acusado ao menos permanece livre para realizar um juízo de conveniência e oportunidade sobre seu comparecimento em juízo.

³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal* – 24. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2020, p. 292.

Contudo, a Suprema Corte delineou mais um limite, no julgamento do caso *Kansas v. Cheever* em 2013: só se admite o exercício total do direito ao silêncio, não havendo lugar para o exercício parcial. Desse modo, uma vez optando por testemunhar em processo criminal, o réu não pode se recusar a responder questões relacionadas ao interrogatório, porque isso prejudicaria o princípio do contraditório, ao permitir que o acusado fornecesse ao júri uma visão unilateral e potencialmente imprecisa dos fatos.⁴

Destarte, o autor explica que o direito ao silêncio é uma garantia que, historicamente, atua em duas direções: (i) regra de prova, ao exigir uma decisão judicial embasada em provas materiais, e não em meras presunções, impedindo que a simples ausência de manifestação ou eventuais contradições no depoimento do réu constituam critérios de certeza jurídica para sua condenação; (ii) regra de tratamento, ao proteger a integridade física e psíquica do réu contra procedimentos inquisitoriais que o obriguem a apresentar uma versão para os fatos.

No segundo viés, encontra-se o clássico precedente da Suprema Corte estadunidense, no caso *Schmerber v. California*, em 1966, em que se adotou a distinção entre os procedimentos coativos, que requerem a participação ativa do acusado, daqueles em que o acusado figura como uma simples fonte passiva de elementos de prova contra si próprio, situação em que não se vislumbrou violação ao *nemo tenetur se detegere* (*ninguém é obrigado a se descobrir*).⁵

Outrossim, o exercício do direito ao silêncio pressupõe seu conhecimento pelo cidadão, desde a difusão das “Regras de Miranda” ou “*Miranda Rules*”, decorrentes do entendimento firmado no julgamento do caso *Miranda vs. Arizona*, em 1966, segundo o qual constitui ônus da acusação demonstrar que o acusado foi informado do direito de consultar um defensor antes e durante o interrogatório; e do direito a não se autoincriminar e de permanecer calado; bem como advertir o depoente quanto ao uso potencial de quaisquer declarações feitas contra si em julgamento.

Nesse diapasão, também impõe-se à acusação certificar que a pessoa sob custódia e sujeita a interrogatório compreendeu esses direitos e, se for o caso,

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa11Garantiacontraautoincriminao.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2021.

⁵ ANSELMO, Márcio Adriano. *Com interpretação equivocada, direito ao silêncio virou jabuticaba no país*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/academia-policial-interpretacao-equivocada-direito-silencio-virou-jabuticaba-pais>>. Acesso em 05 nov. 2020.

voluntária e conscientemente os renunciou. Por fim, o júri popular (naquele sistema jurídico, órgão julgador preponderante) fica obrigado a desconsiderar as declarações feitas pelo acusado antes de explicitamente advertido de seu direito de recusar-se a falar às autoridades.⁶

Já em 2011, a Suprema Corte estadunidense veio a temperar tais exigências no julgamento do caso *Bobby v. Dixon*, com base na premissa de que a nulidade processual depende da demonstração de prejuízo — *pas de nullité sans grief*. Sedimentou-se então que:

“Sucessivas advertências sobre o direito contra autoincriminação não são necessárias se o indivíduo não estiver sob custódia policial, o que não impede que a polícia peça que um suspeito confesse. Em caso de um suspeito prestar depoimento à polícia antes de receber as orientações devidas sobre o direito a não autoincriminação e, em momento posterior, repetir a declaração após receber tais advertências, a segunda declaração será admissível como prova, a menos que a primeira seja produto de coerção.”

No tocante à identificação criminal dos indivíduos encarcerados, a Corte Superior de Ohio se manifestou em 2008, no caso *Wilson v. Collins*, adotando uma interpretação restritiva do direito ao silêncio garantido pela 5ª Emenda. Assentou-se que a extração do DNA não viola o privilégio contra a autoincriminação, porque as amostras do DNA são consideradas evidências físicas, e não evidência testemunhal. Assim, a proteção se cingiria apenas ao conteúdo das declarações orais do acusado.

Para mais, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em 2013, no caso *Maryland v. King Jr.*, que os agentes de segurança pública estariam autorizados a promover o recolhimento de material genético de pessoas detidas por crimes graves mesmo sem autorização judicial prévia. A Corte concluiu que a identificação de DNA dos presos por meio do “*cheek swab*” (coleta de saliva por cotonete) é uma busca razoável que pode ser considerada parte do procedimento rotineiro, tal como a fotografia ou a coleta de impressão digital⁷.

Mesmo sem previsão expressa na Convenção Europeia de Direitos Humanos,

⁶ ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, E. Ricardo. *O Tribunal do Júri nos Estados Unidos - sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual*, in: Revista brasileira de ciências criminais, ano 4, nº 15, Julho-setembro, 1995, p. 211.

⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf>. Acesso em 19 fev. 2021.

o Tribunal Europeu de Direitos do Homem reconheceu o direito de não se autoincriminar como fundamento indispensável para um julgamento justo. No caso *Funke v. França*, em 1993, a Corte definiu que o Estado francês poderia estabelecer multas administrativas pelo descumprimento de uma obrigação legalmente prevista de apresentar documentos relativos a operações comerciais internacionais. Contudo, estaria vedada a responsabilização criminal do empresário pela recusa de cumprimento à requisição⁸.

Em seguida, o tribunal europeu passou a adotar uma interpretação restritiva do direito ao silêncio, abarcando tão somente o ato de interrogatório. No caso *Saunders v. Reino Unido*, em 1996, concluiu-se pela admissibilidade do uso, em processos criminais, de evidências que possam ser obtidas do acusado mediante recurso a poderes coercitivos, cuja existência independa da vontade do investigado, dentre os quais pode-se citar documentos arrecadados em cumprimento de mandado de busca e apreensão, bem como amostras de hálito, sangue, urina e tecidos corporais, para fins de submissão a exame de DNA⁹.

Ressalte-se que o procedimento para obtenção de evidências corporais do investigado deve guardar proporcionalidade com os fins a que se destina, vista sob o prisma do sub-princípio da necessidade. Com base nessa lógica, em 2006, o tribunal europeu anulou condenação criminal por tráfico de drogas no caso *Jalloh v. Alemanha*, no qual um imigrante africano, que havia ingerido um pequeno saco de cocaína para evadir-se de policiais, foi submetido a procedimento clínico de introdução forçada de substâncias para que regurgitasse, sendo certo que o mesmo resultado seria obtido caso houvessem esperado o saco ser expelido naturalmente pelo corpo.¹⁰

Mitigando a exponente proteção de dados individuais, a Corte julgou em 2013 o caso *Peruzzo e Martens v. Alemanha*¹¹. Estabeleceu-se que, havendo previsão legal, e diante de cometimento de crimes graves, seria admissível a manutenção de dados referentes ao condenado por tempo indeterminado, sem qualquer ofensa ao direito humano à privacidade e à vida privada, desde que adotados métodos idôneos para custódia sigilosa dos dados.

⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. *Funke v. França*, j. 25/02/1993. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-57809>>. Acesso em 19 fev. 2021.

⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. *Saunders v. Reino Unido*, j. 17/12/1996. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58009>>. Acesso em 19 fev. 2021.

¹⁰ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. *Jalloh v. Alemanha*, j. 11/07/2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-76307>>. Acesso em 19 fev. 2021.

¹¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. *Peruzzo e Martens v. Alemanha*, j. 04/06/2013. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7614&filename=002-7614.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2021.

III. GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a garantia contra a autoincriminação — *nemo tenetur se detegere* — é uma forma de autodefesa negativa extraída do sistema constitucional de proteção do indivíduo, conforme assentado no capítulo Dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição da República de 1988, quando no artigo 5º, LVII, veda que o indivíduo seja considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (presunção de inocência¹²) e, quando no artigo 5º, LXIII, garante ao **preso** o direito de permanecer calado (direito ao silêncio). Se no processo penal a dúvida e a insuficiência probatória operam em favor do acusado, conclui-se pela impossibilidade de se obrigar o acusado a confessar ou a produzir prova contra si mesmo.

Em que pese preconizado para incidir sobre o interrogatório da pessoa presa, investigada ou acusada formalmente, a garantia contra a autoincriminação foi estendida pelos tribunais superiores para qualquer pessoa chamada a depor perante agente estatal, ou seja, às testemunhas, na medida em que seu compromisso de falar a verdade possa de alguma forma incriminá-las. Primeiramente, surgiram sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal garantindo o direito ao silêncio a depoentes em Comissões Parlamentares de Inquérito, diante de perguntas que lhes pudessem ser prejudiciais. Mais adiante, o entendimento foi consolidado por ambos tribunais superiores¹³.

Em lógica oposta à experiência internacional, o Supremo Tribunal Federal consolidou que o direito ao silêncio deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao investigado ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do *nemo tenetur se detegere*), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente:

¹² O Tribunal Constitucional da Espanha asseverou, no julgamento da Sentencia 202/2000, que o direito de permanecer em silêncio e abster-se de autoincriminação está intimamente ligado ao direito a presunção de inocência, configurando-se parte essencial do direito ao julgamento justo e do devido processo legal. O Tribunal Europeu de Direitos do Homem assentou, no julgamento do caso *Saunders v. Reino Unido*, que “o direito de não contribuir para a sua auto-incriminação pressupõe que, em processos criminais, a acusação deve provar a sua argumentação sem recorrer a elementos de prova obtidos mediante medidas coercivas ou opressivas, que desrespeitem a vontade do acusado. Nesse sentido, a garantia de vedação de auto-incriminação está diretamente ligada ao princípio da presunção de inocência”

¹³ Rogério Sanches Cunha cita os seguintes julgados: do STF, RHC 122.279/RJ, j. 12/08/2014; HC 136.331/RS, j. 13/06/2017; e do STJ, HC 330.559/SC. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/11/stj-violacao-direito-ao-silencio-pode-tornar-ilicito-o-depoimento-de-testemunha/>>. Acesso em 19 fev. 2021.

“Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal” (HC n. 99.289/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-149 de 04/08/2011)

Também para o Pretório Excelso, o direito positivo do preso de permanecer em silêncio constitui desdobramento da garantia à não autoincriminação, de modo que este encontraria respaldo implícito no mesmo dispositivo constitucional, estendendo-se a todos os investigados ou acusados, presos ou em liberdade. E, diante da necessidade de flexibilização desse direito fundamental frente a outros bens jurídicos, a Corte delimitou seu núcleo irreduzível: jamais obrigar o investigado ou réu a agir **ativamente** na produção de prova contra si mesmo.¹⁴

Faz-se imperiosa a distinção entre as condutas do investigado ou acusado consideradas cooperação ativa (**produzir**, efetivamente), como prestar declarações em interrogatório e, para alguns, participar de reconhecimento pessoal¹⁵, e cooperação passiva (tolerar que se produza), como permitir a coleta de material genético. Apenas as cooperações ativas constituiriam o núcleo essencial do direito à não autoincriminação, enquanto as passivas poderiam ser disciplinadas em lei, guardada a devida proporcionalidade.

Foi o que ocorreu nos seguintes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal: declaração de constitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro, que criminaliza a evasão do condutor do veículo do local do acidente, viabilizando assim a identificação dos envolvidos no sinistro e o devido registro da ocorrência pela autoridade competente (RE 971.959/RS); declaração de constitucionalidade do artigo 362 do Código de Processo Penal, que prevê a citação por hora certa do denunciado quando presentes indícios de ocultação, resguardando o devido processo legal, duração razoável do processo e acesso à justiça das vítimas (RE 635145/RS); declaração de constitucionalidade do artigo 307 do Código Penal, que criminaliza a falsa identidade perante autoridade policial com intuito de ocultar maus antecedentes, evitando abuso do direito de autodefesa (RE 640139/DF).¹⁶

¹⁴ STF, RE 971.959/RS, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 14/11/2018 (Info 923 STF).

¹⁵ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal* – 24. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2020, p. 292.

¹⁶ <Pesquisa11Garantiacontraautoincriminacao.pdf>. Acesso em 05 nov. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/>>

Ademais, a garantia contra a autoincriminação tem como baliza o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, centro axiológico da Constituição da República previsto no artigo 1º, III, de forma que o indivíduo investigado ou acusado não pode ser submetido a procedimentos cruéis, humilhantes, vexatórios, consubstanciados em regra nas provas invasivas e dolorosas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob cuja jurisdição encontra-se o Brasil, repudiou a prova obtida mediante coação física no caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*, em 2013:

“Em 1997, Juan Garcia Cruz e Santiago Sánchez Silvestre foram presos sem mandado pelos supostos crimes de posse de arma de fogo de uso exclusivo do Exército, Marinha e Força Aérea; associação criminosa e rebelião; homicídio; lesão corporal; roubos com violência; crime organizado e danos à propriedade. Enquanto estavam sob custódia policial, foram torturados e forçados a confessar a prática de tais crimes. Ambos foram condenados a penas pecuniárias e privativas de liberdade. Em 2011, o Ministério Público iniciou investigação para averiguar o crime de tortura sofrido pelos acusados. Foi reconhecido que a sentença penal condenatória estava baseada em declarações obtidas sob coação, o que afronta os princípios constitucionais da autoincriminação, presunção de inocência e julgamento justo. Em 2013, a condenação criminal foi revogada e os condenados foram absolvidos e libertados. Ao analisar o caso, a CIDH reconheceu a responsabilidade do Estado em razão da tortura infligida aos acusados - em ampla violação dos direitos à liberdade e integridade pessoais dos condenados -, da acusação infundada e em decorrência da negligência na investigação para apreciar os fatos.”¹⁷

Ainda no plano constitucional, Sauvei Lai defende que a vedação à autoincriminação não decorre da garantia fundamental à ampla defesa.¹⁸ Se tal garantia partisse apenas de uma pretensão defensiva, não haveria espaço no ordenamento jurídico brasileiro para práticas amplamente admitidas, tais como a coleta de uma impressão digital, o exame de raio-x, e o exame de *body scanner* sem consentimento dos indivíduos suspeitos de cometer crimes, o que tampouco encontra respaldo no direito comparado.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa11Garantiacontraautoincriminao.pdf>>.

¹⁸ Conforme sua sustentação oral perante a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, no âmbito da tramitação do PL nº 8.045/2010, do Novo Código de Processo Penal, oportunidade em que atuou como jurista convidado para aperfeiçoamento do projeto. Sauvei Lai propôs a inclusão, no artigo 186, § 3º, da sujeição de investigados e acusados a exames, desde que demonstrada a necessidade da medida.

A garantia de não autoincriminação também possui fundamento no artigo 8º, 2, g, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de San José da Costa Rica), que confere à pessoa acusada o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”¹⁹. Assim, a incorporação do Pacto densificou o direito fundamental ao silêncio na ordem jurídica brasileira, ensejando a edição da Lei nº 10.792/2003, que alterou a redação do artigo 186 do CPP, para dispor que o juiz, no interrogatório, deve informar ao réu sobre seu direito ao silêncio, e que o silêncio deste não importa em confissão, nem pode ser interpretado de maneira prejudicial²⁰.

Entretanto, permanecem inalterados o artigo 155 do CPP, que preconiza o princípio do livre convencimento motivado do juiz²¹, e o artigo 198 do CPP, que permite que o juiz tome o silêncio do acusado como elemento para formação de seu convencimento. A necessária compatibilização entre os dispositivos resulta na conclusão de que a interpretação do silêncio continua podendo ser feita livremente pelo juiz e ensejar condenação, desde que aliada à análise do conjunto fático-probatório. Veja-se as lições de Rogério Sanches Cunha:

“Inobstante, portanto, seja do autor o ônus da prova, o silêncio do réu, embora a lei o permita, continua causando a impressão ao juiz de que ele cala por não ter resposta à acusação e, por conta disso, pode pesar desfavoravelmente ao imputado, sem que haja qualquer violação à norma constitucional. Não há, portanto, como obrigar o juiz a abstrair tão inusitado comportamento do réu que preferiu, na presença do Magistrado, de seu defensor e da acusação, simplesmente se calar, ao invés de ofertar uma versão plausível para o fato que se lhe imputa.”²²

¹⁹ Artigo 8º, 2, g, CADH. “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

²⁰ Artigo 186, CPP. “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

²¹ Art. 155, CPP. “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Artigo 198, CPP. “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

²² CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade. Lei 13689/2019: Comentada artigo por artigo*. Salvador. Editora Juspodium, 2020, p. 145.

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha asseverou, no julgamento da Sentencia 202/2000, que “a recusa em explicar uma conduta questionável, como parte do exercício legítimo do direito de

Também divergindo do direito comparado, a doutrina pátria vem pregando a admissibilidade do exercício parcial do direito ao silêncio, que se subdivide em (i) horizontal ou momentâneo, quando o agente se cala em um dos interrogatórios, mas não em outros (em sede policial ou judicial), e (ii) vertical, quando em um só depoimento o agente responde a algumas indagações e deixa outras sem resposta, ou responde de forma lacunosa ou deficiente.

No caso de exercício parcial vertical do direito ao silêncio, é certo que na parte em que o acusado se pronunciar, o interrogatório se convola em meio de prova, podendo portanto ser valorado negativamente, à luz do princípio da comunhão das provas. Isso porque, abrindo-se mão do direito ao silêncio, o interrogatório passa a ter natureza jurídica dúplice: meio de defesa e meio de prova.

Também há de ser ver que, embora o artigo 378 do Código de Processo Civil preconize que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, logo em seguida o artigo 379 do diploma processual ressalva o direito de não produzir prova contra si mesmo. Segundo renomada doutrina processualista, a melhor leitura dos dispositivos extrai tão somente a garantia contra a autoincriminação para fins penais, sem prejuízo do reconhecimento de um dever geral de colaboração com a administração da justiça.²³

A proteção contra a autoincriminação involuntária foi potencializada pela edição da Lei nº 13.869/2019 — Nova Lei de Abuso de Autoridade, a qual tipifica, no seu artigo 13, III, a conduta de constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro, com pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

Se por um lado o novo diploma legal criminaliza apenas condutas mais graves, de autoridades que realizam coerção física ou moral para que um indivíduo preso, que já se encontra em situação de vulnerabilidade, produza prova contra si mesmo, fato é que a garantia contra a autoincriminação, que antes se limitava ao campo jurisprudencial e doutrinário, veio a ser positivada, ainda que a *contrario sensu*, pelo menos em relação aos indivíduos presos.

permanecer calado, pode ser usada por um tribunal como base para condenação desde que a acusação tenha trazido provas de culpa e que o réu possa justificadamente dar uma explicação. Não pode, em caso algum, ser utilizado quando a decisão não é fundamentada, as razões invocadas não são razoáveis ou arbitrárias, ou se baseiam apenas no fato de o requerido permanecer em silêncio na presença da polícia”.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Manual do Processo Civil — 5ª ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 253/255.

Isso porque a Nova Lei de Abuso de Autoridade aborda a garantia contra a autoincriminação de forma autônoma, dissociada do direito ao silêncio. Tanto é assim que tipifica separadamente a violação a esta segunda garantia, no artigo 15, parágrafo único, I, cominando pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, a quem prossegue com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio.

Pela literalidade do dispositivo, o legislador acabou por limitar o exercício do livre arbítrio do acusado sobre a produção do seu interrogatório. Até então, entendia-se que o direito ao silêncio poderia ser exercido de forma parcial, logo o acusado poderia optar por responder algumas perguntas, mas não outras que reputasse prejudiciais, além de poder escolher a quem responder as perguntas.

Com a Nova Lei de Abuso de Autoridade, Rogério Sanches Cunha ressalta que foi tipificada a conduta da autoridade que **prosseguir** com o interrogatório, ainda que sem coerção física ou moral, de modo que a única conduta lícita possível, a partir do momento em que o investigado ou acusado se recusar a responder alguma pergunta, é imediatamente dar o interrogatório por encerrado, sem mais perguntas.²⁴

Tal entendimento não está a salvo de críticas. Diante de uma interpretação finalista do tipo penal, que busque salvaguardar o acusado de toda sorte de intimidação, defendemos que bastaria à autoridade interrogadora questionar o acusado se há interesse em responder as demais perguntas que poderiam ser formuladas em sequência.

Tangente a essa questão, pende controvérsia acerca da possibilidade de o acusado responder apenas às perguntas formuladas por sua defesa técnica, recusando-se a responder as da acusação e do magistrado. Não se desconhece o entendimento doutrinário tradicional, no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro admite apenas o exercício total do direito ao silêncio, contudo não há qualquer respaldo legal que o justifique.

Em sentido contrário, há recente decisão monocrática do Ministro Felix Fischer no HC 628.224/MG, de 07/12/2020, concedendo ordem de ofício para realização de nova audiência de instrução em ação penal na qual o acusado foi impedido de responder apenas às perguntas de sua defesa técnica, haja vista que as declarações em interrogatório deveriam ser prestadas de forma livre, desimpedida e voluntária.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches, op. cit, p. 145.

Ressalvou-se, contudo, que o interrogatório é dividido em duas partes: identificação do investigado ou acusado e quesitação sobre os fatos investigados ou imputados. Feita essa separação, entende o Ministro que o direito ao silêncio não é aplicável à identificação do acusado, que pode incorrer na prática do crime de falsa identidade, uma vez que a garantia diz respeito ao mérito da pretensão punitiva.

Desse modo, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a garantia à não autoincriminação sob o ponto de vista constitucional (decorrente de outras garantias fundamentais) e legal (a *contrario sensu*, e de forma autônoma). Custa-se chegar a um consenso sobre seu sentido que, como defendemos, deve (i) vedar que se obrigue o investigado ou acusado a produzir provas contra si mesmo, ativamente, e (ii) permitir, mediante previsão legal, que o investigado ou acusado seja fonte passiva de elementos de prova contra si próprio, com a utilização de técnicas que não vulnerem sua dignidade.

IV. IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA DOS PRESOS

Partindo da máxima segundo a qual nenhum direito ou garantia, ainda que fundamental, é absoluto, defende-se que bastaria resguardar o núcleo essencial da garantia contra a autoincriminação, mediante a conservação da dignidade da pessoa humana, centro axiológico da Constituição da República de 1988, nos procedimentos de obtenção do material genético para fins probatórios.

Ausente o consentimento do investigado ou acusado, seriam admitidas as provas obtidas mediante cooperação passiva (deixar produzir), que se dividiriam em (i) provas não invasivas, obtidas a partir de vestígios do corpo do acusado na cena do crime ou a partir de resíduos humanos colhidos em momento posterior, como impressões digitais, fios de cabelo e saliva, e (ii) provas invasivas indolores, mediante técnicas que necessitam do corpo do acusado mas não lhe infligem dor considerável, ou cuja dor possa ser apaziguada.

A Lei nº 12.654/2012 disciplinou duas espécies de identificação criminal com base no perfil genético, técnica de cruzamento de dados de compatibilidade de amostra de DNA, de supostos autores de crimes ou de pessoas desaparecidas, com um banco de dados de indivíduos acusados ou condenados criminalmente. A primeira se refere à identificação inserida no artigo 5º e seguintes da Lei nº 12.037/2009, mediante a criação de um banco de dados sigiloso e mantido

por unidade oficial de perícia criminal, cujas informações de perfis genéticos não podem revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero.

Por expressa dicção legal, trata-se de identificação criminal com fins probatórios, permitida quando for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (artigo 3º c/c 5º, parágrafo único). Há, portanto, o necessário controle judicial sobre a submissão do suspeito à identificação criminal.

O referido banco de dados se destina tão somente à custódia dos dados de perfis genéticos vinculados à prova de um crime sob investigação ou persecução, isto é, ao deslinde de um caso criminal específico, conforme se extrai da previsão, sob a redação original do dispositivo, de exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito, ou no caso de absolvição ou não oferecimento ou rejeição da denúncia (artigo 7º-A conforme redação da Lei nº 12.654/2012).

A Lei nº 13.964/2019 — Pacote Anticrime promoveu alterações no regramento desse banco de dados. Autorizou-se, com a inclusão do artigo 7º-C da Lei nº 12.037/2009, a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais no Ministério da Justiça e Segurança Pública, cuja formação, gestão e acesso serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal (§ 1º), e cujo objetivo é o armazenamento de dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal (§ 3º) para subsidiar investigações criminais (§ 2º).

Por cuidar de dados que podem ser aferidos mediante técnicas não invasivas, a lei autoriza a coleta dos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos **presos provisórios ou definitivos**, quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal (§ 4º), bem como a comunicabilidade e integração com bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil (§ 5º), ou com outros bancos de dados por meio de acordo ou convênio (§ 7º).

O tratamento dos dados multibiométricos e de impressões digitais é o mesmo dispensado aos dados de perfil genético dos presos condenados, a saber, ficam

armazenados em banco de dados sigiloso (§ 8º) e não sujeito a comercialização (§ 10), que pode ser acessado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público mediante requerimento ao juiz competente no caso de inquérito ou ação penal instaurados (§ 11).

Também sofreu alteração o artigo 7º-A, que trata das hipóteses de exclusão do perfil genético dos bancos de dados no caso de condenação do acusado. Enquanto na disciplina anterior a exclusão ocorreria automaticamente ao fim do prazo prescricional do delito, com o Pacote Anticrime a exclusão passa a depender de requerimento do acusado, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

Considerando tratar-se de acesso a informações sensíveis de indivíduos comprometidos criminalmente, cuja proteção de dados não deixa de ser fundamental, cumpre à autoridade policial ou ao *Parquet* demonstrar a real necessidade da medida, que deve ser considerada *ultima ratio* no sistema de técnicas investigativas.

Não se poderia admitir um pedido aleatório, ou de acesso irrestrito ou demasiadamente abrangente aos dados constantes do banco para subsidiar uma investigação criminal, como ocorreria caso se requeresse acesso ao material genético de todos os sujeitos com determinada característica fenotípica no país. Na fundamentação do pedido, defendemos que devam ser apresentados indícios mínimos de autoria delitiva por parte do(s) sujeito(s) alvo(s) da busca de dados.

Já a segunda espécie foi inserida no artigo 9º-A na Lei de Execução Penal, instituindo a coleta de material biológico dos indivíduos condenados por crimes dolosos com grave violência contra a pessoa ou hediondos, por meio de técnica adequada e indolor para fins de formação do perfil genético, mediante extração de DNA — ácido desoxirribonucleico, como forma de **identificação criminal obrigatória**. Os dados são armazenados em banco de dados sigiloso (§ 1º), podendo ser acessado pela autoridade policial mediante representação ao juiz competente. O dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 7.950/2013.

Alguns defensores da constitucionalidade do banco de dados previsto na Lei de Execuções Penais argumentam que a tipagem genética não pode ser considerada autoincriminação, na medida em que ocorre após a condenação e, assim, não serve de prova no processo que a ensejou, mas apenas para solucionar outros casos.

Não pensamos que esse raciocínio seja o melhor caminho: em primeiro lugar, se se pretendesse proteger a garantia contra a autoincriminação, o banco de dados não seria adequado, ao verificar-se que os dados inseridos no banco podem ser utilizados para solucionar até mesmo crimes anteriores à condenação inclusos no sistema²⁵.

Em segundo, essa dicotomia não se sustenta, tanto que vimos a permissão na Lei nº 12.037/2009 para a criação de um banco de dados contendo perfis genéticos para fins probatórios, sem invalidação pela garantia contra a autoincriminação, tendo em vista que não se exige colaboração ativa do acusado. Nesse sentido, leciona Renato Marcão:

“Ao contrário do que se tem proclamado amiúde, o que está disciplinado no art. 9-A da LEP é a intervenção compulsória e indolor no corpo do condenado, portanto, a lei não o obriga a agir de forma contrária ao seu interesse e com isso produzir prova contra si mesmo, mas autoriza o Estado a dele retirar, de forma compulsória, em verdadeiro constrangimento legal, material genético que irá identificá-lo definitivamente e alimentar banco de dados. Uma coisa é obrigar alguém a fornecer algo contra sua vontade, outra, bastante distinta, é obrigá-lo a suportar a ‘retirada compulsória’. Não se deve confundir ação com inação. [...] Sob o enfoque da produção de prova criminal contra os interesses do investigado, a identificação datiloscópica permitida ainda que excepcionalmente no art 5º, LVIII, da Constituição Federal, não é providência tão distinta daquela regulada no art. 9º-A da LEP, na medida em que permite a coleta de impressões digitais aptas a abastecer banco de dados, cujo conteúdo poderá ser utilizado como paradigma na apuração de outros crimes de igual autoria. O direito de não produzir prova contra si mesmo é garantia que se extrai da melhor interpretação do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, e do art. 8º, II, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas, por aqui, tais regras não foram violadas. Não é inconstitucional, portanto, o art. 9º-A da LEP, apesar da revelada deficiência técnica e intelectual do legislador ordinário.”²⁶

Por seu turno, Guilherme Nucci defende que o banco de dados inserido no artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais contribui para a perfeita identificação

²⁵ GRAZINOLI GARRIDO, Rodrigo; LEAL RODRIGUES, Eduardo. *O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654*. Rev. Bioética y Derecho, Barcelona, n.o 35, p. 94-107, 2015. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2020.

²⁶ MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 67.

criminal e deveria ser expandido para pessoas condenadas por quaisquer crimes, graves ou não:

“Constitucionalidade da medida: a identificação criminal, quanto mais segura, melhor. O Estado tem possibilidade de apurar crimes e sua autoria com certeza de não processar um indivíduo em lugar de outro, por falha na documentação colhida, sujeita que é aos mais diversos procedimentos de falsificação. O acusado, igualmente, terá oportunidade de não responder por delitos cometidos por pessoa diversa. Logo, não vislumbramos nenhuma lesão a direito ou garantia individual nessa medida. Coleta-se material biológico (DNA) para a perfeita identificação criminal, de acordo com o perfil genético. Estipulou-se o procedimento para os condenados por delitos graves (dolosos cometidos com violência contra a pessoa) e aos sentenciados por delitos hediondos. Em verdade, deveria ter fixado para todos os condenados, evitando-se qualquer espécie de erro judiciário, independentemente da gravidade do crime. Mas é um começo. A colheita do material não será invasiva, como já não é no tocante à impressão datiloscópica e à fotografia. Os dados ficam arquivados em banco sigiloso. A eles somente terá acesso o juiz competente, em caso de investigação criminal, a pedido de autoridade policial, de modo a realizar confronto com outros elementos colhidos, permitindo-se estabelecer, com nitidez, a autoria de um delito ou excluí-la com a mesma segurança. Note-se: não se vai exigir do indiciado ou acusado que faça prova contra si mesmo doando material genético para confrontar com o perfil contido no banco de dados. Na verdade, a polícia poderá extrair da cena do crime todos os elementos necessários para estabelecer um padrão de confronto (ex.: fio de cabelo, sêmen, sangue etc.). Diante disso, havendo dúvida quanto à identidade do autor, pode-se acessar o banco de dados para checar o perfil genético ali constante, a ser estabelecido por laudo pericial. O material encontrado na cena do crime não foi compulsoriamente extraído do autor da infração penal, mas apenas colhido pelo agente estatal. Aliás, o mesmo se dá, hoje, quando uma câmera qualquer filma um crime; valendo-se das imagens, a polícia pode encontrar o suspeito. Ou, ainda, quando se colhe, no local da infração, a impressão datiloscópica, permitindo-se encontrar o agente. Em suma, colher material genético para a identificação criminal de qualquer condenado não é procedimento suficiente para prejudicialo; ao contrário, busca-se assegurar a sua perfeita individualização. Se, no futuro, ele tornar a cometer um crime e o Estado, de posse de material colhido no local do delito ou da vítima, puder confrontar com os dados constantes do banco genético, encontrando-se o autor, cuida-se do aperfeiçoamento

do sistema investigatório. O acusado não forneceu, obrigatoriamente, material algum para fazer prova contra si mesmo. O ponto de vista é outro: o Estado colheu dados noutras fontes e confrontou com perfil genético já existente.”²⁷

Enxergamos essa utilização como uma flexibilização legítima da garantia contra a autoincriminação, que aumenta significativamente a efetividade e justiça da prestação jurisdicional, sem vulnerar seu núcleo essencial. Exemplo ocorreu em novembro de 2019, quando a comparação do material genético de cerca dos presos do sistema penitenciário de São Paulo com o material encontrado em vítimas de estupro, feita pelo Instituto de Criminalística da Polícia Civil de São Paulo, permitiu se chegar ao indivíduo responsável por sete de oito de ataques embaixo de um mesmo viaduto na Zona Leste de São Paulo, realizados ao longo de quatro anos²⁸.

Por outro lado, percebe-se que o exame genético também se torna ferramenta apta a provar a inocência dos acusados. Sua objetividade pode afastar de forma patente a autoria delitiva e impedir a maior das injustiças (punir um inocente). Foi o que se observou no Alagoas²⁹, bem como no Projeto Inocência (“*The Innocence Project*”), difundido nos Estados Unidos, no qual os exames de DNA ensejou a absolvição de mais de 300 indivíduos que viviam há décadas presos por condenações equivocadas, sendo que 17 destes haviam sido sentenciados à morte³⁰.

A Lei nº 13.964/2019 — Pacote Anticrime também promoveu relevantes modificações no regramento dessa tipagem genética, aprofundando-o. Com a inclusão dos artigos 9º-A, § 8º e 50, VIII, na LEP, tornou-se falta grave a recusa do preso em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. Dessa forma, em que pese o indivíduo preso não possa ser forçado, a imposição legal de uma sanção para sua recusa denota que a sujeição a exame para fornecimento de material genético constitui-se **dever do preso condenado**.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*: 14 ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 171.

²⁸ Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/11/04/apos-comparar-dna-de-presos-com-material-encontrado-em-vitimas-de-estupro-policia-chega-a-suspeito-de-7-crimes-em-sp.ghml>>. Acesso em 05 nov. 2020.

²⁹ Disponível em: <<http://agenciaalagoas.al.gov.br/noticia/item/23529-exames-de-dna-garantem-a-inocencia-de-suspeitos-de-estupros-no-estado>>. Acesso em 05 nov. 2020.

³⁰ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-ago-22/entidade-provar-inocencia-300-reus-eua-20-anos>>. Acesso em 18 fev. 2021.

Por isso mesmo, caso tenha sido preso cautelarmente (e, portanto, não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional), deve ser submetido ao exame durante o cumprimento da pena, conforme o artigo 9º-A, § 4º, da LEP. E, caso o indivíduo preso seja absolvido ou decorram 20 anos desde sua condenação (nesse caso, mediante requerimento), deve ocorrer a exclusão do perfil genético dos bancos de dados, nos termos do artigo 7º-A da Lei nº 12.037/2009.

Para mais, dada a menor vulneração da integridade corporal e da dignidade do indivíduo, verificamos que a prova não invasiva constitui um *minus* frente à prova invasiva indolor. Por isso, a proporcionalidade na disciplina legislativa dos dados de perfil genético, colhidos apenas dos presos condenados por crimes dolosos e violentos ou hediondos, frente à disciplina dos dados multibiométricos e de impressões digitais, colhidos dos presos provisórios e condenados.

Há quem afirme que a identificação multibiométrica dos presos provisórios vulneraria sua presunção de inocência, cuja regra de tratamento exige sua diferenciação em relação aos presos sob condenação definitiva³¹. Entendemos, entretanto, que a biometria consiste atualmente em mecanismo plenamente difundido e imposto a todos os indivíduos que se pretendam cidadãos, perante os registros civis, eleitorais e de trânsito.

Observamos, assim, que a disciplina legal admite que os métodos não invasivos de obtenção de material genético possam ser realizados em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal, **sem necessidade de consentimento do preso**, e utilizados para formar perfis de características físicas dos indivíduos presos, acessíveis em nível nacional, bastando requerimento fundamentado da autoridade policial ou do Ministério Público para subsidiar suas investigações criminais.

Recentemente, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — Lei nº 13.709/2018, que afasta expressamente seu regramento protetivo ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública e atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, III).

Rogério Romano denuncia que o uso desenfreado da engenharia genética, como se verifica na lei de tipagem genética para fins de identificação criminal,

³¹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>>. Acesso em 18 fev. 2021.

configura um retrocesso ao viés de determinismo biológico, próprio da criminologia positivista do século XIX. Ressalta, ainda, o risco de deturpação do uso das informações genéticas colhidas, para fins de discriminação no mercado de trabalho e de manipulação econômica dos dados referentes à indicação ou predisposição de doenças:

“Lanço a minha suspeita, o meu receio, de que o armazenamento de dados genéticos, em um banco destinado à identificação de indivíduos, possa favorecer à discriminação, sobretudo quando pode levar alguém a ser discriminado no mercado de trabalho, mercê da indicação de doenças ou predisposição para elas, a seleção a determinados cargos ou funções no serviço público. Considero, pois, tal banco de dados uma afronta ao direito à intimidade previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal. Observa-se o perigo de disseminação de informações com relação ao genoma do investigado. Tal prova deve ser protegida pelo sigilo, e se for usada, fora desse parâmetro, é caso de prova ilícita. [...] É o ressurgimento perigoso, no direito brasileiro, da escola de Lombroso, do direito penal do autor. Tal, num Estado Democrático de Direito, deve ser objeto de diversas limitações. [...] Referendar um cadastro genético nacional de condenados em crimes graves é trilhar o caminho do Estado da Segurança Pública, em oposição ao Estado de Direito e das liberdades públicas. Assim se inserindo, volveríamos, de forma condenável, ao sistema inquisitivo, da supremacia do interesse público, em que a pessoa, ao invés de estar em situação de inocência, passaria ao estado de suspeição.”³²

Por sua vez, Eugênio Pacelli tece críticas à criação de um cadastro genético nacional de condenados por crimes graves, apontando, além dos riscos gerados pelo sistema, que a inexistência de um prazo de duração da manutenção dos dados no sistema gera estigmatização e viola o direito do egresso de retornar ao estado pleno de cidadania e inocência em relação a fatos futuros. Defende, portanto, a exclusão do perfil genético ao final do prazo prescricional do delito investigado, como ocorria com os cadastros de fins probatórios antes da alteração promovida no artigo 7º-A da Lei nº 12.037/2009 pela Lei nº 13.964/2019³³.

Entendemos que o instituto não deve ser analisado sob o prisma fatalista do quanto pode dar errado. Se fosse assim, não se poderia admitir voto em urnas eletrônicas, processos judiciais eletrônicos, etc. Não se pode ignorar que

³² ROMANO, R.T. *Identificação Criminal pelo DNA: Uma Experiência Lombrosiana*. Disponível em: <<https://www.jfn.gov.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

³³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal* – 24. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2020, p. 303/304.

a custódia de dados sensíveis por parte do Estado é uma realidade da vida contemporânea, como se nota em relação aos bancos de dados para fins civis, eleitorais e de trânsito.

A custódia de informações genéticas é o próximo passo dessa tendência, e pode auxiliar nosso país a alcançar uma prestação jurisdicional mais justa e célere no âmbito criminal, em especial no combate à reiteração delitiva. A crítica pode ser neutralizada com o investimento, pelo Estado brasileiro, na aquisição de tecnologias aptas a resguardar o sigilo dos dados sensíveis dos indivíduos.

Criando um banco de dados sigiloso, estatal, e com finalidade restrita, a lei mostra-se adequada ao quanto dispõe a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada, em 2005, pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO:

“Art. 9º. A privacidade dos indivíduos envolvidos e a confidencialidade de suas informações devem ser respeitadas. Com esforço máximo possível de proteção, tais informações não devem ser usadas ou reveladas para outros propósitos que não aqueles para os quais foram coletadas ou consentidas, em consonância com o direito internacional, em particular com a legislação internacional sobre direitos humanos.”

Os tribunais superiores vem reiteradamente adotando precedentes no sentido de que a criação de um banco de dados genéticos não fere o direito de não produzir provas contra si mesmo e de permanecer em silêncio:³⁴

“O direito a não autoincriminação também permite ao investigado ou réu se recusar a fornecer qualquer tipo de material, inclusive de seu corpo, para realização de exames periciais, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, como para fins de identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 12.037/09), bem como para a formação do banco de dados de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou delitos dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A da Lei de

³⁴ Para além dos precedentes citados, verifica-se os seguintes: HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJe de 06/11/1998; [...] (HC 101909, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012); REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 04/09/2012; [...] (RE 603465, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11/12/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 17/12/2018 PUBLIC 18/12/2018); (HC 510.924/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019).

Execução Penal, incluído pela Lei n. 12.654/12).” (RHC 82.748/PI, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018)

“PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO. PACIENTE CONDENADO POR CRIME COM VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA E CRIME HEDIONDO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. 2. No caso em exame, o paciente cumpre pena pela prática dos crimes de homicídio qualificado (duas vezes), ocultação de cadáver, crueldade contra animais e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, restando atendidos, assim, os requisitos legais estatuídos pelo dispositivo supracitado: condenação por crime com violência de natureza grave contra pessoa ou aqueles constantes do rol do art. 1º da Lei n. 8.072/1990. 3. Habeas corpus denegado.” (HC 536.114/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020)

A pacificação do tema se dará com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 973837 pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida por unanimidade, e de relatoria do ministro Gilmar Mendes. O processo aborda a constitucionalidade da coleta de material genético de condenados por crimes violentos ou hediondos para manutenção de banco de dados estatal, prevista no artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela constitucionalidade do dispositivo, sustentando que a **identificação da pessoa é direito estatal voltado à preservação da segurança pública**³⁵. Ressaltou os alarmantes índices de casos criminais não resolvidos no país, em especial de crimes graves, tais como o homicídio, e defendeu os resultados positivos que foram experienciados em outros países, diante da criação dos bancos de dados genéticos.

Ademais, até o momento, o Código de Processo Penal ainda não disciplina o dever de o réu colaborar ou não com os procedimentos de fornecimento de dados

³⁵ DODGE, Raquel Elias Ferreira, Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgenetico.pdf>. Acesso em 19 fev. 2021.

genéticos ou físicos. Outrossim, em ritmo avançado tramita o PL nº 8.045/2010, do Novo Código de Processo Penal, incluindo no artigo 186, § 3º, a sujeição a exame, ou seja, obrigar o réu a produzir provas contra si desde que não sejam atentatórias contra a sua dignidade. A aprovação do referido dispositivo poderá sepultar a controvérsia e permitir que o país aprimore suas técnicas periciais.

V. OBTENÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO DOS PRESOS

A prova pericial possui idoneidade de grande valia para a reconstituição dos fatos e descobrimento da verdade. Por tal razão, possui disciplina legal diferenciada no Código Civil (art. 232)³⁶ e no Código de Processo Civil (art. 464 ss.), de modo que a recusa em sua produção pode suprir a sua realização para os fins probatórios a que se destinava.

Não se trata propriamente de questão atinente à distribuição do ônus da prova, a exigir conhecimento prévio das partes, com delimitação em decisão de saneamento. Considerar provado um fato para cuja elucidação a parte não quis concorrer consiste em uma clara sanção processual pela falta de colaboração com a justiça cível, na forma de suprimimento judicial de uma prova necessária para se tomar certo fato como verdadeiro, ou mesmo na forma de exoneração do ônus da prova.

No processo penal, as referidas normas esbarram na presunção de inocência, que impõe o ônus probatório à acusação. A prova dos crimes materiais, que produzem resultado naturalístico (alteração do mundo exterior), depende em regra da elaboração de laudo pericial que, por vezes, demandará a coleta do material genético do investigado ou acusado. Uma vez realizada a identificação criminal por perfil genético, produz-se segura prova técnica de autoria, de enorme relevância para o deslinde dos processos criminais.

Nossa lei admite a extração do referido material mesmo sem consentimento do preso, tratando a recusa em seu fornecimento como falta grave. Porém, uma vez ocorrendo a recusa, surge para o Estado três possibilidades. A primeira seria adotar a solução prevista para a justiça cível, de suprimimento da prova que se visa obter para fins condenatórios.

³⁶ Código Civil. “Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

A aplicação por analogia ao artigo 232 do Código Civil é a opção defendida por Eugênio Pacelli, segundo o qual não se pode prescindir de presunções contra o acusado que deixe de apresentar explicações minimamente razoáveis para a sua recusa, especialmente porque ainda se exigiria do juiz criminal a verificação de um quadro probatório existente, porém insuficiente, suprindo-o com a presunção de autoria.³⁷

Em que pese o acusado não fosse efetivamente obrigado a fornecer o material genético para exame, o resultado prático seria o mesmo, e a sua recusa funcionaria como uma sanção por sua postura não colaborativa. Pensamos que tal solução não seria correta, vez que subverteria a lógica de todo o processo penal, cujas presunções devem operar em favor do acusado.

A segunda opção do Estado seria insistir na coleta do material genético, obtendo-o do indivíduo preso contra sua vontade expressa, aproveitando-se dos resíduos por ele produzidos e descartados no estabelecimento prisional, tais como a saliva deixada num copo, a impressão digital no travesseiro, e o fio de cabelo nas vestes. O indivíduo não pode escapar de suas necessidades fisiológicas, o que tornaria inócua sua opção pela recusa.

Se a liberdade individual só existe de fato quando respeitada pelo Estado, resta saber se seria legítimo o aproveitamento desse material genético obtido astuciosamente de um indivíduo colocado em uma condição especial de sujeição ao Estado na forma de uma prova não invasiva, seja para promover ou para afastar a responsabilização penal, ou se, nos casos de recusa, deveria o Estado se abster de realizar qualquer coleta, caso em que se resguardaria de forma absoluta a garantia contra a autoincriminação (terceira opção).

A garantia contra a autoincriminação encontra mitigações previstas em lei, respeitando-se a proporcionalidade e exigindo-se fundamentação que demonstre sua necessidade no caso concreto. Caso bastasse ao indivíduo preso se recusar de forma expressa para que obtivesse uma blindagem absoluta contra a produção de prova em seu desfavor, as previsões legais de coleta de material genético dos presos seriam completamente esvaziadas. É evidente que se os atos de investigação e obtenção de prova dependessem do consentimento do investigado/acusado, este os evitaria a qualquer custo.

³⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal* – 24. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2020, p. 306.

Ante a necessidade de se ponderar os bens jurídicos em jogo, cumpre ressaltar que a legislação penal já admite a privação da liberdade ambulatoria (de ir, vir e permanecer), de modo que o encarceramento não pode ser visto, *de persi*, como uma violação a direitos fundamentais. Havendo indícios suficientes da prática de crime, os interesses do Estado (na manutenção da ordem jurídica), da sociedade (na manutenção da paz social, da segurança pública e da justiça) e da vítima (na reparação e na proteção) se sobrepõem à liberdade do autor do delito, que será restringida de forma legítima, respeitando-se sua dignidade.

Preenchendo-se as mesmas balizas (dignidade da pessoa humana, legalidade, proporcionalidade, necessidade), a mesma solução deve ser aplicada à liberdade de se negar ao fornecimento de material genético. Afrontaria a dignidade da pessoa humana realizar a coleta à força; a legalidade, promover a coleta sem autorização legal, aliada à autorização judicial no caso concreto; a proporcionalidade³⁸ e a necessidade, realizar-se a coleta sem demonstração de indícios mínimos da prática de crimes e sem fundamentação idônea de sua imprescindibilidade.

Não se ignora o argumento de que a coleta desavisada ou astuciosa de material genético do preso contra sua expressa vontade seria uma postura antiética do Estado. Contudo, não nos parece mais reprovável, no campo ético, que algumas técnicas investigativas amplamente difundidas no combate à criminalidade, tais como a infiltração de agentes e a ação controlada, nas quais se permite aos agentes do Estado ludibriar criminosos com vistas à obtenção de provas da materialidade e autoria delitivas.

Dessa forma, o compromisso ético do Estado deve repousar primeiramente no interesse público, social e da vítima, afinal a tutela dos bens jurídicos não pode prescindir do aparato repressivo-penal³⁹. Havendo autorização legal e decisão judicial no fornecimento do material genético, este deve ser obtido pelo Estado mesmo que contra a vontade do indivíduo, desde que a ele se garanta sua integridade física e psíquica, mediante procedimentos alternativos.

³⁸ A Suprema Corte da Irlanda, no julgamento do caso *Heaney v. Ireland* em 1996, assentou: “O direito constitucional ao silêncio e a não autoincriminação na fase pré-julgamento é corolário do direito à liberdade de expressão, nos termos do artigo 40 da Constituição. No entanto, este direito não é absoluto e o Estado tem o direito de usurpá-lo no interesse de manter a paz e a ordem públicas, desde que a usurpação seja proporcional ao objetivo da legislação.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa11Garantiaintraautoincriminao.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2021.

³⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 62, 2006, p.15.

O Instituto Nacional de Criminalística já listou três procedimentos alternativos para coleta do perfil genético quando o agente não concordar em fornecer o material biológico, que devem ser acompanhados por perito a fim de evitar a contaminação do material e documentar a cadeia de custódia⁴⁰. São eles: a) a utilização de material biológico coletado em eventuais exames de saúde feitos no indivíduo custodiado; b) a coleta de objetos pessoais – escovas de cabelo, copos ou talheres usados, roupas íntimas, entre outros, coletados em ambiente isolado e/ou controlado; c) a busca e apreensão mediante prévia autorização judicial de objetos pessoais – esta última hipótese de aplicação mais restrita.

Assim, em caso de recusa, a coleta não é feita pelo método ordinário, não se compelindo o agente a fornecer o material. Nestes casos, documenta-se o fato em termo próprio e se o submete à autoridade judicial competente, que deliberará pela obtenção do material mediante um dos procedimentos alternativos existentes.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que o Estado não é impedido de utilizar, para a realização de perícia, materiais genéticos encontrados em materiais descartados pelo acusado, já que o exame de DNA seria realizado sem violência moral ou física que configurasse constrangimento ilegal:

“5. No caso, entretanto, não há que falar em violação à intimidade já que o investigado, no momento em que dispensou o copo e a colher de plástico por ele utilizados em uma refeição, deixou de ter o controle sobre o que outrora lhe pertencia (saliva que estava em seu corpo). 6. Também inexistente violação do direito à não autoincriminação, pois, embora o investigado, no primeiro momento, tenha se recusado a ceder o material genético para análise, o exame do DNA foi realizado sem violência moral ou física, utilizando-se de material descartado pelo paciente, o que afasta o apontado constrangimento ilegal.” (STJ, Quinta Turma, HC 354.068/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 13/03/2018)

Os dejetos humanos (lixo) constituem *res derelictae*, ou coisa abandonada, que deixou de ter dono. Segundo o Código Civil, o sujeito que encontra coisa abandonada,

⁴⁰ Conforme explicitado pela Procuradoria Geral da República no parecer elaborado para o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 973837, sobre a constitucionalidade da coleta de material genético de condenados por crimes violentos ou hediondos para manutenção de banco de dados estatal. DODGE, Raquel Elias Ferreira, Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgenetico.pdf>. Acesso em 19 fev. 2021.

e dela se apodera, passa a ser seu legítimo proprietário, permitindo-se concluir pela impossibilidade jurídica de furto de materiais descartados pelo indivíduo, e de sua usurpação pelo Estado, como seria o caso da coleta para fins probatórios.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, teve de enfrentar questão análoga no julgamento do caso Gloria Trevi (Reclamação 2040) em 2004, em que autorizou a coleta de material biológico da placenta da extraditanda, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora sua oposição, concluindo-se que a garantia contra a autoincriminação se restringe à proteção contra condutas autoincriminatórias ativas⁴¹.

A Corte Suprema autorizou que a autodeterminação da extraditanda fosse pontualmente suprimida, submetendo-a a exame contra sua expressa vontade, diante de bens jurídicos como moralidade administrativa e segurança pública, que se acrescem ao direito fundamental à honra e à imagem dos policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.⁴²

Logo, observa-se que, nas hipóteses de recusa de fornecimento do material genético por parte do investigado ou acusado, o Superior Tribunal de Justiça acatou a aplicação de métodos não invasivos de produção da prova, enquanto o Supremo Tribunal Federal chegou a admitir a produção de prova invasiva indolor. Ressalvamos, contudo, que a questão sobre a admissibilidade dos métodos alternativos para obtenção do DNA deve ser resolvida mediante edição de lei.

VI. CONCLUSÃO

Pela análise exposta, pode-se averiguar que a ausência de disciplina legal sobre os contornos da garantia contra a autoincriminação levaram as cortes constitucionais e internacionais a densificar seu significado. No direito comparado, observa-se uma interpretação restritiva na forma do direito ao

⁴¹ Rcl. no 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

⁴² Em uma análise técnica mais detida do caso, Pedro Mariú enxerga que, embora originariamente o pedido tivesse por fundamento a elisão da responsabilidade penal dos policiais federais suspeitos de crime de estupro, a negativa da parturiente correspondia à possível responsabilização por delitos como fraude processual ou denúncia caluniosa. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Pedro_Rabello_Mariú.pdf>. Acesso em 19 fev. 2021.

silêncio, que protege o indivíduo contra coações e violências do Estado voltadas para dele extrair declarações orais que o impliquem na esfera criminal. O exercício parcial do direito ao silêncio não é admitido devido aos riscos de manipulação dos fatos pelo acusado. E a identificação criminal é admitida enquanto dever do cidadão diante do interesse social na segurança pública.

O Brasil, por seu turno, construiu um significado ímpar para o direito ao silêncio. As cortes brasileiras optaram por uma interpretação extensiva da garantia, na forma de uma vedação à produção de quaisquer provas contra si mesmo, ausente a consciência e voluntariedade do investigado ou acusado. O exercício parcial do direito ao silêncio vem sendo defendido por parte da doutrina e começa a encontrar eco no Superior Tribunal de Justiça. Sustentamos que essas construções jurisprudenciais merecem ser sepultadas, mediante edição de lei que regulamente a submissão à coleta de material genético por parte dos investigados e acusados criminalmente, bem como a impossibilidade de exercício parcial do direito ao silêncio.

No tocante à identificação criminal, vimos que a Lei nº 12.654/2012 disciplinou a coleta de perfil genético, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito (inserida na Lei nº 12.307/2009), seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos (inserida na Lei de Execuções Penais). A Lei nº 13.964 aperfeiçoou o tratamento da matéria, tratando sobre o banco de dados nacional e caracterizando a recusa à coleta de DNA como falta grave do preso.

Aguarda-se a resolução do debate doutrinário sobre a constitucionalidade da criação de um banco de dados dos presos condenados por crimes graves e hediondos (art. 9º-A da Lei de Execuções Penais) com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 973837. Defendemos sua constitucionalidade no melhor interesse público e das vítimas pelo fim da impunidade e da vergonhosa quantidade de crimes não solucionados no país.

Por fim, analisamos as possíveis atitudes do Estado diante de recusa do preso à coleta de material genético: obtenção mediante coação, inadmissível diante da Constituição da República e da Convenção Americana de Direitos Humanos; abstenção de coletar qualquer material, esvaziando-se o dever de fornecimento de material genético pelo preso; presumir como verdadeira a circunstância

(autoria) que se pretendia comprovar com a prova, subvertendo a lógica do processo penal; coletar o material de uso pessoal do preso ou por ele descartado mediante procedimentos alternativos devidamente regulamentados.

Reputou-se como melhor providência a adoção de procedimentos alternativos de coleta controlada de material de uso pessoal ou descartado pelo preso, para proteger a sua dignidade e incolumidade física sem prescindir da produção da prova necessária à segura identificação da autoria delitiva. Espera-se uma prestação jurisdicional mais efetiva e célere, com respeito à legalidade, à dignidade da pessoa humana e à proporcionalidade.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANSELMO, Márcio Adriano. *Com interpretação equivocada, direito ao silêncio virou jabuticaba no país*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/academia-policial-interpretacao-equivocada-direito-silencio-virou-jabuticaba-pais>>.
- ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, E. Ricardo. *O Tribunal do Júri nos Estados Unidos - sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual*, in: Revista brasileira de ciências criminais, ano 4, nº 15, Julho-setembro, 1995.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal - 5 ed. rev., atual e ampl.* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6. ed, 4. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BATISTA, Danilo. *O princípio da vedação à autoincriminação no direito brasileiro: aplicações do nemo tenetur se detegere e seus desdobramentos no exercício da jurisdição penal*. Disponível em: <<https://danilomocota.jusbrasil.com.br/artigos/257734573/o-principio-da-vedacao-a-autoincriminacao-no-direito-brasileiro-aplicacoes-do-nemo-tenetur-se-detegere-e-seus-desdobramentos-no-exercicio-da-jurisdiacao-penal>>.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade. Lei 13689/2019: Comentada artigo por artigo*. Salvador. Editora Juspodium, 2020, p. 145.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Interrogatório: Informação sobre o direito ao silêncio e nulidade*. 2017. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/06/29/interrogatorio-informacao-sobre-o-direito-ao-silencio-e-nulidade/>>.
- DODGE, Raquel Elias Ferreira, Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgencico.pdf>.
- GRAZINOLI GARRIDO, Rodrigo; LEAL RODRIGUES, Eduardo. *O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654*. Rev. Bioética y Derecho, Barcelona, n. 35, p. 94-107, 2015. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em nov.

- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Rio de Janeiro: Editora Livraria do Advogado, 2012.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* - 13 ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 67.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual do Processo Civil — 5ª ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020*
- MAROUBO, Felipe Pereira. *Direitos fundamentais, limites e condicionantes argumentativas: a controvérsia constitucional não resolvida sobre o banco de dados com material genético de condenados*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*: 14 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal* – 24. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2020.
- RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 62, 2006.
- TALON, Evinis. *Provas invasivas e não invasivas no processo penal*. 2018. Disponível em: <<http://evinistalon.com/provas-invasivas-e-nao-invasivas-no-processo-penal/>>.
- Transcrições da Audiência Pública - ARMAZENAMENTO DE PERFIS GENÉTICOS DE CONDENADOS POR CRIMES VIOLENTOS OU HEDIONDOS - para subsidiar o julgamento do RE 973.837. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf>.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57809>>; <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>>; <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307>>; <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=002-7614&filename=002-7614.pdf>>.
- <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa11Garantiacontraautoincriminacao.pdf>>
- <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/11/stj-violacao-direito-ao-silencio-pode-tornar-ilicito-o-depoimento-de-testemunha/>>
- <<https://www.conjur.com.br/2010-out-12/stj-define-aplicacao-concreta-garantia-autoincriminacao>>
- <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/133746374/o-principio-nemo-tenetur-se-detegere-na-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos>>

<http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Pedro_Rabello_Mariu.pdf>

<<https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>>

<<https://www.conjur.com.br/2011-ago-22/entidade-provar-inocencia-300-reus-eua-20-anos>>

<<http://agenciaalagoas.al.gov.br/noticia/item/23529-exames-de-dna-garantem-a-inocencia-de-suspeitos-de-estupros-no-estado>>

<<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/11/04/apos-comparar-dna-de-presos-com-material-encontrado-em-vitimas-de-estupro-policia-chega-a-suspeito-de-7-crimes-em-sp.ghtml>>

TEORIA DA NORMA JURÍDICA

Reis Friede¹

Resumo: o presente artigo discorre sobre o conceito, a estrutura, as características, a classificação e a validade das normas jurídicas.

Palavras-chave: norma jurídica.

THEORY OF THE LEGAL RULE

Abstract: the current article deals about the concept, the structure, the characteristics, the classification and the validity of the legal rules.

Keywords: legal rule.

1. INTRODUÇÃO

BOBBIO, lembrado por SGARBI (2007, p. 114), afirma que a “nossa vida se desenvolve em um mundo de *normas*”; não obstante acreditarmos na liberdade humana, encontramos-nos, na realidade, “envoltos em uma rede muito espessa de *regras* de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações”. Consoante anota LIMA (1983, p. 39), “normas há de várias espécies, religiosas, morais, costumeiras, porém jurídicas são aquelas dotadas de poder coercitivo compulsoriamente organizado”.

O trecho extraído de SGARBI indica que os autores, de um modo geral, a exemplo de NADER (2017, p. 83) e REALE (2002, p. 93), não fazem distinção

¹ Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

entre as expressões norma jurídica e regra jurídica, diferenciando tão somente os termos direito, lei e norma jurídica.

Os vocábulos direito, lei e norma jurídica, sem embargo da confusão terminológica existente na doutrina, são, em sua perfeita tradução, inconfundíveis. Em uma análise superficial, seria lícito admitir que os três termos basilares da Ciência Jurídica guardam uma inerente relação de abrangência, permitindo concluir, em síntese, que o *direito* engloba a *lei* e esta, por sua vez, a norma jurídica. Tendo em vista que o Direito pátrio, por razões históricas (a origem romano-germânica do nosso sistema), se expressa, sobretudo, através da lei (em seu sentido amplo, enquanto norma jurídica escrita), sendo decorrente de produção estatal (de cunho predominantemente legislativo), pode-se deduzir que, embora o Direito transcenda à exclusiva existência da figura legal, é exatamente a partir da interpretação levada a efeito sobre ela de que se extrai a norma jurídica.

De fato, a vida social encontra-se impregnada por normas. Cada passo do ser humano é disciplinado por regras de várias tonalidades. Pela manhã, ao dividirmos o elevador com outras pessoas, uma norma de trato social impõe o quase que automático “bom dia”. Na missa matinal, o fiel, ao comungar, o faz em tom respeitoso e em obediência à liturgia religiosa, geralmente estabelecida através de normas religiosas. Ao utilizarmos as instalações do clube ou do condomínio, deparamo-nos, igualmente, com convenções a serem observadas, notadamente as pertinentes à boa educação e higiene, por exemplo. Durante a condução de automóveis, inúmeras regras de cunho jurídico disciplinam o trânsito de veículos e pedestres. Enfim, seja no ambiente social, na igreja, no clube, no condomínio, no tráfego de veículos ou em muitos outros momentos do cotidiano, há regramentos a serem seguidos, de modo que o fundamento das normas encontra-se justamente na exigência da natureza humana de viver em sociedade (DINIZ, 2000, p. 328).

Não obstante, muitos estudiosos ainda demonstram alguma dificuldade em entender que o escopo último de atuação do Direito, de um modo geral, e da norma jurídica, em particular, é exatamente o de servir como sinérgico mecanismo de projeção comportamental ou, em outras palavras, como uma espécie de “ponte” entre o mundo do ser (ou seja, a realidade como ela se apresenta no mundo fático) e o mundo do dever-ser (isto é, a realidade projetada, segundo os ideais e valores de uma dada sociedade), razão pela qual se afirma que a norma jurídica constitui-se em uma realidade cultural. Neste sentido, o

Direito sempre projeta a realidade para mantê-la como tal, reestruturá-la ou transformá-la, segundo os critérios e concepções impostos pela classe dominante, ainda que, sob a ótica do desejável, tais concepções devessem ser oriundas do conjunto homogêneo de toda a sociedade.

Desta feita, o Direito, operando por meio de normas jurídicas, procura disciplinar o comportamento humano, conduzindo-o a uma direção, sempre com o intuito de alcançar uma determinada finalidade. Não é a toa que DEL VECCHIO afirmava ser a norma jurídica a *coluna vertebral* da sociedade, do que se extrai a importância de seu estudo, justamente por se tratar de elemento essencial do Direito Positivo.

Segundo uma definição apresentada por LIMA (1983), a norma jurídica pode ser objetivamente definida como uma “norma imperativa, bilateral e coercitiva, emanada pelo órgão competente, destinada a dirigir a conduta dos indivíduos ou estabelecer a ordem de convivência social, cuja inobservância acarretará a aplicação da sanção pelos órgãos do poder público”. PAUPÉRIO (citado por SECCO, 1988, p. 43) considera que a norma jurídica consiste na própria expressão da ordem jurídica, que se traduz através de “normas, que têm sempre a forma imperativa e que se podem decompor em ordens ou proibições”, caracterizando, pois, “regras que impõem o comportamento adequado à consecução da ordem e da segurança na sociedade”.

De fato, considerando que o Direito tem como fim específico disciplinar condutas humanas em sociedade, impondo-se naturalmente como princípio básico da vida do gênero humano em coletividade, é fato inconteste que ele necessita de (e efetivamente possui) diversas expressões, tendo como um de seus ideais a realização da justiça, considerada necessariamente em sua acepção mais ampla.

Por efeito conseqüente, a norma jurídica deve ser entendida, sob o ponto de vista restritivo, como a expressão formal do Direito, tendo como tarefa fundamental prever, bem como orientar os próprios modos de conduta interessantes ao convívio social, disciplinando, em todos os casos, a atuação humana na sociedade, e associando a denominada ordem jurídica com a própria normatividade.

Até mesmo porque, conforme adverte LIMA (1983, p. 38), “não pode a sociedade humana subsistir sem regras disciplinadoras do sistema social, nas quais se baseie o equilíbrio de sua posição”, sobretudo se considerarmos que a “convivência coletiva acarreta conflitos cuja superação se torna cotidianamente

indispensável". Não é por outra razão que inúmeros autores, como WILHELMUS LUIJPEN (1922-1980), insistem em afirmar, de maneira categórica, que a disciplina jurídica é essencialmente normativa, possuindo o propósito histórico de conciliar o individual com o social, conduzindo-nos à inafastável conclusão de que a existência envolve necessariamente a coexistência e esta, por seu turno, abrange obrigatoriamente a normatividade.

Por via conclusiva, a única verdade possível, determinante e fundamental, passa a ser exatamente aquela que situa o Direito como uma ordem essencialmente normativa, com um sentido próprio de existência obrigatoriamente desvinculado de qualquer outro regente, excetuando-se, é claro, os valores axiológicos considerados fundamentais: a justiça, englobando, obrigatoriamente, apenas o justo formal, mas sempre objetivando o justo material, e a segurança, na qualidade de imperativo da ordem social, garantida, em última análise, pela própria normatividade, entre outros, como o bem comum.

Com efeito, é possível, sinteticamente, definir a norma jurídica como sendo uma proposição normativa inserida em uma ordem jurídica, avalizada pelo poder público (Direito Interno) ou pelas organizações internacionais (Direito Internacional), podendo disciplinar condutas ou atos, como pode não as ter por objeto, providas ou não de sanção, cuja finalidade é garantir a ordem e a paz social.

2. ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA

BATALHA (2000, p. 308) destaca a existência de quatro diferentes posições fundamentais a respeito da estrutura da norma jurídica: *a*) a solução tradicional da *unitariedade* da norma jurídica, equivalendo a sanção à prestação; *b*) a proposta de HANS KELSEN, pela qual a norma jurídica constitui-se em um juízo hipotético, desmembrado em norma primária e secundária; *c*) a formulação de COSSIO, para quem a norma jurídica traduz-se em um juízo disjuntivo, abrangendo a perinorma e a endonorma; e *d*) a perspectiva de MAYNEZ, segundo a qual a norma jurídica envolve duas normas paralelas (a atributiva e a preceptiva), cada qual com seus conceitos lógico-jurídicos e respectivos correlatos ontológico-jurídicos.

Acrescente-se, nesse rol, a teoria elaborada por HART, na obra *O Conceito de Direito* (1961), para quem o Direito comporta dois tipos de normas, não sendo correto afirmar a existência apenas de normas com conteúdo sancionador. Para

HART, as normas do Direito podem ser classificadas em: *a*) normas primárias (aquelas que estabelecem comportamentos a serem adotados pelos indivíduos, independentemente do seu querer, como a norma insculpida no art. 14, § 1º, I, da CF, que impõe a obrigatoriedade do voto para os maiores de dezoito anos) e *b*) normas secundárias, as quais, por sua vez, classificam-se em normas de reconhecimento (destinadas a “identificar as normas primárias, possibilitando a verificação de sua validade e, por conseguinte, se elas podem ou não ser consideradas pertencentes a dado sistema ou ordenamento”), normas de modificação (que regulam o “processo de transformação das normas primárias”, sua ab-rogação ou derrogação) e normas de julgamento (aquelas que “disciplinam a aplicação das normas primárias”) (REALE, 2002, p. 98).

Na sua *Teoria Pura do Direito*, KELSEN, citado por NADER (2017, p. 84), concebe o esquema lógico da norma jurídica em duas partes: *a*) norma primária (que define o dever jurídico diante de uma determinada situação fática) e *b*) norma secundária (que estabelece a sanção aplicável para o caso de eventual violação do respectivo dever jurídico).

REALE (2002, p. 95), discorrendo sobre a aludida concepção kelseniana, entende que as “regras que dispõem sobre a organização dos Poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos”. Para REALE, tais regras são caracterizadas por apresentarem uma “*obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas consequências*”, razão pela qual, segundo o festejado jusfilósofo brasileiro, “*não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, não há que falar em hipoteticidade*”.

Assim, na ótica realeana, “o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional *enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*” (REALE, 2002, p. 95).

Sem embargo da existência de alguma controvérsia a respeito do tema, parte dos estudiosos da teoria normativa do Direito continua a defender a posição clássica segundo a qual a norma jurídica possui sempre uma estrutura externa e uma estrutura interna, além de um conteúdo próprio e particular. A estrutura

externa, segundo esta perspectiva, corresponde exatamente ao revestimento da norma jurídica, que pode se apresentar em forma de lei (norma jurídica escrita, que tem origem na autoridade) ou de costume jurídico (norma jurídica não escrita, que surge de forma difusa na sociedade). A estrutura interna, por seu turno, encontra-se intimamente associada, por partes, à denominada endonorma (juízo que impõe uma prestação) e à chamada perinorma (juízo que impõe uma sanção). Em comparação com o modelo de KELSEN, a endonorma corresponde à norma primária, enquanto que a perinorma concerne à norma secundária. Tal juízo disjuntivo pertinente à estrutura da norma jurídica foi proposto por COSSIO, formulação teórica assim retratada e cotejada (esquemáticamente) em relação à perspectiva de KELSEN:

“Dado **A**, deve ser **P**, ou dado **¬P**, deve ser **S**. A *endonorma* corresponde ao juízo que impõe uma prestação (**P**) ao sujeito que se encontra em determinada situação (**A**) e equipara-se à *norma primária* de KELSEN. Exemplo: o indivíduo que assume uma dívida (**A**), deve efetuar o pagamento na época própria (**P**). A *perinorma* impõe uma sanção (**S**) ao infrator, isto é, ao sujeito que não efetuou a prestação a que estava obrigado (**¬**). Corresponde à *norma secundária* de KELSEN. Exemplo: o devedor que não efetuou o pagamento na época própria deverá pagar multa e juros.

CARLOS COSSIO não concordou com o reduzido significado atribuído por KELSEN anteriormente à norma secundária, que prescrevia a conduta obrigatória, lícita. Enquanto a norma primária e a secundária se justapõem, a endonorma e a perinorma estão unidas pela conjunção *ou*.” (NADER, 2017, p. 85)

3. CARACTERÍSTICAS DA NORMA JURÍDICA

Malgrado a existência de divergência a respeito das características basilares que efetivamente marcam a norma jurídica, a doutrina, de um modo geral, apresenta as seguintes: imperatividade, heterogeneidade, bilateralidade, generalidade, estabilidade, permanência e publicidade, explicadas adiante.

a) Imperatividade

A fim de alcançar determinado objetivo, a norma jurídica emite um comando normativo, ou seja, prescreve como os indivíduos, os governantes e o próprio Estado devem se conduzir na vida comunitária. Enfim, a norma jurídica impõe

um dever, que deve ser cumprido por todos. Neste sentido, explica HERMES LIMA (1983, p. 37) que o “Direito expressa-se através de normas que tomam a forma de imperativos”.

b) Heterogeneidade

Significa dizer que a norma jurídica deve ser observada por todos, ainda que os respectivos destinatários discordem de seu comando. Desta feita, a observância da norma jurídica independe da vontade daqueles aos quais ela se destina.

c) Bilateralidade

Por bilateralidade entende-se a correspondência existente entre as duas partes interligadas pela norma jurídica. Significa dizer, pois, que o Direito existe sempre vinculando duas ou mais pessoas, atribuindo um poder a uma parte e, da mesma forma, impondo um dever à outra: “a norma jurídica é bilateral, pois, em seu mecanismo, alguém dispõe, os demais obedecem” (LIMA, 1983, p. 37).

d) Generalidade

A norma jurídica é dirigida, indistintamente, a todos que se ajustarem à hipótese por ela disciplina, e não a alguém em particular. É preceito de ordem geral, que obriga a todos os que estiverem em igual situação jurídica, referindo-se, desta feita, não a casos concretamente considerados, mas a um rol de situações indefinidas. A propósito, leciona LIMA (1983, p. 37) que a “forma exterior na qual o Direito se apresenta é a de dispositivos jurídicos, isto é, ‘regras abstratas que, visando um escopo prático, disciplinam determinado conteúdo ou situação de fato, e lhe estabelecem as consequências jurídicas”.

DINIZ (2001, p. 6-7), analisando o atributo da generalidade inerente às normas jurídicas, afirma que a “norma procede por abstração, fixando tipos, referindo-se a uma série de casos indefinidos e não a casos concretos”, sendo que tal “abstração de normas, em virtude de seu processo generalizante, implica seu afastamento da realidade, surgindo um antagonismo entre normas jurídicas e fatos”. Não obstante, esclarece a ilustre professora que esta “oposição não

é um hiato insanável”, uma vez que os “fatos individuais apresentam o geral determinado no conceito abstrato”, vale dizer, ostentam uma “nota de tipicidade que permite sejam enquadrados nos conceitos normativos”, do que se depreende que a “norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do magistrado, que é o intermediário entre a norma e a vida ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, regendo determinada situação individual”.

Ainda segundo DINIZ (2001, p. 7), “a norma de Direito é um modelo funcional que contém, em si, o fato, pois, sendo um tipo geral oposto à individualidade concreta, pode ser adaptada a esta última”; destarte, o tipo contido no preceito normativo apresenta dupla função, ou seja, “é meio de designação dos elementos da hipótese de fato e forma de apreensão e exposição de relações jurídicas”.

No mesmo sentido, leciona LIMA (1983, p. 38) que a “estrutura lógica da norma jurídica consta de uma previsão e de um dispositivo relativamente a mesma previsão”, sendo que a “norma prevê, de modo geral e abstrato, hipóteses de fato, devidamente classificadas por tipo, a que imprime valorização jurídica”.

e) Estabilidade

Tal atributo reside no fato de que a norma jurídica é editada, em regra, pelo Estado (em forma de lei). Ademais, quando a norma jurídica é excepcionalmente produzida (de modo difuso) pela sociedade, dando origem ao costume jurídico, é o ente estatal que a chancela.

f) Permanência

Segundo dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Nota-se, portanto, que a norma jurídica não se esgota pela sua observância ou pelo seu descumprimento, vigendo até que sobrevenha eventual alteração ou até a mesma revogação (cessação da vigência da norma).

g) Publicidade

A característica da publicidade é de fundamental importância, mormente se considerarmos que a norma jurídica, para ser fielmente observada, precisa ser oficialmente publicada, conforme preceituam, inclusive, o art. 1º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”), complementado pelo parágrafo 1º (“nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada”) e pelo parágrafo 3º (“se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação”), ambos do mesmo artigo.

Cabe ressaltar que, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, estabelecendo, pois, uma autêntica ficção legal, pela qual se presume que a lei, uma vez publicada, é do conhecimento de todos, presunção que objetiva conferir primazia ao interesse social diante do interesse individual.

4. CLASSIFICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

As normas jurídicas podem ser classificadas sob vários aspectos, não havendo uniformidade quanto ao tratamento do assunto vertente. Não obstante, a doutrina, de um modo geral, alude às seguintes categorias.

a) Quanto à Natureza das Disposições

Quanto à natureza das disposições, a norma jurídica classifica-se em *normas jurídicas substantivas* (ou *materiais*) e *normas jurídicas adjetivas* (ou *processuais*).

Normas jurídicas substantivas (ou materiais) são aquelas que criam, declaram e definem direitos, deveres e relações jurídicas.

Como exemplos, as normas que integram o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) e o Código Civil (Lei nº 10.406/02).

As normas jurídicas adjetivas (ou processuais), por sua vez, regulam o

procedimento e o processo aplicáveis para fazer cumprir as normas jurídicas substantivas. Por exemplo, aquelas previstas no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

b) Quanto à Obrigatoriedade

No que se refere à obrigatoriedade, a norma classifica-se em *normas jurídicas imperativas* (ou de *ordem pública*) e *normas jurídicas dispositivas* (ou de *ordem privada*).

As normas jurídicas imperativas (ou de ordem pública) são aquelas que, tendo em vista o fim social que objetivam alcançar, não podem ser modificadas por convenção dos particulares, sendo também denominadas de normas cogentes. É exatamente o que acontece, por exemplo, com as regras jurídicas que estabelecem impedimentos para o casamento, as quais não podem ser modificadas pelos nubentes. Assim, se os irmãos X e Y desejarem contrair matrimônio, não poderão fazê-lo, notadamente diante do impedimento previsto na norma cogente contida no art. 1.521, IV, do Código Civil.

Em contraste com as anteriores, as normas jurídicas dispositivas (ou de ordem privada) admitem que os particulares convençionem por ato de vontade. O art. 1.639, *caput*, do Código Civil, por exemplo, permite aos nubentes, antes da celebração do casamento, convençionar, quanto aos bens, o que lhes aprouver.

c) Quanto à Origem

Em relação à classificação em epígrafe, as normas jurídicas, ante o sistema de repartição de competências previsto na Constituição Federal, e conforme o ente que as tenha produzido, podem ser federais, estaduais, distritais e municipais.

d) Quanto à Sistematização

No que se refere à sistematização, as normas jurídicas podem ser catalogadas em normas constitucionais, codificadas, esparsas (ou extravagantes) e consolidadas.

Normas constitucionais são aquelas estabelecidas pelo Poder Constituinte (Originário ou Derivado, conforme o caso) e que fundamentam a validade das demais normas jurídicas integrantes do sistema normativo.

Como exemplo, cite-se o art. 19 da CF, segundo o qual “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II – recusar fé aos documentos públicos; III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

Normas codificadas são aquelas que se encontram incorporadas a códigos tematicamente organizados e sistematizados (em livros, partes, títulos, capítulos, seções e subseções), cujo conteúdo versa sobre determinado ramo do Direito.

O fenômeno da codificação, que, conforme cediço alhures, remonta ao início do século XIX, notadamente quando da edição do Código Civil da França (Código Napoleônico, 1804), guarda profunda relação com o caráter sistêmico inerente ao Direito, indicando, pois, a necessidade de se prover sistematização a determinadas matérias jurídicas, tais como o Direito Tributário, razão pela qual a Lei nº 5.172/66 instituiu o Código Tributário Nacional.

Interessante notar que o art. 59 da CF, ao dispor sobre o chamado processo legislativo (que compreende a elaboração das denominadas espécies normativas primárias, a saber: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), reconhece expressamente a importância de se sistematizar a legislação nacional, tanto que o parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional determinou que lei complementar disciplinasse a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, regra que ensejou a edição da Lei Complementar nº 95/98.

Normas esparsas (ou extravagantes) são aquelas editadas de modo isolado e que tratam de específica matéria jurídica, não estando, portanto, codificadas. Como exemplo, a Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98), cujo conteúdo abarca um amplo leque de normas jurídicas (de natureza penal, administrativa, civil, etc) relativas à preservação do meio ambiente.

As normas consolidadas, por seu turno, são fruto da reunião de várias leis esparsas disciplinadoras da mesma matéria, sendo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-Lei nº 5.452/43) um típico exemplo a ser apresentado.

e) Quanto à Sanção

Quanto à sanção, a norma jurídica classifica-se em mais que perfeitas, perfeitas, menos que perfeitas e imperfeitas, explicadas a seguir.

Normas mais que perfeitas são aquelas que determinam a nulidade do ato jurídico praticado com violação ao conteúdo normativo, bem como a restauração do *status quo* anterior, além de cominar uma sanção correspondente. No caso, é possível invocar, como exemplo, a norma contida no art. 1.521, VI, do Código Civil, a qual estabelece que as pessoas casadas não podem constituir novo matrimônio durante a vigência do casamento. Assim, a violação da citada norma acarreta não só a nulidade do segundo casamento (art. 1.548, II, do Código Civil), bem como a responsabilização penal do bigamo (art. 235, *caput*, do Código Penal).

Normas perfeitas são as que estabelecem a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico praticado com violação ao comando da norma, não havendo, porém, sanção a ser aplicada em decorrência de tal ofensa normativa. Por exemplo, o art. 1.647, I, do Código Civil, segundo o qual, ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.

Normas menos que perfeitas são aquelas que não ensejam a nulidade ou anulabilidade do ato praticado com violação ao conteúdo normativo, mas estabelecem uma sanção para o infrator da norma. A propósito, o art. 1.523, I, do Código Civil estabelece que o (a) viúvo (a) que tiver filhos do cônjuge falecido não pode se casar enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, sendo que eventual transgressão da mencionada norma não implica em nulidade do novo casamento, impondo-se, todavia, a adoção do regime de separação de bens (art. 1.641, I, do Código Civil).

As normas imperfeitas são aquelas que não acarretam a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico, bem como não estabelecem qualquer sanção para o caso de descumprimento do conteúdo normativo. O art. 611, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual o processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de dois meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos doze meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar estes prazos, de ofício ou a requerimento de parte, cujo descumprimento não acarretará qualquer nulidade ou sanção.

f) Quanto à Vigência

Em relação à vigência, as normas jurídicas podem ser de vigência indeterminada e de vigência determinada, classificação acolhida, inclusive, pelo art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

As normas de vigência indeterminada, como a própria denominação sugere, são as que vigoram por tempo indeterminado, isto é, não fazem qualquer referência ao prazo de vigência, sendo, portanto, a regra geral, tal como acontece com a Lei nº 9.455/97, que define e pune o crime de tortura. No caso, não é possível afirmar, de antemão, quando a norma em questão perderá o vigor.

Normas de vigência determinada, ao reverso, são aquelas que vigoram por tempo determinado, ou seja, estabelecem previamente o respectivo prazo de vigência, configurando, assim, uma exceção à regra anterior. Na presente hipótese, é possível afirmar quando a norma perderá a vigência. É o caso, por exemplo, das normas contidas nos arts. 30 a 36 da Lei nº 12.663/12, que dispôs sobre as medidas relativas à Copa das Confederações (FIFA – 2013) e à Copa do Mundo (FIFA – 2014), entre outras providências, cujo Capítulo VIII estabeleceu diversos tipos penais pertinentes à época daqueles eventos, delitos que só existiram até o dia 31 de dezembro de 2014, conforme previsão do art. 36 da mesma lei.

g) Quanto à Aplicabilidade

No que se refere à aplicabilidade, as normas podem ser autoaplicáveis, normas dependentes de complementação e normas dependentes de regulamentação.

Normas autoaplicáveis são aquelas que vigoram de imediato, independentemente da edição de qualquer norma posterior. Por exemplo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.649/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgamento em 15.09.2015) é firme no sentido de que o art. 236, *caput* (“os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”), e seu parágrafo 3º (“o ingresso na atividade notarial e de registro depende de

concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”), ambos da Constituição de 1988, são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei nº 8.935/94.

Da mesma forma, entendeu o Superior Tribunal de Justiça ser “autoaplicável o disposto no art. 46 da Lei nº 8.541/92, o qual dispõe que “o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário” (STJ, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 246.938/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento em 11.05.2015).

Em contraste, as normas em epígrafe são aquelas que necessitam de complementação a ser estabelecida por outra norma. A título de exemplo, o art. 7º, inciso XI, da Constituição estabelece ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Em consequência, editou-se a Lei nº 10.101/00, que tratou de complementar o citado dispositivo constitucional.

Do mesmo modo, a jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido de que o art. 201, § 4º, com a redação dada pela EC nº 20/98 (“é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”), e o art. 202 (“o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”), ambos da Constituição, não são autoaplicáveis, pois necessitam de integração legislativa que só foi implementada com a edição da Lei nº 8.212/91 e da Lei nº 8.213/91 (STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo Regimental nº 485.742/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 26.08.2014).

Por fim, as normas dependentes de regulamentação demandam a edição de um decreto regulamentador por parte do Chefe do Poder Executivo, de modo a esmiuçar e detalhar a fiel aplicação da lei, consoante previsão estabelecida no art. 84, IV, da Lei Maior. Por exemplo, a norma contida no art. 17, *caput*, V, da Lei

nº 8.629/93, que dispõe sobre os créditos de instalação no programa de reforma agrária, dispositivo regulamentado pelo Decreto nº 9.066/17.

h) Quanto à Fonte

Como visto em outra ocasião, a doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: *a)* o denominado sistema romano-germânico (ou sistema do *civil law*), do qual o Direito brasileiro é um típico exemplo, figurando a lei escrita como a principal fonte, *b)* e o sistema anglo-saxão (ou sistema da *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem *status* fundamental, sendo reconhecida e aceita a sua força vinculante. Conforme explica REALE (2002, p. 97-98), a expressão *common law* designa a “experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição”, caracterizada exatamente por “não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais”, configurando, desta feita, um “Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas”.

Assim, de acordo com a presente classificação, as normas jurídicas podem ser escritas (produzidas pelo Estado) ou não escritas (costumeiras ou consuetudinárias, isto é, produzidas difusamente pela sociedade).

i) Quanto ao Sistema Jurídico

Quanto ao sistema jurídico, as normas jurídicas podem ser nacionais ou estrangeiras. Normas nacionais são aquelas que vigoram no Brasil. Como exemplo, o Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/40). Ao contrário, as normas estrangeiras, por seu turno, não vigoram no Brasil: o Código Penal alemão (*Das Strafgesetzbuch – StGB*), por exemplo.

j) Quanto à Incidência Territorial

Quanto à incidência territorial, as normas jurídicas podem ser comuns ou locais.

Normas comuns são aquelas que possuem incidência sobre todo o território nacional. O Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/97, por exemplo.

Normas locais são aquelas que possuem incidência apenas sobre uma parte (Estados-Membros, Distrito Federal ou Municípios) do território nacional. Por exemplo, a Lei nº 7.530/17, que institui pisos salariais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro para as categorias profissionais nela mencionadas.

I) Quanto ao Âmbito Material de Aplicação

Em relação ao âmbito material de aplicação, as normas jurídicas podem ser de Direito Público ou de Direito Privado.

5. VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

REALE, analisando a questão inerente à vigência (obrigatoriedade sob o prisma formal), eficácia (efetiva correspondência social ao conteúdo normativo) e fundamento da norma jurídica sob a perspectiva de sua *Teoria Tridimensional do Direito*, explica:

“A necessária complementariedade das pesquisas do filósofo, do sociólogo e do jurista revela-se, de maneira bem marcante, quando se estuda o problema da *validade do direito*, questão que, no dizer colorido de MAX ERNST MAYER, esvoaça como um pássaro assustado, por todos os quadrantes do pensamento jurídico.

Para empregarmos uma expressão popular, densa de significado, a primeira impressão que nos dá a lei é a de algo feito ‘para valer’, isto é, de uma ordem ou comando emanado de uma autoridade superior. Basta, porém, imaginar uma pessoa na situação concreta de destinatário do chamado ‘comando legal’ para perceber-se quão complexo é o problema da validade do direito. Há, em primeiro lugar, uma pergunta quanto à obrigatoriedade da norma jurídica para todos, em geral, e para determinada pessoa em particular, o que se desdobra em uma série de outras perguntas sobre a competência do órgão que elaborou o modelo jurídico, a sua estrutura e o seu alcance. Além desse plano de caráter formal, surge outro grupo de questões, quanto à conversão efetiva da regra de direito em momento de vida social, isto é, no tocante às condições do real cumprimento dos

preceitos por parte dos consorciados; e, finalmente, há uma terceira ordem de dificuldades, que consiste na indagação dos títulos éticos dos imperativos jurídicos, na justiça ou injustiça do comportamento exigido, ou seja, de sua *legitimidade*.

Eis aí, numa percepção sumária e elementar, os três fios com que é tecido o discurso da validade do direito, em termos de *vigência* ou de obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; de *eficácia* ou da efetiva correspondência social ao seu conteúdo; e de *fundamento*, ou dos valores capazes de legitimá-los numa sociedade de homens livres.

Enunciada desse modo a questão, parecem transparentes os nexos que ligam entre si os três problemas numa estrutura tridimensional, mas, por um complexo de motivos, uns de natureza histórica, outros dependentes das inclinações intelectuais dos investigadores, nem sempre prevalece a compreensão unitária dos fatores que compõem a realidade jurídica: não raro orientam-se os espíritos no sentido do primado ou da exclusividade de uma das perspectivas acima discriminadas, surgindo, assim, *soluções unilaterais* ou *setorizadas*." (REALE, 2001, p. 14-15)

Da mesma forma, DINIZ (2001, p. 48), reconhecendo que os termos validade, vigência, eficácia e fundamento, por serem conceitos interligados, geram grande confusão terminológica, estabelece que "a *validade constitucional*, intimamente relacionada com a eficácia constitucional, indica que a disposição normativa é conforme às prescrições constitucionais; assim, nesse sentido, válida é a norma que respeita um comando superior, ou seja, o preceito constitucional". Ainda segundo a autora, a "*validade formal*, ou técnico-jurídica (vigência em sentido amplo), de uma norma significa que ela foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais". Por conseguinte, "a norma formalmente válida é a promulgada por um ato legítimo da autoridade, de acordo com o trâmite ou processo normativamente estabelecido, que lhe é superior, não tendo sido ela revogada".

Ademais, esclarece DINIZ que "*vigência* (sentido lato) não configura um atributo próprio da norma jurídica, pois ela não é válida em si por depender de sua relação com as demais normas jurídicas".

"Poder-se-ia, estudando a lição de KELSEN, vislumbrar na validade das normas uma relação internormativa. Assim, uma norma só será válida se se fundar em norma superior, reveladora da competência do órgão emissor e do processo para sua elaboração.

Terminada a fase constitutiva do processo de produção normativa, a norma já é válida; no período que vai de sua publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para sua validade, diz-se que a norma é vigente. O âmbito temporal de validade constituiu o período durante o qual a norma tem vigência (sentido estrito). [...].

A vigência (sentido estrito) poderá coincidir com a validade formal, mas nem sempre, pois nada obsta que uma norma válida, cujo processo de produção já se aperfeiçoou, tenha sua vigência postergada. Realmente, dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro], em seu art. 1º, que a norma entra em vigor, a um só tempo, em todo o país, quarenta e cinco dias após sua publicação. Embora válida, a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente. [...].

O conceito de vigência, em sentido estrito, está relacionado com o de eficácia, uma vez que da existência (vigência) da norma depende a produção de seus efeitos.” (DINIZ, 2001, p. 49-50)

Outrossim, para DINIZ, a “*validade fática* de uma norma significa que ela é efetiva, ou seja, quando ocorrem o comportamento, que ela configura (hipótese de incidência), e a consequência jurídica (sanção), que ela prevê”.

“A norma de validade fática expressa, portanto, a atividade do aparelho sancionador do Estado. Tal se dá porque toda norma jurídica caracteriza-se por ser imperativo-autorizante, isto é, acompanhada da autorização do emprego da coação (aplicação da sanção) pelo órgão competente. Por razões didáticas poder-se-á identificar validade fática com eficácia, mas teoricamente não há identidade entre esses dois conceitos. A validade fática indica a efetividade normativa pela atuação coercitiva do Poder Público, em caso de violação de norma.

A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.

A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma poderão ajustar, ou não, seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se poderão cumprir, ou não, os comandos jurídicos, se poderão aplicá-los ou não. Casos há em que o órgão competente emite normas, que por violentarem a

consciência coletiva, não são observadas nem aplicadas, só logrando, por isso, ser cumpridas de modo compulsório, a não ser quando caírem em desuso; conseqüentemente, têm vigência, mas não possuem eficácia (eficácia social). [...]” (DINIZ, 2001, p. 50-51)

Por fim, para a autora, a validade ética (ou fundamento axiológico) do Direito objetiva implantar uma ordem justa na vida social.

“A justiça, que compendia a todos os valores jurídicos, é a *ratio juris*, ou seja, a razão de ser ou fundamento da norma, ante a impossibilidade de se conceber uma norma jurídica desvinculada dos fins que legitimam a sua vigência e eficácia. Pode-se dizer que a ideia de justiça contida na norma, além de ser um valor, é ideológica, por assentar-se na concepção do mundo que emerge das relações concretas do social, já que não pode, indubitavelmente, subsistir desconectada da história; Deveras, uma norma jurídica não pode ser, em si mesma, justa ou injusta, por depender do ângulo histórico sob o qual se a considera, pois o que pode parecer legítimo a uma civilização em determinada época pode ser ilegítimo em outra. Ante o exposto, poder-se-á concluir que na norma haveria uma relação necessária entre vigência, eficácia e fundamento.” (DINIZ, 2001, p. 52)

Conforme se depreende a partir das lições de REALE e DINIZ, resta conclusivo que a validade da norma jurídica pode ser analisada sob diversos aspectos.

Em relação à denominada validade formal (ou vigência em sentido amplo), a norma jurídica é vista sob a ótica do preenchimento de seus requisitos de validade: em primeiro lugar, é necessário que a norma seja elaborada pelo órgão pertinente, no âmbito de sua competência (*ratione materiae*) e em obediência ao rito (constitucional e regimental) estabelecido para sua produção. A título de exemplo quanto a tais aspectos formais, cabe citar que a aprovação de uma lei complementar requer a denominada maioria absoluta (metade mais um dos membros da Casa Legislativa), conforme previsto no art. 69 da Lei Magna. Destarte, consoante explica DINIZ (2000, p. 385), formalmente válida será “a norma se emanada do poder competente com obediência aos trâmites legais”.

Adverte DINIZ (2001, p. 48-52) que a vigência (em sentido estrito) poderá coincidir com a validade formal, embora nada obste “que uma norma válida, cujo processo de produção já se aperfeiçoou, tenha sua vigência postergada”, exatamente conforme dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo art. 1º, *caput*, assevera “que a norma entra em vigor, a um só tempo, em

todo o país, quarenta e cinco dias após sua publicação”, o que significa dizer que, embora válida, “a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente”.

DINIZ (2000, p. 393) explica que “o problema da eficácia da norma jurídica diz respeito à questão de se saber se os seus destinatários ajustam ou não seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, isto é, se cumprem ou não os comandos jurídicos, se os aplicam ou não”.

VENOSA (2006, p. 106), no mesmo sentido, afirma que “na eficácia, a norma é observada em instância de validade social”. Assim, “quando a norma é efetivamente observada pelo grupo, diz-se que possui eficácia”.

Soa evidente, portanto, que a norma jurídica deve ser dotada de eficácia, ou seja, deve possuir a possibilidade de ser obedecida, produzindo, então, o efeito esperado sobre a sociedade. Não obstante, forçoso reconhecer que há normas cujo conteúdo normativo não é observado pelos indivíduos. Neste caso, fala-se em ineficácia normativa. De fato, várias razões podem ocasionar a perda de eficácia de uma norma jurídica, fazendo com que ela deixe de ser aplicada em virtude das mudanças operadas na sociedade ao longo do tempo, cujos valores sofrem constante alteração. Da mesma forma, não terá eficácia a norma que impõe determinado comportamento impossível de ser adotado pelo corpo social.

DINIZ (2000, p. 395) alude, ainda, à denominada validade ética (ou fundamento axiológico), isto é, “a norma jurídica deve corresponder aos ideais e aos sentimentos de justiça”, razão pela qual o “sentido da norma é ser ela um instrumento de realização de determinado valor: a justiça”.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Nova Introdução ao Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BRASIL. STF. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.649/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 15 set. 2015.

_____. STF. Agravo Regimental no Agravo Regimental nº 485.742/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 26 ago. 2014.

_____. STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 246.938/RS, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgamento em 11 mai. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*, 27ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito, Situação Atual*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito, Primeiras Lições*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

A VULNERABILIDADE JURISLINGUÍSTICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE SEMÂNTICO-PRAGMÁTICA À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Tadeu Luciano Siqueira Andrade¹

Resumo: O contrato, instituto que congrega duas ou mais partes na sua formação, destina-se à produção de efeitos no mundo jurídico-social. A manifestação da vontade, elemento imprescindível para a celebração do contrato, dá-se pela linguagem. No contrato, as partes discutem seus efeitos, ajustando-os às suas vontades. No âmbito do Direito do Consumidor, esse acordo apresenta uma relação assimétrica, devido à vulnerabilidade dos consumidores, princípio que permeia a relação de consumo, reconhecido pelo sistema jurídico, tutela os direitos da parte vulnerável. Esse princípio é derivado dos princípios constitucionais: Dignidade da Pessoa Humana e Isonomia. Analisaremos a vulnerabilidade jurislinguística dos contratos regulados pelo Direito do Consumidor, partindo de dois ramos da linguística: A semântica e a pragmática, para estudar a função e o sentido dessas vertentes no discurso. Adotamos os pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa bibliográfica, com fundamento nos doutrinadores e legislação vigente, seguindo duas vertentes: jurídica, de acordo com Cavalieri (2011), Stolze e Pamplona (2003), Marques (2005), Rizzato Nunes (2012), Nelson Nery (2003), linguística, Robles (2004); Grice (1967), Andrade (2014) Cornu (1990). O objetivo deste trabalho consiste em uma análise da vulnerabilidade jurídica e linguística nas relações de consumo à luz do CDC, apresentando os seguintes resultados: novas perspectivas da linguagem jurídica, despertando no profissional do Direito um estudo analítico da relação entre Direito e Linguagem, com ênfase na vulnerabilidade linguística.

¹ Professor da Universidade do Estado da Bahia, Licenciado em Letras, Mestre em Letras, Bacharel em Direito, Especialista em Português Jurídico, Gramática e Linguística, Direito Penal e Processual Penal.

Palavras-chave: vulnerabilidade; princípios; boa-fé; consumidor; contrato.

Abstract: The contract, institute that brings together two or more parties in its formation, is intended to the production effects in the social juridical world. The manifestation of the will, essential element for the formulation of the contract, is given by the language. In the contract, the parties discuss their effects, adjusting them to their will. Under the Consumer Law, this agreement presents an asymmetrical relationship, due to the vulnerability of consumers, principle that permeates the consumer relationship, recognized by the legal system, protects the rights of the vulnerable part. This principle is derived from constitutional principles: Human dignity and equality. We will analyze the linguistic vulnerability juris of contracts governed by the Consumer Law, starting from two branches of linguistics: semantics and pragmatics, to study the function and meaning of these aspects in the discourse. We adopt the theoretical and methodological assumptions of the bibliographic research based on indoctrinators and current legislation, following two aspects: legal, according to Cavalieri (2011), Stolze and Pamplona (2003), Marques (2005), Rizzato Nunes (2012), Nelson Nery (2003), linguistic, Robles (2004); Grice (1967), Andrade (2014) Cornu (1990). The aim of this work consists of an analysis of the legal and linguistic vulnerability in consumer relations in the light of the CDC, presenting the following results: new perspectives of legal language, awakening in the professional law an analytical study of the relationship between law and language, with emphasis on linguistic vulnerability.

Keywords: vulnerability; principles; good faith; consumer; contract.

INTRODUÇÃO

O contrato existe desde que surgiu vida na Terra. Por isso, é importante seu estudo não apenas do ponto de vista jurídico, mas linguístico-social, pois o contrato não é nada mais do que um acordo de vontade entre as partes. Não existe acordo de vontade sem que as partes expressem seu pensamento, e essa expressão dá-se pela linguagem. Expressando o pensamento, as partes também estipulam as condições contratuais, considerando o princípio da cooperação linguística. Nessa concepção, destaca-se a interface entre Direito e Linguagem. É inconcebível pensar a Ciência do Direito sem uma linguagem que a sirva. “O Direito surge com o homem, como expressão de um fenômeno social. Mas sua essência consiste em palavras sem palavras não é nada” (ROBLES, 2004, p. 48). O Direito e a linguagem se confundem. Daí, a Jurislinguística, ciência que concilia o Direito e a Linguística.

O princípio de cooperação linguística, criado por Grice (1975), define a boa-formação conversacional, isto é, cooperação entre os interlocutores, com o objetivo de que a interação da qual participam se desenvolva de forma clara, transparente conforme o objetivo pretendido. Por isso, associamos o contrato, como negócio jurídico, ao princípio da cooperação em que as partes convencionam o que contratar, como contratar e quais as obrigações decorrentes do contrato.

É evidente o princípio da cooperação nas relações contratuais. Por isso, o projeto do novo Código de Processo Civil, em seu Artigo 8º elucida o princípio da cooperação ao determinar que “as partes e seus procuradores têm o dever de zelar pelo bom andamento processual, seja de forma positiva, auxiliando o juiz na identificação das questões de fato e de direito, seja negativamente, não atuando de forma protelatória”. É um dispositivo com base principiológica, atribuindo deveres e direitos, aos sujeitos de uma demanda judicial, agindo com lealdade e boa-fé.

Ao princípio de conversação linguística, vinculam-se as máximas *conversacionais* ou princípios conversacionais que se referem ao comportamento linguístico dos falantes na interação, a saber: máxima da qualidade, máxima da quantidade, máxima da relevância, máxima do modo. Essas máximas também são imprescindíveis às relações contratuais, porque ajudam na celebração do contrato de forma equânime pautado no princípio maior, a boa-fé contratual.

Este trabalho se propõe à análise das relações contratuais, apresentando, os princípios que regem esse negócio jurídico. A pesquisa foi propriamente bibliográfica, tendo como fundamento teórico argumentos de diversos doutrinadores, constantes das referências.

O objetivo da pesquisa consiste em analisar a linguagem jurídica empregada nos contratos, tendo como objeto a vulnerabilidade jurislinguística dos contratantes regulados pelo Direito do Consumidor, partindo de dois ramos da linguística: A semântica e a pragmática. Como se trata de um tema amplo, dividimos a pesquisa em subseções. Na seção 1, fizemos algumas incursões acerca da relação Direito e Linguagem, considerando os aspectos semânticos, pragmático-discursivos do texto jurídico. Na segunda, fizemos uma sinopse da história dos contratos, partindo do Direito Romano à atualidade, com ênfase na função social do contrato, destacando-se os princípios contratuais. Ainda nesta

seção, destacamos a base principiológica do Código de Defesa do Consumidor (CDC), com enfoque na Vulnerabilidade e a dignidade da pessoa humana. Em seguida, correlacionamos os princípios contratuais com as máximas de Grice para uma melhor compreensão da relação Direito e linguagem. Nessa seção, apresentamos vários tópicos, por exemplo, os tipos de vulnerabilidade, sobretudo, a linguística. Na última, retomamos ao ponto inicial da pesquisa, correlacionando o princípio da transparência e a máxima de modo na redação contratual.

Dessa forma, esperamos que o estudo acerca da vulnerabilidade jurislínguística nas relações contratuais permita uma análise do princípio da cooperação e sua correlação com as máximas conversacionais, despertando nos profissionais do Direito um conhecimento linguístico para melhor compreender os ditames contratuais, pautados em uma sociedade justa e equânime, visando, dessa forma, à função social do Direito.

1. DIREITO E LINGUAGEM: ASPECTOS DA JURISLINGUÍSTICA

O Direito, intermediando demandas entre pessoas, de qualquer natureza, sejam políticas, ideológicas, ou econômicas, atua por intermédio da linguagem. O Direito é uma das alternativas que o homem criou contra sua própria força bruta, em vez das armas, usa as idéias e argumentos. Isso se dá pela linguagem, sendo ele a própria linguagem. Segundo alguns doutrinadores, o Direito é a própria linguagem, isto é, a Jurislínguística. Para Gerard Cornu (1990), a linguística jurídica é um ramo de estudo da linguagem, tem como objeto de estudo a linguagem do Direito. Esse ramo é chamado de Jurislínguística, desenvolvido nos últimos anos, apresenta indica uma estrutura binária: O estudo semântico das palavras e estruturas empregadas pelo Direito, haja vista os sentidos que esses enunciados apresentam no contexto jurídico e a ação do Direito sobre a linguagem como ação e interação. Em qualquer situação discursiva, o que não podemos deixar de considerar é que a linguagem jurídica escrita ou falada é usada por sujeitos em situações discursivas, e os enunciados são empregados para argumentar, fundamentar, ordenar e apresentam interesses diversos. Assim, a linguagem jurídica, para alcançar seus fins, deve ser objetiva, clara e coerente ao que se propõe. Define Robles (2004, p. 53):

Todos podem realizar uma leitura simples e superficial de muitos textos jurídicos, pois normalmente as normas jurídicas são compreensíveis

para o cidadão medianamente culto. Mas uma leitura profunda que não se limite ao verniz daquilo que aparece, mas que penetre no mundo conceitual e interpretativo do Direito, só é acessível aos juristas, isto é, aos profissionais do Direito.

Falar em relação jurídica corresponde a falar em uma relação intermediada pela linguagem, fundamentada nos princípios do Direito e envolve dois ou mais sujeitos. Não há linguagem sem interação, pois os homens interagem no meio onde se encontram graças à linguagem. Acerca dessa questão, parafraseamos os argumentos de Bakhtin (2011). Segundo esse filósofo, a linguagem deve ser definida como lugar de interação social, o lugar de sujeitos ativos envolvidos em uma atividade sócio-comunicativa, sendo necessária a recepção. Mas, para haver essa recepção é necessário que ambos compartilhem da temática discursiva. Não falamos em interação sem compreensão.

Como a linguagem cumpre a sua função sócio-comunicativa se os interlocutores do discurso não interagirem? Os envolvidos numa relação jurídica não estão situados fora da sociedade e nem escrevem para eles próprios, mas para um ouvinte/leitor.

O contexto situacional determina a produção e o conhecimento do discurso jurídico, porque surge de uma situação social e interfere nessa situação. O discurso do advogado, por exemplo, é construído com o objetivo de fazer justiça para o seu cliente. Nos discursos jurídicos, os profissionais do Direito visam a demonstrar que a decisão é justa, útil e razoável.

2. REVISITANDO OS CONTRATOS NO DIREITO ROMANO

Os romanos reportavam-se ao contrato como um acordo de vontade entre as contratantes convergindo para um mesmo ponto. No léxico jurídico, os romanos empregavam as palavras *pacto*, *convenção* e *contrato* como a mesma acepção semântica, embora apresentassem suas especificidades.

Na evolução do Direito Romano, apesar de existirem esses institutos como modalidades contratuais, só um tipo de contrato destinava-se a criar relações jurídicas obrigacionais. Era o *contractus*, isto é, os contratos reconhecidos pelo Direito moderno como contratos obrigatórios. Esse contrato era rígido, impunha aos contratantes obrigações e consequências. O acordo entre duas ou mais pessoas, tendo o mesmo objeto, não gerava obrigação (*obligation*), era o pacto

(*pactio*). Dizia o jurisconsulto Paulo: *Ex nudo pacto non nascitur actio* (Do simples pacto, não nasce ação) e reforçado por Ulpiano: *Nuda pactio obligationem non parit obligationem* (O simples pacto não dá nascimento a uma obrigação, mas a uma exceção).

Com o progresso da humanidade, os contratos se transformaram. Os romanos definiram o contrato, inserindo-o no contexto jurídico. As relações contratuais passam a ser vistas como uma expressão jurídica, graças a Gaio que, ao sistematizar as fontes das obrigações desenvolvidas nas *Institutas*, de Justiniano, criou o contrato como uma obrigação, sendo, portanto, as convenções e avenças firmadas entre duas pessoas. (STOLZE e PAMPLONA, 2010, p. 3). Os juristas romanos usavam diferentes categorias de contrato conforme a formalidade. Existiam os contratos *verbis*: eram celebrados mediante a troca de expressões orais, palavras certas e solenes. As palavras empregadas pelos contratantes constituíam a obrigação; contratos *litis*: exigiam a escrita, utilizavam o documento escrito como meio de prova de existência e conteúdo, caracterizavam-se pela inscrição no *codex*, (livro); contratos *re*: faziam-se pela tradição efetiva da coisa. Com a Lei das XII Tábuas, o Direito Romano passa a valorizar mais a escrita, considerando-a como forma de transmissão de informações e de obrigações.

2.1. Entendendo os Contratos no contexto jurídico atual

O Contrato é um dos principais institutos jurídicos que regem as relações humanas. Preliminarmente, consideramos o contrato como um negócio jurídico, fundamentado na vontade, ajustada em um dado contexto que, em conformidade com a ordem jurídica, cria direitos e obrigações. Do ponto de vista semântico, dizemos que o contrato é um acordo de vontade com a finalidade de produzir efeitos no mundo jurídico. O contrato, em uma linguagem mais simples, é uma **obrigação convencional**. Por isso, o legislador empregou essa expressão com referência aos contratos ao redigir o Código Civil de 2002: **Art. 221**. *O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.* (grifamos).

O contrato é um ato jurídico lícito que repercute nas relações pessoais e socioeconômicas, cria, modifica ou extingue obrigações de natureza patrimonial.

É formado pela conjugação de vontades dos contratantes que, tendo em vista o princípio de cooperação, almejam atender suas necessidades e desejos, fundados na função social, segundo os ditamos da dignidade humana. Por isso, é necessário observar que a celebração, não importa a natureza, mas implica a observância aos princípios contratuais. As partes são livres para contratar, desde que atendam ao que prescreve o Artigo 421 do CC/02: *A liberdade de contratar será exercida em razão dos limites da função social do contrato.*

2.2. A Função Social do Contrato

Em Direito, o termo função social corresponde a um conceito semântico aberto, uma vez que está presente em quase todos os ramos da ciência jurídica, por exemplo, função social da propriedade, da empresa, da família etc. Nas relações contratuais, a função social atua como um paradigma contratual no limite da liberdade de contratar com vistas ao bem comum. Dessa propalada função, surgem os princípios contratuais. Este trabalho não tem como foco os princípios contratuais, mas julgamos procedente falar de alguns desses princípios a fim de relacioná-los com a linguagem dos contratos.

O Direito passou por mutações socioeconômicas no tempo e no espaço, a exemplo da promulgação da CF/88 que, mudando substancialmente o ordenamento jurídico brasileiro, elegeu a dignidade da pessoa humana como princípio mor e determinou a elaboração de leis protetivas das relações de consumo. Em 1990, entrou em vigor o CDC e em 2002, *Código Civil (CC/2002)*. Esses diplomas legais deram um novo perfil às relações contratuais. Nesse cenário, destacam-se a autonomia da vontade, boa-fé objetiva, função social e equilíbrio econômico.

3. ALGUMAS INCURSÕES NOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

3. 1. Princípio da Autonomia da Vontade

As partes têm o poder de estipular livremente seus interesses, fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelo princípio da função social, obedecem às normas de ordem pública e aos bons costumes. Dessa forma, concordamos com Gonçalves (2013, p. 20), ao dizer: “O princípio da Autonomia da vontade se

alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem pública”.

3. 2. Princípio da Boa-fé Objetiva:

Embora tenha sido enfatizado no CC/2002, Art. 422, o princípio da boa-fé nos remota ao Código Comercial de 1850, que, em seu artigo 131, I, expressa: *A inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.*

Parafraseando Cláudia Lima Marques (2009, p. 45), definimos a Boa-fé como uma atuação refletida no outro, haja vista a lealdade, transparência, direitos respeitados, sem causar vantagens excessivas ao outro, sem um lesar o outro.

Dentro da Linguística, seria o princípio da cooperação. As partes deverão agir com lealdade e confiança, auxiliando na formação e na execução do contrato.

Considerando esse princípio, na interpretação do contrato, é necessário ater-se à intenção das partes, não se apegando tão somente ao sentido literal das palavras. A boa-fé é um padrão de comportamento esperado do homem médio o qual se propõe a impedir que uma das partes, ao exercer a liberdade, tenha uma conduta abusiva, iníqua, objetivando lucro desleal para si, tanto por parte do credor como do devedor, praticada tal conduta, poderá o contrato ser desfeito. Com o advento do CDC, o princípio da boa-fé objetiva foi amplamente difundido no ordenamento jurídico pátrio.

3. 3. Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

O princípio clássico da força obrigatória dos contratos se fundamenta na máxima *pacta sut servanda* (o contrato faz lei entre as partes). Os contratantes, ao estabelecerem e aceitarem contrato, ficam subordinados à força vinculante contratual devendo, portanto, respeitar e cumprir as disposições pré-estabelecidas dentro do âmbito do Direito. Havendo modificação em alguma das cláusulas, o proponente e o oblato necessitam da anuência um do outro, para fazer mudanças contratuais, excetuando os casos previstos em lei, a exemplo

do caso fortuito ou força maior. Aplica-se cláusula *rebus sic stantibus* (estando as coisas assim ou enquanto as coisas estão assim) o que foi contratado não pode ser modificado, caso a situação dos contratantes permaneça na mesma situação.

3. 4. Princípio do Equilíbrio Econômico:

Esse princípio recebe influência do princípio da Isonomia, previsto na CF/88 – Artigo 5º *caput*, inc. I.

Na celebração contratual, uma das partes assevera possuir condições para cumprir as obrigações advindas da relação, porém, no decurso do contrato, podem ocorrer situações supervenientes, imprevisíveis e alheias ao contrato que causem obstáculo ao cumprimento do contrato. Nessa situação, o contrato deverá ser revisto ou até mesmo rescindido para não acarretar a situação patrimonial das partes ou da parte que sofrer o prejuízo. Este princípio encontra guarida na teoria da imprevisão.

4. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CDC: OS FUNDAMENTOS DA VULNERABILIDADE

4.1. Aspectos Histórico-jurídicos

Com a evolução das relações de consumo no Brasil, tornou-se necessária a elaboração de normas que estivessem em sintonia com os ditames de uma sociedade de massa formada no decorrer do século XXI. Instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o CDC foi resultado de uma expressa exigência prevista na CF/88 no Artigo 5º, inciso XXXII: *O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.*

A comissão de juristas, designada pelo Ministério da Justiça, para a elaboração do anteprojeto de lei federal teve como presidente a professora Ada Pellegrini Grinover, e integrantes Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. Em 1990, o CDC foi promulgado, entrando em vigor no dia 11 de março de 1991, propiciou mudanças importantes, mudando substancialmente as relações de consumo no Brasil.

No campo linguístico, o CDC representa um avanço, pois é um microssistema, cuja linguagem não é tão técnica e complexa como a dos outros códigos.

4.2. Correlação dos Princípios Contratuais Consumeristas e as Máximas de Grice:

Sendo o contrato um acordo de vontade firmado entre as partes, obedecendo aos requisitos legais. Esse acordo dá-se pela linguagem e se fundamenta no princípio do consensualismo, que, do ponto de vista linguístico, corresponde ao princípio da cooperação definido por Grice (1967, p. 126).

O princípio da cooperação é um dos princípios universais que norteiam as relações sociais e dentro dessas, as contratuais. Um falante, ao interagir, utiliza inconscientemente, diversas regras universais e linguísticas imprescindíveis ao discurso. Conforme esse princípio, o interlocutor preocupa-se com a interação de maneira mais completa e explícita possível a fim de que todos os enunciados sejam, corretamente, interpretados. Nas relações contratuais, essa preocupação também deve ocorrer. Sem cooperação entre as contratantes, não haverá uma equidade, tampouco interação. As partes, regidas pelos ditames da boa-fé, probidade e da ética, contratam. Do princípio da cooperação linguística, surgem os subprincípios ou máximas conversacionais.

Essas máximas, aplicadas ao Direito, ensejam o consensualismo contratual, permitindo que haja uma cumplicidade entre as partes para que o contrato, nos limites legais, seja bem sucedido. Basta o acordo de vontade para nascer o contrato. Esse consensualismo se dá pela manifestação de vontade que ocorre através da linguagem, seja verbal ou não verbal. Por isso, relacionamos o princípio do consensualismo contratual ao princípio da cooperação definido por Grice.

Quando dois indivíduos interagem, há leis implícitas regendo o ato comunicativo. Isso significa que, inconscientemente, os interlocutores expressam a mensagem linguística, segundo certas normas comuns caracterizadoras de um sistema cooperativo entre eles. Essa interação ocorre baseada na proposição: coopere com a conversação, atendendo ao solicitado, na hora certa, visando aos propósitos comuns aos interlocutores.

Partindo dessa fórmula, Grice (1975 [1967], p. 126-127), com fundamento na teoria kantiana, definiu o princípio de cooperação, que ocorre graças às

máximas conversacionais, também chamadas de subprincípios conversacionais. O interesse de Grice consiste em verificar como os interlocutores conseguem expressar e entender o que está sendo transmitido mais do que está sendo dito literalmente. Considerando a cooperação, postula-se que as categorias devam ser cumpridas a fim de as negociações linguísticas acontecerem. São:

4.2.1. Máxima da Quantidade: relaciona-se com a quantidade de informação fornecida na interação. As informações devem ser tão informativas quanto necessárias, corresponde ao Princípio da Equidade Contratual, que objetiva Justiça Contratual, resultando no equilíbrio de direitos e deveres contratuais.

4.2.2. Máxima da Qualidade: as informações devem ser verdadeiras. Essa máxima relaciona-se com as proposições: não afirme o que é falso, ou as partes acreditam ser falso; não afirme o que não pode ser cumprido ou evidenciado, diz respeito ao princípio da boa fé contratual, um princípio ético-jurídico imprescindível à validade do contrato. Trata-se da coerência entre intenção e ação. Por isso, Artigo 51 do CDC e seus incisos anulam as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas injustas, abusivas, as que colocam o consumidor em uma situação de desvantagem exagerada. São cláusulas incompatíveis com a boa-fé.

4.2.3. Máxima da Relação: o que é falado deve ser pedido. Não fugir do tema proposto, e o que está sendo tratado deve ser relevante. O contrato deve versar sobre o que as partes estão ajustando;

4.2.4. Máxima do Modo: o que está sendo tratado deve se claro, breve e ordenado. Para isso, deve-se evitar obscuridade e ambiguidade. Essa máxima relaciona-se com o princípio da transparência previsto no CDC. Serão consideradas nulas as cláusulas contratuais que apresentarem uma redação obscura, ambígua, de complexidade interpretativa para o consumidor. Por isso, as cláusulas devem ser redigidas de forma clara e de fácil interpretação.

4.3. A VULNERABILIDADE COMO O PRINCÍPIO BASE DO CDC: Uma Inter-Relação com a Isonomia e a Dignidade da Pessoa Humana

Considerando o CDC como um o instrumento fundamental das relações de consumo que elegeu a vulnerabilidade como princípio base dessa relação, julgamos procedente a análise semântico-jurídica das palavras vulnerabilidade/

hipossuficiência. Essas palavras, às vezes, apresentam contiguidade semântica, nas relações jurídico-consumeristas, porque a lei não contém palavras inúteis. Quando o legislador as usa, tem uma justificativa. A interpretação e aplicação do Direito são feitas não apenas partindo de elementos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos da situação casuística na qual serão aplicados, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser].

4.1. Vulnerabilidade origina-se do latim *vulnus, vulneris*, corresponde à condição de estar ferido, atingido nas suas capacidades. Segundo Claudia Lima Marques (2010, p. 87), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. A vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção...

4.2. Hipossuficiência não corresponde apenas aos termos *pobre* ou *sem recursos*, usados para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, em matéria processual. É mais ampla do que reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento. É um conceito fático **fundado em uma disparidade ou discrepância** vislumbrada no caso concreto:

Para chegar à vulnerabilidade, princípio que norteia o CDC, consideramos os dois princípios constitucionais basilares de nosso Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (Art. 1º. III) e o princípio da isonomia (*caput*. Artigo 5º), ambos da CF/88. O Inciso I, do Artigo 4º do CDC, preconiza que o Consumidor é vulnerável. Essa afirmação é uma primeira medida da isonomia, conforme Rizzatto Nunes (2009, p. 194). Falar em igualdade do ponto de vista constitucional, embora pareça uma contradição, é imprescindível, sobretudo, uma interpretação sistemática e adequada da fórmula aristotélica em uma máxima da Justiça Equitativa: “Dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida dessa fragilidade”. Rui Barbosa (2003, p. 43), reinterpretando, disse:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A igualdade a que o dispositivo constitucional se refere trata do aspecto formal, ou seja, a aplicação da lei. Deve, portanto, o magistrado ou intérprete

dar tratamento igualitário a todos. No aspecto material, deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, objetivando atingir a igualdade formal. É o princípio da Isonomia que consiste no tratamento igual. Conforme Rizzatto Nunes (2010, p. 87), é exatamente da discriminação que nasce esse princípio. O termo discriminação neste caso, não corresponde ao ato de segregação, exclusão social, mas sim especificar, avaliar, considerando-se aspectos relevantes para a aplicação da Justiça.

Proteger o vulnerável significa concretizar o princípio constitucional da igualdade, que consiste em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Não podemos jamais negar a proteção do consumidor em relação ao princípio da isonomia, pois, considerar consumidor e fornecedor iguais nas relações consumeristas é violar o princípio da Isonomia na sua essência. Por exemplo, um agricultor, cidadão comum, ao celebrar um contrato de financiamento com uma instituição bancária, pode, do ponto de vista jurídico, discutir, de forma igual, as cláusulas contratuais com o gerente que analisará e aprovará o cadastro?

Estaríamos, assim, violando a igualdade formal e desigualdade material, uma vez que, naquela situação, o agricultor desconhece os termos técnico-jurídicos da relação contratual.

4.3. A Dignidade da Pessoa Humana

Todo o ser humano, desde a sua concepção, carrega uma característica que lhe é peculiar: a dignidade. Parece ser redundante falar em dignidade da pessoa humana. O fato de ser pessoa humana já tem dignidade (RIZZATTO NUNES, 2010, p. 79). A dignidade é a fonte de onde emanam todos os demais princípios da vida humana. Sem dignidade, não falamos em direitos humanos, direitos sociais e no próprio reconhecimento da pessoa humana, pois o ponto de apoio de todos os movimentos histórico-sociais foi o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Ao legislador, não compete interpretar direitos e garantias conferidas ao homem sem considerar a dignidade.

5. VULNERABILIDADE: CHEGANDO AO PONTO DE PARTIDA DO CDC

Uma lei protetiva só se efetiva diante de uma relação de desiguais. Se, em uma relação, de um lado, houver alguém que detém a técnica; de outro, alguém

que desconhece essa técnica, independente de sua condição sócio-cultural ou econômica, esse alguém se encontra na condição de vulnerável, necessita de ter essa condição reconhecida legalmente. Neste pólo, encontra-se o consumidor. Segundo Rizzatto Nunes (2010, p. 194), “Basta ser consumidor para ser vulnerável”.

Há na doutrina várias espécies de vulnerabilidade. Fundamentados nos doutrinadores citados. A seguir, apresentamos comentários acerca dos tipos vulnerabilidade.

A vulnerabilidade informacional dos consumidores, principalmente aqueles que possuem uma baixa escolaridade e são fáceis de ser enganados pela tecnologia.

5.1. Algumas Espécies de Vulnerabilidade na Doutrina Consumerista

5.1.1. Vulnerabilidade Técnica: resultado do fato de o consumidor não ter conhecimento acerca do produto/serviço que está em circulação no mercado., estando, assim, subordinado aos ditames da política do mercado. Esse tipo de vulnerabilidade relaciona-se à **falta ou inexatidão de informações prestadas ao consumidor**. O fornecedor monopoliza o conhecimento e o controle dos mecanismos da cadeia produtiva, por isso, o consumidor não tem como avaliar o que está comprando ou o serviço que está contratando.

5.1.2. Vulnerabilidade Fática, também chamada de **sócio-econômica:** dá-se pela divergência entre a maior capacidade sócio-econômica dos fornecedores no controle de produção e o consumidor. Trata-se das relações de poder entre fornecedor e consumidor.

5.1.3. Vulnerabilidade Jurídica: decorre do fato de o consumidor ter dificuldade no acesso à justiça para defender seus direitos e do desconhecimento dos termos técnico- jurídicos. Essa vulnerabilidade advém da falta de informação, de assistência jurídica, seja em juízo ou fora dele.

5.1.4. Vulnerabilidade Política ou Legislativa: relaciona-se à falta de organizações de consumidores, haja vista a escassez de associações ou órgãos que influenciam de maneira eficaz na implantação de políticas que controlem os abusos nas relações de consumo.

5.1.5. Vulnerabilidade Psíquica ou Biológica: corresponde aos estímulos empregados pelos fornecedores para persuadir o consumidor na aquisição do

produto/serviço. Evidencia-se, nessa vulnerabilidade, a publicidade com anúncios que enganam o consumidor. É o *chamariz* nas palavras de Rizzatto Nunes (2010, p. 27). Este é uma modalidade de enganação que não está necessariamente atrelada ao produto ou serviço em si.

5.1.6. Vulnerabilidade Econômica ou Social: decorre da disparidade existente entre fornecedor e consumidor. Aquele, por estar na situação de detentor do poder sócio-econômico, impõe a este determinadas condições desconhecidas na relação de consumo, por exemplo, as cláusulas de um contrato de adesão, a transação via *internet* imposta a um consumidor que sequer sabe ligar um computador e muitas vezes não o tem.

5.1.7. Vulnerabilidade Informacional: reporta-se à pessoa do consumidor. Deve ser analisada, uma que vez, “na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação”. (MARQUES, 2010, p. 77). O consumo atual é mais visual, rápido e de risco. Por isso, necessita de informações transparentes, como prevê o CDC.

A sociedade e o Direito devem estar preocupados com os consumidores, combatendo informação. Sabemos que, desconhecendo o *juridiquês*, isto é, o vocabulário jurídico, a Justiça se torna inacessível para o cidadão comum e, conseqüentemente, a luta pela defesa de seus direitos não se efetiva. A linguagem, sendo de difícil compreensão, coloca o cidadão comum em um patamar de desconhecimento diante das situações em que há um bem da vida em demanda.

Defendemos a inclusão de outra espécie de vulnerabilidade do consumidor diante das relações de consumo: a vulnerabilidade advinda do desconhecimento de alguns termos técnicos que integram o vocabulário jurídico. Denominamos de vulnerabilidade linguística.

5.1.8. Vulnerabilidade Linguística: De um lado, o consumidor enfrenta o problema técnico-científico do produto/serviço posto no mercado; de outro, o problema da linguagem. A linguagem jurídica tem suas peculiaridades como toda e qualquer ciência. Essas especificidades tornam-se um obstáculo ao cidadão comum. O Direito é uma linguagem que precisa ser falada e escrita de forma clara, objetiva. Devido à linguagem rebuscada e hermética, e expressões usadas de difícil compreensão entre os cidadãos comuns. As partes da relação processual sequer compreendem que o direito postulado fora ou não reconhecido pelo Magistrado, já que a missão do jurista é declarar claramente o Direito.

Qual seria o entendimento de um cidadão que, chegando a um Juizado de Defesa do Consumidor para reclamar de um produto/serviço ora adquirido, ouvisse do servidor judiciário argumentos como: *Seu direito de ação entrou em **decadência**, em uma audiência o Magistrado dissesse que o consumidor deve mostrar o **nexo causal** entre o defeito do produto e o dano alegado; em outra situação, o advogado dissesse ao consumidor: Você tem a seu favor a **inversão do ônus da prova**?*

Alguns profissionais do Direito, influenciados pela perfeição esquecem-se do objetivo da jurisdição, dizer o direito: *Jus* (direito) + *dicção*: (dizer). O acesso à Justiça deve, em primeiro plano, acontecer pela linguagem, compreendendo a situação que está sendo tratada. Caso a parte não entenda o que lhe é transmitido, esse acesso não será eficiente.

Andrade (2014), no XII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor e IV Seminário Internacional de Direito do Consumidor – BRASILCON – Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor, defendeu a seguinte tese: *Nas decisões judiciais que envolvam as relações de consumo, deve ser considerada a vulnerabilidade linguística do consumidor na interpretação da norma legal.*

Reconhecer a vulnerabilidade linguística é o passo inicial para empreender a construção de uma sociedade pautada na dignidade humana, uma vez que, na lide, geralmente existe uma parte que desconhece a matéria jurídica.

6. A REDAÇÃO DOS CONTRATOS CONSUMERISTAS: ENTRE A TRANSPARÊNCIA E A MÁXIMA DO MODO

Como o cerne deste trabalho é a vulnerabilidade linguística nas relações contratuais, não poderíamos deixar de fazer algumas incursões acerca da redação contratual, preservando, sobretudo, o princípio da transparência vinculado à máxima do modo em que deve prevalecer a clareza, uma linguagem direta, sem frases truncadas, em prosa de natureza afirmativa. Não se trata de retórica, mas de estruturas em redundância e circunlóquios que devem ser efetivamente claras e precisas com um preciosismo linguístico para evitar ambiguidades.

Não devemos usar o adjetivo, porque é pernicioso ao texto, devido à função subjetiva que essa classe gramatical exerce. Assim, a redação contratual precisa

ser em prosa e caracterizada pela clareza, acuracidade, simplicidade e brevidade. Na relação contratual, o advogado não pode ficar limitado aos conhecimentos jurídicos. Faz-se necessário um aprofundamento no negócio explorado no contrato. Por exemplo, um contrato de exportação, o advogado não precisa conhecer tudo de exportação, mas o contrato será melhor redigido se o jurista compreender as técnicas da exportação, a oscilação do produto no mercado, o tipo de produto a ser exportado, a aceitação no mercado, safra entre outros para uma eficiente implantação do empreendimento. Primamos pela clareza tanto no aspecto linguístico como no conceitual, conforme prevê o Art. 54,§3º do CDC: *Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.*

Por o contrato destinar-se a um público diversificado, atinge diferentes camadas sócio-culturais e econômicas. Para tanto, a linguagem deve ser clara, específica e de fácil compreensão pelo cidadão comum. Na redação das cláusulas contratuais, defende Nelson Nery Jr (2009. p. 486/487):

[...] especialmente das cláusulas contratuais gerais que precedem futuro contrato de adesão, compreende a necessidade de desenvolver-se a redação na linguagem direta, cuja lógica facilita sobremodo sua compreensão. De outra parte, deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos lingüísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas. Os termos técnicos de conhecimento do homem médio leigo, as palavras estrangeiras que já estejam no domínio popular do homem mediano podem, em tese, serem empregadas na redação de um contrato de consumo, atendidas as peculiaridades do caso concreto, bem como do universo da massa a ser atingida como aderente no contrato de adesão. Se este tem como alvo pessoas de baixa renda e analfabetas em sua maioria, por exemplo, palavras difíceis, termos técnicos e palavras estrangeiras não deverão, por cautela, ser utilizadas no formulário. '

'Não basta o emprego de termos comuns, a não-utilização de termos técnicos e palavras estrangeiras para que seja alcançado o objetivo da norma sob comentário. É preciso que também o sentido das cláusulas seja claro e de fácil compreensão. Do contrário, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor.

É necessário dar condições para que o consumidor tenha conhecimento do conteúdo do contrato. Este conhecimento **não** significa apenas que o consumidor conheça ou leia as cláusulas contratuais e esteja de acordo com elas.

Concordando com Nelson Nery (2001. p. 485), é imprescindível que o consumidor tenha conhecimento efetivo do conteúdo do contrato, Assim, sabendo, de fato e de direito, o que está contratando.

A lei, com seu caráter teleológico e finalístico, prevê o dever de o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres decorrentes do contrato, sobretudo, das cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, conforme o Art. 54, §4.º do CDC, deverão vir destacadas nos contrato de adesão.

O princípio da clareza, advindo da Informação, é um dos direitos fundamentais do consumidor reconhecido pelo próprio CDC:

Art. 4º II - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Ainda sobre a temática, defende Nelson Nery Jr:

Deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos linguísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas. Os termos técnicos de conhecimento do homem médio leigo, as palavras estrangeiras que já estejam no domínio popular do homem mediano podem, em tese, ser empregadas na redação de um contrato de consumo, atendidas as peculiaridades do caso concreto, bem como do universo da massa a ser atingida como aderente no contrato de adesão. Se este tem como alvo pessoas de baixa renda e analfabetas em sua maioria, por exemplo, palavras difíceis, termos técnicos e palavras estrangeiras não deverão, por cautela, ser utilizadas no formulário. Não basta o emprego de termos comuns, a não-utilização de termos técnicos e palavras estrangeiras para que seja alcançado o objetivo da norma sob comentário. É preciso que também o sentido das cláusulas seja claro e de fácil compreensão. Do contrário, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor. A avaliação da efetiva compreensão da cláusula pelo consumidor depende do caso concreto. Sendo o consumidor pessoa de nível universitário, normalmente terá maior facilidade de entendimento do conteúdo de determinada cláusula contratual do que o consumidor com instrução primária sem domínio razoável da língua portuguesa.

Ao princípio da transparência, decorrente da clareza na linguagem e da

informação, relaciona-se com a máxima do modo a qual corresponde à noção de concisão e objetividade. Do ponto de vista jurídico, o contrato, atendendo à sua função social, deve ser firmado nos ditames da boa-fé, transparência e da equidade; do ponto de vista linguístico, deve, sobretudo, atender à máxima do modo. As relações contratuais devem ser firmadas em uma linguagem formal, ordenada, clara e breve. É por meio da linguagem que o Direito se aperfeiçoa. Certamente, a falta de interação linguística nas relações contratuais impede que os consumidores em situação vulneráveis exerçam a sua cidadania e a liberdade de contratar. Nesse contexto, vislumbra-se a cooperação linguística.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É impossível haver Direito sem linguagem. As origens do Direito ocidental remontam à época quando a Gramática Grega inspirou as fórmulas pretorianas, direcionando tudo a ser seguido. Como a gramática estava a serviço da norma padrão, o Direito também era normativo e distante daqueles que não tinham acesso ao conhecimento e, por isso, não tinha como defender seus direitos. A partir, surgiu a necessidade e a importância da redação de leis com clareza. A relação da língua com o Direito é tão íntima que a Ciência Jurídica possui termos que apresentam um sentido autônomo não alcançado pelas outras ciências. As palavras assumem determinadas acepções semânticas não comuns a outras áreas. Em qualquer período da história, a linguagem será a principal ferramenta do Direito, sendo, portanto, a *conditio sine qua nom.* para existir o Direito. Afirmamos não ser possível pensar o Direito sem a linguagem. Essa capacidade instrumental da linguagem que confere ao Direito a condição de Ciência. O Direito utiliza os recursos linguísticos da mesma forma que um operário usa suas ferramentas de trabalho. Sem elas, não lhes seria possível executar a atividade a que se propõe.

Sendo o contrato um acordo de vontade em que as partes negociam, estipulam condições, obedecendo ao ordenamento jurídico, é imprescindível que a linguagem seja clara para que, em obediência aos princípios contratuais da boa-fé, da transparência e da cooperação, os contratantes alcancem seus objetivos de forma recíproca. Por isso, a vulnerabilidade linguística, apesar de pouco estudada no ordenamento jurídico, especialmente nas relações de consumo deve ser um dos princípios que norteiam os contratos. Uma linguagem

incompreensível, restrita ao meio acadêmico coloca o cidadão comum em uma relação de desigualdade em determinadas situações fáticas em que se discute o bem da vida. Aí, está presente a vulnerabilidade linguística presente nas relações tanto nas consumeristas quanto nas contratuais. O consumidor é vulnerável na relação consumerista, não importa a espécie de vulnerabilidade a que estamos nos referindo. O importante é reconhecer que a vulnerabilidade está na gênese da elaboração do CDC.

Não estamos defendendo a supressão dos termos técnico-jurídicos da líder do profissional do Direito, tampouco a vulgarização da linguagem, uma vez que toda ciência tem seus termos peculiares. O Direito é uma dessas ciências.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, permeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e outros. Acreditamos, portanto, que os ditames de uma sociedade fraterna iniciam-se nas relações linguísticas, em que o cidadão possa agir e interagir no processo social, expressar o seu pensamento. Por vivermos em um Estado Democrático de Direito, defendemos que a democracia tome como ponto de partida a linguagem. Esperamos que esta pesquisa jurilinguística, apesar de estar na fase incipiente, sirva como ponto de partida para novos estudos na seara do Direito e suas interfaces com a linguagem.

REFERÊNCIAS

Linguística

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. Vulnerabilidade Linguística nas relações de consumo. Tese apresentada e defendida no XII Congresso Brasileiro De Direito do Consumidor/ IV Seminário Internacional De Direito Do Consumidor Direito do Consumidor, promovido pelo BRASILCON, Gramado – RS 12 a 15 de maio de 2014.

BAKHTIN, Mikhail. Estética Da Criação Verbal. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORNU, G. Linguistique juridique. Paris: Montchestien, 1990.

GRICE, Paul H. Logic and Conversation. Harvard University Press, 1975.

ROBLES, Gregorio. O Direito como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito. São Paulo: Editora Manole. 2008.

Legislação

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 11. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 11. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- BRASIL. Código Civil 2002. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.
- Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Respsonvel pela Elaboração de Anteprojeto de Código de processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília. 2010. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> Acesso em 13. out.2014.

Doutrina

- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: contatos teoria geral. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 4
- BARBOSA, Rui. Oração Aos Moços. São Paulo: Martin Claret. 2003.
- FILHO CAVALIERI, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Ática, 2012, v. 5.
- MARQUES. Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V., Miragem, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 5. Ed.
- NERY JÚNIOR, Nelson. et. al. Código de Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 554-555.
- NUNES, Rizzatto. Comentários do Código de Defesa do Consumidor. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011.
- NUNES, Rizzatto. Publicidade & Consumo. In Consulex, ano XV nº 349, edição de 1º de agosto de 2011, p. 24-27.

DIREITO DE PROPRIEDADE E AS OBRAS DE GRAFITE

Tauanna Gonçalves Vianna¹

Aos alunos da turma DCV0522 do segundo semestre de 2020 e à Professora Silmara Chinellato, pela vontade de aprender e ensinar a despeito das adversidades.

Resumo: Embora exista relativo consenso acerca da proteção das obras de grafite pelo Direito de Autor, pouco se questiona quais as implicações destas ao direito de propriedade do titular do bem no qual a obra é afixada. O presente estudo pretende identificar em que medida o grafite, reconhecido como forma de arte e bem integrante do patrimônio cultural nacional, pode impor limitações ao direito de propriedade, buscando soluções que se adequem ao ordenamento jurídico brasileiro e aos novos paradigmas dos direitos reais.

Palavras-chave: Direitos reais – Direito de autor – Grafite – Limitações ao direito de propriedade – Proteção da arte urbana

PROPERTY RIGHTS AND GRAFFITI ART WORKS

Abstract: Although there is a considerable consensus concerning Copyright protection of graffiti art works, its legal effects towards the property in which they are attached are rarely questioned. This study aims to identify if graffiti art works, recognized as a form of art and part of national cultural patrimony, can impose limitations on property rights, seeking for solutions that can adapt to Brazilian legal system and the new principles concerning property rights.

Keywords: Property rights – Copyright – Graffiti – Limits on property rights – Legal protection of urban art

¹ Advogada. Bacharel, mestre e doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

INTRODUÇÃO

Ínsita à noção de propriedade são as limitações a ela oponíveis, inobstante Josserrand destaque, em sua clássica acepção, tratar-se de “un attribut naturel et imprescriptible, inviolable et sacré, de la personnalité humaine”².

Cunha Gonçalves esclarece que, a despeito de ser relativamente frequente entre os doutrinadores a ênfase ao caráter absoluto e ilimitado da propriedade no *jus quiritium*, a verdade “é que os Romanos nunca reputaram ilimitado aquele direito, sobretudo a propriedade dos imóveis.”³ O autor reconhece que as limitações eram menos numerosas que na atualidade – o que não admira, dada a menor complexidade das relações então travadas –, e conclui que “o que delas sabemos é suficiente para concluirmos que a ilimitação de poderes do proprietário não é fato historicamente exato, nem foi jamais caráter essencial da propriedade.”⁴

A partir do século XX, entretanto, é certo que o direito de propriedade viu seus contornos profundamente impactados pelo advento do juspositivismo e doutrinas sociais, fenômeno absorvido pela Constituição de Weimar (1919), que assegura a propriedade privada (Capítulo V, art. 14, 1), mas ressalva que “seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum” (art. 14, 2).

Seja compreendida como ínsita ao núcleo do direito de propriedade⁵ ou como elemento externo, a função social se encontra positivada no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, e ao lado de outras limitações legais e voluntárias, decorrentes de interesses coletivos ou individuais, condiciona o exercício das faculdades do proprietário, enunciadas no art. 1.228 do Código Civil.

E assim como o próprio conceito de propriedade se amolda às novas circunstâncias sociais, políticas e econômicas, também as limitações sobre ela incidentes se renovam no tempo e no espaço, “imprimindo-lhe um caráter sobretudo dinâmico, socialmente mais útil e proveitoso”, como pontua Carlos Alberto Dabus Maluf.⁶

² JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, 2e éd. Paris: Dalloz, 2006, p. 15.

³ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil*, 2ª ed. atualizada e aumentada e 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. XI, tomo I, p. 247.

⁴ Idem.

⁵ Concepção desenvolvida por Pietro Perlingieri, para quem “la teoria dei limite non é qualcosa che sta al di fuori della struttura della proprietà, non è um profilo esterno ala proprietà, ma costituisce uno dei più pregnati contenuti del diritto di proprietà.” (*Introduzione alla problematica della proprietà*. Nápoles: Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile, 1982, p. 121)

⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

Um olhar atento às grandes metrópoles contemporâneas permite identificar diversas das limitações impostas à propriedade, sejam elas de caráter geográfico-espacial, urbanístico, sanitário, ambiental e até mesmo comportamental, todas tendentes a harmonizar interesses públicos e privados, viabilizando a coexistência de um número crescente de pessoas.

Nos centros urbanos, chama a atenção a presença de movimentos culturais que, de forma mais ou menos perceptível, empreendem novas feições à paisagem e gradualmente se incorporam ao cotidiano da cidade, impactando discussões, políticas públicas e até mesmo o exercício de direitos, entre eles o de propriedade.

E é nesse contexto que se insere o objeto do presente estudo, que pretende investigar a forma como a arte de rua, especialmente o grafite, repercute sobre o direito de propriedade, e em que medida o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de ferramentas adequadas para lidar com um fenômeno controverso e pouco explorado em sede doutrinária e jurisprudencial.

1. BREVE HISTÓRICO DO GRAFITE

Obras de grafite são aquelas que utilizam como suporte físico os prédios públicos ou privados, fachadas, muros e mobiliário urbano, com ou sem autorização do proprietário, fixadas mediante tinta *spray*, *stencil* ou técnicas equivalentes, e que apresentam conteúdo estético e original que permitem sua individualização em relação às demais, diferenciando-se da pichação.⁷

⁷ Acerca da conceituação de grafite, CELIA LERMAN aponta que o termo comporta um significado amplo e outro estrito: “The broad meaning refers to an artistic movement that includes several different styles (spraypaint graffiti, street art and stencils), which, in turn, are associated with different socio-cultural groups. The narrow meaning only refers to spray-paint graffiti.” Após pesquisa profícua, a autora descreve cada uma das referidas técnicas, as quais cumpre registrar, haja vista a inexistência de material análogo na doutrina nacional:

(a) *Spray-paint graffiti* “includes elaborate signatures and tags, along with murals and other graphic pieces created with spray paint. This technique is used not only by graffiti artists, but also by gangs to mark their territory, sports fans to support their teams, and by political groups to advance their causes. Spray-paint graffiti generally has a message that is written by and for the graffiti community: few people—generally those either from the same gang culture, or people from the same artistic community—understand the meaning of such graffiti pieces”;

(b) *Street arts techniques* “range from traditional painting with brushes, rollers and palettes, to more innovative forms of expression such as stickers, posters, lighting installations and mosaics. Street art, moreover, is often purely artistic: by this I mean that, unlike spray-paint graffiti, street art is an aesthetic work that the general public is able to interpret and with which the public can connect”;

(c) *Stencil graffiti* “combines elements from spray-paint graffiti and from street art. Stencil artists carefully prepare stencil blueprints on hand-made sheets, which they then place on a surface and cover with spray paint. Stencil graffiti works are the easiest and quickest pieces to replicate. 12 Like spray-paint graffiti, stencil art

Termo oriundo do vocábulo italiano *sgraffire*, o grafite como hoje compreendido encontra raízes na pintura mexicana mural, movimento cultural que propôs o diálogo da arte com as massas, por meio de murais dispostos em prédios públicos, e do qual são expoentes Diego Rivera, José Orozco e David Alfaro Siqueiros.

Fortemente difundida na metrópole de Nova York (Estados Unidos da América) na década de 70, a *spray art* se propôs a expressar as desigualdades sociais e antinomias do sistema capitalista, valendo-se da crescente verticalização da cidade e da mobilização de jovens marginalizados, os grafiteiros reunidos em *crews*⁸, dentre os quais se destacaram Jean-Michel Basquiat e Keith Haring.

O grafite foi introduzido no cenário brasileiro em meados da década de 80, encontrando na cidade de São Paulo um cenário profícuo para popularização, e a partir dali se expandido para outras capitais.⁹ Destaca-se, nesse contexto, as obras de Alex Vallauri, cuja data de falecimento foi consagrada como “Dia Nacional do Grafite”¹⁰, e que viria a ser sucedido por artistas de renome no cenário nacional e internacional, dentre os quais se notabilizam Gustavo e Otávio Pandolfo (“Os Gêmeos”) e Eduardo Kobra, autores de painéis com inquestionável valor artístico, distribuídos em muros e prédios apreciados ao redor do mundo.

Uma análise legislativa, entretanto, demonstra que a difusão do grafite foi acompanhada por grandes controvérsias e até mesmo pela criminalização dessa forma de expressão que se vale de espaços públicos e privados alheios para propagação, muitas vezes se confundindo com o vandalismo e com a ação de grupos marginalizados.¹¹ A Lei 9.605/98, que dispõe sobre condutas lesivas ao meio ambiente, tipificou o crime de “pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento público”, sancionando-o com pena de detenção

is created with spray-paint, and like street art, stencil art is generally artistic.” (Protecting artistic vandalism: Graffiti and Copyright Law. *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Forthcoming, v. 2:295. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2033691>. Acesso em: 22/11/2020. p. 297-299)

⁸ No contexto do grafite, o vocábulo em inglês *crew* pode ser traduzido como “equipe”, grupo de artistas que habitualmente pintam juntos e fazem referência ao nome coletivo (*As girias do grafite*. Disponível em: <http://grafitenoindustrial.blogspot.com/2010/03/as-girias-do-grafite.html>). O termo também carrega o sinônimo pejorativo de “gângue”, “horda”.

⁹ A este respeito, vide MODELLI, Lais. *De crime a arte: a história do grafite nas ruas de São Paulo*. BBC Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38766202>. Acesso em 01/12/20.

¹⁰ Município de São Paulo, Lei 13.903/2004.

¹¹ Vide MANCUSO, Rodolfo de Carvalho. *Aspectos jurídicos da chamada “pichação” e sobre a utilização da ação civil pública para tutela do interesse difuso à proteção da estética urbana*. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. 87, 1992, p. 155-181.

e multa (art. 65). Decretos municipais e medidas administrativas igualmente buscaram coibir a propagação do *spray* e derivados sobre os prédios, muros e calçadas dos centros urbanos.

Anos mais tarde, a Lei 12.408/2011 positivou uma nova abordagem da matéria, fato que pode ser atribuído à gradual aceitação social e crescente percepção do grafite como forma de arte, movimento também observado no cenário internacional, com destaque à atuação do polêmico grafiteiro britânico Banksy, cujas obras são objeto de grande interesse do mercado da arte, algumas delas tendo sido leiloadas por valores expressivos. Referida lei suprimiu do tipo penal o ato de “grafitar”, e inseriu o parágrafo 2º ao art. 65 da Lei 9.605/98, nos seguintes termos:

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 2º **Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.”**

Inquestionável o avanço representado pela Lei 12.408/2011 para o reconhecimento do grafite como manifestação artística, inclusive mediante a estipulação de requisitos para sua conformação com o Direito, a saber: o consentimento do proprietário, na hipótese de bem privado, ou a autorização do órgão competente, no caso de bens públicos.

Nesse contexto, ainda, foram editadas normas municipais que expressamente incentivaram a prática do grafite dentro dos limites previstos, com destaque ao Decreto 38.307/14 do Município do Rio de Janeiro, que além de criar um Conselho de Graffiti destinado à solução de impasses entre o Poder Público e os praticantes dessa forma de arte (art. 2º), autorizou a utilização de espaços públicos determinados para a inserção das obras (art. 4º), cuja permanência é assegurada durante 2 (dois) anos, “desde que as intempéries do tempo, acidentes ou obras urbanas fundamentais não prejudiquem ou interfiram no aspecto do trabalho artístico” (art. 6º).

A despeito de o tema ainda suscitar divergências, certo é que o valor artístico do grafite é reiteradamente afirmado e tutelado por decisões judiciais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, no julgamento do Recurso Especial nº 1.746.739/SP, que “a obra artística representada pelo grafite é protegida pela Lei de Direitos Autorais, sendo que eventual exposição de desenho sem o consentimento do autor, sua identificação por meio de créditos (art. 79, § 1º, da Lei 9.610/1998) ou remuneração retratam contrafação passível de indenização moral e patrimonial.”¹²

A Lei 9.610/98 enuncia, em seu art. 7º, que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, encerrando rol meramente exemplificativo, do qual ainda não constam as obras de grafite (panorama que pode vir a ser alterado com o advento de uma nova Lei de Direitos Autorais, há muito objeto de discussões acadêmicas e consultas públicas).

Ainda assim, a posição que hoje prevalece é que, uma vez presentes os critérios indispensáveis à proteção autoral – a saber, a criatividade, a originalidade e a individualidade da obra¹³ –, seu titular goza de todas as prerrogativas patrimoniais e morais asseguradas pelo ordenamento pátrio, cuja Constituição assegura, em seu art. 5º, inciso XXVII, o direito exclusivo dos autores “de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

O reconhecimento do valor estético do grafite e sua proteção em face da reprodução não autorizada de seu conteúdo, entretanto, não soluciona todos os imbróglis decorrentes dessa forma de manifestação artístico-cultural, em especial os potenciais conflitos entre o proprietário do bem no qual inserida a obra (em sua maioria, bens imóveis) e o autor. Para tanto, é preciso recorrer aos institutos que permeiam os direitos reais, em especial o direito de propriedade, verificando-se em que medida estes podem oferecer respostas juridicamente adequadas e socialmente satisfatórias.

¹² STJ, Terceira Turma, REsp 1.746.739/SP, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020. Reconhecendo a proteção às obras de grafite, vide também: TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0139084-90.2012.8.26.0100, Relator Des. Vito Guglielmi, julgado em 17/03/2016, DJe 17/03/16; TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0139036-39.2009.8.26.0100, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, julgado em 25/02/2014, DJe 15/05/2014; TJDF, 6ª Turma Cível, Processo nº 20130110762308APO, Relatora Des. Vera Andriighi, julgado em 10/06/2015, DJe 23/06/2015.

¹³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcelo Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luis. *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 295.

2. O SUPORTE FÍSICO DO GRAFITE E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Ensina JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que, para que se cogite da incidência das normas do Direito de Autor, a criação do espírito não pode permanecer no foro íntimo, “tem de se exteriorizar ou manifestar por meio que seja captável aos sentidos”, cogitando-se das mais diversas formas de exteriorização, multiplicadas pelo crescente desenvolvimento tecnológico.¹⁴

Segundo o autor, “a idéia, para se comunicar, tem pois de descer da sua imaterialidade para encarnar numa determinada maneira de expressão”¹⁵, que, no caso do grafite, consiste na fixação de escritos, desenhos, pinturas e instalações em paredes, fachadas, muros, cercas, calçadas, pavimentos, mobiliário urbano e outros bens móveis ou imóveis que, na quase totalidade dos casos, pertence a outrem – seja ao Poder Público ou a particulares.

Pode-se afirmar, portanto, que a propriedade alheia é o suporte material no qual se incorpora a obra de grafite, que a ela adere, sem possibilidade de extração da obra sem prejuízo significativo de seu conteúdo artístico¹⁶ – o qual inclusive tende a se relacionar e fazer referência ao cenário em que inserida a obra, significando-a e ressignificando-o.

Ante essa particularidade, é possível tratar o grafite de forma análoga às obras de artes plásticas, as quais, conforme aponta SILMARA CHINELLATO, apresentam “a característica de estar a criação intelectual plasmada e indissociável do corpo mecânico, em verdadeira simbiose, o que acarreta repercussões na proteção da obra.”¹⁷

Desse modo, se é verdade que a obra de grafite possui existência própria e carece de tutela jurídica independentemente do suporte em que inserida

¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 30.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Marcílio Toscano Franca Filho recorda a edição da revista Piauí intitulada “O Grafite da Discórdia” (março/2013), que “trouxe a público a história do artista plástico e professor piauiense Willyams Martins, que, como parte de suas pesquisas para o mestrado em artes visuais na Escola de Belas Artes da Universidade Federal da Bahia (UFBA), defendido em maio de 2006, desenvolvera uma técnica com resina e tecido de nylon que, uma vez aplicados sobre a superfície de um muro ou parede, retiravam todo tipo de textura encontrada neles. O projeto, denominado “Peles Grafitadas: uma Poética do Deslocamento”, vencedor do Prêmio Braskem de Cultura e Arte, realocou e retrabalhou grafites retirados da paisagem citadina soteropolitana para o interior de uma galeria de arte. Essa prática rendeu ao artista uma grande polêmica entre os grafiteiros locais, que o acusaram de usurpar seus trabalhos e comercializá-los sem indicar a exata autoria.” (O grafite e a preservação de sua integridade: a pele da cidade e o “droit au respect” no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, 2016, p. 1.345)

¹⁷ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Op. cit., p. 311.

(como nas hipóteses de sua reprodução em fotografias, roupas, pôsteres e outras utilizações em meios físicos ou digitais), a realidade inafastável é que a sorte dessa espécie de criação artística se atrela ao destino do bem em que afixada, que é definido, via de regra, por seu proprietário.

O direito de propriedade encerra poderes do titular sobre a coisa, que dela pode extrair, em regra, todas as utilidades, as quais se agrupam nas conhecidas categorias do *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus abutendi*, previstas no art. 1.228 do Código Civil. Darcy Bessone, com a maestria lhe é peculiar, explica em que consistem tais prerrogativas:

“O jus utendi autoriza o proprietário a usar da coisa como lhe aprouver. Caracteriza-se o usus pela não modificação da coisa usada. Não o excluem, todavia, as modificações ligeiras, que não se tornem perceptíveis. Precisamente por que a coisa permanece a mesma, a despeito do uso, este pode sempre repetir-se. O fructus consiste no direito de recolher os frutos da coisa e, obviamente, no de colocá-la em condições de produzi-los (...). O jus abutendi compreende direitos do proprietário que não se enquadram nas categorias precedentes, ou, como nota Vareilles-Sommières, os correspondentes aos serviços da coisa que possam repetir-se, ou não, e os que a alteram, transformam ou destroem, inclusive os que a fazem sair do patrimônio do proprietário.”¹⁸

Uma análise superficial das faculdades inerentes ao direito de propriedade sugere que, uma vez exercidas sobre um bem no qual inserida a obra de grafite, podem impactar parcial ou integralmente os direitos do autor da obra, bastando imaginar a hipótese de o proprietário pretender pintar parte da parede em que afixado o grafite¹⁹, ou ainda demolir a fachada, muro ou cerca que à ele servem de base (situações que violam a integridade da obra, assegurada pelo art. 24, inciso IV, da Lei 9.610/98).

De outro lado, a inserção do grafite em determinado bem, seja ele público ou privado, possui consequências mais ou menos sensíveis ao proprietário, que pode ver prejudicado o seu direito de usar o bem da forma como lhe aprouver (bastando pensar em uma obra que atraia turistas e, com isso, torne o muro de casa residencial um ponto de constante visitação pelo público, tolhendo o

¹⁸ BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 189-190.

¹⁹ Sobre a pintura sobre muro grafitado, PEDRO BARBOSA e RAUL CASTRO citam interessante julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual reconhecida indenização em caso de conflito de vizinhança no qual o ofensor destruiu obra urbana (grafite) existente no muro da casa do ofendido. (*Graffiti art copyright protection in Brazil: a short analysis*. Revista de Direito da Cidade, v. 11, nº 1, p.375, nota 50)

sossego de seus moradores), de fruir adequadamente do imóvel (tornando-o menos atrativo a uma eventual locação, por exemplo) e até mesmo de dele dispor, na eventualidade de a obra de grafite vir a ser considerada integrante do patrimônio artístico nacional, em conformidade com o Decreto Lei 25/37.

Questiona-se, assim, em que medida a fixação de uma obra de grafite na propriedade pública ou privada pode vir a representar uma limitação ao direito de seu titular, sobre o que se passa a discorrer.

3. LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Cunha Gonçalves, ao tratar do conceito, evolução histórica e natureza jurídica das limitações à propriedade, enfatiza que estas não devem ser encaradas sob o prisma das servidões, vez que não subordinam um prédio a outro, nem se extinguem pelo não uso, incidindo simultaneamente sobre todos os prédios rústicos e urbanos. Igualmente não podem ser tratadas como obrigações *ex lege*, pois não se transmitem nem se extinguem conforme as regras preceituadas: “essas limitações constituem os limites legais, o regime normal da propriedade.”²⁰

No que concerne às classificações das limitações ao direito de propriedade desenvolvidas pela doutrina, melhor parece aquela proposta por Giuseppe Cugusi, para quem as limitações se bifurcavam em *limitações de ordem pública*, decorrentes da submissão do interesse particular ao bem comum, e *limitações em favor dos particulares*, que não tinham objetivo outro que não a acomodação de interesses privados legítimos de seus titulares.²¹

Também Orlando Gomes propõe profícua classificação das limitações ao direito de propriedade a partir de sua fonte, dividindo-as em legais, jurídicas e voluntárias:

“Limitações legais, as contidas em leis, ou regulamentos administrativos. Jurídicas, as que decorrem da aplicação de certos princípios gerais do direito. Voluntárias, as que o proprietário estabelece sem se demitir do seu direito, ao transmiti-lo a outrem.”²²

Partindo da proposta do insigne civilista, perquire-se quais limitações ao direito de propriedade, decorrentes da aposição de obra de grafite sobre bem

²⁰ CUNHA GONÇALVES, Luis da. Op. cit., p. 252.

²¹ CUGUSI, Giuseppe. *Teoria della proprietà*. Napoli: Luigi Piero, 1907, §135 e seguintes.

²² GOMES, Orlando. *Direito reais*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 112.

alheio, encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, advertindo que, para fins da presente pesquisa, considera-se proprietário tanto o particular quanto o Poder Público, em relação aos bens sobre os quais exerce seu domínio, nos termos do art. 99 do Código Civil.

3.1. Limitações voluntárias: expressa autorização do proprietário

Conforme exposto anteriormente, a Lei 12.408/2011, em seu art. 65, parágrafo 2º, exclui a configuração de crime quando o grafite é realizado com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentido pelo proprietário ou autorizado pelo órgão governamental competente.

Entende-se a autorização como hipótese de limitação voluntária ao direito de propriedade, ato unilateral de manifestação de vontade do proprietário, locatário ou arrendatário (a depender da extensão dos poderes concedidos pelos respectivos contratos de locação ou arrendamento), que deve preferencialmente ser formalizado por instrumento público ou privado, especificando o artista e, se possível, o teor da obra sobre a qual a autorização recai.²³

Pode-se cogitar ainda de autorização genérica, sem um sujeito passivo determinado (como a inscrição em um muro particular, advertindo “aqui é autorizada a prática de grafite”), ou ainda autorização tácita, que se verifica quando o proprietário, ciente da inserção de arte de grafite em sua propriedade, anui com a situação, não tomando medidas para impedi-la. Em relação aos bens públicos, Anderson Schreiber pondera que a própria inércia do Poder Público na conservação de um espaço público pode ser tida como “uma autorização tácita para a instalação dos graffiti, mesmo à falta de uma norma jurídica que expressamente os permitisse”.²⁴

²³ O conceito de autorização, em Direito Civil, é equívoco, havendo dissenso quanto à natureza jurídica do instituto: tratar-se-ia de ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico unilateral? A respeito da diferenciação entre as figuras, ANTÓNIO MENEZES DE CORDEIRO aponta à prevalência da concepção adotada pelo BGB, em sua justificação de motivos, citando Manuel de Andrade: “... os simples actos jurídicos, embora eventualmente – ou até normalmente – concordantes com a vontade dos seus autores, não são todavia determinados pelo conteúdo desta vontade mas, direta e imperativamente, pela lei, haja ou não eventual ou normal concordância. Nesse sentido se diz que os efeitos destes atos se produzem *ex lege* e não *ex voluntate*.” (*Tratado de Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, tomo II, p. 87) A simples autorização do particular à prática do grafite em propriedade privada pode ser encarada como ato jurídico *stricto sensu* na medida em que produz o efeito previsto em lei, quer seja, subtrai a ilicitude da conduta, nos termos preconizados pelo art. 65, §2º, da Lei 12.408/2011. Não se descarta, todavia, a configuração do ato como negócio jurídico unilateral, nas hipóteses em que o particular apuser elementos adicionais à declaração de vontade, como condições e/ou termos, ou ainda como negócio jurídico bilateral, nas situações em que houver manifestação de vontade do artista.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *O dano-cinza*. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-dano-cinza/17341>. Acesso em: 27/11/2020. Abordando a falta de ingerência do Poder Público como hipótese autorizadora de intervenções artísticas, PEDRO BARBOSA e RAUL CASTRO trazem à lume o caso da zona

Também se admite que a anuência seja manifestada por meio de negócio jurídico firmado entre partes capazes, proprietário e artista, no qual sejam definidos os limites da utilização de parte do bem como suporte material para a obra de grafite, com a possibilidade de se convencionarem condições, termos (como a permanência da obra durante determinado período de tempo) ou encargos (como a obrigação de o próprio artista fazer reparos na obra, na eventualidade de desgaste decorrente do tempo ou de avaria por parte de terceiro).

No que diz respeito a condições, a utilização do bem como suporte do grafite pode ser subordinada à cessão de direitos patrimoniais de autor, hipótese em que o artista cederia ao proprietário o direito, exclusivo ou não, de explorar a obra de grafite inserida no bem de sua titularidade. Importante destacar que, a exemplo das obras de artes plásticas, o fato de o suporte físico da obra pertencer ao titular do bem imóvel ou móvel no qual aposta não transfere a ele o direito de reproduzi-la, tão somente de expô-la, por força do disposto no art. 79 da Lei 9.610/98.

No mais, podem as partes convencionar a respeito da imodificabilidade da obra ou de elementos a ela correlatos (como o jardim no entorno, a disposição de portas e janelas ou outros elementos arquitetônicos que concorram à integridade do grafite), obrigação que pode se dirigir tanto ao proprietário quanto ao artista, que se obrigaria a manter a obra íntegra, no local e condições em que criada. Destaque-se que uma disposição convencional nesse sentido não tolhe o direito do artista de modificar, apagar ou até mesmo destruir a obra – direito moral que lhe é assegurado pelo art. 24 da Lei 9.610/98 –, mas certamente gera ao proprietário lesado o direito à indenização, decorrente do descumprimento contratual.

Em se tratando de bens públicos, a autorização do Poder Público para inscrição de grafites pode ser dar por intermédio de lei, como ocorreu no Município do Rio de Janeiro, por meio do Decreto Municipal nº 38.307/14, ou mediante ato administrativo unilateral, matéria afeta ao Direito Administrativo.²⁵

portuária do Rio de Janeiro, onde, muito antes das obras destinadas ao Jogos Olímpicos de 2016, o artista de rua com alcunha Gentileza produziu mais de 50 painéis de grafite, “all of them embedded with poetry, bringing color and a “soul” for such a place.” (Op. cit., p. 364)

²⁵ Ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que a autorização administrativa consiste em “ato unilateral discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.” Desse modo, em consonância com o quanto dispõe o art. 65, §2º, da Lei 12.408/2011, “fica reservada à Administração a faculdade de, com base no poder de polícia do Estado, afastar a proibição em determinados casos concretos, quando entender que o desempenho da atividade ou a prática do ato não se apresenta nocivo ao interesse da coletividade.” A autora, porém, ressalva que “por estar condicionada à compatibilidade com o interesse público que se tem em vista proteger, a autorização pode ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de

3.2. Limitações legais: proteção ao patrimônio cultural, tombamento e desapropriação

As limitações legais ao direito de propriedade, a seu turno, têm como critério norteador a prevalência de interesses coletivos sobre os individuais, ligados essencialmente a um dever de boa administração e ao papel desempenhado pelo Estado, ao qual incumbe zelar pela integridade de bens e valores que, longe de beneficiar um ou outro grupo, visam à consecução do bem comum. Segundo Orlando Gomes, tais limitações “nada têm de novo, são apenas mais numerosas”, em razão da ênfase ao primado do interesse público, que influi no próprio conceito de propriedade.²⁶ Assim o confirma Moreira Alves:

“(…) as limitações resultantes da lei, sem dúvida as mais importantes, existiram no direito romano, desde o período pré-clássico. E isso com relação não apenas à propriedade dos imóveis, mas também à dos móveis (cujas limitações mais numerosas aparecem somente no período pós-clássico). Essas limitações são impostas em virtude ou do interesse dos particulares (são decorrentes dos *direitos de vizinhança*) ou do interesse do Estado. Em face delas, o proprietário devia abster-se de certos usos da coisa (*non facere*) ou tolerar que outrem dela se utilizasse (*pati*).”²⁷

Confirmando que limitações legais sempre existiram, incidindo de forma mais ou menos enérgica sobre o direito de propriedade, vale a menção a três exemplos trazidos pela doutrina, de certo modo relacionados ao objeto do presente estudo.

Ao abordar as leis romanas destinadas a tutelar o aspecto estético das cidades, Giuseppe Cugusi alude à interessante postura que impedia demolições que visassem à utilização dos mármores e adornos de determinada edificação urbana para fim diverso da reconstrução, na tentativa de elidir a conduta de comerciantes que incorriam nessa prática para revender tais ornamentos aos proprietários de vilas nos arredores da cidade.²⁸

Citando Dante Carpolari, Carlos Alberto Dabus Maluf remete a decreto exarado pelo cardeal Aldo Brandini aos 5 de outubro de 1624, aplicável às províncias romanas, o qual “proibia a extração de figuras, estátuas, antiguidades,

existir”, o que é particularmente aplicável ao caso das obras de grafite, conforme se exporá oportunamente. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 259-260)

²⁶ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 110.

²⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 298.

²⁸ CUGUSI, Giuseppe. *Op. cit.*, §141.

ornamentos e trabalhos de metal sem a licença do cardeal Carmelengo e a exportação dos objetos de arte sob penas gravíssimas”.²⁹

Orlando Gomes, a seu turno, menciona decreto exarado pela Prefeitura de Salvador, contemporâneo à sua obra, o qual teria exigido que certos prédios fossem enriquecidos com obras artísticas.³⁰ Ao contrário das duas medidas anteriores, que visaram limitar o direito de disposição do proprietário sobre a coisa, estabelecendo uma obrigação negativa (quer seja, a vedação à supressão dos elementos artísticos da propriedade), essa última pretende um *facere* por parte do titular do bem, que deve embelezá-lo em prol da coletividade.

Tais exemplos demonstram que a preocupação com o aspecto estético das cidades não é nova, e há muito influi nos contornos do direito de propriedade, o que também repercute na forma como as obras de grafite, importantes elementos do cenário urbano contemporâneo, são hoje tuteladas no Brasil.

A Constituição Federal, em seu art. 216, inciso IV, enuncia que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais.

O mesmo art. 216, em seu parágrafo 1º, dispõe ser atribuição do Poder Público, em colaboração com a comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de medidas que incluem tombamentos e desapropriações.

O tombamento, medida de Direito Administrativo por excelência, destina-se à preservação do patrimônio histórico e artístico nacional, e é regulamentado pelo Decreto Lei 25/37, podendo se dar de forma voluntária (quando o particular anui com a decisão do Poder Público e autoriza a inscrição do bem perante a autoridade competente) ou compulsória. Tendo-se em vista as limitações administrativas incidentes sobre os bens tombados (relacionadas nos arts. 11 a 21 do referido diploma³¹), esse pode se revelar interessante instrumento para

²⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 132.

³⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., 128.

³¹ Dentre essas limitações, destaque-se o teor do art. 17: “As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.”

assegurar a preservação e conservação das obras de grafite de relevante valor ao cenário urbano, limitando a ingerência do proprietário sobre a parcela do bem imóvel na qual afixadas.

A desapropriação, a seu turno, consiste em “ato unilateral de direito público, com reflexos no direito privado, por via do qual a propriedade individual é transferida, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, a quem dela se utilize, no interesse da coletividade.”³² A Constituição autoriza a desapropriação em casos de interesse social (art. 5º, inciso XXIV), nos quais poderiam ser incluídos aqueles bens móveis ou imóveis que, contendo artes de grafite relevantes à identidade urbana e ao patrimônio artístico, paisagístico e cultural local, regional ou nacional, pudessem vir a ser utilizados exclusivamente em prol do interesse público, como museus a céu aberto ou espaços de convivência – assim justificando a necessidade de supressão absoluta dos direitos do proprietário sobre o bem (e não relativa, como se dá com o tombamento).

Na ausência das referidas medidas administrativas, entretanto, faz-se necessário questionar se o simples reconhecimento do valor artístico das obras de grafite, sujeitando-as ao regime protetivo da Lei 9.610/98, e de sua inequívoca qualificação como patrimônio cultural, independentemente de lei que institua um regime protetivo próprio, seria suficiente para assegurar sua integridade em face da pretensão do proprietário de alterá-las ou removê-las de seu suporte físico, no caso o bem particular, o que não encontra resposta pré-definida, e será analisado a seguir.

4. GRAFITE NÃO AUTORIZADO E LIMITAÇÕES JURÍDICAS

Limitações jurídicas ao direito de propriedade são aquelas que decorrem da aplicação dos princípios gerais de direito ao caso concreto, aqui se inserindo as situações em que, não sendo a limitação oriunda da lei ou da vontade das partes, faz-se necessário o pesosamento de interesses particulares legítimos.

É certo que as situações mais complexas relacionadas ao direito de propriedade e as obras de grafite exsurgem quando o proprietário, não tendo anuído com a aposição do grafite no bem, promove sua remoção, seja por

³² MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 211.

intermédio da demolição ou da pintura da superfície grafitada, situações que tendem a encontrar como única alternativa a eventual reparação civil do artista lesado, caso configurados os requisitos legais para tanto.

Contudo, fossem tais situações submetidas a um juízo prévio, fosse o Direito instado a fornecer resposta cominatória, não somente compensatória, duas seriam as alternativas: ou (4.1) prevaleceria o direito pleno do proprietário usar, fruir e dispor do bem, promovendo a supressão ou modificação da obra tutelada pelo direito de autor; ou (4.2) prevaleceria o direito do autor à integridade e imodificabilidade da obra, com limitação parcial dos direitos do proprietário sobre a coisa.

4.1. Prevalência do direito do proprietário

A possibilidade de o proprietário suprimir a obra de grafite afixada sem sua autorização, e independentemente da tutela desta pelo direito de autor, encontra respaldo no art. 1.228 do Código Civil e na pretensa ilicitude da conduta do artista que, por ação voluntária, viola o direito de propriedade e causa dano à coisa alheia, nos termos do art. 186 do diploma.

Em sentido favorável a esta interpretação cite-se o caso de obra arquitetônica, que pode ser alterada sem o consentimento do autor do projeto originário, ao qual fica reservado o direito de repúdio à obra, nos termos do art. 26 da Lei 9.610/98. Sobre o assunto, oportuna a transcrição dos ensinamentos de Silmara Chinellato:

“Trata-se de ponderação entre o direito de propriedade e o direito moral do autor do projeto, pois não seria cabível que o conteúdo do direito de propriedade, que já sofreu várias restrições, tivesse mais uma, impossibilitando ao proprietário modificar o prédio segundo as necessidades atuais, que podem não ser as mesmas ao tempo da concepção do projeto. A família alarga-se e restringe-se, refletindo-se na adaptação do imóvel onde reside, sendo lícito ao proprietário adequá-lo às suas necessidades. O mesmo se diga quanto à imóveis de fins não-residenciais, inclusive os de fins institucionais. A alteração do projeto arquitetônico não poderá ser impedida, devendo o autor repudiá-lo de forma expressa, para que seu nome não possa mais ser ligado a ele.”³³

³³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. 272p. Tese (Concurso de Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 198.

Tendo a obra arquitetônica igualmente como suporte físico um bem de propriedade alheia, e sendo a opção do ordenamento jurídico privilegiar o direito do proprietário de dar à coisa a destinação que julgue mais adequada, o mesmo poderia se aplicar à obra de grafite realizada sem a autorização do proprietário do bem, inclusive em consonância com o quanto disposto no art. 65, parágrafo 2º, da Lei 9.605/98.

Em se tratando de obra de grafite afixada em bem público, a necessidade de utilização deste para finalidade diversa, que não comporte a manutenção do grafite, parece justificar sua remoção, sobrepondo-se ao direito individual do autor à integridade da obra. Basta imaginar a necessidade de demolição de muros que cercam um terreno desocupado, que dará lugar a uma creche ou centro esportivo.

O interesse comum não pode, entretanto, justificar medidas que, sem lastro jurídico ou efetiva configuração de conflito entre bens jurídicos tutelados, simplesmente suprimam as obras de grafite de bens públicos, situação que não apenas infringe os direitos morais do autor, mas também o direito difuso de acesso ao patrimônio cultural.

Destaque-se que tanto no caso de bens públicos quanto de bens privados, a eventual remoção da obra ou destruição do suporte em que inserida, por parte do proprietário, deve ser precedida de notificação prévia ao autor da obra de grafite, para que este possa se valer, analogicamente, do direito assegurado pelo art. 24 da Lei 9.610/98, quer seja, ter acesso a exemplar único e raro da obra, para o fim de, por meio de processo fotográfico, audiovisual ou assemelhado, preservar sua memória.

4.2. Direito de autor como limitação ao direito de propriedade

A segunda solução possível à antinomia seria a prevalência do direito de autor, com limitação parcial do direito do proprietário, que seria obrigado a tolerar a permanência da obra de grafite no bem, restando impedido de suprimi-la ou modificá-la sem consentimento do artista.

É certo que essa alternativa encontra respaldo nos direitos morais do autor da obra assegurados pelo art. 24 da Lei 9.610/08, os quais restariam preservados, e no próprio princípio da proporcionalidade e razoabilidade, tendo-se em vista

que tal opção permite a coexistência entre o direito do autor e o direito do proprietário, que não é suprimido (como o é o direito do autor, na hipótese anterior), tão somente limitado.

Contudo, o fundamento que torna essa alternativa juridicamente plausível, para além do direito do autor individualmente considerado, é o direito da coletividade à obra, bem integrante do patrimônio artístico e cultural que, em última instância, a todos pertence, tendo assim o condão de limitar a propriedade individual.

Trata-se, portanto, de um corolário da função social da propriedade, consagrada pela Constituição Federal e pelo art. 1.228, parágrafo 1º, do Código Civil, segundo o qual o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, em conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

É a função social, enquanto regra e princípio condutor do sistema de Direito Privado, que poderia vir a justificar a prevalência do direito do autor da obra de grafite sobre o direito do proprietário do bem que serve como seu suporte físico, hipótese na qual estaria o artista também vinculado a deveres inerentes à função social, entre eles o de assegurar a conservação da obra, realizando reparos conforme esta se veja deteriorada pelo tempo ou pela ação de terceiros que, longe de praticar o grafite, buscam tão somente a conspiração de obras alheias.

4.3. A *media sententia*

Tema análogo ao objeto da presente pesquisa é o instituto da especificação, modo de aquisição da propriedade móvel reconhecido no art. 1.269 do Código Civil. A exemplo do que ocorre no caso das obras de grafite, em geral afixadas sobre a propriedade alheia, também na hipótese da especificação os conflitos surgem quando da criação de espécie nova (*nova species*)³⁴ a partir de matéria-prima pertencente a outrem.

³⁴ Segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, “coisa considerada como nova no trato mercantil em relação à sua matéria, nova também será no sentido jurídico. A novidade, que o legislador tem em conta, no art. 1.269, é a novidade no sentido econômico, e não a novidade no sentido filosófico.” (Op. cit., p. 235)

A especificação gerou profícuos debates, ainda hoje referenciados pela doutrina, opondo de um lado os sabinianos, que sustentavam que a propriedade da *nova species* era, necessariamente, do titular da matéria prima, e de outro os proculeanos, para quem a *nova species* pertencia ao especificador (*forma dat esse rei*). Darcy Bessone sugere que “nessa controvérsia poderia, porventura, situar-se a origem entre o capital e o trabalho”.³⁵

A solução encontrada por Justiniano para o conflito, ainda hoje consagrada na maior parte dos ordenamentos jurídicos filiados ao sistema romano-germânico, é aquela constante do art. 1.271 do Código Civil, a saber: se a criação puder ser reduzida ao estado anterior, pertencerá ao antigo dono; não sendo possível, e verificada a boa-fé do especificador, a *nova species* a ele pertence. O parágrafo 2º do dispositivo expressamente ressalva a hipótese da espécie nova que, excedendo consideravelmente o valor da matéria prima, pertencerá ao especificador, inclusive a pintura em relação à tela, a escultura, escritura e qualquer outro trabalho gráfico em relação à matéria prima.

À tal desenlace atribui-se a alcunha de *media sententia*, em alusão ao esforço empreendido por Justiniano³⁶ para conciliar ambas as vertentes, havendo de se registrar a observação de Pontes de Miranda, para quem “a solução intermédia foi com razão criticada, porque o trabalho em matéria alheia, ainda que genial, ficaria em segundo plano.”³⁷

Embora em um primeiro momento se compreenda ser a especificação inaplicável às obras de grafite afixadas em bens imóveis – seja em razão da inexatidão da conformação de uma nova espécie, seja por ausência de disposição legal, que limitou esse modo de aquisição aos bens móveis –, a referência se explica pois, também para o conflito entre o direito de propriedade e as obras de grafite, faz-se necessário buscar a *media sententia*.

E a *media sententia*, em face da inexistência de normas que regulam expressamente a matéria, se obtém por meio da análise das especificidades de cada caso concreto, levando em conta as normas postas e os princípios informadores do ordenamento jurídico.

³⁵ BESSONE, Darcy. Op. cit., p. 152.

³⁶ Autores questionam se a solução teria efetivamente partido de Justiniano. V. MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 235.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomo XV, p. 120-121.

Diante do conflito entre direitos do titular da propriedade na qual o grafite é apostado sem autorização e direitos do autor da obra, os interesses particulares deverão ser sopesados a partir da noção de exercício regular de direito, designada por Orlando Gomes como “princípio da normalidade”:

“A aplicação do princípio da normalidade ao direito de propriedade importa limitação de caráter geral. É nesse domínio que a teoria do abuso de direito encontra maior possibilidade de desenvolvimento, pois se diz, com razão, que a propriedade é o direito subjetivo mais exposto ao exercício anormal. A literatura jurídica registra, como caso típico de aplicação dessa teoria ao direito de propriedade, a atitude daquele proprietário de terreno vizinho a um campo de atracção de dirigíveis, que construiu, sem qualquer interesse, enormes torres, com manifesto perigo ao pouso das aeronaves. Nota Josserand que foi o direito de propriedade, antes dos outros, que serviu de campo de experiência à teoria do abuso de direito. Pela natureza desse direito, poderia parecer que a seu titular seria lícito tudo fazer nos limites do seu domínio, mas, especialmente nos últimos tempos, ‘legisladores, juristas e tribunais têm se esforçado para comprimi-lo’, dado que é dotado de uma força de expansão infinita.”³⁸

Logo, tanto as pretensões do proprietário quanto do artista devem ser submetidas ao crivo da boa-fé objetiva e da função social, reprimindo-se aquelas que possam representar abuso de direito de seu titular. Da mesma forma que não se ratifica a construção de um muro exclusivamente com o fim de prejudicar o vizinho, também não se deve cogitar da destruição do muro no qual inserido um grafite, exclusivamente por revanchismo do proprietário em relação ao artista.

O mesmo se diga do artista em relação ao proprietário. A obra de grafite não deve ser utilizada como meio de ferir as crenças e valores do proprietário do bem no qual inserida, nem se valer do manto da liberdade de expressão, tão intrínseca ao movimento cultural da arte urbana, para veicular ofensas de cunho pessoal, sob pena de se revelar abusiva.

Todo o exposto demonstra a necessidade de verificação atenta das particularidades do caso concreto, antes de se anunciar a resposta à questão formulada ao final do item 3.2.

³⁸ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 118.

CONCLUSÃO

Tal qual a arte nas grandes metrópoles, o direito de propriedade é dinâmico e se amolda aos novos contornos da sociedade.

O presente estudo se deteve sobre as obras de grafite, as quais se vinculam intimamente ao cerne do direito de propriedade, na medida em que se valem de bens alheios como suporte físico, gerando consequências jurídicas diversas, tanto ao proprietário quanto ao autor.

Dentre essas consequências, foram analisadas possíveis limitações ao direito de propriedade, o que se revelou perfeitamente viável quando decorrente da vontade do proprietário ou de comandos legais e administrativos, que encontram sua razão de ser na necessária sobreposição dos interesses coletivos sobre os particulares.

Já na hipótese de inexistência de consenso do proprietário quanto à inserção do grafite no bem, ou de normas ou restrições administrativas que imponham a preservação da obra, o conflito encerra duas soluções inconciliáveis entre si: de um lado, a prevalência do direito do proprietário, com sacrifício total dos direitos do autor; de outro, a limitação parcial do direito de propriedade, não apenas em razão dos direitos de autor do artista, mas do direito da coletividade de acesso ao patrimônio artístico e cultural.

O impasse não admite resposta apriorística, desafiando as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas sob a óptica da boa-fé, da função social da propriedade e da vedação ao abuso de direito, princípios que exsurgem como os novos paradigmas dos Direitos Reais na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. *Graffiti art copyright protection in Brazil: a short analysis*. Revista de Direito da Cidade, v. 11, nº 1, p. 362-380.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. 272p. Tese (Concurso de Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

- _____. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcelo Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luis. *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 295-317.
- CUGUSI, Giuseppe. *Teoria della proprietà*. Napoli: Luigi Piero, 1907.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil*, 2ª ed. atualizada e aumentada e 1ª ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. XI, tomo I.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DUVAL, Hermano. *Violação dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. O grafite e a preservação de sua integridade: a pele da cidade e o “droit au respect” no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, 2016, p. 1.344-1.361.
- GOMES, Orlando. *Direito reais*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, 2e éd. Paris: Dalloz, 2006.
- LERMAN, Celia. Protecting artistic vandalism: Graffiti and Copyright Law. *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Forthcoming, v. 2:295, p. 295-338. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2033691>. Acesso em: 22/11/2020.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Carvalho. *Aspectos jurídicos da chamada “pichação” e sobre a utilização da ação civil pública para tutela do interesse difuso à proteção da estética urbana*. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 87, 1992, p. 155-181.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, tomo II.
- MODELLI, Lais. *De crime a arte: a história do grafite nas ruas de São Paulo*. BBC Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38766202>. Acesso em 01/12/20.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*, 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Nápoles: Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile, 1982
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomos XIV, XV e XVI.
- SCHREIBER, Anderson. *O dano-cinza*. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-dano-cinza/17341>. Acesso em: 27/11/2020.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ARIC
TRF 2ª Região

Av. Rio Branco, 241 ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site/>



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região