

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 35

Nº 1 - Nov.2021/Abr.2022



Adauto Lucio Cardoso
Ministro do STF



EMARF

The logo for EMARF (Escola da Magistratura Regional Federal) features a stylized graphic of three white, curved lines above the acronym 'EMARF' in a bold, white, sans-serif font.



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 35
Nov.21/Abr.22

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 35, n. 1
(nov.21/abr.22)

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

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Sergio Mendes Ferreira

Silvia Regina Assenheimer

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 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

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

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

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

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal 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 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 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

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

Leonardo Greco, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil

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

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

Flávio Oliveira Lucas, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador 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 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 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

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
A AGENDA 2030 DA ONU E OS SEUS REFLEXOS NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO BRASILEIRO.....	13
Albertina Maria Anastácio	
OTUMULTO É O EQUILÍBRIO DA REPÚBLICA.....	43
Amanda Albano Souza da Silva	
A EFICIÊNCIA DA MEDIAÇÃO ONLINE NO JUDICIÁRIO	53
Caroline Somesom Tauk e Clarissa Somesom Tauk	
RELEITURA DA SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (NARROWING DOS PRECEDENTES EM RELAÇÃO AO TERMO INICIAL DOS JUROS NA REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL).....	67
Cássio Benvenuti de Castro	
ASPECTOS ESSENCIAIS DAS CULTIVARES: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS	95
Eduardo Miceli Fanti Fajardo	
FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO IMPÉRIO DO BRASIL: ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1823 E CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824.....	129
Guilherme Lerer	
A PERSPECTIVAÇÃO CRÍTICA DA REGRA DE RECONHECIMENTO EM HART – PRIMEIRA PARTE	167
José Alfredo dos Santos Júnior	
TERRITÓRIOS FEDERAIS: CRIAÇÃO, EXTINÇÃO E EMENDAS À CR/1988 – PARTE 1.....	203
Leonardo de Medeiros Fernandes	
FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS COISAS NA ALEMANHA.....	243
Leonardo Estevam de Assis Zanini	
AS CONCEPÇÕES JURÍDICAS SOB A ÓTICA HISTÓRICA.....	279
Marianna Vial Brito	
ECONOMIA COMPORTAMENTAL E DIREITOS AUTORAIS: PROPOSTAS REFORMISTAS	303
Pedro de Abreu Monteiro Campos	

Sumário

DUAS PERSPECTIVAS DA OBRA DE FRANCISCO AMARAL.....	319
Plinio Lacerda Martins e André R. C. Fontes	
JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONCEITOS, CONTORNOS E POSSIBILIDADES.....	331
Rafael Meireles Saldanha	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO DAS LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES	345
Reis Friede	
DOS CRIMES DE GUERRA E SUAS CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS À LUZ DO SISTEMA REGIONAL AFRICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	363
Sidney Guerra, Divo Augusto Cavadas e Rafael Moura de Figueiredo Silva	
CESSÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÕES PÚBLICAS.....	385
Thaís Marçal e Caio Macêdo	

APRESENTAÇÃO

Com a passagem de mais um semestre, a Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF traz novos artigos jurídicos que ampliam e aprofundam o debate plural, renovando a oferta de um canal aberto à sociedade, principalmente no que diz respeito ao cumprimento da missão institucional da Escola, seja na difusão do conhecimento jurídico, seja na pesquisa científica de questões que envolvem o Direito e a Justiça.

O volume 35 traz preciosos trabalhos sobre temas instigantes e relevantes para a prática jurisdicional nas áreas do Direito Constitucional, Administrativo, Penal e Civil. Outros destaques desta edição são os artigos que abordam a Inteligência Artificial, a Mediação e a Propriedade Intelectual, questões relevantes para o aprimoramento da prestação jurisdicional e administrativa no âmbito da Justiça Federal.

A contribuição de autores internos e externos ao Poder Judiciário possibilita o enriquecimento das discussões entre os diversos operadores do Direito. Por isso, mais uma vez, agradecemos aos autores que colaboraram com o presente volume e desejamos que nossos leitores apreciem os textos desta edição, contribuindo, assim, para a constante superação dos desafios que são impostos ao Poder Judiciário.

Marcus Abraham

Desembargador Federal
Diretor-Geral da EMARF

A AGENDA 2030 DA ONU E OS SEUS REFLEXOS NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO BRASILEIRO

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: O presente estudo tem como objeto após refletir sobre a Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU), analisar a influência da inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro. A pesquisa tem como objetivo geral defender a viabilidade da aplicação de tecnologias de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, refletindo como a robótica evolutiva poderá contribuir para que a Justiça brasileira possa apresentar resultados mais céleres quanto à judicialização. Os métodos de abordagem e de procedimentos adotados são o exploratório e o qualitativo. Malgrado a robótica evolutiva possa trazer maior celeridade e eficiência ao Poder Judiciário, verifica-se que a inteligência artificial não poderá substituir a inteligência natural.

Palavras-chave: Agenda 2030 ONU. Inteligência Artificial. Poder Judiciário brasileiro. Resolução CNJ 332/20. Relatório FGV IA no Judiciário.

THE UN 2030 AGENDA AND ITS EFFECTS ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE OF THE JUDICIARY OF THE BRAZILIAN STATE

Abstract: The present study has as object after reflecting on the Agenda 2030, of the United Nations (UN), to analyze the influence of artificial intelligence in the Brazilian Judiciary Power. The research has as general objective to defend the viability of the

¹ Mestranda e Doutoranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação 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).

application of artificial intelligence technologies within the scope of the Brazilian Judiciary, reflecting on how the evolutionary robotics can contribute to the Brazilian Justice to present faster results regarding the judicialization. The methods of approach and procedures adopted are exploratory and qualitative. In spite of evolutionary robotics being able to bring greater speed and efficiency to the Judiciary Power, it turns out that artificial intelligence cannot replace natural intelligence.

Keywords: UN 2030 Agenda. Artificial intelligence. Brazilian Judiciary. CNJ Resolution 332/20. FGV IA Report in the Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo, refletir, diante da bibliografia existente, sobre a importância da inserção da inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro. A justificativa do presente ensaio respalda-se na pertinência da pesquisa empreendida. No caso, a opção da fundamentação teórica recai sobre a temática da judicialização e na reflexão de como a automação implementada pela tecnologia evolutiva da Inteligência Artificial (IA) poderá contribuir para a efetividade da jurisdição.

A análise do problema irá demonstrar uma reflexão sobre a Justiça Administrativa, exercida pelo Poder Judiciário, uma vez que haverá um aprofundamento de conhecimentos interdisciplinares, tais como, jurídicos, históricos, políticos, filosóficos, sociológicos e econômicos fundamentais, em prol da efetividade da tutela jurisdicional; para o exercício adequado dessa função estatal. Dessa feita, a reflexão deste trabalho irá promover a melhoria do diálogo entre juristas e demais profissionais de outras áreas; aprimorando o conceito de justiça social, fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

A viabilidade da pesquisa se justifica na forma de buscar solucionar o problema, apontando soluções outras para os conflitos de interesse, viabilizando o acesso à Justiça, promovendo o desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante inciso II, do artigo 3º da *Magna Carta*.

E como a IA poderá contribuir para o Poder Judiciário brasileiro? Diante de tanta insatisfação com o alto número de judicialização brasileira e os problemas existentes no Judiciário, como força de trabalho insuficiente, alto número de

demandas distribuídas; recursos insuficientes; problemas com infraestrutura, dentre outros, o que somados, contribuem sobremaneira para que o tempo razoável do processo seja desrespeitado; como então, utilizar a inteligência artificial para promover uma judicialização com excelência?

É evidente que a prevenção ou a redução da judicialização é medida necessária, mas não se equipara em uma meta quantitativa, mas sim, qualitativa; o que leva aos estudiosos do tema a maiores diálogos com os outros Poderes, a sincronização e integração dos dados, entre outras medidas; o que justifica a necessidade de um plano integrado de informatização para o Judiciário, sobretudo, nesse tempo de pandemia, quando diversos desafios são enfrentados pelo Judiciário brasileiro, considerando o trabalho remoto realizado pelos magistrados e servidores, dentre outros fatores.

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) é um plano de ação destinado às pessoas, ao próprio planeta, bem como, à prosperidade, envolvendo diversos temas sobre os direitos humanos e o desenvolvimento sustentável, com o escopo de fortalecer a paz universal. Cumpre ressaltar que, na prática, a Agenda 2030 é aplicada nas diferentes regiões municipais do Brasil, o que revela a existência de peculiaridades regionais entre os próprios Tribunais.

A Fundação Getúlio Vargas (FGV), através de seu Centro de Tecnologia, Administração e Pesquisa do Judiciário publicou o Relatório da 1ª Fase da Pesquisa “Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário com Ênfase em Inteligência Artificial”, trazendo um inventário dos projetos de IA implementados e em desenvolvimento nos tribunais brasileiros, bem como, no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A referida pesquisa foi divulgada, em 26 de fevereiro de 2021, por ocasião do *Webinar* “Inteligência Artificial do Judiciário: um inventário da experiência brasileira”. O estudo da FGV, em comento, apresenta como nascedouro, o interesse do CNJ em acompanhar as metas referentes ao Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 16² da Agenda ONU 2030, no Judiciário brasileiro. Verificou-se que em um universo de 59 tribunais brasileiros, há pelo menos 64 projetos de IA implementados ou em desenvolvimento. O levantamento inclui o Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), os 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e os 27 Tribunais de Justiça (TJs) nos Estados, além do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho da Justiça Federal (CJF).

² ODS 16, ONU: Paz, Justiça e Instituições Eficazes.

Nesse seguimento, a investigação realiza o levantamento sobre o uso da IA no Poder Judiciário do Brasil, considerando a parte operacional das ferramentas tecnológicas utilizadas, promovendo a celeridade e efetividade dos processos judicial, alcançando o desenvolvimento sustentável, consoantes os ditames da Agenda 2030, da ONU.

2. AGENDA 2030

A partir de uma série de debates em conferências internacionais dos anos 1990, a ONU, na Cúpula do Milênio, realizada em Nova York (EUA), de 06 a 08 de setembro de 2000, elegeu oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), em forma de “8 Jeitos de Mudar o Mundo” (como foram conhecidos), sintetizados na Declaração do Milênio, um pacto assinado pelos 191 países-membros da ONU, assumindo o compromisso principal de eliminar a fome e a pobreza extrema de todo o planeta até o ano de 2015.

Os ODMs são um conjunto de medidas e metas com o fito de promover um desenvolvimento melhor das sociedades até o ano de 2015. É mister registrar que desde 2000 até 2015, os países têm cumprido os 8 ODMs, que incluem o combate à fome, fortalecimento da educação, proteção ao meio ambiente e ações de saúde. Na esteira desse pensamento, a ONU vislumbrou a necessidade de além dos 8 ODMs da Agenda 2015, traçar, inclusive, metas e indicadores. Nesse diapasão, surgiram diálogos e negociações que culminaram nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), incorporados na Agenda 2030, pelos líderes das Nações, inclusive do Brasil, quando foram eleitos 17 Objetivos e 169 Metas, em setembro de 2015.

Convém ressaltar, por oportuno, que todos os temas relativos aos objetivos da Agenda 2030 são objetos das ações propostas perante o Poder Judiciário brasileiro. No plano internacional, é preciso esclarecer, ainda, que a mencionada Agenda também reflete em todos os países da ONU, por meio de seus indicadores.

Deve ser ressaltado, no entanto, que a Justiça brasileira tem analisado a temática, através da correlação entre a Agenda 2030 com as atividades fim do Poder Judiciário brasileiro, por meio de um estudo sobre a taxonomia processual com os ODS da Agenda 2030. O aludido estudo tem o condão de identificar quais os direitos humanos e os respectivos ODS são objetos das ações judiciais;

levando a um desdobramento de análise, a apontar quais os ODS que não estão sendo cumpridos no Brasil e estão sendo, como resultado desse descumprimento, objetos da judicialização brasileira.

3. AS CIÊNCIAS E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Importa refletir sobre a interação das Ciências com a IA, pelo que se observa, a seguir:

3.1. As Ciências

As ciências buscam explicar fenômenos sendo que existe uma tendência a se utilizar a física como paradigma de todas as ciências, considerando que essa apresenta uma metodologia quantitativa, com maior grau de precisão, ao explicar, por exemplo, os movimentos dos corpos, em relação ao tempo. Convém ressaltar, por oportuno, que esse conhecimento de física mecânica não basta, quando estamos diante da linguagem, por exemplo. A entropia busca explicar o movimento da energia, com o nome na termodinâmica, ao afirmar que os corpos quentes tendem a esfriar, quando termicamente isolados. Mas, é completamente ineficaz para explicar a própria linguística.

KUKSO enaltece a importância das ciências, como elementos que nos tira do abismo:

As ciências são o tanque de oxigênio que nos resgata do abismo.

Suas ideias e sobretudo aqueles que escondem e irrompem bem à nossa frente quando exploramos palavras como “Neandertal”, “multiverso”, “biologia sintética” ou “bioprinting” nos sacodem até os ossos. (KUKSO, 2019, p. 248)

3.2. A Ciência de Dados

A Ciência de Dados é um campo interdisciplinar que trata grandes bases de dados estruturados e não estruturados, com o tratamento desses dados, envolvendo diversas áreas, tais como a estatística, ciência da computação; ciências sociais aplicadas, direito; engenharia, dentre outras. Trata-se de um campo multidisciplinar bem como, interdisciplinar, apresentando interseções com

a estatística, descoberta de conhecimento, mineração de dados, aprendizagem de máquina, IA, Inteligência Cognitiva (IC) e o que mais se ofereça. Ressalta-se que a relevância da Ciência de Dados se expressa ante a um mundo globalmente interconectado, além da existência de *big data*, que se consubstancia em conjuntos de dados volumosos para os sistemas computacionais tradicionais.

Hoje, é possível pela IA, por exemplo, produzir imagens de pessoas, como um resultado da composição de outras faces, surgindo *deepfakes*, que se constituem na utilização da tecnologia para o mal, à medida que utiliza a voz e as imagens faciais, para falsear, dando a impressão de veracidade, o que na prática, nunca foi real, formando um conceito filosófico e político de pós-verdade.

Nesse sentido, a verdade deixa de ser o centro, passando uma mentira a ser considerada como verdadeira, mesmo contrariando os fatos. Uma pessoa pode ter a sua imagem distorcida por anos, apenas porque a crença das pessoas assim a considera, mesmo que essa pós-verdade não corresponda ao fato objetivo. A sociedade da informação tem se favorecido da disseminação da *internet*.

3.3 A Robótica Evolutiva

A robótica está em evolução no mundo, mas o Japão é o Estado que apresenta mais robôs no plano internacional. A robotização está presente em diversos ambientes, sendo que os robocistas têm procurado desenvolver duas características, em suas pesquisas científicas, quais sejam: a adaptação ao meio ambiente e a capacidade de aprender durante este processo, conforme apregoa Kukso (2019, p. 232). O autor, na mesma obra, alude à técnica “robótica evolutiva” combinando conhecimentos oriundos da biologia, das ciências cognitivas e da inteligência artificial, com o escopo de criar organismos artificiais, dotados de autonomia.

Nesse diapasão, é oportuno salientar que a existência de *ciborgues* deixou de habitar a ficção do cinema internacional para se transmutar em realidade. A robótica tem invadido a área da medicina, com robôs cirurgiões, sendo a cirurgia robótica considerada como uma alternativa terapêutica de excelência. Os robôs cirurgiões realizam experimentos em diversos segmentos, apresentando maior precisão do que as mãos humanas. A telemedicina em associação com a robótica buscam a redução do deslocamento de pacientes e as internações hospitalares, para que os mesmos sejam atendidos em seus domicílios, pela telepresença robótica.

Nos tempos hodiernos, a corrida espacial deixou de ser apenas entre os Estados Unidos da América (EUA) e a Federação Rússia, para incluir novos atores, tais como:

- i. O Japão, que é o grande vencedor em evolução robótica;
- ii. a China, que está construindo a sua própria estação espacial (Estação Espacial Chinesa (CSS)), em órbita, com previsão de estar operacional em 2022, além de ter enviado uma sonda chinesa para pousar do outro lado da lua em 2019, o que perfaz numa grande inovação no plano espacial internacional e
- iii. a Índia, que hoje, já representa o quarto país a realizar um teste, destruindo um satélite, no espaço, por um míssil, além dos EUA, Federação Russa e China. A Índia embora não tenha se saído muito bem em sua última guerra contra o Paquistão, hoje, ela possui um controle dos satélites, o que muito preocupa os demais Estados estrangeiros e a própria *National Aeronautics and Space Administration* (NASA).

3.4. ALGUNS CONCEITOS IMPORTANTES

Diante de toda a relevância da robótica evolutiva, cumpre trazer à baila alguns conceitos importantes, referentes à Ciência de Dados, para melhor elucidação da temática, a saber:

3.4.1. Algoritmo (Algorithm)

O algoritmo é uma sequência de regras que ao ser aplicada na informática, permite solucionar problemas semelhantes, com procedimentos lógicos. Segundo o inciso I, do Art. 3º, da Resolução CNJ nº. 332/2020, algoritmo é “a sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico.”

3.4.2. Inteligência Artificial - IA (*Artificial Intelligence*)

É cediço que por ocasião da II Guerra Mundial, houve uma necessidade de desenvolvimento bélico para se enfrentar o inimigo no palco de operações, com melhores táticas estratégicas, sendo necessário o desenvolvimento tecnológico

como instrumento de luta pela paz. Nesse cenário marcado por lutas e dor da humanidade, foi desenvolvido o computador, gerando depois a época dos jogos por computadores, marcando o início da Inteligência Artificial (IA).

A IA passou a ser reconhecida, quando em 1956, numa conferência de verão em Dartmouth College, NH, USA, escrita por John McCarthy (Dartmouth), Marvin Minsky (Harvard), Nathaniel Rochester (IBM) e Claude Shannon (Bell Laboratories) e submetida à Fundação Rockefeller; tendo sido denominada dessa forma, quando os pesquisadores pretendiam realizar um estudo por dois meses, por dez homens sobre a IA. Conforme lembra Cardoso (2001), os cientistas Newell, Simon e J. C. Shaw introduziram o processamento simbólico, quando no início dos anos 60, tentaram construir sistemas que manipulassem símbolos, em substituição aos sistemas baseados em números, o que abriu caminho para muitos trabalhos depois. (CARDOSO, 2001)

A IA é o ramo da ciência da computação que utiliza dispositivos tecnológicos em substituição à mente humana, quanto ao raciocínio e a tomada de decisões.

3.4.3. Aprendizado de máquina (*Machine Learning*)

Machine Learning é um termo em inglês que significa aprendizado de máquina, que se consubstancia na tecnologia utilizada em computadores que têm a capacidade de aprender, em consonância com as respostas esperadas pela outra parte. Os algoritmos de *Machine Learning* são diferenciados, tendo em vista que são criados, em virtude dos dados que serão analisados pelas respostas. No método convencional, os algoritmos são utilizados no intuito de criar uma resposta, após o processamento de dados.

3.4.4. Redes Neurais (*Neural Networks*)

Silva (2019), citando Haykin³ conceitua uma rede neural da seguinte forma:

Uma rede neural é um processador maciçamente paralelamente distribuído construído de unidades de processamento simples que tem propensão natural para armazenar conhecimento experimental e torná-lo disponível para o uso. Ela se assemelha ao cérebro em

³ Simon Haykin. *Redes neurais: princípios e prática*. Bookman Editora, 2007. 2, 5, 10

dois aspectos: o conhecimento é adquirido pela rede a partir de seu ambiente através de um processo de aprendizagem; forças de conexão entre neurônios, conhecidas como pesos sinápticos, são usadas para armazenar conhecimento adquirido. (SILVA, 2019, p. 5).

3.4.5. Aprendizado Profundo (*Deep Learning*)

Deep Learning é um método de aprendizado profundo de máquina que incorpora redes neurais para aprender com os dados de forma interativa. As redes neurais complexas de *deep learnig* buscam emular como o cérebro humano funciona, diante de dilemas abstratos.

3.4.6. Internet das Coisas (*Internet of things*)

A internet das coisas, numa linguagem moderna é a interconexão digital entre os dispositivos, sistemas e serviços, com a *internet*. Não se tratam mais de somente objetos físicos do cotidiano (as coisas), capazes de transmitir dados, com a *internet*. A visão é mais ampla e cada vez mais, as coisas irão interagir com a *internet*.

3.4.7. Mega Dados (Big Data)

Big Data é a área do conhecimento que estuda como tratar grandes dados, inovando com um novo paradigma, como um novo método de ultrapassar as fronteiras do conhecimento, com a utilização de novas tecnologias para coletar, analisar e exibir dados de elevada dimensão, com crescimento exponencial (*megadados*).

3.5. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Inteligência Artificial

A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 14 de junho de 2005, há dezesseis anos atrás, como o principal ponto da Reforma do Poder Judiciário, instituída pela Emenda Constitucional nº. 45 foi um divisor de águas para o Judiciário brasileiro. Isto porque antes da criação do mencionado Conselho, havia esparsas estatísticas dos Tribunais e a comunicação entre eles era mais difícil, o que consistia em mais um empecilho para o desenvolvimento da

função jurisdicional do Estado. Deve ser ressaltado, que o monitoramento dos Tribunais e a própria comunicação entre eles consolidam-se em medidas de planejamento estratégico, que tem por fito a promoção da gestão do Poder Judiciário, primando pela transparência de seus atos judicantes e administrativos para todos da sociedade.

O CNJ foi criado para exercer a função de controle externo do Poder Judiciário, apresentando 02 (dois) tipos de atribuições: o planejamento estratégico e a gestão administrativa; além do controle disciplinar e correccional das atividades jurisdicionais dos magistrados.

O artigo 103-B da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, no bojo do seu §4º, estabelece algumas atribuições do CNJ. Como desdobramento, verifica-se o esforço do CNJ na luta contra à morosidade da Justiça, em implementar, inclusive através de *legaltechs* e da IA no próprio Poder Judiciário, como medida desenvolvimentista para combater à mencionada morosidade e promover a efetividade da jurisdição do Estado, por meio de uma função judicante com padrões de excelência.

Cumprir trazer o conceito de *legaltechs* que Andrade, Pinto e Lima (2020) apregoam, no artigo “Inteligência Artificial para o Rastreamento de Ações com Repercussão Geral: O Projeto Vitor e a Realização do Princípio da Razoável Duração do Processo”, citando Edna Raquel Hogemann *in verbis*:

Dessa forma, surgem as *Lawtechs* ou *Legaltechs* que são mecanismos desenvolvidos com a finalidade de agilizar ou facilitar tarefas da área jurídica que, ao serem realizadas de forma tradicional, demandam mais tempo⁴. Estes mecanismos podem ser utilizados em diversas searas, a exemplo, a Administração Pública Federal utiliza a ferramenta Planalto para disponibilizar toda a Legislação Federal. Ademais, possuem utilidade na automação de procedimentos, na gestão de documentos, na jurimetria e na Resolução de Conflitos On line (ODR). (ANDRADE, PINTO e LIMA, 2020, p. 316)

Com uma taxa de congestionamento elevada, o Judiciário enfrenta diversos desafios, que muitas vezes levam à reflexão de que malgrado o acesso à Justiça seja fácil, a saída do jurisdicionado do Poder Judiciário torna-se num grande estorvo para as partes, os Tribunais e para toda a sociedade como um todo,

⁴ HOGEMANN, Edna Raquel. O futuro do Direito e do ensino jurídico diante das novas tecnologias. In: Revista Interdisciplinar de Direito, jan./jun. 2018, v. 16, n. 1, pp.105-115.

influenciando, inclusive no índice de confiança do Judiciário (IC), considerando que o atendimento às demandas em alto número, acaba emperrando toda a atividade jurisdicional do Estado.

Existem, ainda, os custos de transação (CT), que inclusive, expressam onerosidade, pelo processamento arrastado das ações judiciais ao longo do tempo. Por sua feita, vislumbra-se que com o Poder Judiciário informatizado, seja com processos eletrônicos, pessoal treinado, recursos de computação operantes e desenvolvidos, dentre outros, tais medidas irão contribuir sobremaneira para o desenvolvimento sustentável, na medida que todos os ODS ou temas, relacionam-se com as matérias discutidas nas ações judiciais do Poder Judiciário brasileiro.

Como forma de correção desse viés, o CNJ tem buscado implementar políticas promovendo a correlação entre as ações judiciais e o emprego de ferramentas virtuais, tais como:

3.5.1. Relatório CNJ Justiça em Números

O Relatório CNJ Justiça em Números é uma ferramenta que tem por objetivo dar maior transparência à função jurisdicional, bem como, auxiliar na gestão dos processos judiciais. O aludido Relatório publica estatísticas processuais, além de outras informações inerentes ao Poder Judiciário, tais como, dados sobre recursos humanos, além das despesas do CNJ, sendo apresentado em 02 (duas) formas: resumida e em gráfico de redes. O primeiro Relatório, em comento, foi publicado em 2004, com dados referentes ao ano de 2003.

3.5.2. Portaria CNJ nº 185, de 18 de dezembro de 2013

A Portaria nº 185, de 18 de dezembro de 2013, instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico – Pje, como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento.

3.5.3. Resolução CNJ nº 194, de 26 de maio de 2014

A Resolução CNJ nº 194, de 26 de maio de 2014 instituiu a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, após a constatação que o principal gargalo do Poder Judiciário ocorria na primeira Instância.

3.5.4. Resolução CNJ nº 219, de 26 de abril de 2016

A Resolução CNJ nº 219, de 26 de abril de 2016 dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus.

3.5.5. Resolução CNJ nº 255, de 04 de setembro de 2018

A Resolução CNJ nº 255, de 04 de setembro de 2018 institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder.

3.5.6. Portaria CNJ nº 25, de 19 de fevereiro de 2019

A Portaria nº. 25, de 19 de fevereiro de 2019, do CNJ, que instituiu o Laboratório de Inovação para o processo judicial em meio eletrônico (Inova PJe), além do Centro de IA aplicada ao PJe, para fins de automação do trabalho jurídico, através da ferramenta de *legaltechs*.

3.5.7. Resolução CNJ nº 329, de 30 de julho de 2020

A Resolução CNJ nº 329, de 30 de julho de 2020 regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19.

3.5.8. Resolução do CNJ nº 331, de 20 de agosto de 2020 (DataJud)

A Resolução do CNJ nº 331, de 20 de agosto de 2020 institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – *DataJud* como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal. O sistema *DataJud* do CNJ é uma base nacional do Poder Judiciário que possui dados e metadados relevantes relativos aos processos físicos e eletrônicos em trâmite no Brasil. Com a implantação

desse sistema, diversos cadastros mantidos pelo CNJ e alimentados pelos Órgãos judiciais, serão eliminados, tais como: Justiça em Números, Módulo de Produtividade mensal, Cadastro de Ações Coletivas, dentre outros. A expectativa judicial é no sentido de que essa nova base de dados permitirá que os Tribunais possam alocar a sua força de trabalho e mais tempo para desenvolver políticas judiciárias mais efetivas.

3.5.9. Resolução do CNJ nº 332, de 21 de agosto de 2020

A Resolução do CNJ nº 332, de 21 de agosto de 2020 dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário.

3.5.10. Plataforma Digital

Na 318ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada no dia 22 de setembro de 2020, foi aprovada a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro (PDPJ-Br), um sistema multisserviço, que irá promover a unificação do trâmite processual de cada Tribunal. O elevado número de ações judiciais em trâmite no Judiciário, o tempo de espera para o seu curso, os custos de transação pertinentes, além do fato de que a sociedade impõe mudanças quanto às relações sociais, levam a necessidade de um investimento maior em tecnologia, inclusive, pelo próprio Poder Judiciário.

Na esteira desse pensamento, é mister buscar novos modelos que promovam a desjudicialização e métodos alternativos de resolução de conflitos, por isso, importa que o Estado acompanhe a evolução tecnológica e robótica com o escopo de garantir o funcionamento das instituições com segurança e transparência, devendo ser priorizado o uso de ferramentas digitais, conforme lembram Isabela Maiolino e Luciano Benetti Timm (2020).

Existem ainda, diversas outras medidas do CNJ, como forma de esforço institucional para que seja dada uma resposta à morosidade processual, principalmente, com a aplicabilidade da tecnologia gerada pela evolução robótica, abrindo espaço para outras práticas tecnológicas com o condão de alcançar o mesmo objetivo, por meio de soluções tecnológicas.

4. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) NO PODER JUDICIÁRIO

A IA é uma ferramenta que auxilia a todos, no alcance de melhor efetividade de jurisdição, mas não irá substituir os magistrados e os servidores; e sim, ajustar eventuais equívocos, além de aprimorar a automação processual do Poder Judiciário. No que tange ao processo de modernização do Poder Judiciário brasileiro, Porto (2019) esclarece:

Nossa democratização no acesso à Justiça traduz inequívoca fórmula de política expansionista, porém concretamente desamparada de algumas habilidades imprescindíveis ao alcance da missão – a razão de existir de uma organização. (PORTO, 2019, p. 154)

Diante de diversos ataques cibernéticos, importa priorizar pela segurança da informação, com características de confidencialidade e integridade. Deve ser ressaltado que no Judiciário, o critério da confidencialidade se verifica principalmente em relação aos dados confidenciais, direcionados a um ou mais grupos de indivíduos bem especificados.

Hoje, o magistrado precisa ser uma pessoa que apresenta um conhecimento multidisciplinar, devendo acompanhar as estatísticas, as metas, analisar gráficos, dentre outros, enfim, deverá gerir dados, assim como, ter uma assessoria também com um conhecimento amplo. Na esteira desse pensamento, observa-se a necessidade de haver profissionais multidisciplinares trabalhando com o direito.

A IA irá contribuir para o Poder Judiciário brasileiro, considerando que irá permitir que tarefas simples possam ser realizadas por um tempo ínfimo, além de que irá viabilizar para que a pesquisa de informações possa auxiliar na tomada de decisões.

É mister esclarecer, ainda, que as normas de segurança de informação também devem ser analisadas no Poder Judiciário, com zelo. Hoje, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, na forma do artigo 1º, do texto legal.

A jurimetria vem aplicar a estatística ao direito, com o fito de dar concretude às normas e instituições, o que irá otimizar os processos, auxiliar no cumprimento de metas estabelecidas pelo CNJ, ajudar na tomada de decisões, inclusive quanto à economia de recursos, dentre diversas outras justificativas. O magistrado

além de entender de direito irá se utilizar da jurimetria para que possa exercer a jurisdição e a administração com excelência.

Nesse prisma, é possível afirmar que a IA irá melhorar o próprio Poder Judiciário brasileiro, no tocante à sua prestação jurisdicional, inclusive como instrumento correcional da jurisprudência pátria.

4.1. Resolução nº 332, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

O CNJ aprovou a Resolução nº 332, publicada em 21 de agosto de 2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de IA no Poder Judiciário, composta em 31 (trinta e um) artigos em 10 (dez) capítulos, com o fito de garantir o uso da tecnologia com ética, transparência e governança, estabelecendo as diretrizes para o desenvolvimento e o uso da inteligência artificial no Poder Judiciário. Nesse seguimento, deve ser ressaltado que a inteligência artificial deve garantir a igualdade, a não discriminação, a pluralidade, a solidariedade e o julgamento justo.

A mencionada Resolução prima pela segurança jurídica, devendo os dados utilizados pela IA apresentar fontes seguras e com notória proveniência como os dados obtidos em *sites* governamentais, o que irá facilitar, inclusive, o respectivo rastreamento e auditoria. Por sua vez, esses dados devem estar protegidos contra os riscos de modificação, destruição e transmissões não autorizadas.

Torna-se necessário observar, ainda, que a definição dos dados é realizada pelo homem, o que faz surgir como um grande impacto, riscos de desvios cognitivos dos computadores e robôs utilizados, através de padrões discriminatórios, consubstanciando em um grande viés, no processo de trabalho do Poder Judiciário. Nesse condão, importa frisar que a IA precisa ser aplicada na Justiça brasileira, o que traz para o Judiciário um grande desafio: a sua adequação ao direito e a ética.

4.2. Projetos de Inteligência Artificial do Poder Judiciário Brasileiro

Em consonância com o Relatório de Pesquisa (1ª Etapa) “Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro”, elaborado

pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (CIAP/FGV), sob a coordenação do ministro do Colendo STJ Luís Felipe Salomão, o Poder Judiciário do Brasil tem atualmente, 64 (sessenta e quatro) Projetos de Inovação, em desenvolvimento em 47 (quarenta e sete) dos 91 (noventa e um) tribunais, que compõem o Poder Judiciário brasileiro. Esses Projetos têm sido desenvolvidos, em sua maioria, pelas equipes próprias do Excelso STF, do Colendo STJ, dos Egrégios Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunais Regionais Federais (TRFs), Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e os Tribunais de Justiça (TJs), além do Colendo CNJ.

É mister esclarecer que a funcionalidade de cada Projeto das Cortes Judiciais brasileiras são diversas, abrangendo as tarefas pertinentes à distribuição das ações; elaboração de sugestão de minutas judiciais, transcrição de audiências, realização do juízo de admissibilidade der recursos; monitoramento de processos com entendimentos convergentes ou divergentes; casos com matéria de notória relevância e o que mais se ofereça.

Com o intuito de dar aplicabilidade à perspectiva tratada neste ensaio, cumpre citar alguns Projetos de IA do Poder Judiciário brasileiro:

4.2.1. O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Projeto Victor

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem o projeto Victor, desenvolvido pelos pesquisadores da Universidade de Brasília (UNB), com o objetivo de aplicar métodos de aprendizado de máquina (*machine learning*), buscando potencializar o reconhecimento de padrões em processos jurídicos relativos aos julgamentos de repercussões gerais. Victor é capaz de rastrear com precisão e celeridade, ações com repercussão geral, identificando os casos de recursos extraordinários ou de agravo em recursos extraordinários. O nome Victor foi escolhido, em homenagem ao ex-ministro do STF, Victor Nunes Leal, de 1960 a 1969. Trata-se do projeto pioneiro do Excelso Pretório, no tocante a aplicabilidade da IA à temática de repercussão geral.

Esse sistema de digitalização no STF é o maior projeto de IA do Poder Judiciário. No seu lançamento, foi realizada análise rápida de todos os recursos extraordinários que são distribuídos aquele Excelso Pretório, com a respectiva identificação dos casos judiciais, quanto aos temas de repercussão geral. A

tarefa que um servidor médio seria capaz de realizar em 44 (quarenta e quatro) minutos, a ferramenta Victor o faz em menos de 05 (cinco) minutos. Nesse sentido, o Projeto Victor, que utiliza a inteligência artificial (IA), aprimora a judicialização no STF, aumentando a eficiência e a celeridade para a apreciação judicial dos processos em trânsito.

4.2.2. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Projetos Sócrates, Athos, E-Juris e TUA.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), através de um projeto-piloto de sistema de informatização, denominado Sócrates, pretende produzir um exame automatizado do recurso e do acórdão recorrido, com a listagem de casos semelhantes e a apresentação de referências legislativas. Inicialmente, a meta será composta pelos recursos especiais e os agravos em recursos especiais, o que compõem 85% (oitenta por cento) de todo o acervo que tramita naquela Corte.

Athos é uma plataforma de IA treinada com a leitura de emendas de acórdãos do STJ e a indexação de processos com milhões de peças; o que favoreceu o agrupamento automático e a busca de similares. O projeto *Athos* ao identificar acórdãos similares aos que já constam na base de dados do STJ, evita a poluição da base, causada pela repetição dos mesmos, ante à possibilidade de monitoramento e identificação de processos com entendimentos convergentes ou divergentes, além dos casos com matéria de notória relevância e de possíveis distinções ou superações de precedentes qualificados.

A ferramenta *E-juris* foi desenvolvida pela equipe interna do STJ, tendo sido implantada em 2019 e é utilizada pela Secretaria de Jurisprudência, por ocasião da extração das referências legislativas e jurisprudências citadas nos acórdãos do STJ, além de promover o apontamento dos acórdãos publicados principal e sucessivos sobre um mesmo tema jurídico.

O sistema Tabela Unificada de Assuntos (TUA) está em desenvolvimento pela equipe interna do STJ e busca identificar os assuntos dos processos pelo sistema para fins de distribuição das ações às Seções do STJ.

4.2.3. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os Projetos de IA

O CNJ, em parceria com o Conselho da Justiça Federal (CJF) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) firmaram o Acordo de

Cooperação Técnica nº 028/2021, que tem por finalidade o desenvolvimento e uso colaborativo dos produtos, projetos e serviços do “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”, como forma de soluções digitais para o Poder Judiciário. O Programa prevê diversas ações de inovação, tais como: Juízo 100% Digital, permitindo a realização de audiências e outros procedimentos em meio virtual; Plataforma Digital do Poder Judiciário, integrando os diferentes sistemas de todos os 91 tribunais brasileiros; o Datajud, em forma de uma base nacional única de dados estatísticas do Judiciário; o Codex-Sinapses, que prima pela automação da alimentação das estatísticas, bem como, implementa a IA na leitora automatizada de textos de decisões e petições; Projeto Sniper, aplicado em processos em fase de execução; como também, o Sistema Nacional de Bens Apreendidos (SNBA).

Os analistas do Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO) desenvolveram uma ferramenta tecnológica denominada Sinapses, em 2018, utilizando o uso de redes neurais, que por meio de Termo de Cooperação foi nacionalizada pelo CNJ, tornando-se disponível para utilização por todos os Tribunais. Foram desenvolvidos 02 (dois) robôs: Sinapses e *Cranium*- em homenagem ao processo cognitivo humano e a utilização de redes neurais artificiais no processo de aprendizagem e predição. Os robôs poderão ser utilizados para qualquer finalidade, desde que sejam inseridos os modelos de aprendizado, em suas bases, podendo os robôs serem adotados tanto na área judicial, quanto na administrativa.

4.2.4. O Conselho da Justiça Federal (CJF) e o Robô Lia

O Conselho da Justiça Federal (CJF) lançou em junho de 2019, o robô LIA (Lógica, de Inteligência Artificial), na forma de uma plataforma de inteligência artificial que interage com os usuários, sendo capaz de aprender, responder dúvidas e ainda, automatizar tarefas com o mínimo de intervenção humana. O CJF tem buscado resolver o problema da repetição de demandas julgadas por diferentes países, apresentando decisões diferenciadas e conflituosas. O novo Código de Processo Civil, pela redação do §3º, do art. 55 permitiu a reunião dos processos, mas é preciso que a Justiça Federal aperfeiçoe a área de logística, com o intuito de identificar essas demandas repetitivas, conforme nota técnica nº. 14/2018, do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, de 26 de julho de 2018.

4.2.5. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Projeto Bem-te-vi

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) venceu, no ano 2020, o Prêmio Inovação Judiciário Exponencial na categoria Institucional, com o programa “Bem-te-vi: Gestão Inteligente do Acervo Processual”, coordenado pelo Ministro Agra Belmonte e lançado em 2018, pelo presidente do TST, Ministro Brito Pereira

O Projeto Bem-te-vi TST facilita a gestão de processos nos gabinetes dos Ministros, com diversos filtros, que viabilizam o gerenciamento das classes processuais, entradas nos gabinetes e controle da tempestividade das ações, além de pesquisas textuais em acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), podendo por exemplo, precisar o número de processos pertinentes a um certo tema ou mesmo, o tempo em que se encontra no gabinete.

A Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) nº 185, de 24 de março de 2017, que institui o PJe como sistema de processamento de informações e prática eletrônica de atos processuais na Justiça do Trabalho, no bojo do artigo 61 veda, sem a autorização expressa do CSJT, a criação de novas soluções de informática para o processo judicial e a realização de investimentos nos sistemas eventualmente existentes nos TRTs.

4.2.6. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região e os Projetos de IA

O robô SECOR está em desenvolvimento no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), com o escopo de levantar dados para o CNJ, tarefa realizada pelos servidores desse Tribunal.

O TRF1 implantou em 2019 a ferramenta de Banco de Sentenças, com buscas textuais, mais céleres, das sentenças prolatadas pelos magistrados desse Tribunal.

O Sistema de Inteligência de Busca (SIB) do TRF1 está em desenvolvimento, objetivando a busca de conteúdos, de forma dinâmica, o que irá facilitar a identificação de repetitividade processual. O projeto visa à indexação das peças processuais à uma ferramenta de busca denominada *Elastic Enterprise Search* (ESS). É mister esclarecer que a busca textual em peças processuais do SIB não apresenta técnicas de IA, mas como a sua base de dados é carregada no ESS, é possível aplicar a inovação para a construção de modelos, com diferentes técnicas.

Encontra-se, ainda em desenvolvimento no TRF1, o projeto Análise Legal Inteligente (ALEI), sistema composto por algoritmos de aprendizagem de máquina, buscando viabilizar a automação de análises textuais nas ações judiciais desse Tribunal.

O TRF1 desenvolve, também, o projeto Execução Célere, como resultado de Acordo de Cooperação Técnica entre esse Tribunal e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que se consubstancia no desenvolvimento de uma plataforma de *software* para fins de otimização das demandas coletivas, em fase de cumprimento de sentença ou execução.

4.2.7. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região e os Projetos de IA

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) aderiu ao Acordo de Cooperação Técnica nº 028/2021, com o escopo de implementar os produtos, projetos e serviços do “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos.” Nesse prisma, o TRF2 além de participar dos projetos e ações do Programa Justiça 4.0, irá integrar, em forma de soluções digitais, o Centro de Conciliação 100% Digital (C100%) e o portal MonitoraPrev.

Vale esclarecer que o Centro de Conciliação C100% busca otimizar a realização de acordos em processos em trâmite na primeira instância, inclusive em demandas processuais e reclamações pré-processuais, assim como, em processos em grau de recursos na segunda instância.

Por seu turno, o portal MonitoraPrev é um sistema que, utiliza inclusive o georreferenciamento para precisar a realidade sócia dos jurisdicionados no tocante às suas demandas previdenciárias, podendo fornecer dados estatísticos, em painéis dinâmicos e em tempo real, sobre as ações previdenciárias, apurando inclusive, os principais temas de judicialização na área previdenciária.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), na Seção Judiciária do Espírito Santo (JFES) desenvolveu um programa de computador, o *chatbot*, que operacionaliza o que é programado, simulando uma conversa humana em um *chat* (uma conversa) entre o usuário e um robô, somente para atendimento a *e-Proc*. As dúvidas foram classificadas em: cadastro, erro e tipo de usuário; público ou parte em geral, advogado, entidade ou órgão (procurador, analista ou gerente); *Jus Postulandi* e perito.

A Justiça Federal do Espírito Santo (JFES), do TRF2 recebeu a menção honrosa, no Prêmio “Inovação Judiciário Exponencial”, pelo melhor nome de projeto “Chatbot da JU”. Ju é a atendente virtual, personagem criada no programa de inovação *HubJus*, realizado em 2018. A Ju transformou-se em diversas “Jus” e constam no *Instagram* da JFES, esclarecendo dúvidas aos usuários sobre atendimento.

4.2.8. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região e os projetos SINARA, SIGMA e PREVENÇÃO

A Justiça Federal de São Paulo (JFSP) venceu o 3º lugar da categoria “Prêmio Liderança Exponencial”.

4.2.9. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região e os projetos Classificação de Temas e Análise de assuntos diversos

O projeto “INOVATCHÊ/ Voronoy-Delaunay” da Justiça Federal do Rio Grande do Sul (JFRS) conquistou o 2º lugar da categoria “Enfrentamento de Crise”, no Prêmio “Inovação Judiciário Exponencial”.

4.2.10. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região e o robô JULIA

O Egrégio TRF da 5ª Região tem o projeto JULIA (Jurisprudência Laborada com Inteligência Artificial) implantado em 2020 com o condão de auxiliar na pesquisa jurisprudencial, além de agilizar a identificação de processos sobrestados, que apresentem decisões a serem reformadas, ante ao julgamento de processo judicial de um tema, objeto de Repercussão Geral ou Recurso Repetitivo.

4.2.11. O Robô Leia nos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Ceará, Mato Grosso do Sul e São Paulo

A mesma IA, qual seja, a utilização do robô Leia tem sido adotada nos Poderes Judiciários federal e estadual, nos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Ceará, Mato Grosso do Sul, fruto de uma parceria entre esses Estados. O sistema Leia

irá funcionar no âmbito do processo eletrônico, permitindo a redução da carga de trabalho nos gabinetes e secretarias, menor índice de congestionamento judicial e maior isonomia no julgamento de processos similares.

No Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ/AL), existe, ainda, o robô Hércules, implantado em 2020, que tem o condão de agrupar petições semelhantes para viabilizar despachos automatizados.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) também utiliza o robô Leia, inclusive no que tange ao peticionamento e a penhora *on-line*. O mesmo tribunal desenvolveu, ainda, o *chatbot* Judi, com aprendizado de máquina, implantando em 2019.

4.2.12. A Inteligência Artificial no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ/DF) e os projetos Hórus e Ámon

No Tribunal de Justiça, no âmbito do Distrito Federal (TJ/DF) tem se utilizado da inteligência artificial, em prol da prestação jurisdicional, tanto na Vara de Execuções Fiscais (VEF), bem como os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

O Projeto Hórus foi implementado na VEP que trouxe muitos benefícios para o serviço judiciário, integrou a digitalização processual ao sistema PJe, além de viabilizar as movimentações processuais no sistema judicial SISTJ. O Sistema Hórus cadastra um processo no PJe, automaticamente, pelo sistema e ao mais de forma manual, o que aumenta a celeridade da distribuição.

Quanto ao sistema de Conciliação utilizado pelos CEJUSCs, que já importava os processos de redução a termo do PJe, agora os novos procedimentos são classificados por meio de processo de aprendizado da máquina.

O TJDT implantou em 2020 o sistema de reconhecimento facial Ámon, que identifica os visitantes na portaria do Tribunal, a partir de fotos, o que reforça a segurança institucional.

4.2.13. A Inteligência Artificial no Tribunal de Justiça da Bahia (TJ/BA) e a Queixa Cidadã

O Tribunal de Justiça da Bahia (TJ/BA) lançou o aplicativo “Queixa Cidadã”, uma ferramenta de acesso rápido à Justiça para os registros de novas ações perante

os Juizados Especiais. Nesse diapasão, o cidadão prescinde de se dirigir a um Serviço de Atendimento Judiciário (SAJ) para o registro de suas ações judiciais. Essa ferramenta poderá ser acessada, por meio de dispositivo móvel, seja *tablet* ou celular.

4.2.14. A Inteligência Artificial no Tribunal de Goiás (TJ/GO)

O Tribunal de Goiás (TJ/GO) implantou em 2018 o projeto Identificação Automática 332 (IA332), com o fito de atender os preceitos do artigo 332 do Código de Processo Civil (CPC), de forma automatizada, identificando e classificando o processo, pela petição inicial.

4.2.15. A Inteligência Artificial no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE)

O Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE) criou a Comissão para Aplicação de Soluções em Inteligência Artificial (CIA), que desenvolveu, em 2018, um sistema tecnológico denominado ELIS, que tem acelerado o trabalho da triagem inicial dos processos de execução fiscal, tarefa essa considerada demorada e repetitiva, quando feita sem o ELIS. A ferramenta ELIS confere os documentos, datas e dados do processo com muita rapidez, em sua triagem processual e assina automaticamente os atos necessários. A tarefa de triagem dos processos de execução fiscal, realizadas por servidores em 18 (dezoito) meses, consegue ser desenvolvida pelo Elis, em 15 (quinze) dias.

Através de uma técnica de automação, ELIS analisa divergências nas Certidões de Dívida Ativa (CDA) e petições iniciais e insere minutas no sistema, em lotes sucessivos e ininterruptos dos despachos iniciais em execução fiscal no Processo Judicial Eletrônico (PJe) e assina despachos, quando determinado assim, pelos magistrados daquele Tribunal. Elis, além de abreviar o tempo do processo, contribui para a recuperação do crédito público, além da descapitalização do crime organizado, com práticas ilegais de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e de corrupção. O CNJ solicitou a replicação do sistema para os demais tribunais do país, etapa a ser desenvolvida pela equipe responsável por sua criação.

4.2.16. A Inteligência Artificial no Tribunal de Justiça de Roraima (TJ/RR)

O Tribunal de Justiça de Roraima (TJ/RR) tem o projeto Scriba, implantado em 2018, mas encontra-se em desenvolvimento. Busca agilizar o processo de tramitação processual, especificamente na fase de instrução da audiência, pela transcrição de audiência com apoio de IA. Existe, ainda, no mesmo Tribunal, o projeto *Mandamus*, que abrange as etapas de análise da decisão, confecção do mandado, bem como, de sua distribuição. O aplicativo é utilizado pelos oficiais de Justiça avaliadores, permitindo o envio do mandado por e-mail ou via *WhatsApp*, sendo que o acompanhamento do cumprimento do mandado utiliza a geolocalização.

4.2.17. A Inteligência Artificial no Tribunal de Justiça de Tocantins (TJ/TO)

O Tribunal de Justiça de Tocantins (TJ/TO) implantou em 2019 o projeto MINERJUS (Solução de apoio à classificação processual com uso de inteligência artificial), que classifica as petições iniciais de acordo com a TPU, projeto-piloto iniciado no Juizado Especial Cível da Comarca de Palmas.

4.2.18. A Inteligência Artificial no Tribunal Regional do Trabalho das 5ª, 7ª, 15ª e 20ª Regiões

GEMINI é o projeto em estágio embrionário, conduzido em conjunto pelos Tribunais: TRT da 5ª Região; TRF da 7ª Região; TRT da 15ª Região e o TRT da 20ª Região, implantado em 2020, com o escopo de aumentar a produtividade na elaboração de minutas dos votos nos gabinetes, por meio do agrupamento dos recursos ordinários por similaridade e palavras-chave, além de identificar acórdãos com origens em recursos similares, para fins de uniformização de votos.

Os mesmos TRTs têm como projeto-piloto o CONCILIA JT, implantado em 2020, com o fito de reduzir o tempo médio de duração de um processo na fase de conhecimento.

4.2.19. A Inteligência Artificial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN)

O Tribunal de Justiça no Rio Grande do Norte (TJRN), em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Norte implementou a criação de três

robôs: Poti, Clara e Jerimum. Poti já está em plena atividade e executa tarefas de bloqueio e desbloqueio de contas no sistema BACENJUD, além de emitir as respectivas certidões. Clara, por sua vez, quando estiver em funcionamento, irá ler as petições, sugerir tarefas e recomendar decisões judiciais, como por exemplo, a extinção de uma execução, em virtude de pagamento, por meio de uma minuta que deverá ser conferida pelo servidor. E Jerimum, em fase de conclusão, foi criado para classificar e rotular os processos judiciais.

4.2.20. A Inteligência Artificial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) inovou com a ferramenta Radar, que julgou 280 (duzentos e oitenta) processos em uma Sessão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), que separou os recursos similares e elaborou um padrão de voto que contemplasse decisões proferidas nos Tribunais Superiores ou soluções oriundas do Índice de Resolução de Demandas repetitivas. Antes de ir à Sessão, as minutas são encaminhadas aos Relatores para apreciação. O Radar agrupa as demandas repetitivas, permitindo que os Magistrados as apreciem conjuntamente, por meio de uma decisão padrão, além de pesquisas por palavras-chave, órgão julgador, magistrado, dentre outros descritores de pesquisa. O Radar também poderá ser utilizado nos processos administrativos do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do referido Tribunal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo cibernético, pensamos às vezes, que foi sempre assim. Mas, a história demonstra o contrário. A escrita cuneiforme e os hieróglifos egípcios criados pelos povos sumérios demonstram as diversas ocasiões em que os povos antigos buscavam operacionalizar a comunicação entre eles, como forma de uma integração social.

A inteligência artificial apresenta um papel fundamental para maior integração dos Povos, devendo ser ressaltado que hoje, vislumbramos os diversos impactos do desenvolvimento dessa modalidade de inteligência em segmentos variados de um Estado.

O processo de modernização do Poder Judiciário brasileiro deve ir além de comprar novos computadores, aumentar a força de trabalho, pela nomeação de novos juízes e servidores e pela contratação de estagiários, dentre outros. É preciso melhorar a racionalização do trabalho com a automação do processo, reduzindo a participação humana, implementando a IA como ferramenta necessária para o processo de modernização do Poder Judiciário. Mas, a automação não resolve os problemas da alta judicialização.

Deve ser frisado que ao lado da automação, é preciso investir em educação a distância tanto para os magistrados, quanto para os servidores, considerando que a capacitação do pessoal do Judiciário irá qualificar ainda mais a força de trabalho judicante. Nessa ótica, espaços físicos poderiam ser suprimidos com alguma força de trabalho em forma remota e assim, impactando, inclusive, com uma economia financeira do Judiciário além de uma celeridade na processualística. Outro ponto a considerar diz respeito à extinção de setores físicos com pouco trabalho e a redistribuição de alguns servidores das atividades-meio, para as atividades-fim.

Nesse giro, a grande resposta para as dificuldades do Poder Judiciário é a tecnologia: melhores *softwares* e a adoção da robótica evolutiva. A IA é uma realidade revolucionária, à medida que se constitui na ferramenta de eficiência e celeridade do mundo jurídico, sendo inexorável a sua implementação no Poder Judiciário.

Neste novo Milênio, em especial, é preciso reconhecer a relevância da robótica evolutiva, inclusive, nos processos de trabalho, que torna tarefas múltiplas a serem realizadas em minutos e até segundos, com maior precisão.

A IA está presente em diversos segmentos de um Estado e não poderia deixar de mostrar a sua presença no Poder Judiciário brasileiro. Dessa forma, o Poder Judiciário também precisa utilizar a IA com o condão de apresentar maior efetividade de jurisdição, mormente por meio do alcance de maior celeridade processual.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a evolução da robótica não é capaz de dotar os organismos artificiais de inteligência natural. As redes neuronais e os algoritmos genéticos não habilitam os robôs aos estímulos do ambiente, com as suas pressões diárias, os sentimentos provocados, dentre outras variáveis que possam influenciar no resultado.

A zoologia dos animais vertebrados apregoa que as abelhas têm o menor cérebro dos vertebrados, mas a robótica não conseguiu criar um organismo

artificial capaz de voar. A IA não suplanta a inteligência natural, considerando que é desprovida de inteligência emocional. Na esteira desse pensamento, é mister refletir que no que diz respeito ao Poder Judiciário, que a robótica evolutiva poderá ser aplicada, mas ela não decide, apenas informa e concede celeridade às tarefas judiciais no processamento dos feitos em tramitação.

Conclui-se o presente estudo através de três pontos nucleares, a saber:

Muitos dilemas quanto ao funcionamento do Poder Judiciário brasileiro poderão ser resolvidos por meio da robótica evolutiva, que poderá trazer mais rapidez à mencionada Instituição e mesmo, aumentar o seu índice de confiança;

por mais eficaz que o Poder Judiciário possa ser, pela contribuição da IA, verifica-se que essa não poderá substituir a inteligência natural, considerando, inclusive, que a inteligência artificial é desprovida da inteligência emocional;

através da tecnologia relativa à inteligência artificial, surge uma alternativa para que a judicialização brasileira se resolva por meio de maior celeridade no processamento e julgamento dos feitos e efetividade no exercício jurisdicional. Inovação é criar soluções, por meio de novas respostas. Por oportuno, cumpre lembrar, que a IA não é a única porta de saída para os problemas enfrentados, hoje, pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- AHRENS, T.; CHAPMAN, C. S. Doing qualitative field research in management accounting: positioning data to contribute to theory. *Accounting, organizations and society*, v. 31, n. 8, p. 819–841, nov. 2006.
- ANDRADE, Mariana Dionísio, PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro, LIMA, Isabela Braga de e GALVÃO, Renan de Sousa. Inteligência Artificial para o Rastreamento de Ações com Repercussão Geral: O Projeto Vitor e a Realização do Princípio da Razoável Duração do Processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. v. 21, n. 1. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42717>>. Acesso em: 07 jul. 2021.
- BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G.. REVOLUÇÃO 4.0 NO PODER JUDICIÁRIO: LEVANTAMENTO DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, [S.l.], v. 23, n. 46, p. 65-76, nov. 2019. ISSN 2177-8337. Disponível em: <<http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 11 jun., 2021.

CARDOSO, Sérgio Eduardo. A Inteligência Artificial no Judiciário: Uso de Tecnologias no Processo de Julgamento. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79410/177666.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 ago. 2021

CEARÁ. Tribunal de Justiça vai implantar sistema que utiliza inteligência artificial em processos. Portal TJCE, Notícias, Fortaleza, 19 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tribunal-de-justica-vai-implantar-sistema-que-utiliza-inteligencia-artificial-em-processos/>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CENTRO NACIONAL DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Nota Técnica n. 14/2018. Brasília. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/pergamumweb/vinculos/00003f/00003f60.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). Na Era da Inteligência Artificial, Conselho da Justiça Federal lança Plataforma que Interage com Usuários no Portal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/na-era-da-inteligencia-artificial-conselho-da-justica-federal-lanca-plataforma-que-interage-com-usuarios-no-portal>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório CNJ Justiça em Números. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Portaria nº 185, de 18 de dezembro de 2013. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

_____. Resolução nº 194, de 26 de maio de 2014. Institui Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2020>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

_____. Resolução nº 219, de 26 de abril de 2016. Dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_219_26042016_05062019132733.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2021.

_____. Resolução nº. 255, de 04 de setembro de 2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

- _____. Portaria nº 25, de 19 de fevereiro de 2019. Institui o Laboratório de Inovação para o Processo Judicial em meio Eletrônico – Inova PJe e o Centro de Inteligência Artificial aplicada ao PJe e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2829>>. Acesso em: 11 mai. 2021.
- _____. Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>>. Acesso em: 19 mai. 2021.
- _____. Resolução nº 331, de 20 de agosto de 2020. Institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428>>. Acesso em: 29 mai. 2021.
- _____. Resolução CNJ nº 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em: 11 mai. 2021.
- DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. TJDF usa Inteligência Artificial para Aprimorar Sistemas. Portal TJDF, Notícias, Brasília, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/maio/tjdft-usa-inteligencia-artificial-para-aprimorar-sistemas>>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- DORIA, Francisco Antonio e DORIA, Pedro. Comunicação: dos Fundamentos à Internet. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.
- ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos e inteligência artificial exigem atenção do Direito. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 20 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>>. Acesso em 05 ago. 2021.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. Disponível em: <https://ciapj.fgv.br/.../estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- GRUS, J. Data science do zero: primeiras regras com o Python. Alta Books, 2016.
- KUKSO, Federico. Tudo O Que Você Precisa saber sobre Ciência. Tradução: Bruno Mattos. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019.
- LUXEMBOURG: Publications Office of the European Union, 2018. The 2018 EU Justice Scoreboard. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.
- MAIOLINO, Isabela e TIMM, Luciano Benetti. Como as plataformas digitais podem promover a desjudicialização: o caso do consumidor.gov. Cadernos Jurídicos. São Paulo, ano

21, nº 53, p. 81-93, Janeiro-Março/2020. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i_6_como_as_plataformas_digitais.pdf?d=637250343552883450>. Acesso em: 17 jul. 2021.

MLODINOW, Leonard. De Primatas a Astronautas: A jornada do homem em busca do conhecimento. Tradução: Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Portal TJMG, Notícias, Belo Horizonte, 7 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XcChotVKiUk>>. Acesso em: 24 jul. 2021.

PERNAMBUCO. TJPE usará inteligência artificial para agilizar processos de execução fiscal no Recife. Portal TJPE. Notícias. Recife, 20 nov. 2018. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/agencia-de-noticias/noticias-em-destaque-com-foto/-/asset_publisher/Mx1aQAV3wfGN/content/tjpe-usara-inteligencia-artificial-para-agilizar-processos-de-execucao-fiscal-no-recife?inheritRedirect=false>. Acesso em: 15 jun. 2021.

PIERSON, L. Data science para leigos. Alta Books, 2020.

PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Estudo de Caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 142-199, 1º sem. 2019.

RONDÔNIA. Inteligência Artificial desenvolvida pelo TJRO pode revolucionar o Judiciário. Portal TJRO. Notícias. Rondônia, 7 jun 2015. Disponível em: <<https://tjro.jus.br/noticias/item/9472-inteligencia-artificial-desenvolvida-pelo-tjro-pode-revolucionar-o-judiciario>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

RUSSEL, S. NOVIG, P. Inteligência Artificial. 3. Ed. Campus Editora, 2013.

SETZER, Valdemar W. e CARVALHEIRO, Fábio H. Algoritmos e sua análise – uma introdução didática. Caderno da Revista do Professor de Matemática. Vol. 4, n. 1, p. 1-26). Disponível em: < <https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/alg/algoritmos.html>>. Acesso em: 29 jun. 2021.

SILVA, Caíque Quaresma. Redes neurais aplicadas no reconhecimento de símbolos matemáticos manuscritos online. Trabalho de conclusão de curso de bacharelado em Matemática Aplicada. Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: < <https://www.ime.usp.br/~map/tcc/2019/CaiqueQuaresmaV1.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

WEILL, Peter; ROSS, Jeanne W. Governança de TI: Tecnologia da Informação. São Paulo: Makron Books, 2006.

O TUMULTO É O EQUILÍBRIO DA REPÚBLICA

Amanda Albano Souza da Silva¹

A PM na rua, nosso medo de viver
Um consolo é que eles vão me proteger
A única pergunta é: me proteger do que?
Plebe Rude²

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar as manifestações e ocupações populares ocorridas no Brasil em meados de 2013, a partir de uma concepção maquiaveliana da República. Buscar-se-á demonstrar como o tumulto revela-se uma virtude cívica essencial à forma de governo republicana, bem como, como os conceitos de povo e multidão misturam-se nessa construção argumentativa.

Palavras-chave: República, Liberdade, Povo, Tumulto, Multidão, Manifestações Populares, Maquiavel.

Abstract: This article provides to analyze the manifestations and popular occupations that took place in Brazil in 2013, based on a Machiavellian's conception of the republic. It will seek to demonstrate how tumult is an essential civic virtue to the republican form of government, as well how the concepts of people and crowd are mixed in this argumentative construction.

Keywords: Republic, Freedom, People, Tumult, Crowd, Popular Protest, Machiavelli

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro. Advogada. albano.amanda@hotmail.com

² Plebe Rude. Proteção. Disponível em: <<https://www.vagalume.com.br/plebe-rude/protecao.html>> Acesso em: 23 jul. 2021.

1. INTRODUÇÃO

Tumulto. Muitos são aqueles que falam em supostamente manter a tão desejada paz ao “povo” e agem, imbuídos de boa vontade, em nome da manutenção da ordem e saúde social, “pra sua proteção”. Ordem e Progresso³. Seria a ordem o custo do progresso? Que progresso e para quem? A ordem a qualquer preço é garantia da República? Como se demonstrará a seguir, a negativa se impõe. Apesar das vestimentas e impulsos estatais almejarem uma abstrata paz, é na (des)ordem que se encontra a ordem. Explica-se. É na participação popular, na aglomeração, nas discordâncias e nos tumultos que está o espírito da república.

O presente artigo buscará tecer algumas considerações, à luz das perspectivas maquiavelianas, acerca da movimentação popular brasileira nos últimos anos. Para isso, valer-se-á das noções de tumulto, virtú, fortuna, e da trajetória romana para atingir a república perfeita. Acrescentar-se-ão as construções formuladas por Antonio Negri acerca do conceito de multidão. Em um terceiro momento, após a construção do arcabouço teórico, partir-se-á para a análise crítica das insurreições populares mais recentes.

2. LIBERDADE. TUMULTO E O EXEMPLO REPUBLICANO ROMANO

Maquiavel em sua obra *Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio* identifica seis formas de estado capazes de ordenar as cidades, sendo três boas e três péssimas. As três primeiras compreendiam o principado, o *optimates* e o popular, a depender de quem detinha o poder. Delas decorreriam as três péssimas que seriam deturpada e respectivamente: a tirania, o governo de poucos e a licença/decadência popular. E qual dessas formas seria a ordenação “adotada” por Roma? “Adotada” não é propriamente o termo mais correto para referir-se à república romana. Isso porque a ordenação romana mista foi atingida por vias oblíquas. Isto é: diferentemente de Esparta em que Licurgo ordenou tal distribuição de poder entre os reis, *optimates* e o povo – o que resultou em centenas de anos de harmonia - Roma obteve tal repartição por fortuna⁴.

O nascedouro do sucesso romano e o seu apontamento como a república perfeita remonta à desunião que havia entre a plebe e o senado. Inicialmente a república romana possuía duas das três características boas (a repartição

³ “A ordem é ninguém passar fome/Progresso é o povo feliz” – Beth Carvalho. *Ordem e Progresso*. Disponível em: <<https://www.letas.mus.br/beth-carvalho/ordem-e-progresso/>> Acesso em: 23 jul. 2021.

⁴ Entenda-se por fortuna os aspectos fáticos não controláveis. Sorte. Ocasião. Acontecimentos não calculáveis.

do poder entre o principado e o *optimates*), faltando-lhe apenas o espaço ao governo popular. Dentre as condições favoráveis à ascensão do povo à parcela de poder romano aponta-se a morte dos Tarquinos – inimigo em comum que mantinha uma aproximação entre a plebe e o senado. Com a supressão desse ponto de equilíbrio, deu-se origem aos tumultos, à opressão da nobreza sobre a plebe, à desunião que resultou no surgimento dos tribunos - representação da plebe, voz ao povo face as arbitrariedades. Isto é: da movimentação da plebe, de sua insurreição e dos tumultos deu-se ao povo a parcela que lhe cabia na administração do poder. Da experiência romana extrai-se que os tumultos, as movimentações da massa sobre a opressão sofrida, e os dissensos produzem boas leis, instituições libertárias e são capazes de modificar as estruturas de poder. É da tripartição do poder que se obtém a possibilidade de controle uns sobre os outros, a fim de evitar excessos e egoísmos.

Dessa forma, as tensões geram boas conseqüências ao coletivo. Afinal, conveniente àqueles que são socialmente privilegiados manter a estrutura que lhes confere poder. Diga-se: não se acomoda quem não possui confortáveis acomodações e se insurge aquele que tem potencial e devido lugar no exercício do poder. Daí porque Maquiavel já considerava como melhor detentor da guarda da liberdade a plebe aos nobres. Entre o povo e os grandes há o conflito: desejo de não ser oprimido x desejo de oprimir. No entanto, segundo a argumentação do secretário florentino, os nobres, ao temerem perder sua posição e desejarem oprimir, dificilmente lutarão pela liberdade⁵. De outro lado, aquele que resistiu à opressão, aquele que buscou a liberdade e lutou para conquistá-la sabe o seu preço e estará propenso à sua manutenção. O tumulto é então a virtude cívica:

Direi que quem condena os tumultos entre os nobres e a plebe parece censurar as coisas que foram a causa primeira da liberdade de Roma e considerar mais assuadas e a grita que de tais tumultos nasciam do que os bons efeitos que eles geravam; e não consideram que em toda república há dois rumores diferentes, o do povo e o dos grandes, e que todas as leis que se fazem em favor das liberdade nascem da desunião deles, como facilmente se pode ver que ocorreu em Roma;⁶

⁵ “E sem duvida, se consideramos os objetivos dos nobres e dos plebeus [ignobili], veremos naqueles grande desejo de dominar e nestes somente o desejo de não ser dominados e, por conseguinte, maior vontade de viver livres, visto que podem ter menos esperança de usurpar a liberdade do que os grandes, de tal modo que, sendo os populares encarregados da guarda de uma liberdade, é razoável que tenham mais zelo e que, não podendo eles mesmo apoderar-se dela, não permitirão que outros se apoderem.” MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 24

⁶ Ibid. p. 21-22.

Atente-se: virtú não se confunde propriamente com virtude. Isso porque a virtú é um conceito multifacetado, cuja possibilidade de definição é questionada. Ela não compõe, necessariamente, um aglomerado de características boas, corretas, tampouco uma correlação com as virtudes cristãs. Pode-se, simplificada e exemplificativamente, dizer que virtú é a característica de saber o momento certo de modificar suas ações na medida necessária a atingir seu objetivo. No caso republicano, a virtú seria uma atuação que objetive manter a liberdade e a pátria.⁷ Decidir politicamente sem interesses egoístas é o desafio da república e a desordem, o tumulto e a movimentação gerada pela participação popular efetiva nas decisões garante a sua sobrevivência.

3. POVO E MULTIDÃO

Ao tratar dos tumultos, da movimentação popular e da representatividade do povo é inevitável abordar o conceito de multidão e a sua potencialidade trazida por Antonio Negri, bem como traçar um paralelo com o conceito de povo. Dentre os autores que abordam este conceito encontra-se Friedrich Muller, quem identifica a característica da operacionalidade e polissemia a ele atrelados.

Povo apresenta-se como um conceito imensurável, de potencialidade fundante e cujas invocações são reiteradas e, por vezes, legitimadoras. Todo poder emana do povo⁸, mas que povo? Sem pretensões exaustivas, haja visto sua impossibilidade, o autor alemão quando da indagação “Quem é o povo?” propõe-se a apresentar cinco faces do conceito, quais sejam: a) ativo; b) legitimante; c) ícone; d) destinatário das prestações civilizatórias e e) participante. O povo, enquanto povo ativo refere-se ao eleitores, aqueles detentores do poder de voto. Portanto, que formalmente preencham os requisitos objetivos trazidos pela Constituição.⁹ Também chamado

⁷ “A virtú republicana está voltada para a defesa e a aexaltação da pátria e para o amor pela defesa da liberdade. Note-se ainda que a virtú republicana abarca a virtú militar, visto que a defesa da pátria implica a capacidade de poder defendê-la militarmente, e, por outro lado, são as boas armas (o fato de o povo estar armado) que garantem as boas leis.” – Vocabulário de termos-chave de Maquiavel. In: O príncipe. São Paulo: Martins Fontes. 2011. P. 197.

⁸ Art. 1º Paragrafo único: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁹ Art. 14§ 1o O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2o Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. Ibid.

de “instância global de atribuição de legitimidade” o povo enquanto legitimante abrange a totalidade dos cidadãos do Estado, sejam natos ou naturalizados, detentores ou não da cidadania ativa (leia-se: poder de voto);¹⁰ Já enquanto ícone sua existência é meramente artificial, trata-se da criação de um povo abstrato (ou até mesmo concreto através de dizimações e colonizações), inexistente previamente nos moldes tais e quais sejam necessário para justificação/respaldo de determinado sistema vigente.¹¹ Já enquanto destinatário das prestações civilizatórias trata-se dos endereçados das prestações estatais, sejam positivas - quando se exige uma atuação estatal pró-ativa, sejam negativas - quando imprescindível abstenção estatal. Influi no que se denomina “camada funcional do problema”. Por fim, o povo participante é aquele politicamente participante, que atua na manutenção da atividade e dinâmica democrática, isto é: exige politização, engajamento e proatividade popular.^{12 13}

Já a multidão apresenta-se pelo filósofo italiano a partir das seguintes premissas: ser o nome de uma imanência e um conjunto de singularidades. Revela-se um conceito em movimento, uma potência e como tal irrepresentável, não delimitada, “carne viva”. “A teoria da multidão exige, ao contrário, que os sujeitos falem por si mesmos: trata-se muito mais de singularidades

¹⁰ Art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. § 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

¹¹ Em razão do caráter abstrato, é ausente referência textual para exemplificação.

¹² Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XV - autorizar referendo e convocar plebiscito; Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

¹³ Sobre a articulação entre o conceito de povo e as decisões jurídicas vide: ALBANO, Amanda. Fundamentos do Pós Positivismo: os sentidos do conceito de povo nas decisões jurídicas. Disponível em < http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2016/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Amanda_Albano.pdf > Acesso em: 19 jul 2021.

não-representáveis que de indivíduos proprietários”.¹⁴ É um conglomerado de indivíduos que mantem suas diferenças, não se uniformiza ou serve de representação genérica. Diferencia-se de povo na medida em que não pode ser captada em termos contratualistas, da mesma forma que não pode ser captável por uma representação. Isto é: o povo decorre da estrutura e formação estatal, enquanto que a multidão transcende o contexto no qual é inserida. Conforme distingue Negri:

Faz-se necessário insistir um pouco sobre a diferença entre os conceitos de multidão e povo. A multidão não pode ser apreendida ou explicada em termos contratualistas (por contratualismo entendo menos uma experiência empírica do que a filosofia transcendental da qual é tributária). Em um sentido mais geral, a multidão desafia qualquer representação por se tratar de uma multiplicidade incomensurável. O povo é sempre representado como unidade, ao passo que a *multidão não é representável*, ela apresenta sua face monstruosa *vis-à-vis* os racionalismos teleológicos e transcendentais da modernidade. Ao contrário do conceito de povo, o conceito de multidão é de uma multiplicidade singular, um universal concreto. O povo constitui um corpo social; a multidão não, porque a multidão é a carne da vida.¹⁵

4. MANIFESTAÇÕES POPULARES

Diante da recente crise de representatividade vivida no Brasil, as movimentações populares constantes – mediante as vozes dos jovens que ecoam pelas ruas - deve-se analisar a potencialidade e o papel de tais ações na República brasileira. Meados de 2013 o Brasil vivenciou uma experiência de participação popular que há tempos não continha tamanha mobilização – quiçá desde as DiretasJá (1983). Sob o “pretexto”, na verdade, o estopim do aumento da tarifa de transporte, a multidão saiu às ruas para exigir direitos de infundáveis ordens. Pautas como saúde, educação, fim da opressão policial na periferia, questões midiáticas e a luta pelo acesso à política estavam entre as reivindicações dos manifestantes. No entanto, não é isso que diferenciou essa movimentação. A energia, o espírito libertário, a ausência de uma bandeira partidária, a irrepresentatividade foram o ponto nodal.

¹⁴ NEGRI, Antônio. **Para uma definição ontológica da Multidão**. LUGAR-COMUM- Estudos de mídia, cultura e democracia. Rio de Janeiro, 2004, p.1.

¹⁵ Ibid. p.17.

Ocupações, movimentações, passeatas, marcaram o ano de 2013 e iniciaram insurgência popular que cobra sua voz sobre as decisões políticas, uma mídia isenta, uma fiscalização, um combate efetivo à corrupção e afirma sua ausência de comando, de controle e de submissão. Os jovens que ocuparam as ruas há oito anos ecoavam que a estrutura até então sólida não os representava. Manifestar-se a cada quatro anos, exclusivamente, via exercício do direito de voto é insuficiente, é raso, é uma república fictícia. A voz da população é ouvida nas ruas, no cotidiano, é capturada nos burburinhos do subúrbio. O dissenso é a propulsão da república. Segundo o sociólogo Marcelo Burgos:

Seja qual for o desfecho mais imediato das manifestações, sua razão de fundo é a luta por **acesso à política**, que tem sido sistematicamente interditado, em cima, por anéis de interesses que articulam máquinas partidárias e o grande empresariado, sempre justificado pela fórmula do que se convencionou denominar de “presidencialismo de coalização”; e em baixo, pelos mecanismos de controle do acesso ao voto que incluem desde o clientelismo tradicional até a coerção mais direta e brutal realizada pelos mandões locais, do que são exemplo as milícias. **O grito das ruas traz essa voz sufocada pelo amesquinamento da representação política e por isso seu alvo principal são as instituições cuja legitimidade está fundada no voto.**¹⁶ grifou-se.

Nem só de positividade foi o momento pós-manifestações. Ainda se vê resquícios de uma sociedade apática, instituições que se comportam de forma obsoleta e para as quais os tumultos revelar-se-iam como desordem e baderna. Dentre os ativistas que participaram dos movimentos, vinte e três foram condenados por crimes de organização criminosa, dano qualificado, corrupção de menores e outros. Tais condenações revelaram-se como uma punição exemplificativa, quiçá na tentativa (em vão) de silenciar outros movimentos. Adriano Pilatti escreve sobre a politização de tais condenações:

A condenação dos 23 é claramente um ato político de vingança (em passagem 23 vezes repetida, o sentenciador se revela chocado com a pressão sofrida pelo ex-governador por meio de uma das ocupações de 2013, o Ocupa Cabral) e de advertência em relação aos movimentos contestatórios em geral. O exercício da contestação, da desobediência civil, das liberdades de reunião e expressão é invocado reiteradamente para caracterizar a aberrante figura da

¹⁶ BURGOS, Marcelo. **O levante democrático das ruas no Brasil** BOLETIM CEDES – JULHO-SETEMBRO 2013 Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/julho_2013/Artigo%2520-%2520Marcelo%2520Burgos.pdf. Acesso em: 23 jul. 2015.

“distorção de personalidade” atribuída a todos os condenados. Obviamente, esse ato de guerra contra toda uma geração disposta a lutar (contra o poder corrompido do Estado e das máfias corruptoras associadas, em favor dos direitos de todos) tem despertado indignação e solidariedade em amplos setores democráticos.¹⁷

Porém, não obstante as condenações judiciais, sabe-se que a resistência, a liberdade de pensamento e manifestação, a luta por direitos em um estado democrático não são crimes. Ao contrário, a insurreição garante a República.

5. CONCLUSÃO

À luz dos conceitos trabalhados de multidão e povo, poder-se-ia, em um primeiro momento, associar as manifestações ao “povo participante” mencionado por Müller como aquele que consagra a democracia viva. No entanto, a melhor captação dos movimentos dá-se com a compreensão da multidão. Isso porque pela ausência de unicidade, pelo tom explosivo, potencial e livre, as manifestações demonstraram-se revolucionárias, sem pretensões políticas partidárias definidas, desafiando representações. Supera-se assim, a ideia de um sujeito político definido, entendendo-se a multidão como algo muito maior, não representável, dinâmico e potencial.

Assim, o impulso democrático, a luta por mais participação e direitos - inclusive o de falar e se ser ouvido - os questionamentos sobre a representação política e principalmente a magnitude/potência dos protestos, seu apartidarismo, e irrepresentatividade, todas essas características descritas por Negri, aproximam as manifestações atuais da multidão.

O que esperar da jovem República Brasileira? Uma movimentação popular direta, a participação da população nas tomadas de decisões e tumultos quantos forem necessários para que se garanta o direito de ser ouvido¹⁸. O que os movimentos e ocupações de 2013 demonstraram foi a relevância do dissenso na manutenção do espírito republicano, retomando as concepções maquiavelinas, entre o atrito da multidão e das instituições constituídas deu-se ênfase à

¹⁷ PILATTI, Adriano. **A sentença dos 23**. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Estado-Democratico-de-Direito/A-sentenca-dos-23-Artigo-de-Adriano-Pilatti/40/41204>> Acesso em: 25.jul.2021.

¹⁸ Entende-se por direito de ser ouvido: a capacidade de apresentar questões, discussões e ter condições reais de modificar decisões. Leia-se: capacidade de interferir no processo decisório.

participação popular, à cobrança por medidas fiscalizadoras e sancionadoras da corrupção, abriu espaço às ocupações do espaço público e demonstrou o poder da multidão.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBANO, Amanda. **Fundamentos do Pós Positivismo: os sentidos do conceito de povo nas decisões jurídicas**. Disponível em < http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2016/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Amanda_Albano.pdf> Acesso em: 19 jul 2021.
- BORGES, Helena. **No fim das contas, o “Ocupa Cabral” tinha razão**. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/09/22/no-fim-das-contas-o-ocupa-cabral-tinha-razao/>>. Acesso em : 23 jul. 2021.
- BURGOS, Marcelo. **O levante democrático das ruas no Brasil**. BOLETIM CEDES – JULHO-SETEMBRO 2013 Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/julho_2013/Artigo%2520-%2520Marcelo%2520Burgos.pdf. Acesso em: 23 jul. 2015.
- FINLEY, Moses I. **“Líderes e Liderados”**. In: Democracia Antiga e Moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- _____. **O príncipe**. São Paulo: Martins Fontes. 2011.
- MÜLLER, F. **Quem é o povo? a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann; revisão de tradução: Paulo Bonavides. 7.ed.rev.at.amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 126p.
- NEGRI, Antônio. **Para uma definição ontológica da Multidão**. LUGAR COMUM- Estudos de mídia, cultura e democracia. Rio de Janeiro, 2004.
- PILATTI, Adriano. **A sentença dos 23**. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Estado-Democratico-de-Direito/A-sentenca-dos-23-Artigo-de-Adriano-Pilatti/40/41204>> Acesso em: 25.jul.2021
- SKINNER, Quentin. **“A contribuição de Maquiavel”** In: As fundações do pensamento político moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

A EFICIÊNCIA DA MEDIAÇÃO ONLINE NO JUDICIÁRIO

Caroline Somesom Tauk¹

Clarissa Somesom Tauk²

INTRODUÇÃO

Apostar na tecnologia para aumentar a adesão e a eficiência da resolução consensual de conflitos. Esta é a postura que vem sendo defendida por muitos estudiosos no Brasil e no mundo como um dos caminhos para a desjudicialização e foi acolhida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao editar, em dezembro de 2020, a Resolução n. 358, que regulamenta a conciliação e a mediação *online* pelo Poder Judiciário, determinando aos Tribunais que disponibilizem sistema informatizado para a resolução de conflitos, nomeado de SIREC.

Mas por quais razões estas ferramentas *online* inseridas no sistema público de justiça teriam maior adesão dos litigantes e contribuiriam para uma mudança de cultura – da judicialização para a conciliação – e uma maior eficiência?

A resposta completa a esta pergunta exigiria uma análise do fenômeno da judicialização excessiva e da prevalência da escolha da via judicial como forma de resolução dos conflitos. Há uma sobreutilização do Judiciário, decorrente, dentre outros fatores, das causas que estimulam a litigiosidade, como a concessão pouco criteriosa de gratuidade de justiça, o desrespeito a precedentes e a baixa aplicação de penalidades por litigância de má-fé³.

¹ Juíza Federal no Rio de Janeiro e juíza auxiliar no Supremo Tribunal Federal. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Visiting Scholar em Columbia Law School.

² Juíza Auxiliar da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais em São Paulo (SP).

³ TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre

Tal cenário geraria a “tragédia do Judiciário”⁴, uma paráfrase à “tragédia dos comuns”: trata-se de uma conhecida parábola em microeconomia que demonstra como um bem comum, que consista em um recurso finito, tem a tendência ao uso excessivo do ponto de vista social, com possibilidade de esgotamento, daí a tragédia⁵. Como destaca Ivo Gico Jr., a prestação jurisdicional é também um bem de uso coletivo, cujos recursos são escassos, diante da limitação da sua estrutura.

Para evitar o cenário de tragédia, pretendemos destacar brevemente neste texto cinco razões pelas quais sistemas informatizados disponibilizados pelos Tribunais podem tornar a autocomposição mais atraente e ser um meio para a busca de soluções mais céleres e eficientes em determinados conflitos, em especial os repetitivos. Ao final, trazemos alguns pressupostos indispensáveis para o funcionamento dos sistemas. Importante esclarecer, de imediato, que não se desconhece a discussão acerca da necessidade de atenção à arquitetura, implantação e princípios regentes destes sistemas, em especial quando inseridos no Judiciário, sob pena de produzirem efeitos negativos; diante da abrangência do tema, no entanto, a discussão extrapola o objeto do presente texto.

I. CINCO RAZÕES PARA A ADESÃO A SISTEMAS DE ONLINE DISPUTE RESOLUTION INSERIDOS NOS TRIBUNAIS

Reunimos neste tópico cinco razões pelas quais sistemas informatizados de mediação e conciliação disponibilizados pelos Tribunais, ou seja, os SIRECs, podem tornar a autocomposição mais atraente e aumentar a eficiência da resolução do conflito.

A primeira razão decorre diretamente de uma constatação da nossa realidade e exige que olhemos para trás: os mecanismos de resolução consensual de disputas, como a mediação e a conciliação não informatizadas, embora tenham

os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *Law and Economics*. *Revista de Processo*. Ano 34, n. 178, dez. 2009, p. 2 e 8.

⁴ GICO JR, Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese (doutorado), 2012, Departamento de Economia, Universidade de Brasília, DF, 146 p, p. 117-118.

⁵ Para ilustrá-la, é utilizado o exemplo de um campo de pasto cuja propriedade seria comum. Em apertada síntese, a tragédia dos comuns refere-se à situação em que um bem escasso (o campo de pasto, por exemplo) é utilizado por vários usuários (pecuaristas, por exemplo) e nenhum dos usuários têm o poder de impedir o uso pelos outros. Sem inventivos para conservar o bem, os usuários gerariam a sobre-utilização do recurso comum e a sua ruína. HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, v. 162, n. 3.859, p. 1.243-1.248, dez. 1968.

tido uma adesão maior em determinadas matérias, não trouxeram a adesão e a eficiência esperadas nos últimos anos.

Os litígios previdenciários são representativos desta situação. O INSS é o maior demandado em todo o Judiciário brasileiro e o monitoramento da judicialização referente a 2019 revela que, das 1.333.899 ações ajuizadas em face do INSS nas Justiças Federal e Estadual naquele ano, 701.988 (52,63%) foram favoráveis à autarquia, 465.497 (34,90%) foram desfavoráveis e em apenas 166.414 (12,48%) houve acordo⁶.

Este baixo percentual está dentro da série histórica do índice de conciliação que, mesmo após o Código de Processo Civil de 2015, segue em uma linha quase constante. Em 2019, somente 12,5% dos processos foram solucionados pela via consensual⁷. É neste ponto que os recursos tecnológicos passam a ser uma alternativa na busca de resultados melhores do que os alcançados nos últimos anos, inclusive em relação às causas que envolvem a Administração Pública⁸ - não se pode falar em aumento da consensualidade sem falar dos entes públicos, os maiores litigantes do país.

Da afirmação acima decorre a *segunda razão*, desta vez com o olhar voltado para frente. A aceleração na virtualização da Justiça, que já se observava em 2019⁹, precisa ser acompanhada de inovação também nos sistemas de resolução consensual de disputas. A tendência é mundial. Na China, autoridades do Judiciário e do Ministério da Justiça vêm enfatizando a importância da via consensual *online* para solucionar os conflitos decorrentes da pandemia e ajudar a colocar a economia de volta nos trilhos¹⁰. No Brasil, da mesma forma, o ajuizamento excessivo de demandas que está por vir pode gerar um “*colapso do sistema judicial*”, o que produz efeitos econômicos negativos, como ocorre nas causas de insolvência de empresas¹¹, a exigir uma mudança na forma de tratamento dos conflitos. Mudar é difícil; não mudar é fatal.

⁶ Idem, p. 73. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/wp-content/uploads/2020/06/INSS-RELAT%C3%93RIO-DE-GEST%C3%83O-2019.pdf>>.

⁷ CNJ. Relatório Justiça em Números. Brasília: CNJ, 2020.

⁸ Confira-se a entrevista com o então Conselheiro do CNJ, Henrique Ávila: IGNÁCIO, Laura. Empresas poderão realizar mediação online com o INSS. *Valor Econômico*. 10 ago. 2020. Disponível: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/08/10/empresas-poderao-realizar-mediacoes-on-line-com-o-inss.ghtml>>.

⁹ CNJ. Relatório Justiça em Números. Brasília: CNJ, 2020.

¹⁰ Disponível: <<https://www.law.com/international-edition/2020/03/19/china-pushes-for-increase-in-online-dispute-resolution-as-it-reboots-economy/>>.

¹¹ A expressão “colapso do sistema judicial” é de: SALOMÃO, Luis Felipe; CARNIO, Daniel; SCHUENQUENER, Valter. Achar a curva de crescimento das ações judiciais. 09 jun. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/achatar-curva-de-crescimento-das-acoes-judiciais-24468398>>.

O processo de recuperação judicial da Oi/SA é um exemplo bem sucedido de inovação. Com mais de 65 mil credores, cerca de 70 bilhões de reais de dívidas e interessados nacionais e internacionais, foi desenhado um sistema de solução de conflitos com uma fase prévia de habilitação e negociação dos créditos por mediação em plataforma digital, em substituição ao procedimento judicial¹².

O professor Richard Susskind, ao tratar do futuro dos sistemas judiciais, afirma que a justiça não pode mais ser um lugar, ela é um serviço (*justice as a service*)¹³. As pessoas não desejam estar presentes fisicamente nos Tribunais para resolver um conflito. Elas desejam o resultado que os Tribunais trazem, seja ele disponibilizado num ambiente físico ou virtual. É preciso pensar, portanto, em como oferecer melhor resposta aos conflitos e assegurar o uso adequado e responsável dos serviços do Poder Judiciário, sem diminuir o acesso à justiça.

Aqui entra a *terceira razão* para a defesa de que ferramentas *online* teriam maior adesão dos litigantes: escapar das limitações decorrentes dos formatos tradicionais de autocomposição.

O conceito de “tribunal multiportas”, concebido pelo professor norte americano Frank Sander, na década de 70, se refere aos meios alternativos de solução de conflitos (*alternative dispute resolution* ou ADR, em inglês), expressão criada para designar qualquer procedimento de solução de controvérsias em que não haja imposição de decisão judicial¹⁴, como a mediação, conciliação e arbitragem.

No entanto, as formas alternativas geralmente utilizadas para a resolução consensual de conflitos, como afirmam os professores Orna Rabinovich-Einy e Ethan Katsh, não acompanharam a evolução da tecnologia e estão se tornando anacrônicas¹⁵. A mediação e a conciliação, por exemplo, se concentram, em sua

¹² CURY, Cesar. Um modelo transdisciplinar de solução de conflitos: direito e tecnologia no processo de recuperação judicial no *leading case* Oi S/A. In: NUNES, Dierle; WOLKART, Erik Navarro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Orgs.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodvm, 2020, p. 149-170.

¹³ SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of Justice*. Oxford University Press: Reino Unido, 2019.

¹⁴ SANDER, Frank e CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogos entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: *Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Maria Hernandez (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 31. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>>.

¹⁵ RABINOVICH-EINY, Orna e KATSH, Ethan. *Digital Justice*. Oxford University Press: Reino Unido, 2019, p. 4-5 e 14.

maioria, em espaços físicos e em um momento temporal determinado, o que nem sempre está em sintonia com o ambiente hiperconectado, sem fronteiras e assíncrono que vivemos.

A necessidade de se desenvolverem novas estruturas de solução e prevenção de conflitos originaram as chamadas *Online Dispute Resolution (ODR)*, em inglês). A experiência começou na iniciativa privada, para resolver problemas de compras realizadas na página eletrônica do *eBay*, que pretendia reduzir o descontentamento dos seus clientes e atrair novos. O serviço é um sucesso: a plataforma *online* do *eBay* resolve mais de 60 milhões de casos por ano, com taxa de satisfação próxima de 90%¹⁶.

O sistema de ODR do *eBay* apresenta resultados positivos também em relação à prevenção de conflitos. Com base nos dados extraídos dos casos resolvidos, a plataforma identifica origens comuns de problemas e a empresa se reestrutura para evitar que se repitam.

Foi assim que Colin Rule, primeiro Diretor de ODR do *eBay*, desenvolveu um sistema chamado *Modria (modular online dispute resolution implementation assistant)*, que foge às fases tradicionais do processo judicial (postulação, saneamento, instrução e sentença) e possui uma estrutura modular para resolver o conflito, ou seja, funciona com base em blocos montados conforme a necessidade do caso. O sistema se baseia na comunicação e no gerenciamento de informações e se divide em 4 blocos: diagnóstico do problema; negociação e comunicação entre as partes facilitada pela tecnologia, sem necessidade de estarem juntas no mesmo tempo e espaço; mediação *online* com intervenção humana, se não houver êxito na negociação; e avaliação, em que uma decisão é emitida, se não houver êxito na mediação.

No setor público, o primeiro Tribunal *online* do mundo, destinado a pequenas causas, foi o Tribunal Civil Administrativo do Canadá, situado na província de British Columbia, que segue o modelo do *eBay*. O pedido de disputa é apresentado *online* e o Tribunal, em geral, notifica a outra parte. Os litigantes entram em negociação e, caso seja preciso, é nomeado um gestor para auxiliar. Se não houver acordo, um membro do Tribunal irá decidir. O acordo e a decisão possuem força executiva¹⁷.

¹⁶ RULE, Colin; ALED, Davies. *Modria - The Operating System for ODR Mediator – Colin Rule*. Disponível: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/colin_rule_modria_os_for_odr.pdf>.

¹⁷ Civil Resolution Tribunal. Home. Disponível: <<https://civilresolutionbc.ca/>>. :

A vantagem desta fase inicial de autocomposição informatizada é permitir a coleta de dados sobre os litígios, para entender o que levou as partes aquela situação e, a partir daí, usar dados do passado, ainda que anonimizados, para aumentar a capacidade do sistema de obter acordos.

No Brasil, a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) vem estimulando o uso do site *Consumidor.gov.br*, um serviço público e gratuito que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para buscar um acordo em conflitos de consumo pela internet, embora não haja emissão de decisão¹⁸. Há juízes exigindo a tentativa de uso prévio do serviço para comprovar o interesse de agir do consumidor perante o Judiciário¹⁹. Um estudo feito na 1ª Vara da Comarca de Araquari, com base em mais de 100 processos em que a plataforma foi utilizada, em 37,5% houve acordo, média três vezes superior à média nacional, em que a autocomposição é de apenas 12%, conforme dados históricos do CNJ²⁰. Há projetos, ainda, de expansão do *Consumidor.gov.br* para implementar a *arbitragem de consumo*: o consumidor iniciaria sua reclamação na plataforma e, caso não consiga solução pela negociação direta, poderia escolher entre a arbitragem e a via judicial²¹.

A plataforma assume ainda maior relevância para tratar de conflitos de consumo de massa. Conforme estudo de Porto, Nogueira e Quirino, feito com base em 566.361 reclamações no período de maio de 2014 a julho de 2017, dos 34 segmentos de mercado que participam da plataforma, 47,76% das reclamações foram em face do setor de telecomunicações, 22,31% referentes ao setor financeiro e 9,66% referentes ao comércio eletrônico. Tais setores igualmente aparecem na lista dos maiores litigantes do Judiciário divulgada pelo CNJ. Vale destacar, ademais, conforme registrado pelo mesmo estudo, que 99,52% das reclamações sobre todos os assuntos foram respondidas, ainda que nem todas resolvidas com acordo²².

¹⁸ Disponível: <www.consumidor.gov.br>.

¹⁹ TJ-MG - Apelação Cível 1.0000.20.057723-7/001, Relatora Des. Shirley Fenzi Bertão, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/6/2020.

²⁰ TJSC. Ferramenta online em ações de Araquari atinge 3 vezes mais acordos que média nacional. 04 Jul 2019. Disponível: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/ferramenta-online-em-acoes-de-araquari-atinge-3-vezes-mais-acordos-que-media-nacional>>.

²¹ VENTURA, Ivan. Você já ouviu falar de arbitragem de consumo? Medida está em análise na Senacon. Consumidor Moderno. 08 mar 2021.

Disponível:<https://www.consumidormoderno.com.br/2021/03/08/arbitragem-consumo-medida-senacon/>amp/.

²² PORTO, Antonio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de

Como concluem Maiolino, Silveira e Timm²³, a eficácia da plataforma decorre do incentivo para seu uso com o objetivo de prevenção, redução de litígios e auxílio na formulação de políticas públicas, como tem ocorrido nos projetos de cooperação entre a Senacon e os Tribunais de Justiça e na integração da plataforma ao processo judicial eletrônico (PJe) adotada pelo CNJ, dando às partes a opção de utilizá-la ao iniciar o processo²⁴.

São três breves exemplos de como as ferramentas tecnológicas estão gerando novas formas de resolução de disputas, desafiando formas alternativas tradicionais ao dispensarem algumas exigências inerentes a estas e adicionando ainda mais flexibilidade e eficiência.

A *quarta razão* se refere à estrutura das plataformas: as ferramentas de *online dispute resolution* não se resumem a uma migração da resolução consensual para o ambiente virtual. Elas implicam, na verdade, uma mudança na forma de tratamento do conflito.

As experiências iniciais de ferramentas *online* utilizavam a tecnologia para fornecer novos recursos para a comunicação e processamento de informações, priorizando, contudo, a *comunicação*. A formato virtual era novo, mas o modelo seguia, fundamentalmente, o da mediação e conciliação tradicionais. O desenvolvimento de ferramentas tecnológicas destinadas a auxiliar as partes em conflito mostrou que as plataformas *online* deveriam avançar para priorizar, também, o *processamento de informações*, o que permitiria não apenas uma melhor gestão do conflito, mas, também, antecipar e evitar novos, inclusive por meio do uso da inteligência artificial²⁵.

Este aspecto é essencial porque a entrega de informação e o acesso a estes dados pelas partes relaciona-se diretamente às chances de obter acordo. Para que o litigante seja incentivado à resolução consensual, é preciso que haja uma simetria de informações, ou seja, que ambas as partes em conflito possuam

conflitos online do Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, ano 26, n. 114, nov-dez 2017, p. 310-312.

²³ MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Flávia de Carvalho; TIMM, Luciano Benetti. A plataforma consumidor.gov.br como alternativa para a solução de conflitos. In *30 anos do CDC – Evolução e Desafios no Relacionamento com o Cliente*. Editora Foco, 2020. Segundo os autores, **à época eram** conveniados: Tribunal de Justiça do Estado do Acre; Tribunal de Justiça da Bahia; Poder Judiciário do Ceará; Tribunal de Justiça de Rondônia, Tribunal de Justiça de Sergipe, dentre outros.

²⁴ BRASIL. Acordo de Cooperação Técnica nº 016/2019.

²⁵ RABINOVICH-EINY, Orna e KATSH, Ethan. *Digital Justice*, p.6.

dados sobre todos os elementos necessários para a tomada de decisão, o que lhes permite ter uma visão menos otimista e *mais realista* do conflito²⁶, já que poderão calcular o que receberão no acordo, o tempo gasto, o custo financeiro e demais custos de transação e comparar com o potencial de êxito de um futuro processo judicial, elementos que impactam diretamente na decisão de litigar.

A Resolução n. 358 do CNJ não especifica em que medida os sistemas informatizados para mediação e conciliação devem priorizar a comunicação e o processamento de informação, justamente para que haja a progressiva adaptação e evolução dos Tribunais.

A *quinta razão* para acreditarmos na maior adesão dos litigantes aos sistemas informatizados se refere às vantagens destes em relação aos formatos de conciliação e mediação tradicionais.²⁷

A primeira vantagem refere-se à acessibilidade e baixo custo para as partes²⁸. Nas plataformas *online*, ainda que possa haver a exigência de pessoas conciliadoras ou mediadoras, a Resolução n. 358 do CNJ recomenda "*negociação com troca de mensagens síncronas e/ou assíncronas*", eliminando uma importante restrição de tempo e espaço.

A preocupação persiste, neste ponto, em relação ao acesso à justiça de grupos vulneráveis. No entanto, é interessante o exemplo da experiência na zona rural do sul de Queensland, na Austrália, onde muitos povos aborígenes vivem. A região passou a usar videoconferência como forma de prestar assistência jurídica às comunidades, as quais, embora vivendo em lugares isolados do país, mostraram boa receptividade e não ficaram excluídas do acesso ao Judiciário, pois foi eliminado o obstáculo do deslocamento antes necessário²⁹.

A segunda vantagem é relativa à forma como o mediador/conciliador usa as informações sobre o caso e se comunica com as partes. A resolução consensual tradicional é regida pelo princípio da confidencialidade, previsto na legislação

²⁶ LOVALLO, Dan; KAHNEMAN, Daniel. Delusions of Success: How Optimism Undermines Executives' Decisions. *Harvard Business Review*, v. 15, n. 7, jul. 2003. Disponível em: <<https://hbr.org/2003/07/delusions-of-success-how-optimism-undermines-executives-decisions>>.

²⁷ RABINOVICH-EINY, Orna e KATSH, Ethan. Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment. *International Journal of Online Dispute Resolution*, v.1, n.1. 2014, p. 23.

²⁸ RABINOVICH-EINY, Orna e KATSH, Ethan. Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment. *Op. cit.*, p. 13.

²⁹ AUSTRALIAN GOVERNMENT. *A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil Justice System*. Setembro, 2009. Disponível: <<https://www.ag.gov.au/sites/default/files/2020-03/A%20Strategic%20Framework%20for%20Access%20to%20Justice%20in%20the%20Federal%20Civil%20Justice%20System.pdf>>.

brasileira no art. 166 do CPC/15, que se estende a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

A confidencialidade é mitigada quando se trata de *online dispute resolution*³⁰. Os dados possuem um papel central no uso das ferramentas de tecnologia, por isso, documentar estes dados é importante para permitir que se verifiquem padrões entre os casos, resultados positivos das resoluções de conflito e prevenção³¹.

Aqui, um ponto merece atenção especial: diversos conflitos envolvem dados sensíveis dos litigantes, razão pela qual a integridade dos dados e a segurança da plataforma são fundamentais para o exercício da conciliação de forma legal e legítima³². Para isso, as plataformas precisam observar os requisitos de segurança da informação e de proteção de dados pessoais estabelecidos na legislação, em particular na Lei Geral de Proteção de Dados.

Finalmente, a terceira vantagem refere-se à possibilidade de uso da inteligência artificial, com funcionalidades baseadas em dados, permitindo o auxílio no processamento das informações e o aumento do potencial de acordos.

II. PRESSUPOSTOS PARA UMA FERRAMENTA DE ONLINE DISPUTE RESOLUTION EFICIENTE

Foram abordadas acima cinco razões em defesa de que a conciliação e a mediação realizadas por meio de sistemas informatizados, em especial os disponibilizados pelos Tribunais, chamados de SIREC, nos termos da Resolução n. 358 do CNJ, terão maior adesão dos litigantes.

A literatura sugere, ainda, que alguns pressupostos estejam presentes para

³⁰ RABINOVICH-EINY, Orna e KATSH, Ethan. Digital Justice, p.19.

³¹ Sobre o uso dos dados para estudos de jurimetria: CORREA, Priscila Pereira Costa e TAUKE, Caroline Somesom. O uso da jurimetria nos litígios previdenciários. In: *Direito Processual e Tecnologia: os impactos da virada tecnológica no âmbito mundial*. NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WERNECK, Isadora. Salvador: Juspodivm, 2021.

³² Confira-se a Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de dados), art. 5º: “Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III – dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.”

que uma plataforma de solução consensual seja eficiente no ambiente do Judiciário, como por exemplo³³: (i) conscientização pública sobre as vantagens de seu uso; (ii) ferramentas tecnológicas adequadas; (iii) acesso à internet de qualidade; (iv) confiança recíproca na legitimidade do sistema; (v) segurança na comunicação; (vi) profissionais treinados; (vii) plataformas amigáveis ao usuário (“*user friendly*”), (viii) força executiva dos seus resultados, gerando de imediato direitos e obrigações por meio do título e (ix) *accountability*.

Alguns destes itens merecem breves considerações.

No que tange ao item (iii), o acesso à internet no país aumentou de 41% da população em 2010 para 74% em 2019, o que significa que 3 em cada 4 brasileiros acessam a internet, correspondendo ao considerável número de 134 milhões de pessoas. O índice é maior entre os residentes em áreas urbanas (77%) do que rurais (53%); de todo modo, pela primeira vez, a conectividade ultrapassou a metade da população rural. As ferramentas mais comuns para acesso foram os *smartphones* e outros aparelhos móveis, como *tablets* (99%), seguidos dos computadores (42%), sendo que a exclusividade do acesso móvel foi maior na área rural (79%) do que na urbana (56%) e nas classes D e E (85%) do que na A (11%)³⁴.

Embora haja o acesso amplo à internet no Brasil, a falta de infraestrutura, como computadores, não pode ser desconsiderada quando se pretende a adoção generalizada de uma plataforma *online*. Além disso, os dispositivos móveis possuem franquias de internet com quantidade limitada de dados, o que impacta na qualidade dos acessos. Barreiras tecnológicas, portanto, exigem atenção por parte de atores governamentais e privados, sob pena de excluir dos desfavorecidos uma importante porta de acesso à justiça.

Em relação ao item (iv), que trata da confiança recíproca na legitimidade do sistema, é essencial que o procedimento adotado na plataforma seja visto como legítimo e justo pelos seus usuários e, para isso, é preciso atenção a alguns fatores, como: (a) se os usuários tiveram a oportunidade de contar sua versão dos fatos e se a sua versão foi considerada pelo conciliador/mediador; (b) a imparcialidade

³³ KINHAL, Deepika, JAIN, Tarika, MISRA, Vaidehi e RANJAN, Aditya Ranjan. ODR: The Future of Dispute Resolution in India. JALDI- Justice, Access & Lowering Delays: India, 2020, p. 27. Disponível em: <https://vidhilegalpolicy.in/research/the-future-of-dispute-resolution-in-india/>

³⁴ VALENTE, Jonas. Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa. AGENCIA BRASIL. 26.05.2020. Disponível: <[---

62 Revista da EMARF, Rio de Janeiro, v.35, n.1, p.1-397, nov.2021/abr.2022](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa#:~:text=Atualizado%20em%2026%2F05%2F2020,%2C%20g%C3%AAnero%2C%20ra%C3%A7a%20e%20regi%C3%B5es.></p></div><div data-bbox=)

do conciliador, de modo que haja confiança na regularidade do acordo e (c) tudo que constar no acordo deve ser aceito por ambas as partes. A observância de fatores como estes, para além de conferirem legitimidade ao procedimento, permitem que o usuário se satisfaça com o resultado alcançado, atingindo, em última análise, a efetividade, objetivo maior da resolução alternativa.

No que concerne à *accountability* prevista no item (ix), estruturas de prestação de contas devem ser postas em prática, o que requer que o *design* da plataforma seja projetado para este fim. Nessa linha, a Resolução n. 358, prevê, em seu art. 1º, §3º, que “O código fonte do sistema e suas bases de dados estarão sujeitos a eventual auditoria...”, bem como no §4º que “O armazenamento e hospedagem do sistema ficará a cargo do tribunal, a quem pertencerá todos os dados e metadados gerados ou derivados do sistema informatizado”, ainda que este seja contratado.

Por fim, o esperado aumento da conciliação, pautado pelas cinco razões listadas no tópico anterior e com a observância dos pressupostos abordados neste tópico, traz resultados eficientes tanto para o Judiciário quanto para os litigantes. Em relação ao litigante, o custo-benefício da autocomposição aparece na ausência de condenação em honorários de sucumbência, no menor tempo de tramitação do litígio e conseqüentemente, no menor desgaste emocional, o que representa menores custos de transação.

Quando o litigante é um órgão público, o custo-benefício aparece, ainda, na economia de recursos públicos. O exemplo dos litígios previdenciários é esclarecedor. O Tribunal de Contas da União emitiu relatório em que se verifica que, em 2016, o INSS teve um custo operacional de 7,76 bilhões de reais, sendo o custo operacional em face da judicialização de alarmantes R\$ 4,66 bilhões. Ainda conforme o relatório, a tramitação de um requerimento administrativo no INSS custa, em média, R\$ 894,00, ao passo que o custo operacional de um processo judicial de 1ª instância é de R\$ 3.734,00 em média³⁵.

CONCLUSÃO

Uma mudança sincera de cultura exige que as pessoas, as sociedades empresárias e a Administração Pública adotem o compromisso de tentar resolver

³⁵ Tribunal de Contas da União – TCU. Relatório de Levantamento no. 02235420174. Disponível em <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659617169/relatorio-de-levantamento-rl-2235420174/inteiro-teor-659617186>.

de forma amigável os conflitos que se originaram de relações jurídicas de que façam parte. Ao se tornarem participantes ativas da decisão de seus próprios problemas, as pessoas se sentem empoderadas³⁶ e aumentam sua capacidade de negociar, alcançando uma solução mais desejável que a imposta numa sentença judicial, que gera a insatisfação de um dos envolvidos. Assim, a via consensual se aproxima de uma postura “*contribua-para-resolver*”, em oposição à tradicional postura “*resolva-para-mim*”.

É assim que os sistemas informatizados inseridos nos Tribunais pretendem contar com maior adesão dos litigantes e trazer um uso adequado do sistema judicial: oferecer uma plataforma *online* de conciliação e mediação com resolução do conflito em um curto espaço de tempo, de forma eficaz e acessível, além de gerar satisfação ao usuário, permite ao Judiciário a obtenção e o processamento de dados, com observância da legislação pertinente, para a identificação dos focos de litigiosidade e a adoção de medidas de prevenção, auxiliando a reverter a judicialização excessiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUSTRALIAN GOVERNMENT. *A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil Justice System*. Setembro, 2009. Disponível: <<https://www.ag.gov.au/sites/default/files/2020-03/A%20Strategic%20Framework%20for%20Access%20to%20Justice%20in%20the%20Federal%20Civil%20Justice%20System.pdf>>.
- CORREA, Priscila Pereira Costa e TAUKE, Caroline Somesom. O uso da jurimetria nos litígios previdenciário. In: *Direito Processual e Tecnologia: os impactos da virada tecnológica no âmbito mundial*. NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WERNECK, Isadora (Coords). Salvador: Juspodivm, 2021.
- CURY, Cesar. Um modelo transdisciplinar de solução de conflitos: direito e tecnologia no processo de recuperação judicial no *leading case* OI S/A. In: NUNES, Dierle; WOLKART, Erik Navarro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Orgs.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 149-170.
- GICO JR, Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese (doutorado), 2012, Departamento de Economia, Universidade de Brasília, DF, 146 p.

³⁶ Nesse sentido, o princípio do empoderamento previsto no art. 1º, inc. VII, do Código de Ética da Resolução n. 125/2010. Ver ainda: CJF. Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal. Bruno Takahashi et al. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf>>.

- KINHAL, Deepika, JAIN, Tarika, MISRA, Vaidehi e RANJAN, Aditya Ranjan. *ODR: The Future of Dispute Resolution in India. JALDI- Justice, Access & Lowering Delays: India*, 2020. Disponível em: <https://vidhilegalpolicy.in/research/the-future-of-dispute-resolution-in-india/>
- LOVALLO, Dan; KAHNEMAN, Daniel. Delusions of Success: How Optimism Undermines Executives' Decisions. *Harvard Business Review*, v. 15, n. 7, jul. 2003. Disponível em: < <https://hbr.org/2003/07/delusions-of-success-how-optimism-undermines-executives-decisions>
- MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Flávia de Carvalho; TIMM, Luciano Benetti. A plataforma consumidor.gov.br como alternativa para a solução de conflitos. In *30 anos do CDC – Evolução e Desafios no Relacionamento com o Cliente*. Editora Foco, 2020.
- PORTO, Antonio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos online do Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, ano 26, n. 114, nov-dez 2017.
- RABINOVICH-EINY, Orna e KATSH, Ethan. Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment. *International Journal of Online Dispute Resolution*, v.1, n.1. 2014.
- RABINOVICH-EINY, Orna e KATSH, Ethan. *Digital Justice*. Oxford University Press: Reino Unido, 2019.
- RULE, Colin; ALED, Davies. *Modria - The Operating System for ODR Mediator – Colin Rule*. Disponível: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/colin_rule_modria_os_for_odr.pdf>.
- SALOMÃO, Luis Felipe; CARNIO, Daniel; SCHUENQUENER, Valter. Achatar a curva de crescimento das ações judiciais. *Jornal O Globo*, 09 jun. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaio/achatar-curva-de-crescimento-das-acoes-judiciais-24468398>>.
- SANDER, Frank e CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogos entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: *Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania e CRESPO, Maria Hernandez (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>>.
- SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of Justice*. Oxford University Press: Reino Unido, 2019.
- Tribunal de Contas da União – TCU. Relatório de Levantamento no. 02235420174. Disponível em <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659617169/relatorio-de-levantamento-rl-2235420174/inteiro-teor-659617186>.
- TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *Law and Economics*. *Revista de Processo*. Ano 34, n. 178, dez. 2009.

RELEITURA DA SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA *(narrowing dos precedentes em relação ao termo inicial dos juros na reparação do dano extrapatrimonial)*

Cássio Benvenuti de Castro

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar criticamente a aplicação da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. A metodologia de trabalho compara o entendimento das funções da jurisdição, levando em consideração a época em que publicado o enunciado em cotejo ao momento atual. No Estado Constitucional, os juros moratórios já estão embutidos no arbitramento judicial, até a data da sentença. Logo, esse indexador deve começar a contar a partir do ato sentencial.

Palavras-chave: processo civil; precedente; narrowing; releitura

REREADING OF PRECEDENT 54 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE. (narrowing of the precedents in relation to the initial term of interest in the repair of off-balance sheet damage)

Abstract: The present study aims to critically analyze the application of Precedent 54 of the Superior Court of Justice. The work methodology compares the understanding of the functions of the jurisdiction, taking into account the time when the statement was compared to the current moment. In the Constitutional State, default interest is already embedded in judicial arbitration, up to the date of the sentence. Therefore, this indexer should start counting from the sentence.

Keywords: civil procedure; precedent; narrowing; rereading

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça sucedeu inúmeros julgados até resultar no achado da Súmula 54 que estabelece: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. As decisões ameadas para a convergência sumulada são datadas do primeiro quartel dos anos de 1990, época em que *ainda não estavam nítidas* as implicações decorrentes da Constituição na teoria e na prática da tutela jurisdicional – sequer a terminologia precedente estava bem apreendida².

O ensaio parte da análise dos fundamentos determinantes das decisões que foram compiladas para resultar na Súmula 54, em especial, assinalando o contexto propedêutico da jurisdição que alavancou tais precedentes. Na época, a jurisdição meramente *declarava ou explicava* os textos legislativos. A observação dessas questões é confrontada com a metodologia da decisão judicial que atualmente se estrutura por uma jurisdição que *concretiza a norma do caso concreto para entregar a tutela do direito da melhor forma possível*. Em resumo, a jurisdição transitou de um *conceito declaratório e subserviente* ao legislativo para assumir uma *função concretizadora da norma do caso* e que também elabora *precedentes*, transcendem os lindes processuais subjetivos, o que adensa a reflexão sobre base de cálculo da indenização e se reflete sobre o termo inicial da incidência dos juros – em especial, no caso da indenização por dano extrapatrimonial, tudo indica não ter sido cogitada nos julgados dos anos 1990, tampouco nos que lhes seguiram.

Assentado que a jurisdição concretiza normativamente o dever de responder pelos danos extrapatrimoniais, por conseguinte, também ninguém discorda que o juiz é que arbitra o montante da indenização. A proposta da releitura da Súmula 54 do STJ, então, é resultante da autorrestrição desse enunciado e dos precedentes supervenientes que dele se valeram, porque uma perspectiva da jurisdição que leva em conta uma reconstrução da ordem jurídica e da própria *base de cálculo a ser indenizada se reflete, necessariamente, no elemento acessório*

² Naquela época, as decisões não deixam de ser formalmente consideradas jurisprudência com um grau de vinculatividade razoável em termos horizontais e verticais. Porém, desde o início do presente trabalho, é utilizada a terminologia *precedente* por dois motivos: em primeiro lugar, porque “por sobre a Súmula 54” e “ao encontro da Súmula 54” diversos *precedentes qualitativamente* robustecidos apresentam a força vinculativa conferida pelo Estado Constitucional e desenvolvida pela jurisdição, cujo escopo é a tutela dos direitos; em segundo lugar, esses verdadeiros precedentes *mais recentes* ratificaram ou ajudam a delimitar as razões determinantes das decisões que a “jurisprudência de outrora alinhavou para a convergência na Súmula 54 do STJ”. Não ocorre um prejuízo semântico ou técnico – apenas é necessário ressaltar a transição de um modelo de Estado e de Jurisdição, tudo isso como a manutenção de uma Súmula que completa aniversário de 30 anos. A maneira como se entende o direito modifica toda a vinculatividade das próprias fontes.

que serve para a indexação – em se tratando do dano extrapatrimonial, trata-se de reexaminar o termo inicial dos juros que incidem sobre o montante da dívida. Ele repercute os efeitos do novo contexto da jurisdição constitucionalizada.

Se outrora o Superior Tribunal de Justiça decidiu inúmeros casos e determinou o termo inicial dos juros moratórios para a finalidade de uma reparação integral, isso também ocorre na atualidade. Com o detalhe de que a jurisdição contemporânea agora desempenha outra função, mais dinâmica e valorativa, o que repercute sobre a *base de cálculo e sobre o termo inicial da fluência dos juros na indenização por dano extrapatrimonial de uma maneira diferenciada daqueloutra* – em resumo, os juros moratórios atuam de maneira *prospectiva* à concretização da norma do caso concreto.

1 A PERSPECTIVA CONCEITUAL DA JURISDIÇÃO

Os enunciados ou súmulas das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas raramente decorrem do julgamento de um único caso. A jurisprudência reúne uma série de decisões que sedimentam a compreensão do direito – salientando que a norma é produto da interpretação no Estado Constitucional. Nessa energia que a súmula, em semelhança ao verdadeiro “processo social e institucional” de formação de um enunciado normativo, encerra diversos entendimentos limítrofes e, por vezes, contradições, mas que refletem a composição democrática das vinculações, persuasões ou dissonâncias que emprestam consistência ao direito oriundo do seio judiciário³.

A Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça está para completar trinta anos desde a publicação⁴. No cotejo ao antigo ou ao atual Código Civil, ela parece

³ “O fenômeno nada teria, em si, de surpreendente. O Direito, realidade cultural, coloca-se, tal como a língua, numa área de estabilidade marcada. As verdadeiras mudanças são lentas; a sua detecção depende de uma certa distanciação histórica”. CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito” de CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. IX.

⁴ Importante assentar que a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça provém de um ambiente cultural em que a Corte de vértice fazia jurisprudência e o conjunto de decisões similares eram abarcados por súmulas persuasivas – assim se mantinha em evidência a supremacia do texto da lei no Estado Legislativo. Existe uma discussão sobre a vinculatividade de súmulas ou precedentes na transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. O presente ensaio parte do pressuposto dogmático de que os art. 489, §1º, V e VI, 926 e 927, do CPC, são normas gerais transeitoriais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil em todas as esferas jurídicas. Assim que a jurisdição se reforça juspoliticamente nessa *transição da jurisprudência para o precedente*, o Estado Constitucional atualmente considera a decisão do STJ um precedente vinculativo no sentido forte. A questão assumiu foros institucionais para respaldar a consistência

singela e perene ao enunciar que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Porém, nessa literalidade, é possível antever a importância de uma diátribe *conceitual* – o dano a ser indenizado em responsabilidade contratual ou os danos a serem indenizados em responsabilidade extracontratual (aquiliana) foram examinados enquanto elementos centrais das decisões.

De tal modo, questiona-se: a sistematização entabulada pela Súmula 54 do STJ abarca os chamados *novos danos* decorrentes com a previsão e com a proteção de *novos direitos* que o sistema jurídico prevê?

Aparentemente, a leitura dos acórdãos que anteciparam a publicação do enunciado permite identificar a racionalidade de um contexto decisório conceitual. Ou melhor, a essência que propulsionou a súmula (os fundamentos determinantes da jurisprudência) é referente a uma hipótese (contratual) de o ilícito poder prever um termo inicial para os juros e a outra hipótese (extracontratual) de ilícito não prever esse termo inicial. Importante considerar que *em nenhum momento o foco* dos julgados que aparelharam a Súmula 54 do STJ esteve apontado para o arbitramento do dano extrapatrimonial tampouco para a respectiva indexação.

do direito por intermédio do discurso argumentativo da Cortes Supremas – o STF e o STJ. A pesquisa trabalha com a noção de precedente, ou seja, trata-se de um julgamento qualitativamente diferenciado que fundamenta a decisão do caso, mas também confere sentido e unidade ao direito (esses dizeres chegam a estarem escritos na “missão do STJ”, no pórtico de entrada dos prédios, em Brasília). MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1269. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*. Ainda que se alegue que a Súmula 54 do STJ é um rescaldo de um apanhado de *jurisprudências sem valor vinculante forte*, é necessário considerar o seguinte: *a partir dessa súmula, o STJ firmou diversos precedentes* (conforme o Estado Constitucional), que praticamente repetem *a ratio decidendi* já avistada nos acórdãos que aparelharam a súmula. Logo, há uma *solução de continuidade no adensamento jurídico da tese à qual ora se postula um estreitamento (narrowing)*. Marinoni comenta precisamente que a súmula é um enunciado abstrato que não se qualifica como precedente. “O problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca da questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial”. Mais adiante o autor assinala que “a legitimidade da coisa julgada não pode ser confundida com a legitimidade do *stare decisis* ou do precedente com força obrigatória”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 155. Ocorre que, no *caleidoscópio massificado da jurisdição brasileira*, precedentes como o REsp 710.879 e REsp 1.152.548 sobrevieram à Súmula 54 – pautando uma *holding* idêntica à outrora antevista. Fenômeno que ratifica a utilização das bases quicá jurisprudenciais, atualmente, firmadas em precedentes, para acusar a necessidade da distinção restritiva da Súmula-precedente no caso da indexação do montante concretizado a título de indenização por dano extrapatrimonial. Afinal, o direito brasileiro nasce do galho em planta, é a terra do *tertium genus*.

Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial número 3.766-RJ (DJ 28-10-1991), o Superior Tribunal de Justiça discutiu a incidência do então art. 1.544 do Código Civil de 1916 ao *preposto que comete o ilícito diretamente* – não ao preponente que o contrata como empregado ou mantém com ele relação jurídica de prestação de serviço. Além dos juros ordinários incidentes ao valor do dano e desde o tempo do ilícito, a indenização compreende os juros compostos que oneram o praticante da conduta. Na oportunidade, a demanda judicial não foi proposta contra o motorista que ocasionou o acidente (contra o culpado pelo acidente), mas contra a empresa proponente. A Corte questionou se contra o proponente (“figura de trás”), que pode ser o Estado ou uma empresa que contratou o motorista, os juros compostos também podem incidir.

Dois correntes se contrapuseram: o juro composto tem a natureza de sanção civil, portanto, a inteligência do dispositivo não pode ser ampliada para agravar a situação do proponente. Quer dizer que os juros compostos somente podem ser imputados ao motorista que ocasionou o acidente, sendo incabível a analogia para fazer incidir essa espécie de juros contra o proponente (empregador civil ou Estado). Outra vertente não distinguia a natureza sancionatória dessa espécie de juro (composto) – não importava se ocorria uma categoria de acessório penal ou meramente compensatório –, daí concluindo que essa modalidade de juros deveria onerar ambos os eventuais demandados-responsáveis (motorista ou proponente).

A corrente vencedora foi a primeira citada, que distinguiu a natureza do juro (composto) enquanto uma pena civil. Os juros compostos somente poderiam incidir sobre o sujeito que ocasionou o ato contrário ao direito, sem ricochete ou desdobramento civil ao empregador ou a outra entidade.

O importante é notar que, desde esse primeiro julgado, a *amplitude da incidência dos juros* depende da *natureza da base de cálculo (do suporte fático) que ele incrementa*. O caráter delituoso do evento que causou o dano e a ligação direta-causal (naturalística⁵) entre o evento e o agente desse fato foi determinante. Isso que matiza uma diferenciação sobre a incidência do juro composto no julgamento do REsp 3.766-RJ.

⁵ A relação entre causador do dano e o dever de indenizar que enseja a incidência dos juros compostos é de matiz naturalístico. Um liame causal-jurídico pode ser apreendido somente entre o empregador e o causador direto do dano (o preposto), justamente, é nesse vínculo que abarca a “lei de cobertura” ou o nexos causal jurídico – nessa última decorrência em ricochete não estaria implicado o juro composto (o nexos de imputação arrefece a incidência do juro composto).

No REsp 540-SP (DJ 28-10-1991), no qual se examinava a prescrição vintenária em indenização de acidente ferroviário, o Superior Tribunal de Justiça fixou que os juros moratórios deveriam incidir desde a data de evento danoso (*sem aparentemente distinguir a natureza do dano que estava para ser indenizado*). No mesmo sentido, o REsp 1.437-SP (DJ 13-08-1990) se valeu do art. 1.544 do Código Civil de 1916 para definir que, “nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou”. Inteligência que sufragou o REsp 3.766-RJ (DJ 18-03-1991), ao conferir uma interpretação sistemática aos artigos 948, 962 e 1.544, todos do Código Civil de 1916, conferindo uma aplicação judiciária da norma *mais benéfica ao lesado* – quando se fala em ilícito é subentendido o caráter extracontratual, razão pela qual as decisões não demarcaram uma segmentação digna de aprofundamento argumentativo em termos de danos extrapatrimoniais (um “novo” direito pervasivo desde a Constituição).

No REsp 4.517-RJ (DJ 05-11-1990), o Superior Tribunal de Justiça se reportou a caso “idêntico”, já decidido no REsp 1.437-SP (DJ 13-08-1990), ratificando que o termo inicial dos juros moratórios é marcado desde a data do evento. Importante que o REsp 6.195-SP (DJ 11-03-1991) salientou que o art. 962 do Código Civil de 1916 se refere à obrigação proveniente de “delito”. Ou seja, o precedente direcionava a questão dos juros para casos de responsabilidade aquiliana. Mais emblemático, a título de *holding* da decisão, é novamente interessante assinalar que as inúmeras discussões travadas têm algo em comum – a *incidência dos juros sempre depende do suporte jurídico que lhe alavanca a força punitiva*. A natureza delitiva do evento ou o caráter aquiliano da indenização, enfim, é a peculiaridade que permite definir o termo inicial dos juros. Isso acontece pelo fato de não haver termo *ad personae* na hipótese de ato contrário ao direito em caso de dano extrapatrimonial (delito em sentido estrito).

A questão da “fonte jurídica” dos juros é ainda mais candente no REsp 9.753-SP (DJ 09-12-1991), oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça fixou condenação ao pagamento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente ferroviário que vitimou um “viajante pingente”. A interpretação da Corte foi *um tanto literal*, porque deixou claro que o caráter contratual ou aquiliano da relação não poderia ser sotoposto na expressão “delito” (previsão do art. 962 do Código Civil de 1916). O termo inicial dos juros, na inteligência do art. 1.536, §2º, do Código Civil, seja para incidir sobre os danos materiais ou sobre os danos extrapatrimoniais, deveria ser contado a partir da

citação – por uma equiparação *by standard* que o sistema jurídico elabora entre o usuário do serviço de consumo e a vítima desse serviço.

No REsp 11.624-SP (DJ 1º-03-1993), o debate entre os Ministros pacificou a possibilidade de cumulação entre danos materiais e danos extrapatrimoniais, ainda que decorrentes de um mesmo evento. De outro lado, permanece latente a vinculação da racionalidade à ocorrência de um “ilícito” para afirmar que o termo inicial dos juros é a partir do evento – em contrapartida, um ato que não se configurou em um ilícito praticado pela fornecedora de serviços, mas de uma questão contratual, deveria ser indexado pelos juros desde a citação. O caso também examinava pessoas que estavam indevidamente se deslocando em compartimento não permitido do trem e, para fins de contrato, eles não são consumidores no sentido estrito do termo. Podem ser consumidores por equiparação (art. 17 do CDC), portanto, a relação entre eles e a prestadora de serviços não é contratual.

Considerando que houve ilícito, a distinção foi essencialmente sobre o caráter originário do fenômeno jurídico que ligou materialmente as partes – a *matiz contratual* ou a *matiz aquiliana* da relação jurídica. No caso de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem ser contados a partir da citação (ainda que se trate de um contrato *standard* ou de “um mesmo evento acidental”). No mesmo sentido, o derradeiro REsp 16.238-SP (DJ 1º-06-1992) se reportou ao precedente anterior para firmar que a categorização decorre do direito material apreciado de uma maneira conceitual (geral, abstrata e fechada – o *texto da lei* é protagonista de uma atividade judiciária que reproduz e explica determinações legais).

A análise dessa verdadeira diátribe entre responsabilidade contratual e extracontratual aparece como algo análogo ao engessamento que o Código de Processo Civil de 1973 engendrou, em termos de efetividade da tutela jurisdicional. Naquela época, por exemplo, o “processo de execução” era separado na prática de acordo com a natureza do título executivo – o título executivo judicial *versus* o título executivo extrajudicial. Tudo acabava sendo remetido para um *novo processo* diferente do processo de cognição, sendo que esse momento satisfativo perduraria por muito tempo e não se adequava às necessidades das pessoas que dificilmente, ou com muito gasto de dinheiro e energia, alvitavam a pouca efetividade da tutela jurisdicional.

Embora o Código Civil e a dogmática falassem em obrigação pecuniária,

obrigação de fazer ou obrigação de entregar coisa, o que realmente importava em juízo seria a natureza do título, o que não destoa dessa modulação dos precedentes entre o que é do “contrato” e o que não advém do “contrato”. Nos precedentes que aparelharam a Súmula 54 do STJ, o que importava era definir a separação entre ilícito contratual ou extracontratual, bem como pontuar que os juros compostos somente oneravam o causador imediato do evento (preposto).

Demais peculiaridades referentes aos diversos “novos danos” e aos “novos direitos” experimentados na atualidade não foram suscitadas pelos julgados – *a questão do dano extrapatrimonial e os juros que o indexava não foi pormenorizadamente abordada nas decisões.*

O Código de Processo Civil de 2015 remodela essa maneira de adequar as técnicas processuais às necessidades do direito material. De plano, merece assinalar a fungibilidade entre as execuções, porque “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” (art. 785 do CPC). Esse dispositivo não toca apenas ao sempre lembrado “interesse de agir”, mas revela um processo flexível que deve se adaptar às necessidades das pessoas, à realidade do direito material. As categorizações jurídicas já não resistem a diatribes meramente conceituais, mas ensejam apreender os textos legislativos como “problema”⁶ a partir do qual o intérprete concretiza a norma do caso.

Respeitosamente, a premissa elencada coloca em xeque a permanência de uma aplicação axiomática da Súmula 54 do STJ, para demarcar o termo inicial da fluência

⁶ O Estado Legislativo decorrente do positivismo clássico tratava os textos dos códigos como reflexo da segurança jurídica implicada pela univocidade do direito. Atualmente, a segurança jurídica ocorre pela *consistência das decisões* que conferem unidade ao direito através das Cortes Supremas (*a fortiori*, o polêmico art. 926 do CPC) – afinal, o direito apreende dupla indeterminação (a equivocidade dos textos e a vagueza das normas). No Estado Constitucional contemporâneo, repleto de diuturnos novos conceitos e de inúmeras hipercomplexas funcionalidades, melhor falar que “o ordenamento jurídico serve como um problema” desde o qual o operador vai interpretar e aplicar a norma e sem descurar do caso. A circulação é metodologicamente válida. Dispositivo é condição de possibilidade da norma, a relação entre elas é teleológica. Ver ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 33 e 37. Citar a separação dos Poderes do Estado, como arquétipo que modularmente influencia a supremacia ora do legislativo, ora do judiciário (em período mais recente do Estado Constitucional), quer dizer que a interpretação atente a um mecanismo “quase” pré-dado para os alvites institucionais. Com efeito, conforme Parsons e o seu sistema conformado pela consecução do fim, manutenção das estruturas, adequação e integração – um sistema estrutural-funcionalista, quer dizer que os poderes separados e atualmente harmônicos equilibram a sustentabilidade das tarefas de cada qual, em especial, conferindo poder interpretativo-concretizador da norma do caso ao judiciário em tempos contemporâneos. As bases do sistema estão postas, e a ideia mais ou menos dinâmica-concretizadora da interpretação é que vai ditar o ideal efetivamente funcional da proposta estatal com o passar do tempo e as mudanças culturais.

dos juros moratórios em caso de indenização por prejuízo extrapatrimonial. A essência que estruturou os diversos Recursos Especiais que ilustraram o enunciado permite uma releitura, ou melhor, uma pontual distinção pragmática quanto ao termo inicial dos juros na indenização por dano extrapatrimonial.

1.1 A propedêutica situacional que implica os fundamentos da Súmula 54 do STJ

Duas frentes dogmáticas são peremptórias para a sucessão dos precedentes que embasam a Súmula 54 do STJ: a separação dos poderes do Estado, com a prevalência do legislativo sobre o judiciário⁷ e a decorrente tarefa descritiva do judiciário perante os textos legislativos⁸.

Os argumentos ventilados nas decisões assinalam uma verdadeira sistematização do direito privado que parte do texto do Código Civil (na época, uma obra monumental e global do sistema do direito privado). Vale dizer que os julgados não conferem uma unidade consistente do direito pela “concretização” da norma, antes meramente se reportam aos *dispositivos de normas* positivados na codificação para explicarem ou sistematizarem o encontro de soluções já legisladas.

⁷ Antes da Revolução Francesa, o judiciário era formado por membros da alta classe que podiam ceder ou vender os próprios cargos. A corrupção e a desconfiança em relação ao órgão judicante cresciam. Realidade que levou Montesquieu a desenvolver um modelo de Estado que pregava a separação absoluta entre os poderes. Mais que a separação dos poderes, devido àquela desconfiança, o esquema reservou uma tarefa meramente *cognitiva dos textos da legislação ao juiz*. O juiz não criava o direito, apenas reproduzia a vontade do legislativo, a lei do caso concreto – ditames que foram assimilados pelos processualistas da cepa de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei que vieram a influenciar o manuseio do processo em direito brasileiro. Nesse formato, *o judiciário foi subordinado ao poder legislativo*, tendo em vista que, para que a separação dos poderes funcionasse, “o legislativo deveria editar leis capazes de regular todas as situações. Ganhou força, assim, a figura dos Códigos, monumentos legais editados com a promessa de completude e coerência. Com eles, os juízes poderiam e eram incentivados a se portar como a simples boca da lei”. PUGLIESE, William. Precedentes e a civil Law brasileira (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28. Falar em Estado liberal clássico é reativar a separação absoluta dos poderes nesse período que sucede a Revolução Francesa, sobretudo, assinalando a supremacia do legislativo por sobre o poder judiciário – o que somente foi modificado com o movimento constitucionalista de meados do século XX (pós-guerra).

⁸ A separação de poderes chega a ser uma “noção de cobertura” paradigmática que se reflete no modelo racionalista da operação jurídica – a própria separação dos poderes se modifica ao largo do tempo (passou a ser uma *separação harmônica de funções* estatais com o escopo da tutela dos direitos das pessoas). “A univocidade de sentido, que o jusracionalismo procura conferir à norma legal, retira do julgador a possibilidade de interpretar, usurpando, assim, o seu poder criativo. Suprime-se inclusive sua autonomia crítica e o julgador não age valorativamente, mas apenas descobre a vontade unívoca do legislador”. MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), julho-dezembro 2012, p. 171.

O Superior Tribunal de Justiça, naquele primeiro quartel dos anos de 1990, manuseava a legislação conforme os ditames culturais da época – não há nada errado nisso. Porém, é necessário demarcar que a propedêutica ora denominada “situacional” revelava um desdobramento ilocucionário (o que se faz para aplicar a súmula) e outro locucionário (o sentido que embasa tal aplicação)⁹. Quer dizer que o STJ descrevia a “vontade” da lei¹⁰, desenvolvia dogmaticamente as fronteiras da literalidade do código sem, contudo, apreciar os novos direitos para os customizar, sem a então interferência do fenômeno da constitucionalização e, sobretudo, sem discutir a densidade preditiva-concretizadora de uma decisão judicial em parcela de igualdade harmônica e material com o poder legislativo.

A separação dos poderes¹¹ era levada em margem de igualdade formal. Ou melhor, o legislativo se sobrepunha ao judiciário no tocante ao “poder de dizer a legislação”. Daí que os aspectos que justificam a equivalência do termo inicial dos juro, seja para os clássicos direitos a serem indenizados, seja para os novos direitos que surgem na hipercomplexidade social, estavam equiparados por intermédio de uma legislação de 1916 que ignorava ou passava batida pela força normativa da nascente Constituição de 1988.

Citando Jerzy Wróblewski, a doutrina refere que tudo isso era muito bem vindo pelos valores do Estado liberal clássico. Os valores jurídicos que orientam a

⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 21.

¹⁰ A corrente cognitivista pode ser decantada em subjetiva (vontade do legislador) e objetiva (vontade extraída do conteúdo da lei). Com a influência de Wach, que além de processualista era um teórico do direito, fala-se mais em “vontade da lei” em um sentido objetivo, como se o cognitivismo fizesse uma descoberta ou um conhecimento do significado dos textos – pressupondo que não haveria ambiguidades ou vaguezas normativas, indicando que todo o direito e a segurança jurídica fossem decorrentes das fontes legisladas. Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409.

¹¹ Uma separação absentista ou autonomista dos poderes – observada sem a motricidade da harmonização desses mesmos poderes – é campo institucional propício para que os assuntos ou as funções desempenhadas pelos poderes também “não dialoguem”. Daí a reta separação entre direito material e processo, então defendida pela Escola Processualista, que elevou o processo civil a uma categoria autônoma até os limites da decisão (e da teoria da decisão judiciária) para não tocarem o ordenamento civil com a nota da criatividade. O cognitivismo apenas traduz o que o texto do direito material já traz por completo. A doutrina refere que “podemos relacionar a necessidade do afastamento entre *direito material* e *direito processual* daquela época com a necessidade de separar rigidamente a função do Estado que tem o poder de *criar* a norma, daquele que tem o poder de *aplicá-la*. Em outras palavras, apenas a uma das funções do Estado poderia ser outorgado o poder de *criar* o direito, cabendo à outra a descoberta do significado e a declaração do direito preexistente, mediante a sua aplicação ao caso concreto. Cabia, assim, ao poder legislativo criá-lo, e ao poder jurisdicional aplicá-lo. Não era permitido nenhum ato de criação daqueles que exerciam a função de aplicação do direito.” FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 293.

decisão judicial são a certeza, segurança jurídica, estabilidade das decisões, dentre outros, uma vez que se a decisão está inteira e estritamente determinada pela lei, as decisões são tão estáveis e seguras quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto¹². A tarefa *do juiz era meramente declarar* a norma contida no texto da lei, e o trabalho da sistematização não exaspera tais limitações; então se falava com naturalidade em indenização decorrente de ilícito contratual ou extracontratual para simplesmente reproduzir os termos que o Código Civil estabelecia. Sem espaços para os danos extrapatrimoniais e suas intercorrências cada vez mais complexas.

No aprofundamento da visão, fácil identificar que o judiciário pensava o processo e a decisão pela *lente do civilista*, haja vista que os institutos basilares do processo civil estavam pautados por uma metodologia que colocava a jurisdição no centro da teoria processual e, de resto, batizava-se o processo e seus institutos como uma “relação jurídica” (desde a obra bülowiana de 1868). A propedêutica processual estava compromissada com a tipologia do direito privado – razão pela qual ora se lhe denomina “situacional”, para salientar o caráter abstrato, avalorado e fechado que um achado do processo acaba sendo resumido, considerando que a decisão perde a própria dinâmica para aderir a uma estática classificadora dos institutos demarcados pelo civilismo. Ou melhor, a jurisdição recondia os seus dizeres ao que a legislação já falava em outros termos, talvez, mais complexos, mas sobretudo conceituais.

Deixar de examinar os julgados que fundamentam a Súmula 54 do STJ enseja uma aplicação axiomática¹³ do enunciado. Perspectiva pela qual a prática já não permite ao magistrado das instâncias iniciais, pois ele deve refletir sobre a natureza da *base de cálculo para justificar a incidência de juros bem assim examinar o termo inicial dessa conta de indexação*. Quando se cogita da indenização pela prática de fato sem que exista um termo legal previsto na lei ou no contrato, de pronto advém o legado da Súmula 54 que atualmente está positivado no art. 398 do Código Civil.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26. No mesmo sentido, Riccardo Guastini, *Argomentare...*, cit., p. 257/8. Para aprofundar, CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica de interpretação jurídica* (breviário para juristas). Trad. Daniel Mitidiero et alii. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 45 e seguintes.

¹³ Aplicação automática que examina somente a validade formal das premissas e da inferência lógica instrumentalizada, sem uma maior preocupação em nível apofântico. Trata-se de um silogismo categórico. COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* (pensamento, raciocínio e lógica no direito). 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31.

Entretanto, é preciso refletir que, em todos os casos elencados, não existe um anterior “arbitramento judiciário” dos danos ou prejuízos a serem indenizados. Se arbitramento existe, trata-se de uma decorrência do trabalho do perito (art. 509, I, CPC) que parte de premissas metajurídicas para o cálculo do prejuízo.

O julgamento do ilícito, o dever de reparar o dano extrapatrimonial e a definição do termo inicial dos juros são decorrentes de uma jurisdição preditiva que *concretiza a norma* da questão em demanda.

Com efeito, a liquidação por arbitramento¹⁴ efetuada pelo perito não tem nada a ver com o arbitramento de um dano indenizável a ser efetuado pelo juiz – esse último deve justificar a respectiva decisão se valendo de parâmetros objetivos para adjudicar o valor do dano extrapatrimonial. Está coarctado à adjudicação da norma do caso concreto. A teoria e a prática da decisão judiciária não se encaixam na submissão do judiciário ao legislativo e ao caráter meramente descritivo da sentença.

Respeitosamente, a questão do arbitramento judiciário do dano extrapatrimonial redimensiona a base de cálculo e acarreta uma releitura da Súmula 54 do STJ. Afinal, a separação entre o texto da lei em relação à norma remete a uma supremacia funcional da jurisdição para concretizar o direito em tempos de constitucionalismo.

1.2 Os fundamentos determinantes do enunciado sumulado

A súmula de um tribunal consiste no resumo de casos decididos de maneira similar. O enunciado consolida a sinopse da jurisprudência em determinado sentido, então demonstrando um entendimento que abarca diversos casos¹⁵. Ele serve como um “modelo”, por isso tem caráter aparentemente abstrato e uma linguagem que se aproxima aos tipos positivados na legislação.

¹⁴ A liquidação efetuada por perito é reservada a casos em que os danos patrimoniais possuem peculiaridade casuística. Nas hipóteses em que os objetos destruídos ou deteriorados são fungíveis e facilmente substituídos no mercado, a liquidação é dispensada pela precificação (*vide a fortiori* o art. 871 do CPC e a plasticidade que lhe permite a aplicação). Em realidade, ao invés de arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial, seria melhor falar em “precificação” dessa indenização – na medida em que o juiz se vale das máximas de experiência para atribuir o montante a ser reparado (art. 375 do CPC).

¹⁵ SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, p. 385.

A Súmula 54 do STJ determina que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Uma redação quase idêntica ao previsto no art. 398 do atual Código Civil, que estipula que “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

A questão da ilicitude¹⁶ é compromissada com a clássica noção civilista de contrariedade ao direito – seja violação do direito positivo no sentido estrito, seja violação das cláusulas do contrato (em *ultima ratio*, esse direito decorre da legislação); em qualquer hipótese o civilista trata como “ilícito”. Necessário lembrar que o art. 398 tem a redação elaborada por Miguel Reale, antes mesmo da publicação da Súmula 54 do STJ, nos anos de 1990. Vale dizer que os enunciados são *contemporâneos em termos da mesma antiguidade entabulada no milênio passado*. Peculiaridade evidenciada ao tratar genericamente o praticante de um ato ilícito como um “devedor”.

O direito contemporâneo sistematiza normas que dispõem *posições jurídicas* – não meros direitos subjetivos. Portanto, os *novos direitos* encerram inúmeros deveres, prestações ou encargos outrora não imagináveis quando da elaboração dos citados dispositivos. Em outras palavras, nem todo sujeito que pratica um ato contrário ao direito se trata de um “devedor” perante outro sujeito determinado. Além disso, observa-se que, no início da década de 1990, pouco se admitia o “dano moral”, ou a dogmática determinava uma comprovação “defensivista” do dano moral. Hoje, ninguém discorda que o dano *extrapatrimonial consiste em um gênero* do qual são espécies o dano existencial, o dano estético, o dano biológico, a perda da capacidade produtiva, o dano aos direitos da personalidade, enfim, o dano moral puro¹⁷.

Com efeito, pensar apenas na literal dicotomia entre dano contratual ou extracontratual enquanto diferentes bases de cálculo para a incidência dos

¹⁶ O direito positivo encampa a proposição jurídica de matriz kelseniana em que uma obrigação (direito subjetivo) subentende um dever (a origem mais prematura advém de Windscheid). Além dessa correlação não ser necessária – existem deveres sem obrigações correlatas –, a questão da ilicitude não é absolutamente vinculada à indenização. Com efeito, o sistema jurídico estipula normas de conduta que podem ser descumpridas e *não causarem um dano imediato* (vide normas de direito ambiental). É importante situar o contexto civilista que se reflete na tutela do direito subjetivo, diversamente do que ocorre quando o *foco da jurisdição é a entrega da tutela do direito*, o que acontece na atualidade e a partir de uma posição jurídica. Os interesses a serem satisfeitos na atualidade são muito mais variados que na milenar dicotomia.

¹⁷ Quando se fala em posição jurídica, descobre-se a questão dicotômica do credor-devedor. A posição jurídica viabiliza uma série de interesses dignos de proteção, daí se falar em tutela “híbrida” da personalidade – uma leitura ampliada do art. 12 do CC e dos dispositivos da Constituição.

juros é reducionismo do próprio *princípio da integralidade da reparação* a um perfil conceitual. Embora os arts. 397 e 398 do Código Civil ratifiquem a Súmula 54 do STJ, parece nítido que a diferenciação da base de cálculo que realmente importa para a melhor identificação do termo inicial dos juros está condicionada pela *estrutura e pela funcionalidade da reparação* – reparação enquanto norma do caso concreto perfectibilizada pela jurisdição.

A função de reparar o dano material é recolocar o estado de coisas como eles estavam antes da agressão ao direito – por isso existe uma liquidação ou precificação imediata entre a violência e a reconstrução patrimonial em caso da indenização material. De outro lado, o dano extrapatrimonial não permite uma simples reposição do estado das coisas ao patamar anterior – tendo em vista que esse estado é particular ou de imprecisa definição absoluta (a tutela é híbrida). Em segundo lugar, porque a indenização por dano extrapatrimonial tem *função reparatória e também pedagógica*, sendo que a fixação dessa espécie de indenização é pautada por critérios jurídicos extraídos do sistema (dogmática) e do caso concreto, mas analisados por intermédio de um método bifásico elaborado pelo próprio magistrado.

A tese jurídica da Súmula 54 do STJ repercute a dicotomia entre atos contrários ao direito: quando já existe um termo determinado (art. 397 do CC, vencimento *ex re*) para a incidência dos juros ou quando esse termo inicial dos juros é inexistente (vencimento *ad personae*). A legislação constitui o sujeito em mora *ex re* (art. 398 do CC) pela prática do ilícito, quando da prática de um ato contrário ao direito extracontratual. A separação é conceitual e funcionalmente válida para separar a dicotomia do contrato ou ilícito absoluto – mas, a diferença não tem sustentabilidade para conferir uma plena satisfação do dano extrapatrimonial.

A nova feição da separação dos poderes desde o constitucionalismo reflete a primazia da jurisdição sobre o ato de legislar. Em decorrência, o arbitramento do dano extrapatrimonial é metodologicamente diferente do dano material – fenômeno que enseja a releitura do termo inicial da incidência dos juros para a indexação da indenização por dano extrapatrimonial.

2 A PERSPECTIVA FUNCIONAL DA JURISDIÇÃO

A separação absoluta dos poderes no Estado Legislativo reservou uma atividade *subalterna* da jurisdição em relação ao legislativo. Esse modelo de

Estado¹⁸, no qual a função judiciária era somente para declarar a vontade da legislação por intermédio de um raciocínio cognitivo e silogístico, perdurou pelo século XIX e foi confirmado no processo civil pela Escola Processualista, influenciando a dogmática da Alemanha e da Itália. A teoria declaratória da jurisdição explicita um cenário que respalda a visão do processo por intermédio da lente civilista, fazendo que institutos e até práticas sejam remetidos a uma sistematização estática, porque focada em normas atributivas de direitos-deveres nesse duplo binário avalorado, fechado e abstrato.

O constitucionalismo, desde meados do século XX, confere nova motricidade às funções estatais¹⁹ – elas passam a atuarem *harmonicamente*, implicando primazia aos direitos fundamentais e alvitando a preservação da dignidade da pessoa humana. Isso resultou em um novo aparato de fontes jurídicas e a uma técnica legislativa repleta de cláusulas gerais e conceitos indeterminados que retratam a plasticidade dos dispositivos constitucionais. Em realidade, a tríplice modificação em termos das fontes (teoria das normas, técnica legislativa e interpretação jurídica) funcionalizou a jurisdição²⁰, que não apenas descreve

¹⁸ No Estado Legislativo a lei oriunda do parlamento era a fonte do direito que conferia segurança jurídica e derrotava todas as possíveis lacunas dogmáticas. Essa concepção a respeito do próprio direito transformava o judiciário em órgão interlocutor que, por uma interpretação cognitivista – que meramente declarava a vontade da legislação – reduzia a função do juiz a um exegeta descobridor da literalidade da legislação para o caso concreto. Somente uma visão crítica da função jurisdicional permite *dinamizar* os demais institutos do processo e, finalmente, conferir uma atuabilidade da jurisdição conforme as implicações do Estado Constitucional. Ora, a elevação do contraditório a um caráter material, a exaltação da fundamentação com o dever de *accountability* e a importância da transição da jurisprudência aos precedentes das Cortes demonstram que a jurisdição alavanca um papel de relevo por sobre a própria atividade legislativa. A segurança jurídica já não depende da univocidade do texto da lei, mas do sentido e unidade do direito conferidos pela consistência das decisões exaradas pelas Cortes – instituições comprometidas com a jurisdição em uma matriz constitucionalista. FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 290.

¹⁹ A doutrina assinala que o “French style” consiste em um modelo histórico que não resiste à mudança implicada pela verdadeira revolução contemporânea dos direitos humanos e da legitimação de meios e instituições que os concretize. Mauro Cappelletti enfatiza que não existe um futuro para a humanidade que não recobre a filosofia da tolerância e do mútuo respeito, que serve aos indivíduos enquanto fins em si mesmos e serve também para propulsionar as instituições – no sentido de elas providenciarem instrumento de salvaguarda das pessoas. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, ano 2001, p. 285.

²⁰ “O legislador deve resignar-se a considerar as próprias leis como ‘partes’ do direito, não como ‘todo’ o direito. Em outros termos, o ‘universo jurídico’ acaba por concretizar-se na atividade argumentativa da classe dos juristas, em uma contínua integração de sujeitos que compartilham preparação e mentalidade similares”. PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia com tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23.

ou explica exegeticamente textos da lei, *mas concretiza a norma do caso para entregar a tutela do direito* para as pessoas em uma perspectiva em que o texto da lei difere da norma – a dinamicidade está na valoração, no caráter aberto e na maneira casuísta da operação jurídica da interpretação que concretizava a norma do caso concreto.

A propedêutica que adjudica o dever de responder civilmente pela prática de danos a outrem, bem assim com o arbitramento do dano extrapatrimonial – enquanto *base de cálculo dos juros* – não é um exame situacional, pois a instituição assume uma nota de *proteção da posição jurídica* que pode ser efetuada por diversos meios²¹ que alvitram as necessidades do direito material e da realidade social em julgamento. Quer dizer que o judiciário consubstancia valorativamente a contrariedade ao direito e estipula o valor do dano extrapatrimonial com uma preocupação compensatória e outra razão pedagógica dos danos extrapatrimoniais. Fatores que subjazem a importância de levar em conta a data da prolação da decisão para fins de indexação.

A matriz adjudicatória da jurisdição autorrestringe o termo inicial dos juros moratórios a um patamar diferente dos previsto na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e nos arts. 397 e 398 do Código Civil – afinal, a instituição desempenha uma função outrora não admitida.

2.1 A metodologia multifuncional para o arbitramento do dano extrapatrimonial

A aplicação do direito subentende a interpretação do texto da legislação²², tanto que a doutrina de Eros Roberto Grau assinala que “interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitados a interpretar (=compreender) os

²¹ Em termos de responsabilidade civil contemporânea, é possível dizer que a tutela do direito não apenas se movimenta a partir do elemento central “dano”. As posições jurídicas reclamam técnicas de direito material adequadas à especificidade da proteção, seja contra o dano, seja contra o ilícito. Por exemplo, a multa, a prisão, a compensação em dinheiro, o fechamento da fábrica e assim por diante. No direito processual, esse cenário maleável de *técnicas materiais* se expressa pela efetividade, adequação e tempestividade da tutela jurisdicional, cujo corolário é a previsão de “técnicas processuais” que melhor efetuem a atendibilidade do direito material. Dentro das possibilidades que o efeito do tempo e da reposição das coisas ao estado anterior viabilizam, o processo experimenta uma sucessão de meios-técnicas para o achado da tutela do direito.

²² “Recognizing that not all rights are rights against rules should motivate deeper inquiry into the purposes that rights serve and, again, should promote acknowledgement of plurality”, os direitos devem ser levados a sério (Dworkin) e, também, os fatos devem ser levados a sério. Ver FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, abril 2000, v. 113, number 6, p. 1366.

textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”²³. O Estado Constitucional harmoniza a supremacia da jurisdição como a função que confere segurança jurídica ao tráfico, por meio da consistência dos julgados que atribuem sentido e unidade ao direito. A nova teoria das normas, bem como a atualização das técnicas legislativas desenvolvem uma nova maneira de interpretar – com um caráter lógico-argumentativo²⁴ que encerra uma justificação interna (sem contradições entre as premissas e tendente à completude na resposta do problema) e com a justificação externa que abarca as razões sensíveis para a ratificação justificacional. Do ponto de vista do resultado, a interpretação deve ser coerente e tendente ao universal.

Uma resposta que não seria tão complexa na maneira de recompor um prejuízo patrimonial. Com efeito, quando existe um dano material, a coisa afetada já possuía um preço estimado – por exemplo, se um *carro da marca Alfa do ano de 2015* é completamente destruído, existe uma tabela FIPE que lhe atribui uma precificação aproximada. Se não houve destruição total, uma avaliação por técnico (dispensável que seja perito) pode aferir os gastos para a recomposição. Quer dizer que os danos materiais possuem um limitador dentro da própria classe de coisas que estimam a fungibilidade desses bens. A liquidação judicial (por arbitramento ou por artigos), a estimativa por analogia (art. 871 do CPC) ou uma *prova técnica simplificada* soluciona a depreciação (art. 464, §2º, do CPC).

A *quantificação do prejuízo material* foi abarcada pela *holding* dos julgados que convergiram na Súmula 54 do STJ. A tese judiciária incluiu o termo inicial dos juros se o caso decorresse de ilícito contratual ou de ilícito extracontratual, assim como está escrito no art. 397 e 398 do Código Civil.

Nada foi destacado quanto à indexação do dano extrapatrimonial – em termos de *ratio decidendi* no sentido de unificar o direito.

Respeitosamente, essa visão é descritiva em termos de jurisdição. A

²³ GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 33.

²⁴ A doutrina refere que os tribunais do direito comum cumprem uma dupla tarefa. A primeira se volta ao passado, resolvendo a disputa entre as partes. Por outro lado, também desempenham a função de enriquecer o ordenamento jurídico em um sentido prospectivo, firmando precedentes que asseguram a consistência à segurança jurídica. O atual Código de Processo Civil acompanha essa tradição no sentido de emprestar força ao triplice supedâneo da reengenharia da segurança jurídica: contraditório material, fundamentação sustentável e precedente vinculante. Ver PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil Law brasileira* (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

análise que meramente recompõe preços defasados, ou mesmo verificar se houve significativa destruição do objeto, é mais explicativa ou cognitiva que *reconstrutiva do direito*. A margem da discussão monetária está delimitada e pressuposta por experiências cotidianas que obviamente poderiam assumir complexidade frente a objetos de rara significação (os “novos direitos” – que não estavam na pauta dos anos 1990 e hoje respaldam uma tutela atualmente assinalada como *híbrida*).

O problema é referente ao dano extrapatrimonial – porque ele não possui um preço de prateleira, não possui uma taxatividade de precificação²⁵. Vale dizer que não existe preço para a perda de um ente querido; para a perda de um braço ou de uma perna; para um dano estético no rosto de uma modelo ou de um pedreiro; para um dano biológico que comprometeu o crescimento de uma criança em seus primeiros anos de vida.

Enfim, o dano extrapatrimonial depende das circunstâncias tendencialmente objetivas do caso para ser adjudicado e arbitrado. Esse cálculo é multifuncional, porque o interesse²⁶ pressuposto não resiste a uma simples recomposição do patrimônio afetado. É muito difícil calcular o exato valor do dano que malferiu uma prerrogativa da personalidade. Daí que ocorre uma duplicação de funções²⁷: uma função compensatória, algo que procura ressarcir a vítima levando em conta uma estimativa do prejuízo causado, e uma função pedagógica-dissuasória, que impulsiona um dever de maior cuidado nas ações do sujeito que praticou o evento lesivo e de resto também servindo de exemplaridade para a comunidade (pretensão de universalidade).

A dupla funcionalidade remete a uma metodologia bifásica para o cálculo da indenização. A doutrina²⁸ refere que o art. 946 do Código Civil estabelece que o valor das perdas e danos deve ser apurado na forma da lei processual. Contudo, esse arbitramento é diferente daquele “arbitramento” decorrente da liquidação

²⁵ No final do ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul disponibilizou uma interessante ferramenta que elenca uma “média” das indenizações referentes ao dano moral. Trata-se de uma tabela não vinculante que amalha alguns indicativos jurisprudenciais, até pelo fato de que o Enunciado 550 das Jornadas CJF estipula que: “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”. O importante é consignar que a jurisdição concretiza o montante do dano conforme a dogmática e as circunstâncias do caso – dentre elas, a perspectiva do tempo, confirmando a tese ora defendida que afeta o termo inicial dos juros moratórios.

²⁶ Interesse como categoria metaprocessual, como um conjunto de meios que ligam a posição jurídica à tutela do direito.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* (responsabilidade civil). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 380/5.

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 387.

processual (que o perito nomeado pelo juízo elabora). Também se denomina *arbitramento* a apuração dos danos extrapatrimoniais, mas ele é decorrente de um capítulo efetuado na sentença que avalia as funções da indenização e se vale de critérios (dogmáticos e casuístas) para, em um cálculo bifásico, chegar a um patamar que tende a recolocar as partes ao estado anterior da causação do prejuízo (melhor seria falar em “precificação”, *a fortiori* do art. 871 do CPC).

O próprio ordenamento jurídico oportuniza a utilização de alguns critérios para o arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial. Embora não tenha sido recepcionada pela Constituição, a Lei 5.250/67 entabula que no arbitramento desses danos, deve ser considerada a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido. Aqui, também vale considerar a posição social e econômica do ofensor e a peculiaridade do dano ser repetido para outros sujeitos. A intensidade do dolo ou o grau de culpa do sujeito também são objetos para serem aferidos juntamente com o comportamento da vítima e do ofensor no decorrer do fenômeno. Para além desses critérios que a Lei de Imprensa já estipulava, a questão da hipossuficiência também (art. 39, IV, CDC) é nota a ser considerada, assim como outros aspectos que se encontram na legislação – como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e as agravantes e atenuantes genéricas no cálculo da pena criminal. O importante é que o juiz, na prática, sistematize uma série de aspectos que o ambiente jurídico considera relevantes, inclusive fazendo inserir o *fator tempo entre a data da ofensa e a data da sentença* no valor da indenização – o fator tempo interessa ao processo e ao direito material.

Um trecho da fundamentação do REsp 1.152.541 (Terceira Turma, DJ 13/09/11), relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, explica o método bifásico no arbitramento do dano extrapatrimonial:

O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que

situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

No primeiro momento, o julgador deve observar o contexto jurídico – como ensina a experiência do círculo hermenêutico que garante a razoabilidade para a manutenção da igualdade perante o direito²⁹. Identificados os fatores de convergência jurídica, no segundo momento são assinaladas as circunstâncias do caso concreto que, de maneira objetiva, tendem a uma universalização do valor pautado. Esse precedente converge à *ratio decidendi* do REsp 710.879 (Terceira Turma, DJ 01/06/2006), relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que estipulou o método bifásico nessas equivalentes premissas: no primeiro momento, analisando o contexto de julgamentos análogos e, no momento derradeiro, valorando as circunstâncias do caso concreto.

Em outras palavras – o primeiro momento traduz a dogmática (legislação e julgamentos-líderes) e, o segundo momento, avalia as circunstâncias do caso concreto. O arbitramento do dano extrapatrimonial deve ser razoável à conjugação dessas premissas. Além do valor monetário que é arbitrado, o julgador ainda deve ter em vista o *tempo que levou entre o evento danoso e o julgamento*. Certamente, o transcurso do tempo é fator internalizado na decisão como uma “circunstância objetiva” do caso que pode ensejar até a dificuldade do acesso à justiça. Ora, não se pode demarcar um valor fazendo crer que os juros desde a data do evento resolvem a situação – o problema é melhormente resolvido com o arbitramento transparente do montante indenizável (ainda mais tendo em vista a hipercomplexidade da Sociedade 4.0 e a matriz dinâmica da adjudicação judicial que varia na imanência dos padrões culturais de momentos cada vez mais fugazes).

²⁹ Na *civil law* os juízes dão uma maior importância aos enunciados legislados; na *common law* os juízes dão maior importância ao caso em julgamento e suas circunstâncias. A principal disparidade entre *civil law* e *common law*, portanto, é referente ao método utilizado para a solução de determinado caso – a ordem das premissas influencia, em termos de tradição jurídica, a classificação da conclusão. SHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico* (una nuova introduzione). Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ristampa. Roma: Carocci Editore, 2018, p. 106-110.

A *fortiori*, quando o juiz efetua o raciocínio pelo método bifásico, ele deve levar em conta “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. O citado art. 493 do CPC expressamente determina tal consideração – o dispositivo ratifica que o *tempo* é fato que atinge diretamente a existência, a permanência e o próprio arbitramento do dano extrapatrimonial, com importância decisória que toca o direito material e o processo.

Considerando que os precedentes relacionados resumem uma primeira fase dogmática, porque amalha semelhanças entre julgados ou aspectos legais pervasivos no sistema jurídico, e tendo em vista que na segunda fase as peculiaridades do caso concreto ajustam o montante a ser indenizado, é possível concluir que a decisão interpreta e aplica a norma, daí arbitrando o valor da reparação por dano extrapatrimonial.

Nesses termos, a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça merece uma respeitosa análise quanto à indexação, *levando em conta a própria mudança da literalidade do Código de Processo Civil* explicitada abaixo.

2.2 Narrowing: o termo inicial dos juros sumulados e ratificados por precedentes exaspera a autorrestrrição em relação ao arbitramento judicial do montante para reparar o dano extrapatrimonial. Para uma base de cálculo diferente, o termo inicial dos juros é diferente

Identificada a *holding* dos precedentes que culminaram na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e assentado que a jurisdição constitucionalizada desempenha uma função concretizadora da norma por meio dos novos precedentes que ratificaram a novel súmula, evidente que a decisão constitui e arbitra o montante da indenização por prejuízo extrapatrimonial. Assim, o art. 85, §16, do Código de Processo Civil, resume e ratifica a solução proposta: “quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão”.

Os precedentes anteriores à Súmula 54 do STJ permitem separar os institutos que se tornaram verdadeiros dogmas: a responsabilidade por dano contratual e a responsabilidade por dano aquiliano, assim como a incidência de juros

compostos apenas ao sujeito que praticou o fato “delitivo” que ocasionou o dano. No REsp 9.753-SP (DJ 09-12-1991), em *obiter dictum*, falou-se em dano extrapatrimonial, sem aprofundar a concretização desse ressarcimento em termos de teoria da decisão judicial.

Os precedentes, relatados pela Ministra Nancy Andrighi e pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, não modificaram o termo inicial dos juros, conforme anotado nos acórdãos-líderes referidos.

A delimitação da questão firmada na tese do precedente permite *distinguir os casos futuros que ocorrerem que não se enquadram no arranjo do acórdão*. “O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é situação de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação”³⁰. Quando se mexe na base de cálculo do valor indenizável, porque tal indenização é decorrente de arbitramento do juiz, diversas circunstâncias são abarcadas na conta, em especial, *circunstâncias outrora não previstas* nos precedentes clássicos. Com efeito, mudando a base de cálculo, também é caso de mudar o termo inicial dos juros moratórios, porque o acessório segue o principal.

A não aplicação do precedente pela distinção restritiva caracteriza o fenômeno do *narrowing*³¹. Trata-se de uma técnica que implica uma interpretação mais limitada que restringe a aplicação do precedente. Em um mesmo movimento, a distinção pelo *narrowing* mantém o precedente-base no ordenamento, ao lhe conferir uma aplicação diferenciada quanto à figura que excepciona em relação ao precedente. Por exemplo, quando se examina que a Súmula 54 do STJ e os precedentes que lhe ratificaram a continuidade vinculante forte não distinguem a maneira de calcular o dano extrapatrimonial, com uma metodologia e resultados diversos da apuração da indenização por dano material, verifica-se a hipótese de *estreitamento do precedente em relação à indexação do dano extrapatrimonial*. Por conseguinte, os juros sobre o valor do dano extrapatrimonial concretizado fluem desde o trânsito em julgado. Isso é decorrência do *narrowing* que “espreme” a razão de ser do precedente, com vistas à manutenção da própria finalidade desses enunciados que ficam no entorno da Súmula 54 do STJ.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1009.

³¹ M. RE., Richard. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, p. 1868. In: <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>, acesso em 05 jan 21.

Marinoni ressalta que, embora o precedente possa ter o seu conteúdo restrito ou ampliado, é preciso ver que a aplicação do precedente deve ser compatível com a sua finalidade. Não há como admitir a adoção de um precedente quando esta é incompatível com a sua finalidade ou com as razões que justificaram a sua instituição. Todavia, tal incompatibilidade também pode se dar diante de razões que estão à base de uma situação nova, não tratada no precedente, tais razões impõem a limitação do alcance do precedente e, assim, em termos concretos, a sua não aplicação ao caso sob julgamento³². Exatamente o que acontece quando a jurisdição do Estado Constitucional concretiza a norma do caso e arbitra o dano indenizável – daí considerando esse “termo para frente” como marco da indexação: a atualização monetária começa a contar desde a data da decisão, em especial, os juros moratórios fluem a partir do trânsito em julgado.

O arbitramento do dano extrapatrimonial indenizável consiste em uma faceta de ativismo judicial. Coetânea a tal implicação está a autorrestricção dessa indenização para não extrapolar as funções compensatória e dissuasória dessa reconstrução³³. Na medida em que o julgador avalia critérios que firmam patamares para o achado do montante a ser reparado, também é intuitivo que a decisão considera um valor calculado na data em que for elaborado o raciocínio. Em outras palavras, o magistrado não retorna à data do fato para resolver a indenização como se nada tivesse acontecido – o grau de reprovação do fato lesivo³⁴ está na “cabeça do juiz”; logo, o fator tempo está abarcado no

³² Marinoni, *Precedentes...*, cit., p. 231.

³³ “A delimitação da *ratio decidendi* será realizada pelos julgados posteriores, atuando aquele julgado original como um parâmetro inicial do texto a ser interpretado. Ou seja, há um trabalho conjunto tanto da Corte competente para estabelecer o precedente, como dos demais julgados que vão interpretar aquele texto e incorporar novos elementos à *ratio decidendi*”. Vale dizer que o precedente originário é paulatinamente firmado, com a ajuda dos julgados posteriores e por vezes dissonantes. A mudança de entendimento sobre a função jurisdicional – de uma predição conceitual a uma predição concretizadora da norma do caso – acarreta efeitos para uma distinção ampliativa ou restritiva do precedente. PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (*distinguishing*) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza et alii. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 648. A tarefa não é fácil e depende de um verdadeiro arranjo de derivações. “A statute may have an interpretation section which provides general definitions or elucidations of the rule. However, doubts about interpretation very commonly arise with reference to some particular event or case that may allegedly have occurred or may be hypothetical. In such contexts it is not always easy to distinguish between interpreting a rule (general) and applying it to the facts of the case (particular). TWINING, William; MIERS, David. *How to do thing with rules*. London: Cox & Wyman Ltd, 1976, p. 85.

³⁴ Uma distinção clássica efetuada pelos penalistas é que o “grau de reprovação” da conduta não está na própria conduta, mas é fruto de uma valoração raciocinada pelo juiz. O objeto da valoração (os pressupostos da indenização) é diferente da valoração do objeto. No cálculo da pena criminal, ao asseverar que o juízo de reprovação não está na cabeça do autor do *fato criminoso*, antes é produto de uma *valoração que está na cabeça do juiz*, ao examinar o fato-crime, James Goldschmidt revela que o sistema jurídico predis põe

arbitramento judiciário. Equivale dizer que a reconstrução do ordenamento tem efeito *ex nunc* para o ressarcimento do dano extrapatrimonial. Essa conclusão faz que a base de cálculo do dano extrapatrimonial seja concretamente menor que a base de cálculo do dano material (pode ser virtualmente analisada, mas não entra concretamente na conta).

Ao mesmo tempo em que valora a existência da contrariedade ao direito, a “ilicitude” passa a existir na sentença para viabilizar o arbitramento da indenização. Afinal, o fato jurídico ilícito é um acontecimento com aptidão para produzir consequências no mundo jurídico, somente após a constatação judiciária da reprovação, pois consiste na reunião do “fato sensível + incidência da norma”. Segundo Marcos Bernardes de Mello, “a norma jurídica, portanto, enquanto não se materializa no mundo o seu suporte fático não passa de uma proposição linguística sem consequências jurídicas quaisquer. Só a cópula norma/suporte fático cria fato jurídico e somente de fato jurídico nascem efeitos jurídicos. Por isso, qualquer doutrina que não leve em conta esses elementos, como as doutrinas normativistas que somente veem a norma, relegando a plano secundário, ou mesmo deixando de lado o fato jurídico, jamais poderão explicar convenientemente o fenômeno jurídico”³⁵.

A decisão é imprescindível na ocasião em que existe litígio sobre a constatação do ilícito e da responsabilidade pessoal. E somente a partir desse pressuposto decisório é que se passa ao arbitramento da indenização. Uma operação que encerra valoração, casuísmo e caráter aberto aos parâmetros debatidos em contraditório. O dinamismo do processo enseja a definição do ato ilícito com o escopo de funcionalizar o dever de reparar-dissuadir, sendo que a dialética que estrutura o processo atribui força constitutiva à demarcação da indenização. Segundo Fazzalari, consiste:

nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto); nella rilevanza delle

normas afirmativas de valores que previnem a desestruturação ocasionada pela contrariedade ao direito. Porém, quando ocorre o dano, a adjudicação da responsabilidade e o cálculo do montante a ser reparado é objeto do conhecimento do juiz. GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, Bdef, 2007, p. 73.

³⁵ Prefácio do ensaio *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, de Didier Jr. e de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, p. 12.

medesime per l'autore dell'atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati³⁶.

O contraditório legitima e confere sustentabilidade aos fundamentos da decisão judiciária. O arbitramento do dano extrapatrimonial é capítulo da sentença e decorre do grau de reprovação que o magistrado justifica, ao aferir o contexto de responsabilização³⁷ que ensejou o prejuízo. Em decorrência, quando o art. 292, V, do Código de Processo Civil, determina que “na ação indenizatória, inclusive fundada em dano moral, o valor pretendido” deverá ser individualizado na petição inicial – esse dispositivo ratifica todas as premissas entabuladas, afinal, o contraditório não consiste em um instrumento de luta entre as partes, mas uma metodologia e um instrumento de operação do juiz³⁸, que deve levar em conta a dialética processual para *concretizar a norma do caso e entregar a tutela do direito*.

Se a própria parte autora deve postular um valor que reputa “justo” para indenizar o dano extrapatrimonial (art. 292, V, CPC), quer dizer que, na medida em que a jurisdição trabalha para concretizar a solução do caso em demanda, é reduzida a aplicação do precedente em relação à total abertura do dano material. Afinal, a função de concretizar a norma do caso para adjudicar a responsabilização e arbitrar o montante a ser reparado deixa claro que o sistema jurídico analisa o montante da indenização por intermédio de um “juízo elaborado pelo magistrado no momento da sentença”. A partir dessa data é que incidem os indexadores: atualização monetária desde a sentença e os juros moratórios desde o trânsito em julgado (conforme o também citado art. 85, §16º, do CPC).

CONCLUSÃO

A Súmula 54 do STJ estabelece que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”, um enunciado que se sistematiza na inteligência conjunta dos arts. 397 e 398 do Código Civil (todos esses enunciados foram elaborados no milênio passado).

³⁶ FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

³⁷ Por “contexto de responsabilização” se remete aos pressupostos da responsabilidade civil, em especial, levando em conta a conduta, o elemento subjetivo (dolo) ou normativo (culpa), bem como o nexos causal.

³⁸ PICARDI, Nicola. *Audiatur et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Ensaio dedicado à memória de Angelo Bonsignori com tradução de Luís Alberto Reichelt. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

Ocorre que, na hipótese da responsabilidade por dano extrapatrimonial, a *concretização da norma jurídica pela jurisdição* possui o efeito de estipular a contrariedade ao direito e, ao mesmo tempo, arbitrar a indenização referente ao prejuízo – na prática, a jurisdição “constitui” o prejuízo. Essa espécie de dano permite um espaço de valoração mais aberto ao julgador, sendo que o *fator tempo também está inserido na delimitação da conta (diálogo das fontes entre art. 944 do Código Civil e art. 493 do Código de Processo Civil)*.

Se a base de cálculo do dano extrapatrimonial é diferenciada em relação às peculiaridades da base de cálculo do dano patrimonial, os fatores de indexação também merecem uma reflexão particularizada. Considerando o efeito *constitutivo* da decisão³⁹ que arbitra a recomposição dos danos extrapatrimoniais; portanto, a atualização monetária desse montante começa a valer desde a data da sentença (ou do acórdão, observado o efeito substitutivo do art. 1.008 do CPC) e, em especial, o termo inicial dos juros moratórios é contado a partir do trânsito em julgado.

A releitura estreita (*narrowed*) dos precedentes decorrentes da Súmula 54 do STJ distingue a aplicação do enunciado para outros casos, mantém o enunciado válido, mas não para ser aplicado em termos de indexação do dano extrapatrimonial, cujos juros devem fluir a partir do trânsito em julgado.

Janeiro/2021⁴⁰

REFERÊNCIAS

- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, ano 2001.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica de interpretação jurídica* (breviário para juristas). Trad. Daniel Mitidiero et alii. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* (pensamento, raciocínio e lógica no direito). 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

³⁹ Aqui não se trata de classificações de ações ou sentenças, mas do efeito prático que a decisão implica por intermédio da concretização da norma do caso.

⁴⁰ Todo o amor que existe nessa vida para Maria Ivone Benvenuti Castro.

- FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, abril 2000, v. 113, number 6.
- FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.
- FEIJÓ, Maria Angélica. A visão da jurisdição incorporada pelo novo Código de Processo Civil. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, Bdef, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro. In ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), julho-dezembro 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Prefácio do livro *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. In: DIDIER JR., Fredie Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* (responsabilidade civil). São Paulo: Saraiva, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (distinguishing) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza et ali. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Releitura da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. (narrowing dos precedentes em relação ao termo inicial dos juros na reparação do dano extrapatrimonial)

- PICARDI, Nicola. *Audiatur et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Ensaio dedicado à memória de Angelo Bonsignori com tradução de Luís Alberto Reichelt. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia com tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PUGLIESE, William. Precedentes e a civil Law brasileira (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- M. RE., Richard. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, p. 1868. In: <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>, acesso: 05-01-21.
- SHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico* (una nuova introduzione). Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ristampa. Roma: Carocci Editore, 2018.
- SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense.
- TWINING, William; MIERS, David. *How to do thing with rules*. London: Cox & Wyman Ltd, 1976.
- ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ASPECTOS ESSENCIAIS DAS CULTIVARES: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

Eduardo Miceli Fanti Fajardo¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo fundamental discutir aspectos essenciais da existência de um sistema de propriedade intelectual utilizando as cultivares como ponto focal, abarcando as justificativas de proteção dos bens imateriais, as fundamentações econômicas além de discussões, como sobreposição de proteções e a função social de tal direito de propriedade industrial.

Palavras-chave: Cultivares. Propriedade Intelectual. Sobreposição de Direitos de Propriedade Intelectual. Patentes. Função Social.

Abstract: This study aims to discuss fundamental aspects of Intellectual Property approaching the protection of plant varieties as its focal point, discussing the theories that justify intellectual property, its economical foundation, and inescapable topics such as overlapping Intellectual Property and social function of such right.

Keywords: Cultivated varieties. Intellectual Property Rights. Overlapping Intellectual Property Rights. Patents. Social Function.

INTRODUÇÃO

Por vezes, uma variedade de planta ou parte dela se mostrará digna e útil o bastante para que se justifique uma modalidade de proteção individual. Talvez uma variedade de flor seja homogênea, estável e distintiva da sua espécie por

¹ Mestrando em Propriedade Intelectual e Tecnologia pela American University, Washington College of Law. Advogado especializado em Propriedade Intelectual e bacharel pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ).

uma margem mínima de descritores, tornando-a ornamentalmente desejável; da mesma forma, um cruzamento de variedades de milho se mostra especialmente resistente ao clima de determinada inóspita região, proporcionando a manutenção de certas populações. Se economicamente úteis, estas espécies poderão requerer a um certificado de proteção de cultivar, modalidade de propriedade intelectual própria de espécies vegetais.

O objetivo do presente estudo é traçar uma linha pelas questões fundamentais da propriedade intelectual utilizando as cultivares como filtro e razão ulterior da abordagem. De certo será necessário abordar temas de caráter mais amplo, como a primeira parte, que traz a relevância da propriedade intelectual no campo econômico; dada a exclusividade que se concede aos bens imateriais, torna-se necessário um olhar macro sobre seus impactos na dinâmica da concorrência e do mercado – até pela excepcionalidade das cultivares, que não requererem uma *novidade* como concebida na carta-patente, tendo seu fundamento de tutela na sua utilidade econômica.

Desta forma, será possível desenvolver poderá um paralelo fundamental entre patentes e cultivares; uma vez que o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC, ou TRIPS), ao dispor sobre a proteção de variedades vegetais, faculta o emprego de um sistema de patentes, por um sistema *sui generis* eficaz ou uma combinação de ambos, o diálogo entre as duas modalidades protetivas é inescapável.

Assim, será exposto de forma breve a importância econômica e social das cultivares num país tão robusto no campo da agricultura. Mais do que uma modalidade de proteção colocada sob o microscópio, busca-se concebê-la como uma parte do tecido social e econômico brasileiro, trazendo os desafios da modalidade protetiva como é hoje concebida e um estudo de caso fundamental para um aprofundamento da complexidade das matérias envolvendo não só patentes e cultivares, mas a propriedade intelectual em sentido lato.

1. ASPECTOS ECONÔMICOS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A atividade intelectual humana é capaz de trazer novos bens à sociedade². Economicamente, pode-se definir um bem como um objeto capaz de atender a uma necessidade humana, enquanto, juridicamente, como “objeto de um

² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2017. p. 7.

direito"³. Ao abordar qualquer tema dentro da propriedade intelectual - antes de restringir o presente trabalho à propriedade *industrial* e ao tema específico deste estudo, a proteção aos *cultivares* -, é crucial que o assunto seja contemplado, inicialmente, econômica e juridicamente.

Não se pode perder de vista, em nenhum momento, as repercussões e impactos que não só a propriedade intelectual, mas qualquer instituto jurídico, causam no tecido social. Fazê-lo seria tornar o estudo do Direito em algo hermético⁴, dissociado da realidade, fazendo-se mister observá-lo e estudá-lo em sociedade, conectado aos contextos "com os quais e nos quais atua"⁵.

Tal contextualização é importante, também, por uma particularidade do critério protetivo das cultivares: como se verá adiante, a proteção das cultivares, de forma distinta da patente e outras modalidades de proteção intelectual, é fundada na sua *utilidade econômica*⁶. Por ser permitido o pedido do *certificado de proteção de cultivar* (CPC) sem a exigência da ação humana no surgimento de uma nova semente, torna-se imprescindível observá-la sob um prisma multidisciplinar.

Dessarte, os direitos intelectuais afetam de maneira significativa o mercado de bens e serviços, a livre iniciativa, investimentos nos setores de pesquisa e desenvolvimento, as relações jurídicas e tantas outras notáveis reverberações. Não é possível concebê-la como um direito de propriedade na vetusta visão privatista, no qual o exercício de tal direito é simplesmente capaz de excluir terceiros pautado no famigerado efeito *erga omnes* dos direitos reais⁷; é imprescindível que os direitos intelectuais sejam contemplados em todos os seus campos de influência.

Quando se trata da fundamentação dos direitos de propriedade intelectual e a forma do seu funcionamento, pode-se arguir que o pressuposto básico

³ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2017. p. 48.

⁴ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Para além da "principalização" da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>>. Acesso em 1º de outubro de 2020.

⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Editora Boiteux, 2005. p. 35

⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 214.

⁷ MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

é, essencialmente, deveras simples: é um relação de *troca*⁸, na qual dá-se ao originador de um bem intelectual⁹ a *exclusividade* temporária da exploração econômica de determinado bem, frente à contrapartida de acesso ao conhecimento do resultado do seu trabalho intelectual. Importante frisar que esta lógica não é universal, não se adequando ao direitos da marcas, ou, ainda, nos segredos de negócio. O ângulo de *troca*, de uma contrapartida, é basilar para o sistemas de patentes, e, dada a relevância dessa modalidade para o presente estudo, uma vez que se traçará diversos paralelos entre patentes e cultivares, é forçoso que se traga com mais vigor o direito das patentes nos momentos iniciais deste trabalho.

Ademais, tal pressuposto de troca é uma forma abrandada de trazer a lume as teorias que justificam a *existência* dos direitos de propriedade intelectual. Como coloca Robert M. Sherwood, por vezes estas teorias “não estão bem concatenadas” e até se confundem, numa espécie de hibridismo entre as teorias de (i) *recompensa*, pelo esforço depreendido pelo originador; (ii) *recuperação*, pelo investimento material no desenvolvimento de um novo bem, e; (iii) *incentivo*, com intuito de atrair esforços para a criação de novos bens¹⁰. Identifica nas patentes também a teoria da *expansão do conhecimento para o público*, consolidando a noção comutativa do parágrafo anterior, e traz o autor, ainda nos escritos iniciais da sua obra, a *teoria do risco*, na qual reconhece que “a propriedade intelectual é o resultado de um trabalho desbravador, e que este trabalho tem um risco inerente.”¹¹

⁸ Joseph E. Stiglitz, ao introduzir a obra de Joseph Schumpeter, coloca: “(...) A compensação entre a eficiência de curto prazo e os benefícios dinâmicos de longo prazo: um sistema de patentes significa que o conhecimento é usado temporariamente com menos eficácia – há uma perda da sua eficiência estática, assim como do exercício do poder do monopólio. Mas, se um sistema de patentes gerar mais inovação, os benefícios de longo prazo podem perfeitamente exceder os custos de curto prazo.” (SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Luiz Antônio de Oliveira Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017. p. 10)

⁹ Naturalmente, deste que o resultado de sua atividade intelectual cumpra os requisitos legais para a modalidade pretendida de proteção.

¹⁰ SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução de Heloísa de Arruda Vilella. São Paulo: EdUSP, 1992. p. 46.

¹¹ Elabora o autor: “Como a produção daquilo que não é evidente *a priori* exige um esforço pioneiro, a criação da propriedade intelectual é cheia de maus começos, desvios e confusões. Os escritores conhecem a frustração das obras criativas, os publicitários sabem dos enganos na identificação de marcas registradas que fracassam, os inventores estão a par do trabalho de adivinhação ou intuição nas escolhas que tem de fazer no caminho. Existe ainda o risco que surge no processo, pois mesmo que o esforço produza uma obra ou criação valiosa, ainda há o perigo que um outro a suplante, ou invente algo semelhante até ser melhorado. Assim sendo, é conveniente que se confira uma proteção temporária a esta atividade arriscada.” (SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução de Heloísa de Arruda Vilella. São Paulo: EdUSP, 1992. p. 47)

Naturalmente, não são estas as únicas teorias, nem esgotam as possibilidades e justificativas para a concessão de direitos sobre bens imateriais. William Fisher, por sua vez, propõe quatro possíveis linhas de justificativas¹². A primeira delas surge da vertente *utilitária* para justificação dos direitos intelectuais, devendo o legislador encontrar o equilíbrio entre o *estímulo* à atividade criativa¹³, pela concessão da exclusividade, mas sem que se constitua um ônus significativo no aproveitamento social de tal criação. A segunda vertente se aproxima de um direito natural de propriedade do criador, dado que, mediante o trabalho empregado na transformação de matéria prima e bens em seu estado natural, cria-se *valor*, atrelado a este resultado¹⁴ – devendo, assim, seu originador se beneficiar dele. Em que pese a ótica de Locke, originalmente, não abarcar bens imateriais – em especial por não existir uma finitude de recursos imateriais, como ideias, fatos, conceitos – este pensamento é extrapolado para abarcar os bens incorpóreos contemplados pelos direitos intelectuais.

A premissa da terceira vertente, aduz Fisher, é uma visão kantiana e hegeliana na qual a propriedade privada é necessária e imprescindível para que algumas aspirações humanas sejam alcançadas, um sistema de propriedade intelectual impediria que terceiros se apropriassem de criações – que, na visão de Kant, são um veículo para que um autor entregue ao público seu discurso¹⁵, se aproximando de um *aspecto da personalidade* e tão próximos do âmago do indivíduo que a originou, e profundamente refletida na construção dos direitos comumente denominados *morais*¹⁶ de autor; - que tal sistema permite condições para que desabrochem novos resultados intelectuais, fundamentais para o desenvolvimento social. Por fim, traz a quarta teoria na qual sustenta que qualquer sistema que abarque as noções de propriedade – não se limitando aqui apenas aos direitos intelectuais -, deve sempre buscar, como resultado, uma cultura justa e atraente para novos criadores – não tão distinta do viés utilitário, mas menos propensa à criação de riquezas para além do conceito de bem-estar social (*social welfare*, no original).

¹² FISHER, William W. *Theories of Intellectual Property*. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 28 de dezembro de 2020.

¹³ Optou-se pelo uso de “atividade criativa” em substituição ao “atividade inventiva” para que não se confunda com a especificidade do termo técnico no direito de patentes.

¹⁴ HUGHES, Justin. *The Philosophy of Intellectual Property*. 77 Geo. L.J. 287, 1988. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/IPCoop/88hugh.html>>. Acesso em 28 de dezembro de 2020.

¹⁵ KANT, Immanuel. *Of the Injustice of Counterfeiting Books*. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/46060/46060-h/46060-h.htm>>. Acesso em 20 de dezembro de 2020.

¹⁶ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 18.

Posto isso, retomando a exposição inicial acerca das patentes, cuja importância já se justificou brevemente acima, se uma *invenção* atender aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial¹⁷, como preceitua a Lei de Propriedade Industrial, e percorrer os trâmites do Instituto Nacional da Propriedade Industrial para a concessão de uma patente, sendo fundamental que o seja suficientemente descritivo¹⁸ e que as retribuições à autarquia sejam adimplidas¹⁹, o inventor terá por vinte anos – ou mais, se considerarmos a possibilidade da extensão inconstitucional do prazo legal²⁰ – o direito temporário e exclusivo de explorar seu bem intelectual.

Para tal, terá de cumprir uma série de requisitos legais e administrativos que exigem uma espécie de *descobrimto* do seu invento pelo público; a Lei de Propriedade Industrial demanda que um pedido de patente, por exemplo, seja instruído pelo requerimento, relatório descritivo²¹, reivindicações, desenhos (se aplicável) e o resumo de tal depósito²². Tais módulos de um pedido são essenciais para que a sociedade tenha acesso à solução técnica encontrada pelo depositante, de modo que possa ser realizado “por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução.”²³

Portanto, na sua concepção, a existência da tutela da propriedade intelectual em qualquer ordenamento é uma forma de regulação governamental “que restringe o livre mercado com o intuito de servir a um propósito social útil

¹⁷ Lei nº 9.279 de 1996. Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

¹⁸ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes Barbosa. A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 162, p.63-71, set/out 2019.

¹⁹ Tabela de retribuições dos serviços prestados pelo INPI. Disponível em < <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/tabelas-de-retribuicao/tabela-patentes.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2021.

²⁰ A constitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da Lei nº 9.279 de 1996 foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em 2021, na ação direta de inconstitucionalidade nº 5529/2016, ajuizada pela Procuradoria Geral da República. Apesar da matéria ter sido apreciada pelo plenário da Corte, a Medida Cautelar do Ministro Relator Dias Toffoli é precisa: “Pelo exposto conheço da presente ação e voto por sua procedência, de modo que 1) se declare a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996, reconhecendo-se o estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil;” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529 de 2016. Relator Ministro José Antônio Dias Toffoli. Medida Cautelar. 7 de abril de 2021)

²¹ Acordo ADPIC, Artigo 29,1 “Os Membros exigirão que um requerente de uma patente divulgue a invenção de modo suficientemente claro e completo para permitir que um técnico habilitado possa realizá-la e podem exigir que o requerente indique o melhor método de realizar a invenção que seja de seu conhecimento no dia do pedido ou, quando for requerida prioridade, na data prioritária do pedido”.

²² Lei nº 9.279 de 1996. Art. 19. Art. 19. O pedido de patente, nas condições estabelecidas pelo INPI, conterá: I - requerimento; II - relatório descritivo; III - reivindicações; IV - desenhos, se for o caso; V - resumo; e VI - comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito.

²³ Lei nº 9.279 de 1996, Artigo 24.

– encorajar inovação e criação.²⁴ Este propósito pode ser encontrado na Constituição Federal, pedra angular do ordenamento jurídico pátrio, como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXIX²⁵. Pela breve análise feita nos parágrafos anteriores, o texto constitucional parece ter adotado a tradição utilitária no que diz respeito à proteção jurídica das tecnologias, concedendo a exclusividade temporária como uma contrapartida ao fomento do “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

Vale destacar que esta regulação governamental gera uma interferência na livre iniciativa²⁶. Pela concessão de um direito de exploração *exclusivo*, limita-se os espaços dentro da concorrência, e o titular de um direito de propriedade intelectual, aprioristicamente, fica em posição privilegiada²⁷ em relação aos demais agentes econômicos que atuam ou queiram atuar em determinado setor econômico – tópico a ser abordado oportunamente neste estudo, quando discutida a natureza jurídica dos direitos de propriedade intelectual, suas similitudes com uma posição monopolística e as nuances dos aspectos proprietários e a essência da sua exclusividade temporária. Importante sublinhar, naturalmente, que a mera menção de regulação estatal não traz consigo uma carga negativa, pelo contrário; por vezes a ingerência das instituições da República são imprescindíveis para que seja possível a liberdade democrática²⁸.

Feita essa breve exposição, propõe Pedro Marcos Nunes Barbosa que a norma constitucional traz uma “receita equilibrada sobre as políticas públicas incidentes sobre os bens de produção, tal como é o caso das propriedades intelectuais”. Aponta seis núcleos a serem contemplados: (i) o inventor, criador e/ou autor; (ii) os titulares dos direitos de propriedade intelectual; (iii) os consumidores; (iv) a concorrência; (v) o Estado e; (vi) o meio-ambiente.²⁹

²⁴ 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 8 de agosto de 2020.

²⁵ Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Art. 5º, XXIX: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”

²⁶ Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)”

²⁷ Não à toa, dava-se o nome de “privilégios de invenção, de modelo de utilidade, de modelo e de desenho industrial” na revogada Lei nº 5.772 de 1971, o antigo Código de Propriedade Industrial.

²⁸ SINGER, Joseph W. *No Freedom Without Regulation: The Hidden Lessons of the Subprime Crisis*. New Haven: Yale University Press. 2015. p.18-20.

²⁹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *A arguição de “nulidade” como matéria de defesa nas demandas de*

Esta visão poliédrica hexagonal é indispensável na análise das políticas públicas referentes à propriedade intelectual – e, mais do que isso, elas estão em constante interação e se retroalimentam. Exemplifica-se: o ato administrativo da concessão de uma patente (ou seja, emanada pelo Estado, de forma simplificada) se origina do depósito do pedido – o inventor, que, caso obtenha seu título de propriedade, poderá aliená-la para um terceiro, no caso, o promitente titular dos direitos. Esta patente impactará o mercado consumidor, seja com a própria invenção ou algum subproduto da sua aplicação na indústria, alterando a dinâmica de certo recorte do mercado. Pode, ainda, impactar o equilíbrio do meio-ambiente, caso sua exploração afete, positiva ou negativamente, os biomas nos quais atuará. De um corriqueiro ato administrativo, é notável sua reverberação e o envolvimento dos seis núcleos de interesse acima destacados – desde a força motriz por trás da invenção até a concessão de um título proprietário e seu impacto social.

Como bem colocam Carlos Portugal Gouvêa e Mariana Pargendler, ao mencionar que “o ponto central dos autores da AED (análise econômica do direito) da propriedade intelectual não é se a patente configura monopólio do ponto de vista do Direito Concorrencial (o que de fato não ocorre), mas se o monopólio jurídico confere poder de mercado apto a elevar artificialmente os preços e, assim, gerar perda de excedente econômico.”³⁰ A escassez gerada pela concessão de um direito intelectual, por mais que torne a concorrência ineficiente por um período limitado, tem o potencial de promover o bem-estar social pela publicização de uma nova tecnologia e a garantia que esta ingressará em domínio público – “estimula-se o desenvolvimento dinâmico a longo prazo, quando se observa a obrigação de resultado que é a invenção (novidade, atividade inventiva, reprodutibilidade industrial, e as obrigações *propter rem*)”³¹. É necessário observar

contratação de propriedade industrial. Revista da Escola da Magistratura Federal/Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, volume 32, n. 1 (mai./out.20). p. 229-256.

³⁰ Elaboram os autores: “Não há como, portanto, dissociar a questão das patentes da precificação de monopólio, como pretendem os autores, ao assim declarar: “*nem se diga, como pretendem alguns economistas, que há um sobrepreço no mercado por conta desse dispositivo legal*”. É certo que nem toda patente permite a precificação de monopólio; patentes pouco úteis ou sujeitas a muitos substitutos de mercado não oferecem poder de mercado.” (GOUVÊA, Carlos Portugal e PARGENDLER, Mariana. *Levando a sério a literatura: verdadeira Law and Economics do art. 40 da LPI*. Jota, Análise. 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/propriedade-intelectual-law-economics-11112020>>. Acesso em 1º de dezembro de 2020.

³¹ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Como retardar o domínio público nas tecnologias farmacêuticas: parecer aprovado, por unanimidade, pelo plenário, pelo plenário do Instituto dos Advogados do Brasil*. Revista Eletrônica do IBPI, n° 10. 2014. Disponível em <https://ibpieuropa.org/?media_dl=405>. Acesso em 30 de dezembro de 2020.

de que maneira o exercício pode se tornar ineficiente dentro de uma lógica concorrencial e se há, no sistema vigente de patentes, um inchaço causado pelos poderes concedidos aos titulares de patentes (e direitos intelectuais, em sentido lato), mais do que se a natureza em si de tais direitos. De uma maneira simplista, a discussão do encaixe *estrutural* dos direitos de exclusivo pode desvencilhar por vezes o olhar da matéria efetivamente sendo discutida.

Diante desse recorte breve acerca de aspectos econômicos da propriedade intelectual (e, deste ponto em diante, tratando especificamente da propriedade industrial), dois apontamentos devem restar claros: (i) por estar, no ordenamento jurídico pátrio, submetida ao estatuto proprietário, conforme acima, a propriedade industrial – tal como todos os institutos³² – está submetida à *função social da propriedade*, ou seja, o exercício proprietário deve contemplar interesses dos terceiros (vale remeter à relação poliédrica hexagonal dos núcleos de interesse), superando a noção de direito absoluto³³, e; (ii) há um delicado equilíbrio entre os titulares de direitos de propriedade industrial, seus interesses econômicos e o exercício de tal direito pode trazer reverberações que impactam a concorrência, a livre iniciativa e os consumidores

2. PATENTES E CULTIVARES

Mencionada a título exemplificativo no capítulo anterior, a patente é, discutivelmente, uma das mais célebres modalidades de proteção da propriedade industrial. Por ser uma das mais antigas – vide a tradição sibarita³⁴ e a primeira lei de patente com eficácia *erga omnes* em Veneza, no século XV³⁵ –, é costumeiro que quem não esteja familiarizado com a propriedade industrial por vezes a reduza ao simplismo de “marcas e patentes” – que não faz jus à gama de modalidades protetivas que são abarcadas por essa terminologia.

Posto isso, de certo não é corriqueira a associação de propriedade industrial à proteção concedida pelos *cultivares*. Por ser considerada uma “patente de

³² 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. 94.

³³ MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

³⁴ FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. *Proteção de patentes de produtos farmacêuticos: o caso brasileiro*. Brasília: FUNGAG/IPRI, 1993. (Coleção Relações Internacionais, v. 18).

³⁵ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 26.

planta”³⁶, para empregar uma abreviação do mestre Denis Borges Barbosa, mostra-se relevante, sob um ponto de vista de compreensão e estudo, traçar um paralelo entre as duas modalidades de proteção. Embora submetidas a diplomas legais diversos (Lei de Propriedade Industrial e Lei de Proteção dos Cultivares), serem distintas no seu escopo protetivo, prazo de vigência, órgão responsável pela análise e concessão, dentre outros³⁷, há uma inevitável similitude entre as tutelas – até pela gênese da proteção das espécies vegetais se misturar com as leis de patentes em determinados ordenamentos jurídicos, como no caso dos Estados Unidos³⁸, ou, ainda, pela faculdade concedida pelo acordo ADPIC, em seu artigo 27.3 (b), que permite aos Membros a concessão de “proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja pela combinação de ambos.”³⁹

Ademais, é fundamental conceber o alto grau de internacionalização dos direitos intelectuais em sentido lato – dado que uma organização supranacional pode ser considerada até um pressuposto para a existência desse *sistema* de concessão de privilégios⁴⁰. As criações intelectuais, essencialmente, sempre foram reprodutíveis⁴¹; depreende-se dessa afirmação um descompasso entre as nações que porventura adotem medidas de proteção pautadas num sistema internacional e aquelas que não adotam. Explica-se: uma nação que conceda os direitos de exclusividade para os bens intelectuais ficaria em desvantagem em relação àquelas que não o fazem, que gozariam de um ambiente concorrencial sem os desafios do equilíbrio dos direitos de exclusivo e a livre concorrência e com menor investimento em tecnologia⁴².

³⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2018. p. 207.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrichi. REsp nº 1.610.728 – RS (2016/0171099-9). 2019.

³⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2018. p. 209.

³⁹ Acordo ADPIC, Artigo 27, 3 “Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: (a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais; (b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.”

⁴⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2017. p. 567.

⁴¹ BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*. Tradução de Francisco de Ambrois Pinheiro Machado. Porto Alegre: Editora Zouk, 2012. p. 13.

⁴² Naturalmente, haveria também um esvaziamento do interesse das nações com proteção à propriedade

2.1 Cultivares e o sistema regulatório brasileiro

Como introduz Denis Borges Barbosa, o termo *cultivares* foi cunhado pelo horticultor Liberty Hyde Bailey, sendo uma junção dos termos *cultivated variety*. Tem-se a cultivar em duas acepções – a variedade vegetal comum e a variedade vegetal superior, passível da proteção, principal objeto deste estudo⁴³.

As cultivares passíveis de proteção, conforme definição legal, são aquelas que sejam *novas* ou *essencialmente derivadas*, entendendo-se como tais, respectivamente “aquela que não tenha sido oferecida no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção, e que observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies;” e “essencialmente derivada de outra cultivar, se, cumulativamente for: a) predominantemente derivada da cultivar inicial ou de outra cultivar essencialmente derivada, sem perder a expressão das características essenciais que resultem do genótipo ou da combinação de genótipos da cultivar da qual derivou, exceto no que diz respeito às diferenças resultantes da derivação; b) claramente distinta da cultivar da qual derivou, por margem mínima de descritores, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão competente; c) não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies.”⁴⁴

Superada esta breve verborragia legal, dois outros elementos são fundamentais para compreensão das cultivares no Brasil: o objeto de sua proteção e os requisitos de distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade. Como preceitua a Lei de Cultivares no seu artigo 8º, a proteção de cultivar “recairá sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta inteira.” A

industrial de expandir seus empreendimento para nações não-adotantes. Vide a situação da Suíça no final do século XIX; ao optar por políticas mais conservadoras acerca da adoção ou não de direitos intelectuais, sucumbiu às pressões externas para introduzir no seu ordenamento uma lei de patentes, sob ameaça, pois, caso não o fizesse, teria atrelado à si o estigma de “pirataria” e sofreria significativas sanções comerciais de países vizinhos adotantes, como Alemanha. (MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*. The Journal of Economic History, Vol. 10. No. 1. Maio, 1950. p. 1-29)

⁴³ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 207.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 9.456 de 1997. Artigo 3º, incisos V e IX.

proteção se refere “à cópia ou reprodução do elemento tecnológico”, sendo assim o seu material genético o elemento relevante⁴⁵. Compreender qual o objeto de proteção dessa modalidade de direito intelectual é de fundamental importância quando o assunto de sobreposição de proteções for abordado mais adiante.

Os requisitos legais demandam que a cultivar que queira ser tutelada pelo direito de exclusivo deverá comprovar as características de distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade por uma margem mínima de *descritores* – características morfológicas, fisiológicas, bioquímicas ou moleculares das espécies vegetais publicada pelo ente responsável pela proteção das cultivares em cada país; no caso brasileiro, o Serviço Nacional de Proteção aos Cultivares⁴⁶. Posto isso, a *distinguibilidade* trata de uma diferença mínima nos descritores de uma nova cultivar em relação à espécie que esteja sendo melhorada. A *homogeneidade*, por sua vez, pretende observar se a cultivar apresente uma variação mínima nos seus descritores, quando utilizada em plantio ou com fim comercial, e; por fim, a *estabilidade* demanda que as mesmas características e descritores sejam observados em gerações sucessivas⁴⁷.

A Lei nº 9.456 de 1997 é o diploma legal responsável pelo direito de Proteção de Cultivares, definindo quais cultivares são passíveis de proteção⁴⁸, o que é protegido pela exclusividade⁴⁹, seu prazo de vigência⁵⁰, os requisitos para licenciamento compulsório, limites do exercício proprietário do titular de um Certificado de Proteção de Cultivar (CPC), de maneira *específica* em relação à lei geral de propriedade industrial, como se verá adiante quando abordado o tópico de sobreposição de proteções.

Conforme preceitua a Lei de Cultivares, criou-se, dentro do Ministério da Agricultura – que hoje goza de nome distinto – o SNPC, Serviço Nacional de

⁴⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 207.

⁴⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 248.

⁴⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 249.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9.456 de 1997. Artigo 4º. É passível de proteção a nova cultivar ou a cultivar essencialmente derivada, de qualquer gênero ou espécie vegetal.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 9.456 de 1997. Art. 8º A proteção da cultivar recairá sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta inteira.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 9.456 de 1997. Art. 11. A proteção da cultivar vigorará, a partir da data da concessão do Certificado Provisório de Proteção, pelo prazo de quinze anos, excetuadas as videiras, as árvores frutíferas, as árvores florestais e as árvores ornamentais, inclusive, em cada caso, o seu porta-enxerto, para as quais a duração será de dezoito anos.

Proteção dos Cultivares. Por excelência, é o órgão responsável pela proteção de novas cultivares e cultivares essencialmente derivadas, outorgando-lhes os certificados de proteção correspondente, sendo responsável, também, pela divulgação das espécies vegetais e os descritores necessários para servir de base para a abertura de novos pedidos de proteção⁵¹ - fundamentais pelos motivos a serem expostos no terceiro capítulo deste estudo. Para uma visualização mais clara, é um órgão similar ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, responsável pelos procedimentos próprios de patentes, marcas, modelos de utilidade, desenhos industriais e outras modalidades de propriedade industrial.

Ao mesmo tempo, há o Registro Nacional de Cultivares (RNC), criado pela Portaria nº 527 de 31 de dezembro de 1997 do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, com propósito de implementar a listagem de cultivares e espécies no mercado, o cadastramento do *valor de cultivo e de uso* das cultivares. O cadastro na RNC traz a habilitação de comercialização de determinada espécie vegetal, funcionando de maneira similar à ANVISA no sentido de autorizar um fármaco protegido pela carta-patente. Difere do registro do SNPC pela natureza; o certificado regularmente expedido concede o título proprietário e o direito de exclusiva, o que não ocorre com o registro no RNC; são independentes.⁵²

2.2. Uma teoria que justifique a proteção intelectual às variedades vegetais

Infelizmente, uma única vertente teórica – conforme brevemente introduzidas acima - não atende de forma integral as particularidades das cultivares. Cada uma traz suas características inatas e lógica interna, além de contribuir imensamente para a discussão acerca da justificativa de tutela de direitos intelectuais em sentido lato. Todavia, apenas alguns deles devem prosperar para a proteção das variedades vegetais.

Inicialmente, fundamental afastar a ideia do *sweat of the brow* ou qualquer aspecto moral atrelado ao desenvolvimento de novas cultivares. A proteção ao material genético de uma planta é eminentemente de natureza econômica⁵³, atrelando-se, de início, às justificativas utilitárias da proteção intelectual. Afasta-

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 2.366 de 1997. Artigo 3º.

⁵² BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 229.

⁵³ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 214.

se a natureza moral dessa modalidade protetiva, também, pois a legislação não exige *novidade* para a pretensão do melhorista; considera-se uma nova cultivar “a cultivar que não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com consentimento do obtentor; há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies.”⁵⁴ Ou seja, a especificidade da proteção de cultivares *se aparta* a noção de novidade absoluta (para ambos os tipos de patente e para desenhos industriais) e novidade objetiva relativa ao estado da técnica^{55 56}; a noção de novidade nas cultivares é de natureza comercial e de puro oferecimento ao público, repelindo qualquer discussão acerca da moralidade e da justiça em se conceder a proteção intelectual ao melhorista. Não se pode falar, também, da teoria do esforço depreendido, dado que a legislação não exclui variedades vegetais encontradas na natureza, como é forçoso concluir da leitura do artigo 3º da Lei de Cultivares, desde que esta seja inédita ao público, conforme mencionado em supra.

Notável, portanto, que a proteção concedida às variedades vegetais tem o *objeto final* como justificativa para sua tutela; há, de certa forma, uma consagração da noção de *obrigação de resultado*, uma vez que, desde que se encontre uma variedade vegetal que atenda aos requisitos de proteção, seja estável, distinguível e homogênea por uma margem mínima de descritores, esta estará apta a ser contemplada pelo direito exclusivo – tenha esta variedade sido encontrada na natureza por um afortunado desbravador, desenvolvida por uma grande companhia ou feita localmente por pequenos núcleos de melhoristas.

A teoria de *recompensa*⁵⁷ pelo tempo investido merece uma breve observação como argumentação possível dentro da teoria utilitária. Como dito, embora não seja por si só uma justificativa que ancore todas as modalidades de propriedade intelectual, pela natureza biológica da cultivar, aferir se uma determinada variedade vegetal atinge os requisitos do teste de distinguibilidade, estabilidade e homogeneidade (teste DHE), como preceitua a lei, varia imensamente de acordo com a espécie vegetal em questão – até décadas, dependendo da árvore. Posto

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 9.456 de 1997. Artigo 3º, V.

⁵⁵ BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O código da propriedade industrial conforme os tribunais – comentado com precedentes judiciais. Volume 1 – Patentes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2018. p. 146-148.

⁵⁶ Vale destacar que a novidade da cultivar também está submetida ao direito de prioridade, conforme Decreto nº 3.109 de 1999 e o artigo 27 da Lei nº 9.456 de 1997.

⁵⁷ SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução de Heloísa de Arruda Vilella. São Paulo: EdUSP, 1992. p. 46.

isso, há de se considerar o argumento utilitário da recompensa caso uma cultivar atenda aos requisitos para sua proteção pelo amplo lapso exigido para avaliar determinadas variedades.

Por fim, pode-se justificar a cultivar dentro da lógica da teoria do planejamento social, ao menos no caso brasileiro⁵⁸ – ou seja, como uma ferramenta para construir uma sociedade mais justa e formar uma cultura atraente, como exaurimos acima. Alocar no seu ordenamento jurídico a proteção às variedades vegetais permite, de certa forma, de maneira utilitária, que melhoristas busquem formas de otimizar determinadas espécies vegetais, tornando-as mais prolíferas, promovendo o “aumento da produtividade agrícola e da qualidade dos insumos e dos produtos deles derivados.”⁵⁹ Só que o produto advindo desse procedimento tem uma função social de enorme relevância: o uso da cultivar é permitido para uso próprio e o resultado do plantio pode ser vendido como alimento ou matéria prima, sem violação do direito proprietário sobre a cultivar protegida, podendo o pequeno produtor rural multiplicar sementes para doação ou trocas para outros pequenos produtores rurais⁶⁰ - o denominado *farmers privilege*⁶¹. Há uma exceção clara na lei ao alcance dessa exclusividade⁶², de forma a fomentar os

⁵⁸ O tratado da UPOV sofreu uma revisão em 1991, enrijecendo as faculdades de uso das sementes para aqueles que já tenham adquirido a variedade vegetal protegida pelo direito de exclusivo, diminuindo o escopo da exceção de exclusividade e criando um fardo financeiro significativo sobre agricultores pobres; a UPOV 1978 permite esse privilégio de fazendeiros, enquanto a UPOV 1991 deixa tal decisão à discricionariedade dos legisladores de cada país membro. (COSBEY, Aaron. *The Sustainable Development Effects of the WTO TRIPS Agreement: A Focus on Developing Countries*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Canada. Disponível em < https://www.iatp.org/sites/default/files/Sustainable_Development_Effects_of_the_WTO_TRI.htm>. Acesso em 1º de janeiro de 2020)

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, sobre o Registro Nacional das Cultivares. Disponível em < <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumos-agricolas/sementes-e-mudas/registro-nacional-de-cultivares-2013-rnc-1>> . Acesso em 1º de janeiro de 2021.

⁶⁰ BRASIL.. Lei nº 9.456 de 1997. Art. 10. Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que: I - reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha; II - usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos; III - utiliza a cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica; IV - sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes, para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais, no âmbito de programas de financiamento ou de apoio a pequenos produtores rurais, conduzidos por órgãos públicos ou organizações não-governamentais, autorizados pelo Poder Público.V - multiplica, distribui, troca ou comercializa sementes, mudas e outros materiais propagativos no âmbito do disposto no art. 19 da Lei no 10.696, de 2 de julho de 2003, na qualidade de agricultores familiares ou por empreendimentos familiares que se enquadrem nos critérios da Lei no 11.326, de 24 de julho de 2006.

⁶¹ COSBEY, Aaron. *The Sustainable Development Effects of the WTO TRIPS Agreement: A Focus on Developing Countries*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Canada. Disponível em < https://www.iatp.org/sites/default/files/Sustainable_Development_Effects_of_the_WTO_TRI.htm>. Acesso em 1º de janeiro de 2020

⁶² BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 268.

pequenos negócios rurais e permitir a subsistência de uma parcela significativa da população brasileira. Ainda que o titular do direito seja o único capaz de comercializá-la em busca do recheio das próprias carteiras, optou o legislador pro consagrar no ordenamento pátrio, em consonância com a funcionalização dos institutos⁶³ do atual estágio da metodologia civil-constitucional.

2.3. Sobreposição de proteções

O *princípio da especificidade de proteções* é um dos princípios genéricos aplicáveis a todas as modalidades de propriedade intelectual⁶⁴. Cada forma de tutela dos direitos intelectuais traz particularidades em relação à sua concessão, seja no que diz respeito ao *objeto* da proteção, prazo⁶⁵, escopo protetivo e até mesmo qual linha teórica de justificativa de concessão de direitos intelectuais mais se adequa a determinado bem imaterial. Como já visto, comumente se defende a proteção da patente como uma forma de recompensar o engenho criativo de um inventor e sua pesquisa, estimulando-o com um direito de exclusivo por um prazo legal em contrapartida pelo compartilhamento do seu desenvolvimento com o público⁶⁶; ou, ainda, dentro do direito autoral, uma vez que um autor expresse determinada ideia no seu *corpus mechanicum*⁶⁷, esta forma exteriorizada está protegida, independente de registro⁶⁸, apartada de um lugar comum de ideias, com a faculdade do seu originador explorá-la economicamente⁶⁹, uma espécie de *recompensa* pelo seu engenho artístico, científico ou literário.

⁶³ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Para além da “principalização” da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>>. Acesso em 1º de outubro de 2020.

⁶⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2017. p. 310.

⁶⁵ Por exemplo, o prazo de concessão de uma marca pode ser prorrogado por períodos idênticos de 10 (dez) anos, enquanto uma patente tem sua vigência definida por 20 (vinte) anos a contar da data do depósito ou não inferior a 10 (dez) anos a contar da data de concessão, conforme artigos 133 e 40, respectivamente, da Lei de Propriedade Industrial.

⁶⁶ GIRALDI, Jonathan. *Overlapping IP Protection – Is the Sky the Limit?* IP Osgoode. Novembro, 2008. Disponível em <<https://www.iposgoode.ca/2008/11/overlapping-ip-protection-is-the-sky-the-limit/>> Acesso em 1º de dezembro de 2020.

⁶⁷ SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos morais do autor*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/direitos-morais-autor/>>. Acessado em 25 de novembro de 2020.

⁶⁸ Lei nº 9.610/98. Art. 18. “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.”

⁶⁹ SANTOS, Manoel J. Pereira. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) *Direito autoral*. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014. p. 115.

Ainda assim, determinados bens imateriais por vezes atraem a incidência de diferentes modalidades de proteção. No ordenamento jurídico americano, como discutido, a construção jurisprudencial permitiu que plantas podem ser objeto de patente ou protegidas pela legislação específica⁷⁰. Outro caso corriqueiro: uma criação artística pode ser empregada como uma marca figurativa ou mista de determinado produto ou serviço, criação esta que por si só atrai a proteção dos direitos autorais.

Mais do que uma dualidade nas possibilidades de atração de uma tutela específica, há também um aumento dos bens que podem ser objeto de direitos intelectuais. Por exemplo, direitos autorais alcançam também *softwares*⁷¹; marcas podem proteger também determinadas formas tridimensionais, possibilitando em alguns casos a “superfície de contato”, entre diferentes modalidades protetivas. Feita essa breve introdução, dois questionamentos pairam: (i) se a sobreposição de duas modalidades protetivas é desejável e alinhada com a tábua axiológica constitucional e; (ii) como uma dupla proteção se relaciona com uma variedade vegetal.

De início, admitir que duas proteções recaiam sobre o mesmo objeto imaterial é temerário e afronta o princípio da especificidade de proteções. Há uma solução para “cada falha de mercado específica: direitos de exclusiva temporários, em certos casos (patentes, direitos autorais); direitos sem prazo, em outros casos (marcas); direitos de exclusiva baseados na indisponibilidade do conhecimento, em certos casos (patentes); em disponibilidade para apropriação, em outros casos (marcas).”⁷² Cada modalidade protetiva é única nas suas particularidades, erigida conforme os ditames constitucionais e na busca do equilíbrio da delicada balança dos núcleos de interesse impactados pelos direitos intelectuais⁷³. Permitir que um mesmo bem imaterial goze do escopo protetivo de modalidades diversas causa um desequilíbrio na delicada balança de interesses, privilegiando determinados setores em detrimento de outros.

⁷⁰ BRUNT, Jennifer Van. *Ex Parte Hibberd: Another Landmark Decision*. Nature Publishing Group. Bio/Technology. Vol. 3, Dezembro, 1985. p. 1060.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 9.609 de 1998. Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

⁷² BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2017. p. 310.

⁷³ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *A arguição de “nulidade” como matéria de defesa nas demandas de contratação de propriedade industrial*. Revista da Escola da Magistratura Federal/Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, volume 32, n. 1 (mai./out.20). p. 229-256.

Feita essa breve exposição acerca da sobreposição dos direitos intelectuais sobre um mesmo bem, fundamental responder à segunda proposição – como tal colisão protetiva se daria para o material genético de uma planta, objeto de proteção da cultivar. Certamente, trata-se de uma sobreposição da proteção da patente e da modalidade específica de cultivar.

Afortunadamente, o legislador optou por *expressamente* excluir diferente modalidades de proteção sobre as variedades vegetais, sendo “considerado bem móvel para todos os efeitos legais e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País.”⁷⁴ Ao contrário do caso estadunidense, como visto acima, há uma clara incompatibilidade da aplicação das duas legislações sobre o mesmo objeto – inclusive vedada pelo próprio tratado da UPOV⁷⁵.

Ainda assim, há uma ponderação acerca de uma sobreposição *vertical*, sucessiva no tempo, e não *horizontal*, na aplicabilidade simultânea da incidência legal de dois diplomas distintos. Levanta Denis Borges Barbosa o seguinte questionamento: “como resolver, por exemplo, o conflito de direitos entre uma variedade desenvolvida transgeneticamente, ao abrigo de uma patente clássica de produto, mas melhorada por via biológica, ao abrigo de uma lei UPOV.”⁷⁶ Nesse caso, aquele que queira defender seus direitos sob uma cultivar melhorada por via biológica, mas anteriormente contemplada por uma patente de processo, não pode, sobre este objeto, visar a incidência da Lei de Propriedade Industrial e a Lei de Cultivares; se há um Certificado de Proteção de Cultivar regularmente expedido, esta proteção afasta a incidência da carta-patente – há uma incorporação da tecnologia do objeto no bem protegido pela cultivar, não sendo possível destaca-la para tutelá-la pela Lei de Propriedade Industrial⁷⁷.

Todavia, importante também destacar que a patente não protegerá a

⁷⁴ BRASIL. Lei n° 9.456 de 1997. Artigo 2°.

⁷⁵ O Decreto n° 3.109 de 30 de junho de 1999, proíbe que se proteja espécies botânicas via patente e via cultivar: “Artigo 2.1. Cada Estado da União pode reconhecer o direito do obtentor previsto pela presente Convenção, mediante a outorga de um título especial de proteção ou de uma patente. Porém, um Estado da União, cuja legislação nacional admite a proteção em ambas as formas, deverá aplicar apenas uma delas a um mesmo gênero ou a uma mesma espécie botânica.”

⁷⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 215.

⁷⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível. AI n° 70021344197, Desembargador Irineu Mariani. DJ – 12.12.2007.

variedade em si, mas, se o objeto da proteção da patente for o processo, é perfeitamente possível que coexistam as duas modalidades protetivas, uma vez que não se confunde os *objetos* sobre os quais recaem a proteção.

Tal entendimento é fundamental, dado que a *maneira* que certas matérias são reguladas de forma distinta pelos dois diplomas legais. Pelo regime geral de patentes, a proteção de um procedimento alcança seus produtos, enquanto a regulação sob as diretrizes da UPOV permite os *farmers' rights*, que dialoga diretamente com a especificidade de uma tecnologia capaz de se reproduzir⁷⁸ – mais uma vez apontando para a impossibilidade de coexistência entre as duas modalidades de proteção para um mesmo objeto. Enquanto há uma preocupação em permitir a subsistência e manutenção de pequenos agricultores na Lei de Cultivares⁷⁹, a aplicação da proteção por patente erodiria tais sutilezas das opções legislativas. Nesse desiderato, há, também, a questão da especificidade de cada uma das legislações; hermeneuticamente, a Lei nº 9.456/97 que tutela os seres mutagênicos, tem prevalência sobre a Lei de Propriedade Industrial, pois regula a matéria de forma específica, enquanto a Lei nº 9.279 de 1996 versa sobre os temas de forma geral⁸⁰.

Não bastasse os argumentos acima mencionados, há de se considerar o distinto balanceamento de interesses na proteção de patentes e cultivares: enquanto no primeiro se exige a novidade e uma descrição técnica da solução encontrada pelo inventor; a segunda, por sua vez, exige a distinguibilidade e utilidade econômica, uma vez que é impossível um relatório descritivo descortinando “a criação” ao público. Na lição de Denis Borges Barbosa, “a contribuição informacional, essencial para o equilíbrio constitucional no sistema de privilégios, é, nos cultivares, informação genética, e não semiológica; o equilíbrio a ser buscado é essencialmente diverso.”⁸¹

Diante do exposto, evidencia-se as dificuldades em se admitir uma sobreposição de proteções intelectuais dentro de determinado ordenamento – seja em sentido lato, seja no caso específico das cultivares. Dada a

⁷⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 217.

⁷⁹ BRUCH, Kelly Lissandra; DEWES, Homero. *A função social como princípio limitador do direito de propriedade industrial de plantas*. Revista da ABPI, Volume 84. set./out. 2006. p. 19-47.

⁸⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível. AI nº 70021344197, Desembargador Irineu Mariani. DJ – 12.12.2007.

⁸¹ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 336.

excepcionalidade de um direito de exclusivo dentro da concorrência e por se tratar de uma ingerência estatal no livre mercado, como debatido no primeiro capítulo do presente texto, é fundamental que este seja fiel ao intuito protetivo da sua modalidade, não sendo admissível uma fungibilidade das espécies de direitos, sob pena de criar um desequilíbrio notável na tão delicada balança e prestigiar determinados núcleos de interesse em detrimento de outros, em afronta também ao objetivo insculpido no texto constitucional e na cláusula finalística.

Como se verá adiante, a discussão está longe de ser pacífica e traz robustos desafios para a propriedade intelectual nas modalidades de patentes e cultivares.

3. CULTIVARES, SUA RELEVÂNCIA ECONÔMICA E SOCIAL

A proteção das *cultivated varieties* é de gigantesca relevância não só para países cuja força motriz da economia é a agricultura, mas como um elemento de solução para produção agrícola mais eficiente e resistente às alterações climáticas sazonais ou decorrentes do aquecimento global⁸². São fundamentais, também, para países e regiões que sofrem intensas variações de temperatura, índice pluviométrico, ou, ainda, limitações nas variedades de espécies vegetais passíveis de serem devidamente cultivadas sob determinado clima⁸³.

No caso brasileiro, os estabelecimentos agropecuários ocupam cerca de 351 milhões dos 851 milhões de hectares do território nacional, dos quais 23% são caracterizados como agricultura familiar⁸⁴. Mencionam-se os 80,9 milhões de hectares dedicados à atividade familiar para que se contemple a relevância dos impactos dos cultivares – os protegidos por direitos exclusivos e dentro da noção

⁸² “In turn, the strong correlation between atmospheric CO2 concentrations (a proxy for all man-made greenhouse gases) and global mean surface temperatures implicates greenhouse gases as the main trigger behind global warming.” (SMITH, Ronn. *Demystifying Global Warming*. 2019. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3359983> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3359983>>. Acesso em 20 de outubro de 2020.) Em tradução livre, “A forte correlação entre a concentração de dióxido de carbono na atmosfera (um termo para todos os gases estufas decorrentes da ação humana) e a temperatura média da superfície terrestre implicam tais gases estufa como o principal gatilho e responsável pelo aquecimento global.”

⁸³ BANSOK, Ros; CHIANG, Cahty; THOMAS, Timothy S. et. al. *Cambodian Agriculture: Adaptation to Climate Change Impact*. 2013: International Food Policy Research Institute 01285. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2343170> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2343170>>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

⁸⁴ IBGE. Censo agropecuário: resultados definitivos. 2019. Rio de Janeiro, v.8. p. 61. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3096/agro_2017_resultados_definitivos.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

geral⁸⁵ - na subsistência de tais núcleos⁸⁶ e nas engrenagens que permitem que as demandas por alimentos sejam minimamente atendidas.

Diante deste panorama, a proteção especial das cultivares cumpre, inicialmente, uma função econômica relevante – a exclusividade na comercialização de sementes, por excelência o invólucro biológico para o material genético de espécies vegetais, de certo atrai pesquisa e desenvolvimento de grandes industriais para o desenvolvimento de cultivares mais resistentes a determinados climas, pragas ou apenas com maior *output* produtivo. Todavia, a natureza proprietária da proteção pode ter um efeito de redução da biodiversidade e uma migração dos agricultores tradicionais às variedades super eficientes em detrimento das técnicas de aprimoramento locais, em menor escala e especializadas conforme a região⁸⁷.

Expõe Aaron Cosbey que há uma redução acelerada das diversidades de espécies cultivadas, uma vez que as cultivares introduzidas por *breeders* profissionais estão sendo adotadas pelas suas gigantescas qualidades de resistência e produção; perde-se, paulatinamente, os métodos tradicionais de seleção de cultivos feitos por gerações, que resultaram em dezenas de milhares de cultivos perfeitamente ajustados para determinadas regiões específicas. Há o risco dessas espécies locais terem seu material genético perdido ou seu acesso drasticamente reduzido, material este utilizado para melhorar determinadas características em certas variedades comerciais⁸⁸.

Aduz ainda o economista que esta perda de biodiversidade nesse movimento de mudança de cultivos tradicionais para sementes concebidas por grandes produtores está atrelada à força protetiva das cultivares. Dado que, sob o regime UPOV – e, por conseguinte, sob as legislações nacionais que a internalizaram –

⁸⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 207.

⁸⁶ BRASIL. Decreto nº 9.604 de 2017. Art 2º. “Para os fins deste Decreto, considera-se: I - Unidade Familiar de Produção Agrária - UFPA - conjunto de indivíduos composto por família que explore uma combinação de fatores de produção, com a finalidade de atender à própria subsistência e à demanda da sociedade por alimentos e por outros bens e serviços, e que resida no estabelecimento ou em local próximo a ele;”

⁸⁷ COSBEY, Aaron. *The Sustainable Development Effects of the WTO TRIPS Agreement: A Focus on Developing Countries*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Canada. Disponível em < https://www.iatp.org/sites/default/files/Sustainable_Development_Effects_of_the_WTO_TRI.htm>. Acesso em 1º de janeiro de 2020

⁸⁸ COSBEY, Aaron. *The Sustainable Development Effects of the WTO TRIPS Agreement: A Focus on Developing Countries*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Canada. Disponível em < https://www.iatp.org/sites/default/files/Sustainable_Development_Effects_of_the_WTO_TRI.htm>. Acesso em 1º de janeiro de 2020

não há como se conceder proteção às melhorias graduais das variedades pelos métodos tradicionais, por dois motivos: (i) não há a *novidade comercial*⁸⁹, dado que as espécies já estão disponíveis em determinada região, e; (ii) é virtualmente impossível uma manutenção de homogeneidade e estabilidade para cumprir os critérios do teste DHE e atrair a proteção proprietária, dada a velocidade das mudanças de geração nos métodos tradicionais de aprimoramento vegetal⁹⁰.

Os argumentos aqui expostos, mais do que sugerir uma proteção às espécies tradicionais e proteger os pequenos agricultores, trazem um aspecto fundamental e impossível de ser afastado quando se contempla a relevância das cultivares no tecido social. Uma vez que a legislação pátria se preocupou com a subsistência do pequeno agricultor ao inserir as limitações à exclusividade dos titulares de certificados de proteção às cultivares⁹¹ e que, de acordo com Cosbey, há um desequilíbrio no escopo protetivo pelo padrão UPOV, já que privilegia-se os *breeders* profissionais, é essencial que a função social da propriedade seja contemplada em todos os momentos, de maneira a consagrar o texto constitucional⁹² e garantir uma maior justiça social⁹³. Ou seja, as limitações aos direitos de propriedade advindos da titularidade de um certificado de proteção às cultivares devem acompanhar toda e qualquer interpretação legal ou em qualquer análise de caso concreto, tendo em vista a essencialidade das variedades vegetais na manutenção de parcela significativa da população brasileira.

3.1. Uma breve análise do caso dos sindicatos rurais do Rio Grande do Sul v. Monsanto

Poucos casos concretos trazem à tona debates tão fundamentais sobre as cultivares e a extensão dos direitos de um titular de patente quanto aquele da ação movida pelos sindicatos rurais de Sertão, Santiago e Passo Fundo em face

⁸⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 214.

⁹⁰ COSBEY, Aaron. *The Sustainable Development Effects of the WTO TRIPS Agreement: A Focus on Developing Countries*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Canada. Disponível em < https://www.iatp.org/sites/default/files/Sustainable_Development_Effects_of_the_WTO_TRI.htm>. Acesso em 1º de janeiro de 2020

⁹¹ BRASIL. Lei nº 9.456 de 1997. Artigo 10.

⁹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, XXIII. A propriedade atenderá sua função social.

⁹³ Remete-se ao argumento da teoria do planejamento, discutida no segundo capítulo, como propôs Fisher. (FISHER, William W. *Theories of Intellectual Property*. Disponível em < <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 28 de dezembro de 2020.)

da multinacional Monsanto⁹⁴. Mais do que um acompanhamento dos caminhos decisórios da ação coletiva - aqui será estabelecido um diálogo com o voto da Ministra Nancy Andrichi em sede de Recurso Especial⁹⁵ - a força do debate perpassa os tópicos discutidos no presente estudo, sendo fundamental analisar como estes se manifestam no caso concreto.

Instaura-se a controvérsia sobre os *produtos* das sementes de soja *round-up ready*, soja modificada transgeneticamente e objeto de proteção de carta-patente. De um lado, o argumento dos sindicatos era pela cessação da cobrança de *royalties* sobre o alegado uso de uma tecnologia protegida por patente e pelo direito de reservar sementes para o replantio e às trocas e comercializações permitidas pela Lei de Cultivares, no já mencionado artigo 10 de tal diploma legal. O ponto contrário se ampara na proteção concedida ao titular da patente de impedir a produtos de objeto de patente ou obtido via processo protegido por patente, conforme artigos 42 e 43, inciso VI da Lei de Propriedade Industrial⁹⁶.

Para que se contemple o caso em tela, é necessário que se aborde (i) a proteção por carta-patente do material genético contido na semente e a doutrina da exaustão dos direitos; (ii) a efetiva sobreposição de diplomas legais, e; (iii) a função social da propriedade intelectual.

A legislação brasileira permite, como já estudado, o patenteamento de microorganismos transgênicos que atendam aos requisitos de patenteabilidade, que não sejam meras descobertas, e que tenham sido criados (i) mediante intervenção humana direta no seu material genético e que (ii) goze de características normalmente não alcançáveis pela espécie na natureza, desde que

⁹⁴ MENDES, Pedro Puttini. *Royalties da soja sem patente: o caso da empresa Monsanto*. Rural Centro. Disponível em < <https://ruralcentro.com.br/analises/soja-transgenica-no-brasil-entenda-a-acao-coletiva-que-abre-precedente-3338>>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrichi. REsp nº 1.610.728 – RS (2016/0171099-9). 2019.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 9.279 de 1996. Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente. Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica: (...) VI – a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa.

não sejam o todo ou parte de plantas ou de animais.⁹⁷ Também como notado, a construção jurisprudencial americana admitiu o patenteamento de plantas – incluindo sementes –, uma diferença considerável para o ordenamento jurídico brasileiro. Essa discrepância de tratamento traz uma questão de gigantesca relevância: a pretensão protetiva da Monsanto, idêntica às patentes obtidas pela empresa nos Estados Unidos ou Europa, encontra um óbice na legislação brasileira, que não permite que sementes sejam objeto de patente – “mesmo a inclusão de um microorganismo que é *parte* de uma planta, ou seja, de uma semente, é pelo menos questionabilíssimo.”⁹⁸

Ou seja, a simples admissão da patente de um material genético vegetal transgênico, que é, biologicamente, *parte* de uma planta, é questionável; ademais, as pretensões protetivas não podem confundir o produto “semente” com o produto “elemento transgênico intrínseco a uma ou mais sementes diversas”. Como aduz o professor Denis Borges Barbosa, “as reivindicações de processo apontam para uma fase de obtenção do produto, que é a *criação do elemento genético que confere à semente seu caráter resiliente ao glifosato*. Uma vez colocado numa semente, esse processo não é reproduzido. O que se repassa ao agricultor é a semente na qual se insere o produto *elemento transgênico*. Reproduz-se tal elemento ao plantar, mas não se perfaz o processo de implantação. Assim, para afeitos do plantador de soja ou milho, etc., ele não pratica a reivindicação de processo coberta pela patente.”⁹⁹

De forma diversa entendeu a ministra Nancy Andrichi, que concluiu que as patentes foram concedidas pela inserção de um gene que concedeu à planta uma característica que não alcançaria na natureza – e assim, caso novas gerações conservem os atributos inoculados, devem a estes se entender os direitos de exclusiva. Curiosamente, justifica parte do seu voto com o excerto acima mencionado de Denis Borges Barbosa, com intuito de explicitar que não haveria sobreposição de proteções pois não recairiam no mesmo objeto – ou seja, seriam distintos, pois “as patentes não protegem a variedade vegetal, mas o processo de inserção e o próprio gene por elas inoculado na semente de soja.”¹⁰⁰

⁹⁷ BRASIL. Lei nº9.279 de 1996, Artigo 18, III.

⁹⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Dois estudos sobre os aspectos jurídicos do patenteamento da tecnologia round-up ready no Brasil: A questão da soja transgênica*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição nº 7/2014. p. 330 a 468.

⁹⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Dois estudos sobre os aspectos jurídicos do patenteamento da tecnologia round-up ready no Brasil: A questão da soja transgênica*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição nº 7/2014. p. 330 a 468.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrichi. REsp nº 1.610.728 – RS (2016/0171099-9). 2019.

Se a Lei de Cultivares preceitua que “a proteção do cultivar recairá sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa”¹⁰¹ e se há justificativa de que o próprio gene inoculado é protegido pela patente, há de certo um choque de modalidades protetivas – o que arguiu a ministra que não existiria. Mais do que isso, o mencionado excerto de Denis Borges Barbosa tem o propósito de demonstrar não a diferença do objeto de proteção, mas sim a *inexistência de replicação do processo patenteado na reprodução biológica de sementes*. Ao contrário do que aduz Charlene Plaza, não há uma reprodução do processo de inoculação do material na semente a cada ciclo de reprodução. Também não se confunde a incidência dos direitos de propriedade da *semente* e da *transgenia*; dado que são objetos de proteções distintas e tutelados por legislações próprias¹⁰² - como arguido acima, há um choque de modalidades protetivas sobre o *material genético*, uma vez que ele abarca o gene modificado via transgenia, sendo também objeto de proteção de cultivares.

Para fins de clareza e para que não se a argumentação teórica não se afaste do caso concreto, vale observar o relatório descritivo da patente PI 110008-2, uma vez que limita-se a proteção da patente pelo teor das suas reivindicações¹⁰³. Reivindicase as sequências de ácido desoxirribonucleico – o ADN, ou, em inglês, DNA – e as respectivas moléculas resistentes ao glifosato, além da reivindicação das plantas tolerantes ao glifosato que compreendam as moléculas reivindicadas e aquelas dentro do grupo “que consiste em milho, trigo, arroz, feijão de soja, algodão, beterraba, óleo de semente de colza, canola linho, girassol, batata, tabaco, alfafa, choupou, pinho, maçã e uva”. Além disso, também estão reivindicados os métodos para produção de plantas geneticamente transformadas, compreendendo a inserção do genoma da célula da planta, conforme as etapas descritas no item 13 do quadro reivindicatório¹⁰⁴. Indubitavelmente, caso a proteção protetiva restasse sobre o processo de inserção apenas, a questão seria deveras mais simples. Todavia, quando se pleiteia as células e moléculas que albergam o ADN

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 9.456 de 1997. Artigo 8º

¹⁰² “A violação da patente depende da natureza dos bens jurídicos. Se, de fato, a propriedade legal do titular das sementes é a transgenia, ou, no máximo, apenas a composição do genoma da planta e da transgenia, então logo que a semente germina, a patente é violada. Isso porque cada célula da planta terá uma cópia do objeto da propriedade legal de que o titular poderá impedir terceiros de fabricar e utilizar sem o seu consentimento (PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila. *Exclusões de patentes do material genético*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=87ec2f451208df97>>. Acesso em 2 de janeiro de 2021.)

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 9.279 de 1996. Art. 41.

¹⁰⁴ BARRY, Gerard Francis *et al.* 5-Enolpiruvilshiquimato-3-fosfato sintases tolerantes ao glifosato. Depositante: Monsanto Company LLC (US). Procurador: Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira. BR nº PI 1100008-2. Depósito 12 de junho de 1996.

modificado – que são, essencialmente, *parte de planta* – e também as plantas tolerantes ao glifosato em um amplo grupo, há indubitavelmente uma confusão nos escopos da proteção, não estando apartadas o objeto protetivo de maneira clara, como aduz Andrighi.

Justifica o voto, também, trazendo a doutrina da exaustão, que consiste no “entendimento de que os direitos de exclusividade de uma patente (ou outra propriedade intelectual) se exaurem uma vez que o objeto que incorpora a criação é vendido ou de outra forma realizado economicamente”¹⁰⁵ Tal entendimento não poderia abarcar uma semente, pela sua capacidade autorreprodutiva – cobre-se o uso normal do bem comercializado, mas não traria tal possibilidade para reprodução. Como trouxe a ministra “quem compra a espiga de milho, protegida por processo de reprodução, pode comer, vender, fazer pipoca ou enfeite de sala de jantar. Pode até mesmo plantar o milho num potinho na varanda. Mas não pode tornar-se competidor do titular da patente, reproduzindo milho para fins comerciais”¹⁰⁶

A aplicabilidade da doutrina da exaustão aos bens autorreprodutíveis traz novos desafios para os direitos intelectuais. Tangencia-se a questão com contratos de *licenciamento* de sementes, dando soluções efetivas ao contrato propriamente dito e questões objetivas, não soluciona a questão e privilegia as próprias empresas que introduzem as sementes no mercado. Mais do que isso, é fundamental que se revise e “aperfeiçoe os parâmetros antigos da doutrina de exaustão dos direitos”¹⁰⁷, como o próprio professor Denis Borges Barbosa faz no quarto tomo de sua obra de fôlego, ao sugerir a inclusão de um terceiro parágrafo no artigo 42 da Lei de Propriedade Industrial: “O disposto no inciso II do caput, no tocante aos produtos diretamente obtidos por processos patenteados, não será aplicável às cultivares suscetíveis de proteção segundo a legislação própria.”¹⁰⁸ Torna-se crucial indagar as diretrizes do que consistiria um

¹⁰⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Dois estudos sobre os aspectos jurídicos do patenteamento da tecnologia round-up ready no Brasil: A questão da soja transgênica*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição n° 7/2014. p. 330 a 468.

¹⁰⁶ BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O código da propriedade industrial conforme os tribunais – comentado com precedentes judiciais. Volume I – Patentes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2018. p. 611.

¹⁰⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Dois estudos sobre os aspectos jurídicos do patenteamento da tecnologia round-up ready no Brasil: A questão da soja transgênica*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição n° 7/2014. p. 330 a 468.

¹⁰⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018. p. 337.

sistema *sui generis*, como propõe o acordo ADPIC, mas é claro que não garantir aos pequenos agricultores os direitos mínimos previstos na ata de 1978 da UPOV, na qual admite-se a separação de sementes para replantio, por exemplo, seria apenas uma replicação dos modelos e tradições industriais de proteção de ativos intelectuais, unificando as diferentes particularidades de comunidades locais, suas tradições e formas de organização¹⁰⁹. Não é um desafio de pouca monta, indubitavelmente.

Ainda que o voto da ministra traga o argumento de Pedro Marcos Nunes Barbosa e Denis Borges Barbosa, no sentido de que não pode o comprador de um objeto de protegido por processo de reprodução se tornar competidor do titular da patente, um breve observação talvez se perca – “pode-se até plantar o milho num potinho da varanda”. Esta sutileza é crucial, e ela pode ser perdida se contemplado apenas na letra da lei da inexistência da exaustão em tecnologias autorreprodutíveis. A pretensão dos sindicatos rurais, no pleito em tela, não é oferecer uma força concreta competitiva¹¹⁰ diante da gigante Monsanto, mas a restrição do alcance dos direitos de propriedade que permita a separação de sementes para replantio, vender esse cultivo como matéria-prima ou para a própria alimentação, ou realizar trocar com pequenos produtores rurais, partes integrantes do ordenamento jurídico pátrio e integrantes dos privilégios dos agricultores – o *farmer's privilege* garantido pela ata de 1978 da UPOV e pelo ordenamento pátrio.

Se o exercício proprietário brasileiro está condicionado à sua função social, há de se questionar que propósito comunitário se alcança com uma confusão de modalidades protetivas e uma interpretação extensiva do que é *reprodução* de um processo protegido pela carta-patente. Não só admite que outro diploma regule as matérias atinentes às cultivares – em desalinho com o que preceitua a Lei de Cultivares e a convenção UPOV, como estudado acima -, mas também facilita que o proprietário exerça seu direito de forma nociva à coletividade¹¹¹. Como coloca Carlos Nelson de Paula Konder, a função social da propriedade deve ser vista como uma forma de defendê-la, não uma limitação ao exercício

¹⁰⁹ GRAIN. *UPOV: Getting A Free TRIPS Ride?* Seedling, June 1996. Disponível em < <https://www.grain.org/article/entries/321-upov-getting-a-free-trips-ride>>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.

¹¹⁰ Ainda que se existam os parâmetros clássicos para delimitação de uma existência concorrencial - territorialidade, simultaneidade e identidade de bens -, nesse caso a diferença de poderio econômico e alcance dos polos opostos na demanda mitiga imensamente o potencial concorrencial.

¹¹¹ BRUCH, Kelly Lissandra; DEWES, Homero. *A função social como princípio limitador do direito de propriedade industrial de plantas*. Revista da ABPI, Volume 84. set./out. 2006. p. 19-47.

do direito¹¹²; questiona-se de que forma é defensável tal exercício proprietário, quando este manietta a atividade de pequenos agricultores para a própria subsistência e trocas contempladas dentro da lei brasileira. Há um desbalanço da estrutura poliédrica hexagonal dos núcleos de interesse; se permitida a metáfora, coloca-se uma moeda atrás da face de um dado para que o resultado da rolagem seja sempre o mesmo número. Privilegia-se um núcleo (o de titulares de direitos intelectuais valiosos) em detrimento dos demais; esfumaça-se o objetivo de natureza utilitária insculpido no texto constitucional – não há como visualizar o interesse social e o desenvolvimento econômico do país¹¹³ quando a função social, tão evidente na Lei de Cultivares, não é contemplada de maneira notável no *decisum*. Igualmente, questiona-se de que maneira está observado o desenvolvimento econômico do país.

A posição, como colocada, está longe de ser pacífica. Não há como afirmar de maneira categórica que contemplar os direitos amparados na Lei de Cultivares “exigiria inovações normativas *de lege ferenda*”, como afirmou Andrighi. Uma vez que se discute a necessidade de revisitar a doutrina da exaustão dado os desafios propostos pelos avanços tecnológicos, além da dificuldade técnica em cindir o escopo protetivo de duas modalidades, considerar que há uma inerente função social no pleito dos sindicatos não é uma violação legal, mas uma consideração harmônica e submetida à tábua axiológica da Constituição¹¹⁴.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cultivares trazem dificuldades inevitáveis ao estudo dos direitos intelectuais pela sua natureza autorreprodutível. Até por ser uma modalidade de proteção relativamente recente na história, os desafios que ela traz não se enquadram, necessariamente, no prisma tradicional da propriedade intelectual; por se tratar de partes integrantes de seres vivos e por serem objetos de processos de

¹¹² KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Para além da “principalização” da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>>. Acesso em 1º de outubro de 2020.

¹¹³ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, XXIX. A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

¹¹⁴ OLIVA, Milena Donato. *Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas*. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil. Vol. 16, abr./jun. 2018, pp. 15-33. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/229/211>. Acesso em 25 de setembro de 2020.

alteração e melhoria genética, abordar as cultivares necessariamente implica em confrontar as acepções estabelecidas da proteção jurídica das tecnologias. O rápido passo das melhorias das técnicas da bioquímica e engenharia genética servem de propulsão para um debate com o mult centenário direito de exclusivo da carta-patente.

Naturalmente, tal debate precisa se submeter à função social da propriedade intelectual. Conceber os direitos intelectuais e seu impacto no tecido social, na forma que este altera, substancialmente, os espaços dentro da concorrência, de que maneira podem os direitos intelectuais consagrar e permitir o pleno desenvolvimento da pessoa e, ao mesmo tempo, como poderia ser uma barreira para tal. A proteção dos bens e materiais, por ser tão afeito ao hibridismo, como coloca Pedro Marcos Nunes Barbosa, tem plúrimas áreas de influência, que se alteram e se retroalimentam.

Por mais que as cultivares não estejam tão vivas no imaginário daqueles que não se afeiçoaram pelo estudo da propriedade intelectual, é indubitável que ela traz alguns dos debates mais relevantes e de maior incerteza nesse campo do Direito. Estudá-la, compreendê-la, é uma maneira de aproximar a funcionalização dos institutos à propriedade intelectual, promovendo os avanços necessários não só na proteção de cultivares, mas também das patentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFIA TRADICIONAL

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 2017.

_____. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1980.

_____. *Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade*. Revista da ABPI, nº 59.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2017.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo II*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2017

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2018.

_____. *Proteção das Marcas: Uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

_____. *On artefacts and middlemen: a musician's note on the economics of copyright*. IJIPM - International Journal of Intellectual Property Law and Creative Industries.

_____. *Dois estudos sobre os aspectos jurídicos do patenteamento da tecnologia round-up ready no Brasil: A questão da soja transgênica*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição nº 7/2014. p. 330 a 468.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento: 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, 2017

_____. *A arguição de "nulidade" como matéria de defesa nas demandas de contratação de propriedade industrial*. Revista da Escola da Magistratura Federal/Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, volume 32, n. 1 (mai./out.20). p. 229-256.

_____. *A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira*. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 162, p.63-71, set/out 2019.

BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *O código da propriedade industrial conforme os tribunais – comentado com precedentes judiciais. Volume 1 – Patentes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2018.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. *O Design sem desenho industrial registrado: mitos e hipóteses de tutela*. Revista da ABPI, nº 146. mai./jun. 2015. p. 31-40.

BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*. Tradução de Francisco de Ambrois Pinheiro Machado. Porto Alegre: Editora Zouk, 2012.

BRUCH, Kelly Lissandra; DEWES, Homero. *A função social como princípio limitador do direito de propriedade industrial de plantas*. Revista da ABPI, Volume 84. set./out. 2006. p. 19-47.

BRUNT, Jennifer Van. *Ex Parte Hibberd: Another Landmark Decision*. Nature Publishing Group. Bio/Technology. Vol. 3, Dezembro, 1985. p. 1060.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª edição, 2016.

_____. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. *Proteção de patentes de produtos farmacêuticos: o caso brasileiro*. Brasília: FUNGAG/IPRI, 1993. (Coleção Relações Internacionais, v. 18).

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Editora Boiteux, 2005.

- MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*. The Journal of Economic History, Vol. 10. No. 1. Maio, 1950. p. 1-29.
- MACHLUP, Fritz. *An Economic Review of the Patent System*. Study of the Subcommittee On Patents, Trademarks and Copyrights of the Committee on the Judiciary United States Senate. 85th Congress, 2nd Session. Washington, 1958.
- MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PALMER, Tom. G. *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*. Harvard Journal of Law & Public Policy. Vol. 13. N° 3. 817-865.
- 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 J. Pereira. *A questão da autoria e da originalidade em direito de autor*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.) *Direito autoral*. São Paulo: Editora Saraiva, Série GV Law, 2014.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Luiz Antônio de Oliveira Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.
- SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução de Heloísa de Arruda Vilella. São Paulo: EdUSP, 1992.
- SINGER, Joseph W. *No Freedom Without Regulation: The Hidden Lessons of the Subprime Crisis*. New Haven: Yale University Press. 2015.
- VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual. A crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

REFERÊNCIAS EXTRAÍDAS DA INTERNET

- BANSOK, Ros; CHIANG, Cahty; THOMAS, Timothy S. et. al. *Cambodian Agriculture: Adaptation to Climate Change Impact*. 2013: International Food Policy Research Institute 01285. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2343170> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2343170>>. Acesso em 20 de outubro de 2020.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Como retardar o domínio público nas tecnologias farmacêuticas: parecer aprovado, por unanimidade, pelo plenário, pelo plenário do Instituto dos Advogados do Brasil*. Revista Eletrônica do IBPI, n° 10. 2014. Disponível em <https://ibpieuropa.org/?media_dl=405>. Acesso em 30 de dezembro de 2020.
- COSBEY, Aaron. *The Sustainable Development Effects of the WTO TRIPS Agreement: A Focus on Developing Countries*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Canada. Disponível em <https://www.iatp.org/sites/default/files/Sustainable_Development_Effects_of_the_WTO_TRI.htm>. Acesso em 1° de janeiro de 2020.
- FINGER, J. Michael; SCHULER, Philip. *Implementation of Uruguay Round Commitments: the*

- development challenge*. WPS2215, Outubro 1999. Disponível em <<http://documents.worldbank.org/curated/en/457771468752978781/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em 1º de dezembro de 2020.
- FISHER, William W. *Theories of Intellectual Property*. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 28 de dezembro de 2020
- GOUVÊA, Carlos Portugal; PARGENDLER, Mariana. *Levando a sério a literatura: verdadeira Law and Economics do art. 40 da LPI*. Jota, Análise. 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/propriedade-intelectual-law-economics-11112020>>. Acesso em 1º de dezembro de 2020.
- GIRALDI, Jonathan. *Overlapping IP Protection – Is the Sky the Limit?* IP Osgoode. Novembro, 2008. Disponível em <<https://www.iposgoode.ca/2008/11/overlapping-ip-protection-is-the-sky-the-limit/>> Acesso em 1º de dezembro de 2020.
- GRAIN. *UPOV: Getting A Free TRIPS Ride?* Seedling, June 1996. Disponível em <<https://www.grain.org/article/entries/321-upov-getting-a-free-trips-ride>>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.
- HUGHES, Justin. *The Philosophy of Intellectual Property*. 77 Geo. L.J. 287, 1988. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/IPCoop/88hugh.html>>. Acesso em 28 de dezembro de 2020.
- KANT, Immanuel. *Of the Injustice of Counterfeiting Books*. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/46060/46060-h/46060-h.htm>>. Acesso em 20 de dezembro de 2020.
- KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Para além da “principalização” da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>>. Acesso em 1º de outubro de 2020.
- 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 8 de agosto de 2020.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale)*. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49203>>. Acesso em 20 de outubro de 2020.
- MENDES, Pedro Puttini. *Royalties da soja sem patente: o caso da empresa Monsanto*. Rural Centro. Disponível em <<https://ruralcentro.com.br/analises/soja-transgenica-no-brasil-entenda-a-acao-coletiva-que-abre-precedente-3338>>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.
- OLIVA, Milena Donato. *Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas*. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil. Vol. 16, abr./jun. 2018, pp. 15-33. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/229/211>>. Acesso em 25 de setembro de 2020.
- SMITH, Ronn. *Desmystifying Global Warming*. 2019. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3359983> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3359983>>. Acesso em 20 de outubro de 2020

REFERÊNCIAS ADMINISTRATIVAS

BARRY, Gerard Francis *et al.* **5-Enolpiruvilshiquimato-3-fosfato sintases tolerantes ao glifosato**. Depositante: Monsanto Company LLC (US). Procurador: Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira. BR nº PI 1100008-2. Depósito 12 de junho de 1996.

IBGE. Censo agropecuário: resultados definitivos. 2019. Rio de Janeiro, v.8. p. 61. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3096/agro_2017_resultados_definitivos.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

INPI. Tabela de retribuições dos serviços prestados pelo INPI. Disponível em <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/tabelas-de-retribuicao/tabela-patentes.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2021.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL, República Federativa do. Constituição Federal de 1988.

_____. Lei de Propriedade Industrial. Lei nº 9.279/1996.

_____. Lei das Cultivares. Lei nº 9.456/1997.

_____. Código de Propriedade Industrial. Lei nº 5.772/1971.

_____. Decreto nº 2.366 de 1997.

_____. Decreto nº 3.109 de 1999.

_____. Decreto nº 9.604 de 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Code, Titles 17 and 35.

Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS ou ADPIC).

REFERÊNCIAS PRETORIANAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.529 de 2016. Relator Ministro José Antônio Dias Toffoli. Medida Cautelar. 7 de abril de 2021,

_____. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Recurso Especial nº 1.610.728 – RS (2016/0171099-9). 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, Min. Barros Monteiro. REsp 4055-PR, DJ 20.05.1991

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo nº 141895 RJ 2005.02.01.011707-0, Relator: Desembargador André Fontes. DJU – 13.07.2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível. AI nº 70021344197, Desembargador Irineu Mariani. DJ – 12.12.2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Diamond. v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. United States v. Borden Co., 308 U.S. 188 (1939).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc., 499 U.S. 340 (1991).

_____. Corte de Apelações, Circuito Federal. Imazio Nursey, Inc. v. Dania Greenhouses, No. 94-1450, United States Court of Appeals, Federal Circuit (1995).

FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO IMPÉRIO DO BRASIL: ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1823 E CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824¹

Guilherme Lerej²

Às vésperas de se completarem duzentos anos da declaração de Independência do Brasil, torna-se cada vez mais evidente a necessidade de se refletir e se ponderar sobre os rumos que a nação tomou e quais os seus possíveis futuros. Frente às correntes políticas reativas que tomam conta do pensamento e do sentimento públicos, é prudente mergulhar nas origens da constitucionalização das instituições brasileiras, analisando-as com um olhar crítico e comparativo.

Com esse propósito — e para instruir a análise da produção constitucional brasileira —, serão brevemente analisadas algumas visões tradicionais acerca do direito constitucional e da origem do poder constituinte; esclarecidos os pontos iniciais, passar-se-á a um registro prioritariamente jurídico dos debates havidos na Assembleia Constituinte de 1823, culminando com uma análise da Constituição Imperial de 1824 e a sua comparação com a Carta Cidadã de 1988.

¹ Trecho adaptado de monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); trabalho orientado pelo Professor Doutor Pedro Marcos Nunes Barbosa.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Sócio de Chalfin, Goldberg, Vainboim Advogados.

POLÍTICA E CONSTITUIÇÃO

As constituições não são produto da vontade dos homens. O tempo é que as faz. Elas vêm à tona gradual e imperceptivelmente. Não são compostas, como se tem pensado, de novos elementos para cuja combinação nenhum cimento seria suficientemente sólido. São constituídas por antigos elementos, mais ou menos modificados³.

O direito não se produz no vazio; ao contrário, representa o reflexo e o resultado da história e da cultura da sociedade em que está inserido. Por essa razão, é inescapável concluir que um estudo abrangente de uma ordem constitucional depende da análise ponderada das bases institucionais e ideológicas de tal sociedade.

A sistematização jurídica de um país, mais ainda um país que não tinha uma ordem constitucional prévia, é um processo lento e complexo, profundamente conectado às particularidades políticas daquele povo. Assim, é fundamental o exame dos principais grupos influentes na elite, das discussões havidas pelos constituintes e do real aproveitamento dessas normas e ideais na Constituição que viria a ser escrita.

Primeiramente, entenda-se que o processo constituinte não é apenas jurídico, mas essencialmente político. A instituição de um ordenamento jurídico requer uma declaração inequívoca de vontade pelos titulares da potestade; em uma sociedade que se diz democrática — ainda que tal perspectiva por vezes não se cumpra —, esses são os cidadãos. A multiplicidade de titulares da soberania é que admite a dissonância e a guerra de influências na marcha legislativa constitucional, razão pela qual Carl Schmitt entende que o conceito democrático da lei é um conceito político, o que significa que “frente a esta vontade [do povo], não há obstáculos fora dos princípios democráticos”⁴.

Conceber a democracia como forma legítima de representação política, não obstante o remoto exemplo ateniense, era em si um obstáculo ainda no século XVIII. Foi nos cadafalsos da Revolução Francesa que se encontrou a base institucional que elevou o povo de mero súdito do rei a cidadão, conferindo-lhe direitos e deveres, individuais e coletivos. Consolidou-se a multidão, o Terceiro Estado, independente e absoluto, como “o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum”⁵.

³ CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. P. 180.

⁴ SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1984. P. 340. Tradução livre.

⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el tercer estado?*. Madrid: Aguilar, 1973. P. 18. Tradução livre.

O abade Emmanuel Joseph Sieyès via no povo a chance de resolver a crise de legitimidade então reinante na França. Para ele, a nação poderia ser definida como “um corpo de associados que vive sob uma lei comum e é representado pela mesma legislatura”⁶. O país dividido em Estados, cada qual com suas normas e privilégios, formava, portanto, uma série de povos distintos dentro do mesmo território, porém jamais uma nação. Qualquer privilégio constituiria violação dessa lei comum; qualquer privilegiado se oporia ao Terceiro Estado e, por conseguinte, à nação como um todo.

A legitimação do povo enquanto encarnação da vontade geral e essencial da nação transforma o pensamento político vigente; a construção do regime constitucional passa, a partir desse momento, a depender da inferência desse grupo, bem como dos demais já citados, no processo legislativo originário. Os constituintes da nação exercem esses poderes de forma ilimitada e incondicionada, conferindo à sua criação a superioridade que depois se desdobraria no princípio da primazia da Constituição.

Nesta qualidade, seus representantes formam toda a Assembleia Nacional; têm todos os seus poderes. Como são os únicos depositários da vontade geral, não têm necessidade de consultar os seus constituintes sobre uma dissensão que não existe. Sem dúvida, estão sempre dispostos a submeterem-se às leis que aprover à nação lhes der. (...) É preciso compreender antes de tudo claramente qual é o objeto ou o fim da assembleia representativa de uma nação; não pode ser diferente do que se proporia a própria nação se pudesse reunir-se e deliberar no mesmo lugar⁷.

A própria eleição dos delegados para exercer o poder constituinte pleno passa por questões de mando ideológico, moldando os grupos que participam, então, da elaboração da lei maior. De fato, a concepção de representatividade que surge e se fortalece a partir das ideias de Sieyès — e de sua efetiva aplicação — serve para horizontalizar os debates, pressupondo um substrato comum sobre o qual se edifica o sistema constitucional. O Frei Caneca, criticando a dissolução imperial da Constituinte na edição de 15 de janeiro de 1824 do *Typhis Pernambucano*, afirmou categoricamente que “é da essência da representação nacional a escolha das matérias que devem formar o objeto do pacto social; porque só a nação é a quem toca e pertence estatuir”⁸.

⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. ¿Qué es el tercer estado?. P. 13. Tradução livre.

⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. ¿Qué es el tercer estado?. P. 106 e 107. Tradução livre.

⁸ CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. *Ensaio político*. Rio de Janeiro: Documentário, 1976. P. 82.

“Quando se fala de ordem jurídica, supõe-se uma legalidade não arbitrária. Legalidade oriunda do sistema representativo, legalidade criada com o consenso daquele — o povo — cuja vida se destina a reger”⁹. O processo de criação e consolidação de tal ordenamento, portanto, é sempre rodeado de conflitos e choques entre alianças, cada qual querendo seus privilégios — o que, como se disse, não pode subsistir. Os ideais e os conceitos que prevalecem frente a essas dificuldades são entendidos como os que, sinteticamente, correspondem à vontade da maior parte das pessoas, ou seja, estão em maior conformidade com a vontade geral. José Afonso da Silva assim define o processo constituinte:

A formação de uma constituição democrática é processo incerto e conflitivo. É submetido a jogo de interesses e tensões de toda ordem. Nunca é linear e isento de contradições. Forças contrárias às mudanças reorganizam-se para interrompê-lo. Há riscos de novas e perigosas rupturas¹⁰.

Os grupos e as alianças que se digladiam durante o momento criativo de uma constituição adaptam, pelo constante embate, os princípios desejados por cada um, mesclando ideais e perspectivas e gerando verdadeiros fundamentos da ordem jurídica nacional. Essas noções se consolidam por sua necessidade; sua forma e aplicação, que embasam as demais leis, são definidas e trazem consigo “a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo”¹¹.

Ferdinand Lassalle chama essas forças de “fatores reais do poder”¹², coletividades com objetivos comuns e influência ideológico-legislativa independente, podendo abranger além daquilo que é escrito. O conjunto de fundamentos por eles defendidos, representados pela soma desses fatores, constitui a verdadeira essência da Constituição real e efetiva de um país.

O diploma legal que então se redige é, nesse raciocínio, apenas uma “folha de papel”¹³, um instrumento para expressar a soma dos fatores reais do poder de forma escrita, constituindo-os em “fatores jurídicos”¹⁴. Esses, então, representam

⁹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *A legalidade democrática*. Recife: OAB/PE, 1970. P. 23.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 76.

¹¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. P. 19.

¹² LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. P. 20.

¹³ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. P. 26.

¹⁴ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. P. 26.

as múltiplas vontades presentes em um país, dialogando, geralmente de forma violenta, para solidificar o sistema do qual são partes.

José Bonifácio de Andrada e Silva entendia que essas forças devem gerar, em síntese, o maior bem para o maior número de pessoas, separando as necessidades internas e complementares dos fatores reais daquelas operadas por agentes externos ou defensores dos privilégios. Dizia ele que “sem independência, não há para as nações nem constituição, nem liberdade, nem pátria”¹⁵. A vinculação da Constituição jurídica aos fatores reais do poder é patente.

Todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos de sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença nos tempos modernos — e isso não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância — não são as constituições reais e efetivas, mas, sim, as constituições escritas na folha de papel. (...) De onde provém essa aspiração, própria dos tempos modernos, de possuir uma Constituição escrita? Vejamos. Somente pode ter origem, evidentemente, no fato de que nos elementos reais do poder imperantes dentro do país se tenha operado uma transformação¹⁶.

Os enfrentamentos principiológicos que dão substância à Constituição escrita caracterizam a sua mutabilidade, a despeito do objetivo de cristalizar esses valores na sociedade. A mera redação de um documento que concentre e sistematize essas ideias em nada importa, podendo ser suplantado a qualquer momento pelos caprichos dos fatores reais do poder.

Assim, o estabelecimento da Constituição escrita seria decorrente dessa transformação dos fatores reais, que veem na rigidez do texto um benefício momentâneo, reservada a possibilidade de se alterar a ordem política sem mudança de texto — por exemplo, com a mutação constitucional.

O enfrentamento dos elementos formadores do país é preponderante no processo construtivo. A cristalização dos princípios no texto constitucional não deve buscar a perfeição ou o ideal inatingível, mas “observar qual a constituição histórica da sociedade correspondente e (...) adoptar, como critério, uma *sã philosophia* (...) que lhe ajude a desvendar o que a constituição referida tem de imutável e o que tem de modificável”¹⁷.

¹⁵ ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras e Publifolha, 2000. P. 123.

¹⁶ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. P. 33.

¹⁷ VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais*. Rio de Janeiro:

Konrad Hesse discorda de Lassalle, interpretando a Constituição escrita como parte autônoma da, porém coordenada com, a Constituição real e efetiva. Para ele, a folha de papel, longe de ser apenas instituto passivo que se adapta às regras políticas derivadas dos fatores reais, também se mostra como força ativa, criando obrigações e deveres que, por sua vez, podem delinear e regulamentar as relações sociais.

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva¹⁸.

Essa “vontade de Constituição”¹⁹, que se alia à vontade de poder dos titulares da potestade, deve ser alicerçada na preponderância das vontades humanas, que, consonantes ou dissonantes, conformam e reformam a ordem política, conferindo-lhe eficácia. A instituição de cada direito deve levar em conta um correspondente dever, evitando construir uma estrutura unilateral excludente; caso contrário, “a realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados”²⁰.

Raymundo Faoro se debruçou sobre o assunto da democracia e da instituição do poder constituinte no Brasil em estudo feito ainda durante a ditadura militar. Segundo ele, a entrada brasileira no processo constitucionalista se deve ao movimento reacionário desencadeado pela Revolução Liberal do Porto em 1820, o que acabou por promover a constitucionalização do regime monárquico português. Consequentemente, afrouxou-se o domínio ideológico exercido diretamente sobre a então colônia, o que conduziu, aliado a outros fatores, à declaração de Independência do Brasil dois anos depois.

O país recém-emancipado atestava, naquele momento, a sua metamorfose em nação, estabelecendo os fundamentos e os ideais sobre os quais seria erigida a sua Constituição. A celeridade em dar início ao processo constituinte — a

Typographia, 1899. P. 37 e 38.

¹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. P. 18.

¹⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. P. 19 e 20.

²⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. P. 21.

Assembleia foi convocada em 3 de junho de 1822, mais de três meses antes da Declaração de Independência — demonstra a importância desse expediente, que formaria a base normativa e social do novo governo.

A constituição em sentido social e a constituição em sentido jurídico constituem as duas faces da constituição política. Uma constituição não é, desse modo, a mera síntese das condições reais do poder, nem um conjunto esparso de regras jurídicas. Da interação desses dois fatores, dirigidos pela vocação dos destinatários do poder de controlá-lo, se afirma a essência da constituição, inadmissível, portanto, como maquiagem de pessoas ou dos grupos que se assenhoreiam da força²¹.

A convocação, supostamente democrática, dos delegados constituintes serviu para propagar a ilusão participativa do povo, buscando neutralizar as suas reivindicações mais radicais. Foi possível, por isso, mascarar a falta de legitimidade que os representantes possuíam, sustentando-se em apelos demagógicos aos apetites populares. A dificuldade intrínseca da formação do governo brasileiro já era clara, considerando que, “sem a plenitude de participação do povo, o governo não será nunca um governo constitucional, mas governo de fato dissimulado em aparências constitucionais ou sem essas aparências”²².

Feitas as considerações acima e compreendida a natureza do poder constituinte, torna-se possível seguir ao exame da primeira assembleia constituinte brasileira, que, apesar das boas intenções, não logrou sucesso em eliminar os arbítrios e os privilégios, sendo sumariamente dissolvida pelo Imperador.

OS DEBATES E A DISSOLUÇÃO DA CONSTITUINTE DE 1823

De que serve uma Constituição em papel? A Constituição deve estar arraigada em nossas leis, estabelecimentos e costumes. Não são comissões militares e medidas ditatoriais que deviam restabelecer a ordem, e sossegar as províncias, mas sim a imediata convocação das câmaras, e um novo ministério sábio, enérgico, e de popularidade²³.

No início de 1822, D. Pedro I estava ciente da ineficácia das representações

²¹ FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada*. São Paulo: Brasiliense, 1981. P. 15 e 16.

²² FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte*. P. 15.

²³ ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. P. 122.

brasileiras nas Cortes de Lisboa. Prevendo a irreconciliabilidade dos diversos interesses presentes no Brasil com aqueles suscitados pela Revolução do Porto, promulgou, em 16 de fevereiro desse ano, um decreto preparatório à separação, que pudesse consolidar o seu poder como Príncipe Regente e servisse de base à sua eventual aclamação popular como monarca soberano.

Nesse documento, criava-se o Conselho de Procuradores Gerais das Províncias, órgão cuja missão seria “examinar os grandes projetos de reformas administrativas (...) e propor as medidas e planos que parecessem mais urgentes e vantajosos ao bem do Reino Unido e do Brasil”²⁴. O desejo do futuro Imperador, como exposto no Decreto de 16 de fevereiro, era de que esse trabalhasse

(...) para utilidade geral do Reino-Unido e particular do bom Povo do Brazil, ir de antemão [às Cortes] dispondo e arreigando o systema constitucional, que elle merece, e Eu Jurei dar-lhe, formando desde já um centro de meios e de fins, com que melhor se sustente e defenda a integridade e liberdade deste fertilíssimo e grandioso Paiz, e se promova a sua futura felicidade²⁵.

O processo formativo da Assembleia, ainda que posto em curso antes do fatídico 7 de setembro de 1822, como se disse, demorou a se mostrar efetivo. O Decreto de 3 de junho desse ano, longe de estabelecer procedimentos específicos para a eleição dos delegados, apenas informava que a Assembleia deveria ser “composta de Deputados das Províncias do Brazil novamente eleitos na forma das instruções, que em Conselho se acordarem, e que serão publicadas com a maior brevidade”²⁶. A vaga redação do Decreto gerou insegurança e instabilidade, havendo dúvida sobre a própria legitimidade dos eleitos.

Nos primeiros dias após o “Grito do Ipiranga”, ainda não se sabia exatamente qual seria a finalidade de tal Assembleia, pois havia forte discordância entre três grupos: um favorável à participação brasileira nas Cortes de Lisboa, restabelecendo o seu *status* de colônia; outro, mais radical, pressionava pela independência total, com viés democrático e republicano; e, finalmente, um terceiro, formado pelas elites burguesas urbanas, que pregava uma separação branda, mantendo o sistema de governo e legitimando a constituição pela

²⁴ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História: lições introdutórias*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 266.

²⁵ BRASIL. *Coleção das Leis do Império (1821-1830)*. Disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html. Acesso em 13.05.2021.

²⁶ BRASIL. *Decreto de 3 de junho de 1822*. Disponível em <http://www.ibrade.org/wp-content/uploads/2018/03/Decreto-de-3-de-junho-de-1822.pdf>. Acesso em 13.05.2021.

autoridade imperial já estabelecida, formalizando os ajustes feitos no período revolucionário pelos fatores reais do poder.

Esse último grupo, mais próximo às lideranças econômicas do país e influente junto às elites europeias, acabou prevalecendo; os outros dois, por suas posições radicais, possuíam uma rejeição maior, hostilizando as suas ideologias adversárias. Victor Nunes Leal associa a grande influência desse grupo conservador à amizade e à troca de favores que mantinham com os coronéis do interior, o que lhes permitia mobilizar uma força popular considerável. A instabilidade do sistema político baseado nessa relação é patente: “como os compromissos não são assumidos à base de princípios políticos, mas em torno de coisas concretas, prevalecem para uma ou para poucas eleições próximas”²⁷.

Nas palavras de Flávia Lages de Castro, a “monarquia, uma continuidade da dinastia portuguesa no Brasil seria a garantia de manutenção do *status quo* baseado no sistema que persistia desde a Colônia: latifúndio, monocultor, exportador, escravocrata”²⁸. Não obstante a indefinição sobre quem viria a tomar a liderança, era certo que todos os grupos tinham uma ideia semelhante sobre o poder que detinham:

Os constituintes, consciente ou inconscientemente, rezavam todos por iguais letras: entre o rei e a nação não havia duas peças pertencentes ao mesmo corpo, que cumpria ajustar, soldar, fundir. O soberano e o país eram realidades diversas e separadas, cujo encontro se daria pela adesão ou pelo contrato, desconfiadas as partes da conduta de uma e outra, tendente o imperador ao despotismo e os representantes da nação à anarquia²⁹.

Para além das inclinações políticas, as instruções gerais para a eleição dos delegados foram bastante claras em tornar inelegíveis determinados grupos de oposição ao governo imperial. Nessa lógica, permitiu-se o voto de todo cidadão emancipado com mais de vinte anos de idade, “excluídos os religiosos seculares, os estrangeiros não naturalizados, os criminosos (...), os criados da Casa Real que não fossem de galão branco e os administradores de fazendas e fábricas”³⁰.

²⁷ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. P. 61.

²⁸ CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 345.

²⁹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012. P. 331.

³⁰ CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito*. P. 345.

A supressão dos escravos, como bem lembra Lages de Castro, foi implícita, já que esses não eram sequer considerados brasileiros.

O propósito das instruções, na verdade, foi o de limitar o número de pessoas elegíveis, facilitando a prática de manobras políticas para a definição dos constituintes. Assim, o grupo eleito para a Assembleia representava não os ideais do povo, considerado “resignado e apático”³¹, mas da elite rural latifundiária e da urbana mercantil. Caio Prado Jr. afirma, por isso, que foi feita a “Independência praticamente à revelia do povo; e se isto lhe poupou sacrifícios, também afastou por completo sua participação na nova ordem política”³².

A falta de participação popular na Assembleia Constituinte de 1823 — não obstante a sua posterior dissolução — permitiu a instauração de um caráter classista no projeto, favorecendo as elites rurais e urbanas com “uma complicada hierarquia de direitos políticos, que (...) vai sucessivamente restringindo o círculo dos cidadãos deles investidos”³³. A dificuldade de fazer valer o direito político da elegibilidade dos cidadãos nos termos das instruções gerais foi premeditada e surtiu efeitos. O Barão Francisco Inácio Marcondes Homem de Mello explica que a Constituinte era composta de “26 bachareis em direito e cânones, 22 desembargadores, 19 clérigos entre os quaes um bispo, e 7 militares entre os quaes 3 marechaes de campo e 2 brigadeiros”³⁴.

Os setores sociais que se viram representados na Assembleia correspondiam às lideranças financeiras e intelectuais do país, moldadas pelo liberalismo econômico aliado ao conservadorismo político; como, aliás, eram as Cortes de Lisboa. Nas palavras de José Afonso da Silva, a Assembleia foi “composta da aristocracia intelectual brasileira, graduada em Coimbra, e da Nobreza rural assentada sobre a base dos grandes latifúndios”³⁵.

As perspectivas democráticas, utilizadas tão-somente para fortalecer a ilusão de representatividade e angariar apoio popular, não passaram de engodo, servindo para manter com maior facilidade o elitismo e o autoritarismo de

³¹ RODRIGUES, José Honório. *Independência: revolução e contra-revolução: a liderança nacional*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975. v4. P. 124.

³² PRADO JR, Caio. *Evolução política do Brasil: colônia e império*. 16ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. P. 52.

³³ PRADO JR, Caio. *Evolução política do Brasil*. P. 56.

³⁴ HOMEM DE MELLO, Francisco Inácio Marcondes. *A Constituinte perante a História*. Rio de Janeiro: Actualidade, 1863. P. 4 e 5.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 46.

pequenos grupos. Segundo Nunes Leal, “o latifúndio monocultor e escravocrata representava, a essa época, o verdadeiro centro de poder da Colônia: poder econômico, social e político”³⁶.

Com efeito, o que se operou foi “um movimento permanente e paciente pela conquista progressiva de espaço político”³⁷, ainda que essa fosse limitada, em geral, aos detentores de títulos e aos proprietários de terras. Antônio Carlos Wolkmer enuncia claramente os moldes ideológicos da nova ordem constitucional prestes a se formar:

Com a Independência do país, o liberalismo acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo, ainda que, contraditoriamente, admitisse a propriedade escrava e convivesse com a estrutura patrimonialista de poder. (...) Trata-se da complexa e ambígua conciliação entre patrimonialismo e liberalismo, resultando numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado permitiria o “favor”, o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental³⁸.

Eleitos os deputados, o governo central orientou às províncias que fornecessem meios logísticos e financeiros para que esses pudessem se locomover ao Rio de Janeiro. Sem prejuízo, D. Pedro I, acreditando que qualquer demora nos trabalhos da Assembleia seria prejudicial ao país, ordenou, por meio do Decreto de 14 de abril de 1823, o início das suas reuniões preparatórias para três dias depois. Dispôs o futuro Imperador aos deputados que, “começando pela nomeação do Presidente, formarão a Junta preparatória para verificação de poderes, e organizarão o regulamento interno da Assembléa”³⁹.

Logo no dia 17 desse mês, como previsto, reuniram-se os constituintes. Elegeram o bispo capelão-mor D. José Caetano da Silva Coutinho como presidente; nomearam uma comissão para decidir sobre a legalidade dos poderes conferidos aos presentes, cujo relator foi Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, irmão de José Bonifácio; e deram início à redação do regimento interno, proferindo um juramento de defender a integridade e a independência do Império.

³⁶ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. P. 81.

³⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Antonio Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. P. 89.

³⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 79.

³⁹ BRASIL. *Coleção das Leis do Império (1821-1830)*. Acesso em 13.05.2021.

Em 3 de maio de 1823, finalmente se iniciaram os trabalhos da Assembleia, em grande festa e sob comoção popular. Pedro Eunápio Deiró, jornalista e político baiano na época do Império, relatou o ânimo dos cariocas nesse dia:

Havia por toda parte um vivo contentamento; a população julgava assistir a uma esplêndida festa do patriotismo. No homem das classes populares até no das mais elevadas da sociedade, dominava um só sentimento; todos confiavam nos representantes da nação e esperavam que eles realizassem as esperanças, fundando o governo de um povo livre e fazendo uma Constituição que a todos concedesse e garantisse os direitos da liberdade civil e política. O espetáculo, deveras, era novo para um povo recentemente saído do regime colonial, educado na escola corruptora do absolutismo, que impõe o servilismo e recusa admitir que as criaturas humanas têm idênticos direitos e deveres e que a pátria é um patrimônio comum⁴⁰.

Presentes os deputados, foi dado início formal aos trabalhos da Constituinte, procedendo D. Pedro I a discursar sobre a magnitude do país, os seus desejos de liberdade e a construção de um texto constitucional que fosse justo e adequado às particularidades do povo e da época, ao que foi aclamado. Tornou-se polêmica a fala do Imperador no excerto em que afirmou: “defenderia a Pátria, a Nação, e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim”⁴¹.

A vinculação do projeto constitucional à aprovação do Imperador jamais havia sido discutida; por isso, gerou forte rebuliço entre os deputados presentes. D. Pedro I havia evitado, até o momento, tomar medidas demasiadamente autoritárias, pois julgava que o seu poder era diretamente derivado da aclamação popular ocorrida em 1º de dezembro de 1822. A súbita mudança de conduta causou alarme entre os constituintes, que decidiram, mesmo contra o voto de Antonio Carlos, responder imediatamente ao Imperador, louvando a glória do trono e a felicidade do povo, que — todos esperavam — seriam mantidos pelo documento que se redigiria.

Esta primeira “fala do trono” — como vieram a ser conhecidas as representações do Imperador à Assembleia e depois ao Congresso — derivou inteiramente dos pensamentos de José Bonifácio, homem muito afeito aos arbítrios e defensor feroz da monarquia constitucional que se tornou conhecido, por essa e outras

⁴⁰ DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2006. P. 73 e 74.

⁴¹ BRASIL. *Ata da Primeira Sessão Ordinária da Assembleia, 03.05.1823*. Disponível em <https://arquivohistorico.camara.leg.br/index.php/ata-da-primeira-sessao-da-assembleia>. Acesso em 13.05.2021. P. 18.

razões, como Patriarca da Independência. Sobre esse episódio, Eunápio Deiró asseverou que “na aluvião das frases ouças que José Bonifácio pôs na imperial boca, transparecem, a todo instante, as arrogâncias do regime da realeza absoluta”⁴².

Apenas dois dias depois, Antonio Carlos, conhecido por ser “orador eloquente, patriota cheio de coragem”⁴³, proferiu a sua resposta, formal e ponderada, à fala do Imperador. Louvou, nesse discurso, a generosidade e a perspicácia com que o monarca havia prudentemente agido ao convocar a Assembleia soberana, afirmando também a total prevalência do princípio da liberdade e da defesa do constitucionalismo em suas condutas. Esse último ponto foi alvo de muitas críticas, notadamente por Luis Inácio de Andrade Lima, deputado de Pernambuco, que via com temor a ressalva imperial de que a Constituição precisasse ser digna dele⁴⁴. Antonio Carlos, José Bonifácio e o seu irmão Martim Francisco Ribeiro de Andrada partiram em defesa de Sua Majestade Imperial, declarando que “ninguém estava obrigado a defender o que não se julgasse digno de si”⁴⁵ e, ainda, “que D. Pedro andava bem em não hipotecar apoio a uma cousa que não conhecia ainda”⁴⁶.

Resolvida, tanto quanto possível, a questão da dignidade imperial, a Assembleia passou a eleger deputados para uma comissão encarregada de redigir o projeto de Constituição; desse grupo de sete pessoas, fizeram parte Antonio Carlos e José Bonifácio. O seu primeiro trabalho foi o de deliberar acerca do *status* jurídico de Pedro José da Costa Barros, deputado eleito pelo Ceará, que se encontrava preso, segundo o deputado Pereira de Alencar deixou transparecer, em virtude do “sistema de devassa que José Bonifácio, ministro do Império, por portaria, praticava à maneira despótica do marquês de Pombal”⁴⁷.

Logo surgiram opiniões conflitantes. Pereira de Alencar, um dos conterrâneos do preso, propôs então o envio de uma carta ao governo determinando a

⁴² DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil*. P. 77.

⁴³ RODRIGUES, José Honório. *Independência: revolução e contra-revolução: a liderança nacional*. P. 39.

⁴⁴ A frase não é de D. Pedro I, tendo sido apropriada “do preâmbulo da Carta de 4 de junho de 1814, por meio da qual Luis XVIII [de França] pretende reatar a tradição monárquica” (CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito*. P. 349).

⁴⁵ ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2016. P. 105.

⁴⁶ ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. P. 105.

⁴⁷ DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil*. P. 97.

imediate soltura do constituinte ou, ao menos, o seu célere julgamento, para que pudesse participar tão logo possível da Assembleia. Antonio Carlos, prudente e conciliador, se opôs de pronto, alegando que tal ação seria inconstitucional, pois apropriaria competências exclusivas do governo e do judiciário⁴⁸. Nada obstante a heterodoxia da medida, a carta foi enviada e Costa Barros foi libertado na pendência do julgamento; apesar disso, negou-se a comparecer à Assembleia até o reconhecimento de sua inocência, o que veio a ocorrer apenas meses depois.

A controvérsia da “inconstitucionalidade sem constituição”, posto que sustentada com base nos princípios e costumes do direito da época, indicava a predileção dos constituintes por doutrinas liberais inglesas, sendo sucedida por alguns outros assuntos transitórios. Destacam-se, entre esses, alguns como a adaptação e a sistematização das leis portuguesas que vigiam no país até a construção da nova ordem jurídica⁴⁹; a suposta necessidade de uma proclamação ao país sobre os princípios da Assembleia; e um projeto sobre a liberdade de imprensa.

Mesmo antes de se embrenharem nos temas centrais da futura Constituição, os representantes já externalizavam o desejo de uma ruptura completa com o colonialismo, trazendo a si o poder de definir as liberdades e os deveres gerais no país. Nas palavras de Hélio Bicudo, essas atitudes demonstravam que as instituições do Direito Lusitano, “enfeixadas principalmente no famoso livro V das Ordenações Filipinas, não mais correspondiam às ideias dominantes e às necessidades dos novos tempos”⁵⁰.

Nesse primeiro mês, a Constituinte sofria ainda com a ausência de vários de seus membros, o que impediu, por vezes, a abertura das sessões ordinárias. Como bem aponta Varnhagen, “com estas e outras propostas menos importantes e as

⁴⁸ A visão externada por Antonio Carlos nesse episódio reflete, ainda que indiretamente, a influência da doutrina do direito natural na sociedade brasileira da época. A mera falta de um ordenamento jurídico constituído não reverteria o ser humano ao seu estado primitivo, mas o manteria ainda amarrado às normas estipuladas e fiscalizadas pela Natureza. Nas palavras de Hans Kelsen: “A natureza (...) funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. Quem observa os seus preceitos, actua justamente. Estes preceitos, isto é, as normas da conduta justa, são imanentes à natureza” (KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. P. 94).

⁴⁹ O regime jurídico do Brasil à época da Independência era sustentado principalmente nas Ordenações Filipinas, conjunto de normas criadas por Filipe I de Espanha durante a União Ibérica (1580-1640). Entraram em vigor em 1603, subsistindo frente ao processo constituinte e vigorando em matéria civil até 1916, quando passou a vigorar o Código Bevilacqua.

⁵⁰ BICUDO, Hélio Pereira. *O Direito e a Justiça no Brasil: uma análise crítica de cem anos*. São Paulo: Símbolo, 1978. P. 14.

nomeações das comissões, haviam sido quase exclusivamente consumidas as sessões havidas até 22 de maio⁵¹.

A inércia da Assembleia se devia também à enorme inimizade entre alguns grupos ali presentes, notadamente entre as elites rurais latifundiárias e os novos comerciantes urbanos. Pedro Calmon evidencia que o “antagonismo colonial, entre o senhor de engenho e o negociante, (...) a separação entre a gleba e o comércio, aumentada pela imprevidência do primeiro e pela ganância do segundo, explodiam em ira patriótica”⁵².

Em 22 de maio de 1823, foram apresentados dois grandes temas que causaram espanto e geraram dúvidas sobre a competência da Assembleia: a concessão de anistia geral para os combatentes da Independência; e a autorização, ao governo imperial, de selecionar e expelir do país, em três meses, “todos os que ele considerasse como suspeitos de não de todo adictos à causa da Independência”⁵³.

A proposta de anistia, de autoria do deputado gaúcho Martins Basto, tomou precedência, sendo rechaçada ferozmente por José Bonifácio e Antonio Carlos, principalmente pela insegurança quanto à competência da Constituinte para isso. Sustentavam os irmãos Andrada que, conquanto a anistia fosse assunto de competência notavelmente legislativa, esse deveria ser restrito a um poder estabelecido, não sendo prudente discuti-lo no momento. Além disso, eles julgavam que tal moção poderia “originar dissensões entre a Assembleia e o imperador”⁵⁴, já que a incumbência de perdoar crimes políticos era do rei no mínimo desde a publicação do Decreto de 22 de outubro de 1810⁵⁵.

A posição dos Andradas foi ouvida sob protesto, sendo a oposição encabeçada por José Custódio Dias, deputado suplente de Minas Gerais. Ele entendia que a aclamação de D. Pedro I como Imperador, ocorrida em dezembro do ano anterior, não lhe conferia direitos e atribuições em aberto na pendência do texto constitucional. Expostos os argumentos, a Assembleia decidiu não enfrentar a questão da competência, optando por realizar apenas um juízo de conveniência sobre a anistia. A votação foi de 35 a 17 pela rejeição da proposta⁵⁶.

⁵¹ VARNHAGEN, Francisco Adolpho de. *História da independência do Brasil: até ao reconhecimento pela antiga metrópole, compreendendo, separadamente, a dos sucessos ocorridos em algumas províncias até essa data*. Brasília: Senado Federal, 2010. P. 228.

⁵² CALMON, Pedro. *História da civilização brasileira*. Brasília: Senado Federal, 2002. P. 189.

⁵³ VARNHAGEN, Francisco Adolpho de. *História da independência do Brasil*. P. 228.

⁵⁴ ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. P. 109.

⁵⁵ BRASIL. *Coleção das Leis do Império (1821-1830)*. Acesso em 13.05.2021.

⁵⁶ ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. P. 110.

Não obstante a tentativa, por parte dos deputados, de impedir maiores atritos com o governo imperial, a relação entre os dois rapidamente se deteriorou. Isso se deu especialmente por conta de artigos, assinados por um anônimo “G. P. T.” e publicados pelo periódico “Diário do Governo”, contrários ao constitucionalismo e favoráveis ao poder monárquico absoluto.

O misterioso autor, que se declarava português, incitava o Imperador contra a Assembleia, essa contra aquele, e o povo contra todos. Por isso, logo foi alvo de diversas queixas de deputados e de processo judicial movido pela Constituinte⁵⁷, o que não o impediu de prosseguir com os seus escritos; segundo o jornalista Agenor de Roure, ele “parecia ter as costas quentes”⁵⁸. Ademais, o nome “Diário do Governo” parecia sugerir alguma ligação dos seus editoriais com a linha política seguida pelo Imperador, dando a entender que D. Pedro I autorizava os escritos ou, no mínimo, que não teria coragem de agir contra eles; de todo modo, uma imagem desfavorável.

Em 2 de junho de 1823, os deputados decidiram enviar uma carta ao Imperador, congratulando-o pelo aniversário do decreto que convocou a Assembleia. Em resposta, D. Pedro I reafirmou o seu compromisso com os princípios da monarquia constitucional, rechaçando, assim, a narrativa absolutista do “G. P. T.”.

As declarações do monarca, contudo, não convenceram a todos; o deputado Custódio Dias seguiu pregando que a legitimidade política da Assembleia era absoluta e que a do Imperador dependeria de sua aceitação do projeto redigido pelos representantes da nação, da forma em que fosse escrito, sendo ou não “digna dele”.

O deputado avistou o problema da legitimação enquanto fonte de obrigações e, por isso, procurou delimitar de maneira inequívoca qual seria o fundamento desse poder. Em sua concepção, a aclamação imperial era apenas sinal de continuidade conservadora tradicionalista, não podendo se confundir com a formação de uma nova ordem jurídica e política.

Nas palavras de Norberto Bobbio, há sempre dicotomia entre o passado e o futuro enquanto fontes de legitimação política, cabendo a cada grupo sustentar

⁵⁷ BRASIL. *Indicação n. 1 para se processar o autor da carta inserta no Diário do Governo n. 124*. Disponível em <https://arquivohistorico.camara.leg.br/index.php/indicacao-n-1-para-se-processar-o-autor-da-carta-inserta-no-diario-do-governo-n-124>. Acesso em 13.05.2021.

⁵⁸ ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. P. 114.

o que lhe for mais favorável, de acordo com suas predileções políticas. Nesse sentido, contrapõe-se o ordenamento conservador ao revolucionário:

Enquanto a referência à história passada constitui um típico critério para a legitimação do poder constituído, a referência à história futura constitui um dos critérios para a legitimação do poder que se está constituindo. O novo ordenamento que o revolucionário tende a impor deslocando o antigo pode ser justificado na medida em que é representado como uma nova etapa do curso histórico, uma etapa necessária, inevitável e mais avançada axiologicamente do que a precedente⁵⁹.

Hábil negociador, Antonio Carlos chamou o seu colega à ordem, argumentando que o mesmo povo que havia convocado a Assembleia havia também aclamado o Imperador, decorrendo os dois institutos da mesma autoridade, outorgada pelo titular do poder constituinte. A posterior decisão do monarca de convocar a Assembleia estaria, desse modo, prevista nos poderes a ele conferidos pela aclamação popular. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que, no preâmbulo do que viria a ser a Constituição outorgada, “D. Pedro I (...) invoca a soberania do direito divino, ‘a graça de Deus’, e a soberania popular, ‘a unânime aclamação dos povos’”⁶⁰.

O Frei Caneca, jornalista e religioso pernambucano politicamente ativo durante o Primeiro Reinado, escreveu sobre a situação política da época nas suas “Cartas de Pítia a Damão”⁶¹. Na epístola intitulada “Sobre os projetos despóticos do Ministério do Rio de Janeiro”, posterior a fevereiro de 1823, ele empreendeu uma análise da natureza do poder constituinte no Brasil:

O poder soberano é indivisível, ele está todo essencialmente na nação, e por comissão ou delegação nas cortes soberanas, as quais já abrangem aquela mesma parte, que tocava a S.M.I. e Constitucional não por ser príncipe regente do Brasil, nem da casa de Bragança, nem finalmente por ser o sucessor do trono português, sim unicamente por que, aceitando os nossos convites, desprezou e abjurou ser português, e se naturalizou brasileiro; o que se não fizesse, e regressasse para Portugal, nós nos teríamos constituídos como quiséssemos, e posto à nossa frente quem nos parecesse, como têm feito em semelhantes

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. P. 90.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 64.

⁶¹ Conto da mitologia grega relatado por Aristóxeno; a amizade entre os dois é símbolo das virtudes de lealdade e confiança.

circunstâncias todos os povos do mundo, desde os mais remotos séculos⁶².

O atrito entre a Assembleia e o Governo aumentava constantemente, havendo muitas críticas sobre a influência de Martim Francisco e José Bonifácio, que cumpriam, a um só tempo, os cargos de deputados constituintes e de Ministros do Império. O deputado Martins Basto, quando da discussão da anistia, chamou atenção para o fato de que a ideologia patriota e liberal pregada pelo governo seria apenas um embuste, servindo de máscara para atrocidades e arbitrariedades cometidas em nome do novo país, com a prisão e a perseguição política de centenas de pessoas.

Eunápio Deiró aduz que a preponderância de José Bonifácio no primeiro ano após a Independência se deve muito à ignorância administrativa de muitos deputados. Ao contrário, com a análise cuidadosa dos seus atos, “o ministério do venerando patriarca negrejaria aos olhos da história, como coisa por demais absurda, ou inepta”⁶³. Segundo o autor, as condutas dos Andradas ecoavam mesmo as do Marquês de Pombal, que sequer é mencionado por nome ou título, tratado apenas como o “truculento estadista de D. José I”⁶⁴.

Por isso, desejando acalmar os ânimos dos constituintes e do próprio povo, D. Pedro I demitiu os Andradas em 16 de julho de 1823, um dia depois de proclamar poeticamente que a sua constitucionalidade triunfaria sempre, “qual sol dissipando o mais espesso nevoeiro”⁶⁵. Esse ato apaziguador representou uma violenta mudança no comportamento do Imperador, que, se antes “depositava cega e profunda confiança no ministro que havia escolhido”⁶⁶, agora via como necessária a composição com a Assembleia para manter o projeto de Independência.

Com a dissolução do ministério chefiado por José Bonifácio, ele e o seu irmão Martim Francisco se juntaram a Antonio Carlos como deputados da Assembleia em tempo integral. No intuito de garantir a relevância política das

⁶² CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. *Ensaios políticos*. P. 46.

⁶³ DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil*. P. 99 e 100.

⁶⁴ DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil*. P. 100.

⁶⁵ BRASIL. *Coleção das Leis do Império (1821-1830)*. Acesso em 13.05.2021.

⁶⁶ DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil*. P. 160.

suas opiniões, os três passaram a orientar as publicações do “Tamoio”⁶⁷, um periódico politicamente independente que, mais do que apoiar definitivamente um ou outro grupo, refletia unicamente as visões dos seus criadores.

Por vezes elogiando, por vezes criticando o Imperador, o jornal foi a solução encontrada pelo Patriarca e por seus irmãos para continuar participando do cenário político nacional; a sua ideologia vacilante era, porém, forte indício de que ele, a despeito das pretensões monárquicas e liberalizantes que sempre havia defendido, “andava magoado pela mudança que se operara no espírito de D. Pedro I”⁶⁸. Varnhagen, remetendo à análise de Armitage, caracteriza os editores do periódico como “democratas, facciosos, demagogos e revolucionários”⁶⁹.

Tão logo foram demitidos os Andradas, dedicou-se o Imperador a reverter algumas das suas atitudes mais autoritárias, buscando, com isso, reparar as relações com o povo e com a Assembleia. Foi com essa finalidade que publicou diversas portarias, a chefes de polícia e a magistrados, ordenando a soltura de inúmeros supostos “inimigos do Brasil” que se encontravam presos sem culpa formada⁷⁰. Primeiramente dirigidas à província de São Paulo, as ordens logo foram expandidas para todo o território nacional, inaugurando uma nova fase no governo imperial, mesmo na pendência da Constituição.

Apesar de ter sido breve, a Assembleia Constituinte de 1823 operou profundas mudanças, tanto na sua composição quanto na sua configuração partidária, desde o início das sessões, em maio, até a apresentação do primeiro projeto de Constituição, o que veio a ocorrer somente em setembro do mesmo ano. Os principais vetores dessas mudanças foram, sem dúvidas, a dissolução do Ministério dos Andradas e a pressão de D. Pedro I pela “dignidade” do texto, situações que compeliram a reorganização das forças políticas na Constituinte para melhor se adequarem à vontade popular (e imperial).

Após um mês de agosto improdutivo, mais ocupado com questões políticas

⁶⁷ Nome de uma tradicional tribo de índios, das mais antigas instaladas no litoral brasileiro. Encontravam-se principalmente entre os estados de Rio de Janeiro e São Paulo, sendo “notáveis pela inimizade que professavam contra os portugueses” (ARMITAGE, John. *História do Brasil*: desde o período da chegada da família de Bragança, em 1808, até a abdicação de D. Pedro I, em 1831. Brasília: Senado Federal, 2011. P. 139).

⁶⁸ ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. P. 221.

⁶⁹ VARNHAGEN, Francisco Adolpho de. *História da independência do Brasil*. P. 239.

⁷⁰ O punitivismo é traço marcante da civilização brasileira desde a sua origem, persistindo até a atualidade. Ora por razões políticas, ora por interesses econômicos, a massa popular sempre foi vista com temor, devendo, por isso, ser neutralizada para se atingir a segurança e o progresso nacionais.

supervenientes do que propriamente com a escrita da Constituição, finalmente a comissão encarregada do primeiro rascunho, chefiada por Antonio Carlos, ofereceu o seu projeto na sessão de 1º de setembro. Segundo o Barão Homem de Mello, o seu teor era, em linhas gerais, o seguinte:

Todos os grandes princípios das liberdades constitucionaes, todas as novas conquistas do systema representativo, era [sic] ahi proclamados e consagrados. A liberdade pessoal, a igualdade perante a lei, a publicidade do processo, a abolição do confisco e da infâmia das penas, a liberdade religiosa, a liberdade d'imprensa e de industria, a garantia da propriedade, o julgamento pelo jury eram ahi solemnemente reconhecidos⁷¹.

O projeto, feito sob olhares internacionais e o temor do absolutismo, seguiu o espírito do constitucionalismo que vinha se desenvolvendo nos Estados Unidos e na Europa: focou-se nas liberdades individuais e na representatividade do sistema eleitoral. A despeito disso, a moderação aplicada às garantias e aos direitos previstos no texto refletia, em termos, o frágil equilíbrio estabelecido nas relações entre a Assembleia e o Imperador.

O projeto de Constituição foi impresso e distribuído aos deputados, a D. Pedro I e às províncias em 9 de setembro, sendo marcada a sua discussão para o dia 15 do mesmo mês. O primeiro debate efetivamente realizado sobre o projeto, refletindo a proximidade dos procedimentos e o extremo formalismo dos constituintes, foi proposto pelo deputado mineiro Antônio Gonçalves Gomide: postulava alterar o título do documento, de "projeto de Constituição" para "projeto da Constituição".

Nem encerrado esse incidente, outros deputados suscitaram correções gramaticais, sendo essas seguidas de debates sobre as expressões religiosas no preâmbulo do texto. Discutiu-se de tudo: o mistério da Trindade; a natureza do Espírito Santo; teologia e medicina. Sobre o projeto em si, contudo, nada foi dito. Nas palavras de Agenor de Roure, "o primeiro dia de discussão da Constituição perdeu-se com duas questões gramaticais e uma religiosa, inteiramente descabidas"⁷².

As posteriores discussões abarcaram todos os grandes temas pertinentes à formação e à consolidação de um novo Estado, o que permitiu o refinamento do texto, visto até então como mera repetição feita "no molde da [Constituição]

⁷¹ HOMEM DE MELLO, Francisco Inácio Marcondes. *A Constituinte perante a História*. P. 9.

⁷² ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. P. 139.

de Portugal⁷³. A base legal então redigida foi considerada positiva, tanto que foi mantida em sua maior parte pela Constituição Imperial outorgada em 1824, não obstante a futura dissolução da Assembleia — com a notável inclusão do Poder Moderador.

Apesar de todos os desacordos entre os constituintes e o governo imperial, certo é que a Assembleia parecia se encaminhar para um fim proveitoso quando outra intervenção da imprensa abalou as relações políticas na capital. Em outubro de 1823, o jornal “Sentinela da Liberdade à Beira-Mar da Praia Grande”, cujo redator era Cypriano Barata, publicou uma série de cartas assinadas pelo pseudônimo “Brasileiro Resoluto”, nas quais se condenava a naturalização de soldados portugueses e a sua incorporação ao Exército Brasileiro⁷⁴.

Em reação às ofensas publicadas, dois oficiais luso-brasileiros foram à paisana a uma botica no Largo da Carioca, onde acreditavam que encontrariam o autor dos insultos. Lá chegando, na noite do dia 5 de novembro, encontraram David Pamplona, que foi imediatamente espancado sob a acusação de ser o “Brasileiro Resoluto”, quando nem brasileiro era (havia nascido nos Açores)⁷⁵.

Logo no dia seguinte, Pamplona foi queixar-se dos militares à Assembleia, que de pronto adotou o caso, nomeando uma comissão para produzir um parecer sobre o ocorrido. Antonio Carlos e Martim Francisco clamaram vingança contra os ofensores, constituindo-se em “advogados acérrimos do queixoso, que converteram em brasileiro nato, e pretenderam ver na agressão ofensa à honra e dignidade da nação⁷⁶”.

Após a redação do parecer em tempo recorde, foi marcada a sua discussão para o dia 10 de novembro. Houve ampla comoção popular, a favor e contra os agressores, aglomerando-se uma multidão no entorno da Assembleia. Após fortes pressões políticas, autorizou-se a entrada dos manifestantes no recinto, onde, causando grande alarde, forçaram a suspensão dos debates⁷⁷.

D. Pedro I assistia aos acontecimentos com olhar astuto; via nessa situação a oportunidade perfeita para se livrar da influência dos Andradas no projeto que

⁷³ VARNHAGEN, Francisco Adolpho de. *História da independência do Brasil*. P. 242.

⁷⁴ FAUSTO, Boris; HOLANDA, Sergio Buarque de. *História Geral da Civilização Brasileira. O Brasil monárquico: o processo de emancipação*. 2ª ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965. P. 249.

⁷⁵ LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014. P. 68 e 69.

⁷⁶ VARNHAGEN, Francisco Adolpho de. *História da independência do Brasil*. P. 260.

⁷⁷ ARMITAGE, John. *História do Brasil*. P. 141.

estava sendo redigido. Suas opções eram duas: propôs ao Conselho de Estado a deportação dos Andradas ou a dissolução da própria Constituinte, ao que foi surpreendido com a demissão da maior parte do Ministério. Agindo quase isoladamente, aproveitou o ímpeto violento do Exército, atizado pelas acusações, ordenando a um regimento de infantaria que se dirigisse ao local da Assembleia em São Cristóvão, no que foi seguido por diversos outros batalhões⁷⁸.

O uso ostensivo do aparato militar, feito em ameaça velada à Assembleia, foi um divisor de águas na política de D. Pedro I. Se antes o Imperador representava um bastião do patriotismo, do governo moderado e da causa brasileira, “daí em diante toda a sua fraqueza, teimosia, impetuosidade, vacilação, desconfiança, incontenção, venceram suas qualidades e o despotismo foi a funesta consequência”⁷⁹.

Em resposta às suspeitas movimentações militares no entorno da Assembleia, Antonio Carlos propôs, já no dia 11 de novembro, que a Constituinte se declarasse em sessão permanente, enviando um ofício ao Imperador questionando sobre o motivo para a presença do Exército. A resposta do governo, que chegou apenas na madrugada do mesmo dia — posteriormente denominada “noite da agonia” —, informava que as tropas ali estavam em paz, propondo-se apenas a salvaguardar a integridade dos deputados e a representar contra as ofensas que esses estariam proferindo contra o Imperador⁸⁰.

Estava armada a crise. Seguiram-se propostas de transferir a Assembleia para outra província e de ordenar o afastamento dos militares; tudo em vão. No dia 12 de novembro de 1823, D. Pedro I marchou à frente das tropas e decretou a dissolução da Constituinte sob o pretexto, facilmente desmentido, de “garantir-lhes a segurança”⁸¹. A despeito dos verdadeiros motivos, o decreto foi assim redigido:

Havendo eu convocado, como tinha direito de convocar, a Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, por Decreto de 3 de Junho do anno proximo passado, afim de salvar o Brazil dos perigos, que lhe estavam iminentes; e havendo esta Assembléa perjurado ao tão solemne juramento, que prestou à Nação, de defender a integridade do Imperio, sua independencia, e a minha dynastia: Hei por bem, como Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil, dissolver a mesma Assembléa,

⁷⁸ ARMITAGE, John. *História do Brasil*. P. 141.

⁷⁹ RODRIGUES, José Honório. *Independência: revolução e contra-revolução: a liderança nacional*. P. 11.

⁸⁰ LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. P. 72.

⁸¹ FAUSTO, Boris; HOLANDA, Sergio Buarque de. *O Brasil monárquico: o processo de emancipação*. P. 252.

e convocar já uma outra na fôrma das Instrucções, feitas para a convocação desta, que agora acaba; a qual deverá trabalhar sobre o projecto de constituição, que eu lhe hei de em breve apresentar; que será duplicadamente mais liberal, do que o que a extincta Assembléa acabou de fazer. Os meus Ministros, e Secretarios de Estado de todas as differentes repartições o tenham assim entendido, e façam executar a bem da salvação do Imperio⁸².

A pressa do Imperador em outorgar uma Constituição era tanta que mandou formar uma comissão para elaborar o projeto, dando-lhe quarenta dias para tanto. Mesmo antes do fim do prazo, no dia 11 de dezembro de 1823, os trabalhos se encerraram, sendo o projeto publicado no dia 20 do mesmo mês⁸³. Após o assentimento das Câmaras Municipais, a primeira Constituição do Brasil foi jurada em 25 de março de 1824. Segundo Marcello Cerqueira, “assim foi o mau começo do constitucionalismo brasileiro”⁸⁴.

CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824

Eu sou de voto, [sic] que se não adote e muito menos jure o projeto de que se trata, por ser inteiramente mau, pois não garante a independência do Brasil, ameaça a sua integridade, oprime a liberdade dos povos, ataca a soberania da nação e nos arrasta ao maior dos crimes contra a divindade, qual o perjúrio, e nos é apresentado da maneira mais coativa e tirânica⁸⁵.

O relato das discussões havidas na Assembleia, acima, permite compreender quais eram os principais interesses dos grupos que, após executar o projeto da Independência, se haviam encarregado de sistematizá-lo. Por demasiada arrogância ou leviandade, entretanto, não contaram os constituintes com a existência de outra força capaz de pôr abaixo todos os esforços, como efetivamente ocorreu: o Imperador.

D. Pedro I, criado para ser rei absoluto, mas doutrinado por maçons e liberais em prol da separação, era um “caleidoscópio de contradições”⁸⁶. A

⁸² BRASIL. *Coleção das Leis do Império (1821-1830)*. Acesso em 13.05.2021.

⁸³ FAUSTO, Boris; HOLANDA, Sergio Buarque de. *O Brasil monárquico: o processo de emancipação*. P. 253.

⁸⁴ CERQUEIRA, Marcello. *A constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993. P. 268.

⁸⁵ CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. *Ensaios políticos*. P. 75.

⁸⁶ BITAR, Orlando. *Missão constitucional de Pedro I*. In: _____. *Obras completas de Orlando Bitar: estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho*. v2. P. 327.

imprevisibilidade de caráter e ideias que o levou à dissolução da Assembleia seria a mesma que ordenaria, pouquíssimo tempo depois, a outorga de um texto muito similar ao projeto desfeito:

Imbuída de ideias e instituições marcadamente liberais, originadas da Revolução Francesa e de doutrinas do constitucionalismo francês (...). Tratava-se de uma Constituição outorgada que institucionalizou uma monarquia parlamentar, impregnada por um individualismo econômico e um acentuado centralismo político. Naturalmente, essa Lei Maior afirmava-se idealmente mediante uma fachada liberal que ocultava a escravidão e excluía a maioria da população do país⁸⁷.

Pedro Calmon classifica a Carta de 1824 como de “pouco sentimento econômico, daltonismo político, mimetismo e preocupação de conceitos ‘da moda’, literários”⁸⁸. O seu conteúdo geral não refletia, com efeito, só a conjuntura nacional recente, inserindo-se no contexto internacional das monarquias que, restauradas após o Congresso de Viena, resgataram o seu domínio com base na liberalização das políticas e na concessão de direitos e cidadania. O fundamento da legitimidade dos reis não poderia mais residir no direito divino; assim, foi preciso que eles deixassem “participar do poder ao menos uma parte da elite econômica”⁸⁹, a primeira concepção do liberalismo político na Europa.

A legitimidade do poder consolidado na figura de D. Pedro I foi objeto de amplas discussões nas Cortes de Lisboa. Entendiam os deputados portugueses que todos os atos do Imperador, desde a criação do Conselho de Procuradores, teriam ultrapassado os poderes que lhe haviam sido concedidos por D. João VI, pois, em sua perspectiva, “não passava de um delegado do rei na América”⁹⁰. Por isso, a outorga da Constituição seria apenas “ordem de uma autoridade ilegítima e incompetente”⁹¹.

Afastada a teoria divina da legitimidade política⁹², embasou-se D. Pedro I na teoria da hereditariedade, que depois se convalidou através do que veio a chamar de “unânime aclamação dos povos”. A real extensão do seu direito hereditário,

⁸⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. P. 84 e 85.

⁸⁸ CALMON, Pedro. *História da civilização brasileira*. P. 203.

⁸⁹ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História*. P. 353.

⁹⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Para uma pré-história do Império do Brasil*. In: ___. *Capítulos de história do Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Parte I, Cap. 1. P. 34.

⁹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Para uma pré-história do Império do Brasil*. In: ___. *Capítulos de história do Império*. P. 34.

⁹² “O direito daquele que detém o poder público, isto é, do soberano, é tão só o direito natural, o qual se define pela potência não de cada um dos cidadãos, tomados à parte, mas da massa conduzida de certo modo por um mesmo pensamento” (SPINOZA, Baruch de. *Tratado político*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1994. P. 41).

muito mais amplo do que o de simples representante do rei, estava provada por um conselho que D. João VI lhe havia dado quando regressou a Portugal, e que depois seria citado pelo próprio Imperador em uma carta que enviou ao pai em 19 de junho de 1822⁹³.

Pleno conhecedor das ambições das Cortes e desejando a continuidade do regime dentro do possível, disse o rei a seu filho que “se o Brasil se separar, antes seja para ti, que me hás de respeitar, que para algum desses aventureiros”⁹⁴. Tal base legítima de exercício do poder foi, depois da Independência, trasladada para a nova situação do Brasil, como ensina Miguel Seabra Fagundes:

A legitimidade, para o governo do novo Estado, lhe resulta, então, do exercício imediatamente anterior do poder como Príncipe Regente, que convertido em monarca soberano, [sic] pela Declaração de Independência, permanecia titular do poder sem solução de continuidade. (...) Aliás, a legitimação do poder se integra, nessa altura, pela adoção de uma ordem constitucional elaborada, adrede, para o novo Estado⁹⁵.

“Em nome da Santíssima Trindade”, iniciava a Constituição de 1824 com a definição do tipo de Estado e de governo que seriam aplicados no Brasil. No seu primeiro artigo, estipulava que o novo país seria considerado a “associação política de todos os cidadãos brasileiros”, “uma nação livre e independente”⁹⁶, declaração preponderante para consolidar o movimento político dos anos antecedentes.

José Antonio Pimenta Bueno — o marquês de São Vicente —, analisando os processos históricos que produziram nossa separação, concluiu que “a primeira condição da nação brasileira é pois de ser livre, soberana, independente”⁹⁷. Para sustentar esse princípio, o artigo 145 da Constituição instituía que “todos os brasileiros são obrigados a pegar em armas para sustentar a independência e integridade do Império”⁹⁸.

⁹³ OLIVEIRA LIMA, Manuel de. *O movimento da Independência: 1821-1822*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. P. 381.

⁹⁴ RODRIGUES, José Honório. *Independência: revolução e contra-revolução: a evolução política*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975. v1. P. 169.

⁹⁵ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *A legitimidade do poder político na experiência brasileira*. Recife: OAB/PE, 1982. P. 16.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980. P. 197.

⁹⁷ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958. P. 20.

⁹⁸ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 219.

O governo do país, definido no artigo 3º da Carta, seria “monárquico hereditário, constitucional e representativo”⁹⁹, o que sustentava a narrativa imperial da continuidade do poder alicerçada na aclamação popular, coadunando-se também com os princípios do constitucionalismo liberal da época. A partir daí, instituindo o catolicismo como religião de Estado, porém permitindo todas as outras para culto privado (artigo 5º), passava à definição subjetiva da cidadania.

O artigo 6º determinava inúmeras formas de aquisição de nacionalidade brasileira — muitas seriam replicadas nas constituições seguintes —, mas foi o seu §4º que causou mais polêmica. Dispunha que seriam considerados brasileiros “todos os nascidos em Portugal e suas possessões que, sendo já residentes no Brasil na época em que se proclamou a independência nas províncias onde habitavam, aderiram a esta, expressa ou tacitamente”¹⁰⁰.

Esse princípio já vinha sendo aplicado mesmo antes da outorga da Constituição, tendo sido objeto de deliberação pela Assembleia de 1823. De fato, a Constituinte havia concedido, aos militares portugueses que houvessem atuado a favor da independência, a nacionalidade e a incorporação ao Exército Brasileiro, justamente o tema que deu origem às críticas feitas pelo “Brasileiro Resoluto”, que conduziram ao espancamento de David Pamplona e à dissolução da Assembleia.

Apesar de toda a controvérsia, derivada em parte do sentimento nativista antilusitano ocorrente principalmente em Pernambuco, na Bahia e no Rio de Janeiro, Pimenta Bueno considerou que a disposição foi “justa, política e útil; mas era por sua natureza transitória”. Segundo ele, a exclusão dos portugueses seria “uma injustiça e um erro”¹⁰¹, já que muitos deles teriam posto suas vidas e ideais em risco pelo bem da Independência. A Constituição não se olvidou dos combatentes e manteve o seu direito à cidadania mesmo contra a insatisfação de parte do povo.

Com relação ao poder de Estado, a Carta de 1824 seguiu parte da doutrina de Montesquieu¹⁰², reconhecendo a necessidade de reparti-lo. Esse preceito foi

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 198.

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 198.

¹⁰¹ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. P. 446.

¹⁰² “Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil. (...) Tudo estaria perdido se

consagrado pelo seu artigo 9º, que considerava a separação e a harmonia dos poderes como “o princípio conservador do direito dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias que a Constituição oferece”¹⁰³. A divisão que se propôs e aplicou foi integralmente derivada do pensamento de Benjamin Constant, que, vivendo à época da Revolução Francesa, pensou do seguinte modo:

O poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário são três molas que devem cooperar, cada um em sua esfera, ao movimento geral; mas quando, descompostas, se cruzam, entrecrocamos e se travam, é necessária uma força que os ponha de novo em seu lugar. (...) É preciso que esteja situada fora e que seja, em alguma medida, neutra, a fim de que sua ação se aplique em quantos pontos se requeira e o faça com um critério preservador, reparador, não hostil¹⁰⁴.

O artigo 10 da Constituição deixava clara a influência de Constant, separando o poder de Estado em Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador; esse último cumpriria a função preservadora da soberania, harmonizando os demais. De acordo com o Marquês de São Vicente, todos os poderes são “expressões naturais e necessárias da Soberania Nacional”¹⁰⁵, servindo para sistematizar o ordenamento jurídico.

O Poder Moderador merece especial atenção, sendo o grande divisor de águas na teoria política da fragmentação de poderes e, nas palavras de Paulo Bonavides, “a consagração literal do absolutismo”¹⁰⁶. Definido no artigo 98 como “a chave de toda a organização política”¹⁰⁷ e encarnado na figura de D. Pedro I, era interpretado como uma seção do Poder Executivo que geria diretamente as questões de soberania, harmonia e independência.

Seria, nessa ótica, não um exercício de absolutismo, mas “um remédio aos impasses do partidarismo, (...) um remédio para a paralisia decisória ou para o predomínio de interesses particulares”¹⁰⁸. Afonso Arinos de Mello Franco pondera que a fundamentação não passou de embuste; D. Pedro I se valeu

o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014. P. 230 e 231).

¹⁰³ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 199.

¹⁰⁴ CONSTANT, Benjamin. *Principios de política*. Madrid: Aguilar, 1970. P. 19. Tradução livre.

¹⁰⁵ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. P. 30.

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 600 p.

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 211.

¹⁰⁸ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História*. P. 272.

dessa doutrina “mais no intuito de alargar o seu poder pessoal do que no de estabelecer um equilíbrio neutro entre os demais poderes”¹⁰⁹, opostamente à indicação de Constant.

As atribuições do Imperador nessa seara eram definidas no artigo 101 e incluíam poderes como: dissolver a Câmara de Deputados “nos casos em que o exigir a salvação do Estado”¹¹⁰ (§5º); nomear e demitir os ministros de Estado (§6º); suspender os magistrados (§7º); perdoar penas de réus condenados (§8º); e conceder anistia (§9º). Sobre a possibilidade de dissolver a Câmara, certamente a mais polêmica de todas, afirma Pimenta Bueno que a luta constante entre essa e o Ministério justificava a atuação do Imperador. Externo às vicissitudes da política rotineira, o soberano teria o bem nacional em mente, agindo sempre “que se dá um desacordo irreconciliável entre a Câmara dos Deputados e o ministério”¹¹¹.

Os outros incisos eram fundamentados nos abusos e incorreções que permeavam os outros três poderes desde o descobrimento do Brasil. Pode-se dizer, segundo o desembargador Joaquim Rodrigues de Sousa, que:

Foi ella a primeira [Constituição], [sic] que separou o poder real do executivo, em que as mais constituições os tinham baralhados. (...) O Legislador Brasileiro, compreendendo-a perfeitamente, realizou a distincção, separando das funções executivas as puramente soberanas, que constituem a missão essencial e indeclinavel da corôa. Reservando privativamente estas funções ao Imperador, ficando as executivas para ele exercital-as pelos seus ministros d'estado, colocou-o na eminente posição soberana, propria para manter a independencia, equilibrio e harmonia dos poderes politicos¹¹².

Bem-intencionada à primeira vista, talvez nem tanto sob análise apurada, fato é que a doutrina do Poder Moderador foi recebida com espanto e revolta. Clovis Bevilacqua, escrevendo durante a República Velha, criticou as tentativas de reformar a obra de Montesquieu, asseverando que a “triplice feição do poder politico (...) constitue uma verdade definitivamente adquirida pela sciencia”¹¹³.

¹⁰⁹ MELLO FRANCO, Afonso Arinos de. *O Constitucionalismo brasileiro na primeira metade do século XIX*. In: _____. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. Cap. VI. P. 246.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 212.

¹¹¹ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. P. 207.

¹¹² SOUSA, Joaquim Rodrigues de. *Analyse e comentário da Constituição Política do Imperio do Brazil: ou theoria e pratica do governo constitucional brasileiro*. São Luiz do Maranhão: B. de Mattos, 1867. v.1. P. X.

¹¹³ BEVILAQUA, Clovis. *Juristas philosophos*. Salvador: Magalhães, 1897. P. 56.

O Frei Caneca, discursando na Câmara Municipal do Recife acerca do projeto de Constituição que lhe havia sido exposto, entendia que o quarto poder seria parte de um aparato para engessar a ação política do povo. Ironizando a redação do artigo 98, disse que “o poder moderador de nova invenção maquiavélica é a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos”¹¹⁴. Caneca foi tão acirradamente contrário à Constituição Imperial que propôs se rejeitasse a própria discussão de seu conteúdo. Na mesma manifestação à Câmara do Recife, chamou atenção à fonte do poder que buscava instaurar a Carta e da forma como o projeto havia sido apresentado:

É princípio conhecido pelas luzes do presente século, e até confessado por S.M., que a soberania, isto é, aquele poder sobre o qual não há outro, reside na nação essencialmente; (...) como S.M.I. não é nação, não tem soberania, nem comissão da nação brasileira para arranjar esboços de constituição e apresentá-los, não vem este projeto de fonte legítima, e por isso se deve rejeitar por exceção de incompetência¹¹⁵.

O Poder Legislativo era regido por uma Assembleia Geral — “com a sanção do imperador”¹¹⁶ — bicameral (artigos 13 e 14). A Câmara dos Deputados, de mandato temporário e eletivo (artigo 35), tinha competência privativa para legislar sobre tributos, recrutamento e, curiosamente, “sobre a escolha da nova dinastia no caso de extinção da imperante”¹¹⁷ (artigo 36). O Senado, por outro lado, era vitalício e de nomeação pelo Imperador após eleição provincial (artigo 40), competindo-lhe conhecer das infrações cometidas pela família imperial, ministros, conselheiros e senadores, além de convocar a Assembleia em caso de morte do Imperador (artigo 47).

A proposição das leis competia a cada uma das câmaras em separado. Criou-se um sistema representativo composto “do Imperador — elemento de perpetuidade; do Senado — elemento de ordem e conservação; da Câmara dos Deputados — elemento de progresso e liberdade”¹¹⁸. Iniciando-se o processo legislativo em uma câmara, caberia à outra a sua análise e revisão (artigos 57 e 60), passando-se, então, à sanção imperial (artigos 62 a 70). Era também permitido aos ministros de Estado apresentar projetos à Câmara, que seriam debatidos

¹¹⁴ CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. *Ensaios políticos*. P. 70.

¹¹⁵ CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. *Ensaios políticos*. P. 72 e 73.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 199.

¹¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 202.

¹¹⁸ SOUSA, Joaquim Rodrigues de. *Analyse e comentário da Constituição Política do Imperio do Brazil*. v1. P. 206.

por uma comissão especial antes de ser adotados e enviados ao Senado para revisão (artigos 53 a 56).

As eleições para as duas câmaras da Assembleia se realizavam de forma indireta, em duas etapas: o povo elegia os eleitores das províncias e esses, por sua vez, votavam nos representantes da nação (artigo 90). O direito ao voto nas assembleias paroquiais estava condicionado à idade mínima de 25 anos e à renda líquida anual de cem mil réis, sendo vedado aos criados e aos religiosos (artigo 92). Para votar nos deputados e senadores em si, a limitação passava a duzentos mil réis em renda líquida anual; para se eleger deputado, seriam quatrocentos mil réis (artigos 94 e 95). Em suma, o populismo e o ideal de justiça que tinham sido, ao menos em teoria, fundamentos da revolução e da instituição do novo regime eram descartados em virtude da representatividade política dos donos de terras e comerciantes, em notório caráter patrimonialista. Conforme Wilson Accioli:

No Brasil, a despeito do pensamento liberal preponderante em parte, parece ter-lhe escapado a liderança do movimento de libertação total, talvez pela carência do apoio efetivo dos quadros políticos, e mesmo das elites intelectuais comprometidas possivelmente com o poder dominante¹¹⁹.

O Poder Executivo era delegado ao Imperador, mas exercido pelos seus ministros de Estado (artigo 102); era o poder “encarregado e fiscal da execução das leis” e o “agente da deliberação e impulsão, como guarda da segurança interna e externa da alta administração do Estado”¹²⁰. Entre as suas principais atribuições, competia ao Ministério nomear bispos (§2º), magistrados (§3º), comandantes das Forças Armadas (§5º) e diplomatas (§6º), bem como firmar tratados (§8º) e declarar guerra e paz (§9º), tudo com o conhecimento da Assembleia Geral.

O Ministério era formado por secretarias de Estado (artigo 131), as quais eram organizadas de acordo com as disposições de leis ordinárias. Durante a maior parte do Império, essas foram seis: Negócios do Império, Negócios Estrangeiros, Fazenda, Justiça, Guerra, e Marinha, sendo criada apenas em 1862 a secretaria de Agricultura, Comércio e Obras Públicas. A direção do Ministério era exercida inicialmente por todos, individualmente; a partir de 1847, surgiu a figura do Presidente do Conselho de Ministros, que coordenava as funções do Ministério como um primeiro-ministro¹²¹.

¹¹⁹ ACCIOLI, Wilson. *Reforma e contra-reforma na Constituição de 1824*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 11, nº 43, p. 161, jul./set. 1974.

¹²⁰ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. P. 223.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro*. P. 395.

A Constituição reconhecia a existência de responsabilidade política dos ministros pelos seus atos, instituto que viria a se expandir, ao longo da história brasileira, a muitos outros cargos públicos. Pelo artigo 133, eram considerados crimes de responsabilidade a traição, o suborno, o abuso de poder, o descumprimento da lei, atos contra a liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos e, por fim, qualquer tipo de “dissipação dos bens públicos”¹²², que depois veio a se chamar de improbidade administrativa¹²³.

O Poder Judiciário — ou Judicial, conforme o texto constitucional — consagrava o princípio da independência, sendo composto de magistrados, nomeados pelo Ministério, e de jurados; estes para se pronunciar sobre os fatos e aqueles para aplicar o direito (artigos 151 e 152). Aos juízes, era assegurada a perpetuidade no cargo, sendo possível, porém, a sua remoção para outras localidades e a sua suspensão pelo Imperador em casos de queixa (artigos 153 a 155).

A exemplo dos ministros, os juízes tinham responsabilidade jurídica pelos seus atos, podendo ser processados por abuso de poder, prevaricação e suborno (artigos 156 e 157); nesse último caso, havia previsão de ação popular para julgar o delito. Os princípios da conciliação e da publicidade dos processos judiciais, importantes marcos do ordenamento jurídico brasileiro até hoje, eram enfatizados como essenciais à produção da justiça. Pimenta Bueno interpreta que a publicidade era “sempre útil”, constituindo “um corretivo contra os abusos e um meio de obter-se responsabilidade moral do juiz”¹²⁴; quanto à conciliação, o instituto se voltaria a “prevenir demandas inconsideradas, e com elas inimizades e prejuízos que causam males aos indivíduos, assim como à paz das família, e à riqueza pública”¹²⁵.

Economicamente liberal em seu âmago, a Carta de 1824 também previu a instauração de juízos arbitrais, em causas cíveis e penais “civilmente intentadas”¹²⁶. Nesses casos, as partes nomeariam um juiz-árbitro, que teria competência exclusiva para tratar da questão. Permitia-se que as partes renunciassem ao

¹²² MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 217 e 218.

¹²³ Esse instituto, extremamente amplo na Constituição de 1988 (artigo 37, §4º, regulamentado pela Lei nº 8.429/1992), pode levar à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade de bens e à obrigação de ressarcimento ao erário. Os seus fundamentos autorizam inclusive o enquadramento de pessoas que, a rigor, não são servidores, mas atuam como agentes públicos, tudo com vista a responsabilizar e compensar severamente os danos gerados ao patrimônio do Estado.

¹²⁴ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. P. 328.

¹²⁵ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. P. 332.

¹²⁶ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 221.

direito de recurso, o que favorecia a pronta execução da sentença (artigo 160). Nas palavras de um magistrado da época:

A escolha de arbitros, feita livremente pelas partes [sic] é o meio mais humanitário e social de resolverem-se as questões, ficando com o seu direito aquella que o tem, sem prejuizo da mutua paz e benevolencia. (...) Pode tambem a lei determinar que decidam-se certas questões pelo meio arbitral em proveito da vantagem publica, [sic] e particular que elle offerece; não permitindo à vontade e capricho particular a decisão contenciosa¹²⁷.

A administração das províncias era delegada diretamente pelo Imperador, que nomeava Presidentes para exercer o governo local. Podia removê-los livremente, sempre que entendesse que convinha “ao bom serviço do Estado” (artigo 165)¹²⁸. Com essa prerrogativa, o Imperador efetivamente engessava as gestões provinciais, vinculando a nomeação dos Presidentes à sua concordância com as políticas do governo central. Segundo Victor Nunes Leal, essa prática “contribuía para simplificar o mecanismo da política do interior durante o Império”¹²⁹.

O Título VIII, que encerra a Constituição de 1824, versa sobre os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. A colocação desse tema ao fim do texto, em completa oposição à atual Constituição de 1988, revela a diminuta importância que a sociedade política da época dava aos direitos individuais. O artigo 179 enunciava todas as prerrogativas dos cidadãos, consagrando no seu *caput* os princípios da liberdade, da segurança individual e da propriedade. Esse último, preponderante no assunto da escravidão, era justificado pela noção de que “a propriedade real, assim como a intelectual ou moral, tem pois a sua origem na natureza, e é sagrada, porque, como já dissemos, é o fruto dos esforços, fadigas e sacrifícios do homem”¹³⁰.

O primeiro parágrafo do dispositivo, a exemplo do que foi posto no artigo 5º, II, da Constituição de 1988, declarava que ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei — princípio da legalidade. Além disso, previam-se os princípios da irretroatividade das leis (§3º), da liberdade de

¹²⁷ SOUSA, Joaquim Rodrigues de. *Analyse e comentário da Constituição Política do Imperio do Brazil: ou theoria e pratica do governo constitucional brasileiro*. São Luiz do Maranhão: B. de Mattos, 1870. v2. P. 396.

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 221.

¹²⁹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. P. 232.

¹³⁰ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. P. 419.

expressão e de imprensa¹³¹ (§4º) e da liberdade religiosa (§5º), todos reprisados na Carta de 1988.

As similaridades formais entre as duas Constituições não cessam aí: nos seus 35 parágrafos, o artigo 179 exaltava a inviolabilidade do domicílio (§7º) e da correspondência (§27º), a presunção de inocência (§8º), a isonomia (§13º), a abolição da tortura e das penas cruéis (§19º) e o direito de propriedade, excetuando os casos de desapropriação por razão de interesse público (§22º).

Em vistosa inovação, dada a incipiência dos diplomas constitucionais no início do século XIX, também se garantia a propriedade intelectual sobre as invenções e descobertas (§26º), instituindo-se também o direito à educação primária e à sua gratuidade (§32º), bem como o estabelecimento e a manutenção de colégios e universidades pelo governo (§ 33º).

“Nenhum systema repressivo pode livrar-se de abusos”¹³². No intuito de prevenir tais excessos do próprio governo, a lei também facultava aos cidadãos o direito de petição, para que pudessem “expor qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efectiva responsabilidade aos infractores”¹³³ (§30º). Ademais, criava responsabilidade para os agentes públicos (§29º) — no que seria uma das inspirações ao artigo 37 da Constituição de 1988 — e restringia o poder do Estado de suspender todos os direitos expostos no artigo (§34º), vinculando essa ação à existência de rebelião ou invasão de inimigos (§35º).

A Constituição de 1824 foi, a um só tempo, moderna e ultrapassada. Consagrava o constitucionalismo francês, criado a partir das ideias de Montesquieu, mas o condicionava ao jugo do Poder Moderador. Pregava a isonomia, mas estipulava distinções econômicas nos direitos políticos. A exemplo do que ocorreu em Portugal com as Cortes de Lisboa, o movimento de constitucionalização do Brasil

¹³¹ Tal norma foi seguida com ressalvas, visto que a previsão de responsabilidade dos jornalistas pelos “abusos” cometidos no exercício do direito foi regulamentada pela rigorosa Lei de Imprensa de 1830. Esse diploma estabelecia uma miríade de delitos relativos à liberdade de expressão, incluindo escritos contra o Império, suas leis, sua religião oficial e a Assembleia, dentre muitos outros (artigo 2º). O julgamento desses crimes poderia ser direcionado ao impressor, ao editor, ao autor e ao vendedor do texto impugnado, solidariamente (artigo 7º — BRASIL. *Lei de 20 de setembro de 1830*. Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html. Acesso em 13.05.2021).

¹³² SOUSA, Joaquim Rodrigues de. *Analyse e comentário da Constituição Política do Imperio do Brazil*. v2. P. 482.

¹³³ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. P. 226.

foi regido pela contradição fundamental entre o patrimonialismo e o liberalismo, obrando cada grupo em favor de seus próprios interesses e deixando o bem público em segundo plano, quando não descartado. Conforme Alfredo Varela:

Em vez de aperfeiçoar o que existia, [o legislador de 1824] fantasiou obra nova, em desacordo com a tradição nacional. O resultado é que a Carta do Imperio nunca foi observada, como se collige dos proprios annaes parlamentares, pejados de lamentações sobre o constante sacrificio do fantastico equilibrio dos poderes, cuja divina serenidade antegozavam tão ingenuamente os doctores constitucionaes do tempo de D. Pedro¹³⁴.

CONCLUSÃO

Aproxima-se o bicentenário da Independência do Brasil, importante marco histórico que merece ser, ao mesmo tempo, cuidadosamente comemorado e ponderado. De 1822 para o momento atual, muitos foram os episódios lamentáveis da história do país, diversas foram as rupturas e quase incessantes foram os conflitos.

Há quase cinquenta anos, Miguel Seabra Fagundes destacava, escrevendo a respeito da ditadura civil-militar então vigente:

A dramática época em que vivemos, pondo em crise a legalidade, agrava e enobrece o dever de luta pela preservação e pelo aperfeiçoamento da ordem jurídica, numa tarefa grandiosa, que ultrapassando o dia-a-dia da rotina, se mede pela defesa da sobrevivência do próprio Direito, como valor permanente para a vida do homem com paz, bem-estar e progresso. (...) Pois esse mundo de intolerância, e, por isto mesmo, propenso às injustiças que a paixão dos intolerantes soe multiplicar, faz avultar a significação do advogado¹³⁵.

Com certo pesar, pode-se ver que as palavras acima são mais atuais do que nunca. As farras experiências autoritárias do Brasil, verdadeiro traço da história nacional, foram, mais uma vez, esquecidas pelo povo — mantido intencionalmente ignorante, a favorecer os eternos coronéis do país. Ocorre ciclicamente com o Brasil o que Baruch de Spinoza alertava: “os homens, uma vez libertados do medo pela paz, tornam-se, pouco a pouco, os selvagens e

¹³⁴ VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro*. P. 38.

¹³⁵ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *A legalidade democrática*. P. 11 e 12.

bárbaros que eram, em vez de seres civilizados e humanos, e daí caem na moleza e na preguiça”¹³⁶.

As (cada vez mais) frequentes incitações a soluções antijurídicas para os problemas do país, sustentadas no privilégio da violência e na supressão das garantias individuais, refletem a imagem de uma índole nacional que nunca foi educada para lidar com a oposição através de estudo e discussão racional. Os horrores da ditadura civil-militar foram escondidos e relativizados, tudo na busca fugaz por uma união nacional que desconsidera punições justas e vilipendia a memória dos que ousam reagir¹³⁷.

O ilusório pessimismo brasileiro, a constante sensação de viver uma crise inescapável, são frutos inconscientes de um povo que sofreu muito e não possui as informações para fazer paz com sua história. A supressão da memória, seja pela romantização de episódios como os da Independência, seja pela violência policial intrínseca, seja pelos sucessivos golpes de Estado, constrói as raízes de um país que sempre ficaria “para o futuro”.

Frente à intolerância e ao agravamento das tensões políticas, que põem em risco todo o sistema democrático conquistado duramente, não pode haver outra posição senão resistir e reagir. É preciso lembrar a realidade da história, a sua pertinência atual e os erros do passado. A Independência do Brasil, a Assembleia Constituinte de 1823 e a Constituição Imperial outorgada de forma autoritária merecem ser lembradas e estudadas como realmente foram: frutos de um processo conflituoso e cercado de controvérsias.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLI, Wilson. *Reforma e contra-reforma na Constituição de 1824*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 11, nº 43, p. 154-161, jul./set. 1974.

ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras e Publifolha, 2000. 212 p.

ARMITAGE, John. *História do Brasil: desde o período da chegada da família de Bragança, em 1808, até a abdicação de D. Pedro I, em 1831*. Brasília: Senado Federal, 2011. 452 p.

¹³⁶ SPINOZA, Baruch de. *Tratado político*. P. 144.

¹³⁷ Vide a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (BRASIL. *Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em 13.05.2021).

Formação constitucional do Império do Brasil: Assembleia Constituinte de 1823 e Constituição Imperial de 1824

- BEVILAQUA, Clovis. *Juristas philosophos*. Salvador: Magalhães, 1897. 143 p.
- BICUDO, Hélio Pereira. *O Direito e a Justiça no Brasil: uma análise crítica de cem anos*. São Paulo: Símbolo, 1978. 240 p.
- BITAR, Orlando. *Missão constitucional de Pedro I*. In:____. *Obras completas de Orlando Bitar: estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v2. P. 309-328.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173 p.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Antonio Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. 955 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 600 p.
- BRASIL. *Ata da Primeira Sessão Ordinária da Assembleia, 03.05.1823*. Disponível em <https://arquivohistorico.camara.leg.br/index.php/ata-da-primeira-sessao-da-assembleia>. Acesso em 13.05.2021. P. 18.
- BRASIL. *Coleção das Leis do Império (1821-1830)*. Disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html. Acesso em 13.05.2021.
- BRASIL. *Decreto de 3 de junho de 1822*. Disponível em <http://www.ibrade.org/wp-content/uploads/2018/03/Decreto-de-3-de-junho-de-1822.pdf>. Acesso em 13.05.2021.
- BRASIL. *Indicação n. 1 para se processar o autor da carta inserta no Diário do Governo n. 124*. Disponível em <https://arquivohistorico.camara.leg.br/index.php/indicacao-n-1-para-se-processar-o-autor-da-carta-inserta-no-diario-do-governo-n-124>. Acesso em 13.05.2021.
- BRASIL. *Lei de 20 de setembro de 1830*. Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html. Acesso em 13.05.2021.
- BRASIL. *Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em 13.05.2021.
- CALMON, Pedro. *História da civilização brasileira*. Brasília: Senado Federal, 2002. 332 p.
- CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. *Ensaios políticos*. Rio de Janeiro: Documentário, 1976. 107 p.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 577 p.
- CERQUEIRA, Marcello. *A constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993. 448 p.
- CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. 936 p.

- CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política*. Madrid: Aguilar, 1970. 180 p.
- DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2006. 364 p.
- FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada*. São Paulo: Brasiliense, 1981. 98 p.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012. 929 p.
- FAUSTO, Boris; HOLANDA, Sergio Buarque de. *História Geral da Civilização Brasileira. O Brasil monárquico: o processo de emancipação*. 2ª ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965. 410 p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 253 p.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Para uma pré-história do Império do Brasil*. In: ___. *Capítulos de história do Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Parte I, Cap. 1. P. 15-38.
- HOMEM DE MELLO, Francisco Inácio Marcondes. *A Constituinte perante a História*. Rio de Janeiro: Actualidade, 1863. 199 p.
- KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. 175 p.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. 54 p.
- LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014. 197 p.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 363 p.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História: lições introdutórias*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. 467 p.
- MELLO FRANCO, Afonso Arinos de. *O Constitucionalismo brasileiro na primeira metade do século XIX*. In: ___. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. Cap. VI, p. 221-256.
- MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980. 366 p.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014. 883 p.
- OLIVEIRA LIMA, Manuel de. *O movimento da Independência: 1821-1822*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. 493 p.

Formação constitucional do Império do Brasil: Assembleia Constituinte de 1823 e Constituição Imperial de 1824

- PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958. 568 p.
- PRADO JR, Caio. *Evolução política do Brasil: colônia e império*. 16ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. 102 p.
- RODRIGUES, José Honório. *Independência: revolução e contra-revolução: a evolução política*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975. v1. 389 p.
- RODRIGUES, José Honório. *Independência: revolução e contra-revolução: a liderança nacional*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975. v4. 210 p.
- ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2016. 360 p.
- SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1984. 537 p.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *A legalidade democrática*. Recife: OAB/PE, 1970. 30 p.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *A legitimidade do poder político na experiência brasileira*. Recife: OAB/PE, 1982. 30 p.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el tercer estado?*. Madrid: Aguilar, 1973. 120 p.
- SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. 544 p.
- SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. 308 p.
- SOUSA, Joaquim Rodrigues de. *Analyse e comentário da Constituição Política do Imperio do Brazil: ou theoria e pratica do governo constitucional brasileiro*. São Luiz do Maranhão: B. de Mattos, 1867. v1. 442 p.
- SOUSA, Joaquim Rodrigues de. *Analyse e comentário da Constituição Política do Imperio do Brazil: ou theoria e pratica do governo constitucional brasileiro*. São Luiz do Maranhão: B. de Mattos, 1870. v2. 483 p.
- SPINOZA, Baruch de. *Tratado político*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1994. 152 p.
- VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionaes*. Rio de Janeiro: Typographia, 1899. 379 p.
- VARNHAGEN, Francisco Adolpho de. *História da independência do Brasil: até ao reconhecimento pela antiga metrópole, compreendendo, separadamente, a dos sucessos ocorridos em algumas províncias até essa data*. Brasília: Senado Federal, 2010. 548 p.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 167 p.

A PERSPECTIVAÇÃO CRÍTICA DA REGRA DE RECONHECIMENTO EM HART – PRIMEIRA PARTE

José Alfredo dos Santos Júnior¹

Resumo: O objetivo deste artigo é esclarecer as origens da escola analítica. O artigo enfatiza que John Austin foi o primeiro escritor a explorar a teoria do direito analiticamente e a ideia do direito como comandos de um soberano (em contraste com as abordagens do direito fundamentadas na história ou sociologia, ou nas teorias morais e políticas gerais). Austin foi o primeiro expoente sistemático do direito como objeto de estudo não dominado nem pela prescrição nem pela avaliação moral. A comunidade jurídica deve estar ciente dos riscos envolvidos no uso de uma abordagem ética como critério de validade jurídica, especialmente na tomada de decisões judiciais. Quando H.L.A. Hart reviveu o positivismo jurídico em meados do século 20, ele fez isso criticando e construindo com base na teoria de Austin. Nossas descobertas indicam que o demérito ou mérito de Austin deve ser explorado com mais detalhes por si só.

Palavras-chave: John Austin, Escola Analítica, Utilitarismo, Teoria dos comandos, Direito Judicial e Codificação.

Abstract: The purpose of this article is to clarify the origins of the school of analytical jurisprudence. The paper emphasizes that John Austin was the first writer to explore the theory of law analytically and the idea of law as commands of a sovereign (as contrasted with approaches to law more grounded in history or sociology, or general moral and political theories). Austin was the first systematic exponent of law as an object of study

¹ Jurista. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Doutorando na área de especialização Jurídico-Filosóficas na Universidade de Coimbra. Investigador colaborador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, na área de investigação “O Direito e o Tempo”. Investigador ad hoc da Sapienza Università di Roma e Faculty of Law of Oxford.

dominated neither by prescription nor by moral evaluation. The legal community should be made aware of the risks involved in using an ethical approach as a criterion of legal validity, especially in judicial decision-making. As H.L.A. Hart revived legal positivism in the middle of the 20th century, he did it by criticizing and building on Austin's theory. Our findings indicate that Austin demerit or merit should be explored in more detail by itself.

Keywords: John Austin, Analytical Jurisprudence, Utilitarianism, Command theory of law, Judicial legislation and Codification.

“Judges do not generally, when legal rules fail to determine a unique result, intrude their personal preferences or blindly choose among alternatives; and when words like ‘choice’ and ‘discretion’, or phrases such as ‘creative activity’ and ‘interstitial legislation’ are used to describe decisions, these do not mean that courts do decide arbitrarily without elaborating reasons for their decisions – and still less that any legal system authorizes decisions of this kind.”

Hart, H. L. A., *Problems of the philosophy of law*, in **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 106 – 107.

I – ITINERÁRIO E PERSPECTIVAS

“*The Concept of Law*”² a partir desta obra que nos atrevemos a mergulhar nas reflexões de Herbert Lionel Adolphus Hart e nos esforçaremos para não cair na armadilha das discussões vãs a respeito das categorias ‘*direito natural versus positivismo*’ e ‘*positivismo includente versus excludente*’, mas também nas suas críticas à teoria imperativa do direito de John Austin.

Evidentemente, sem está em condições ainda de exteriorizar juízos conclusivos e assumindo desde já apenas um compromisso de *experimentação*, intuímos que as críticas de Hart a Austin merecem ocupar um lugar considerável no nosso *paper*. Uma projeção que nos incita a estudar Austin a partir dos seus próprios méritos ou deméritos. Não podemos e sobretudo não devemos render-

² Segundo Jules Coleman: “*HLA Hart’s The Concept of Law is the most important and influential book in the legal positivist tradition. Though its importance is undisputed, there is a good deal less consensus regarding its core commitments, both methodological and substantive*”, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in J. Coleman (ed.), **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 99.

se ao lugar-comum de ler Austin através das lentes de Hart. Paradoxalmente, a empresa de Hart não teve o escopo de formular um conceito para o direito, mas muito especialmente “*it is to advance legal theory by providing an improved analysis of the distinctive structure of a municipal legal system and a better understanding of the resemblances and differences between law, coercion, and morality, as types of social phenomena*”³.

John Finnis vê nesta assertiva, em primeiro lugar, a compreensão do direito com uma espécie de *razão para ação* e a descrição do direito e da moral como fenômenos sociais significaria que o autor não estaria verdadeiramente interessado em discutir moral ou a sua relação com o direito⁴.

Por seu turno, Frederick Schauer sublinha em “Persistent Questions” aspectos de um *antiessencialismo* confessado, vez que Hart considera que o direito não tenha necessária e individualmente propriedades *intrínsecas* que o distingue enquanto tal⁵. Basta invocarmos “*Yet, in the case of law, things which at first sight look as strange as these have often been said, and not only said but urged with eloquence and passion, as if they were revelations of truths about law, long obscured by gross misrepresentations of its essential nature.*”⁶.

O zelo de Hart em problematizar o conceito de direito repousa, sobretudo, no desejo de descortiná-lo para além de sua percepção como modelo que *influencia* a conduta humana intrinsecamente relacionado com as ideias de coerção, moral e justiça – diga-se de passagem o que desde já importaria clarificar as relações entre direito, coerção e moralidade.

Resta saber se tal perspectivação realça a dimensão *prática* ou de qualquer forma dá continuidade o indulgente tratamento a estas questões no domínio da *razão teórica*⁷. Sem excluir a distinção entre os casos padrões e os fronteiricos⁸. Quanto a estes últimos, Hart convoca a *analogia* como recurso apto a relacionar as hipóteses pretensamente indiscutíveis de pertença ao direito e àquelas em

³ HART, Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2012 [1961], p. 5, 16, 17 e p. 211.

⁴ FINNIS, John, *On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact*, n.10 in *Collected Essays of John Finnis*, vol. IV **Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 231-232, 235.

⁵ SCHAUER, Frederick, Hart's Anti-Essentialism, in **Reading HLA Hart's The Concept of Law**, Edited by Luís Duarte d'Almeida, James Edwards and Andrea Dolcetti, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 242.

⁶ HART, op. cit., p. 1.

⁷ HART, *Problems of the Philosophy of Law*, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 91.

⁸ Idem., **The Concept of Law** p. 4 - 5 e 15.

que reina a dubiedade⁹. Tal analogia, todavia, não mereceu nem sequer uma linha de explicação. Levar a sério tais argumentos significa admitir a influência de J. L. Austin, Gilbert Ryle, Ludwig Wittgenstein e Friedrich Waismann sobre o autor, mas também assumir a importância que a filosofia como *descrição empírica* ocupa na obra de Hart¹⁰.

O método de Hart consiste basicamente em capturar os fatos sociais tendencialmente libertos de considerações morais ou políticas¹¹. Destarte, o autor se socorre do senso comum para enfrentar importantes problemas da filosofia do direito: *“Few Englishmen are unaware that there is a law forbidding murder, or requiring the payment of income tax, or specifying what must be done to make a valid will.”*¹².

Pelo visto, a intenção de Hart era aperfeiçoar o entendimento sobre o direito *já conhecido* e não exemplarmente percebido – há sem dúvida um esforço de agregar mais-valia à inteligibilidade do direito. Como se se tratasse afinal de um problema cognitivo? Será que o desafio imposto pelo direito é tão-só cognitivo?

Ele parece não se dissipar pelas veredas gnoseológicas, mas elege como *locus privilegiado a prática* de uma função normativa. Muito embora sem atribuir ao caso a espessura que consideramos adequada para fins de realização da justiça.

A despeito de que se possa pensar à partida, a obra de Hart explorou em discretíssimas passagens, se é que podemos dizer nestes termos, as análises linguísticas¹³. Mas também não centrou seus esforços nos *significados* das palavras como recurso a enfrentar o problema do direito: *“This short way with the question, which does little more than remind the questioner of the existing conventions governing the use of the words ‘law and ‘legal system’, is therefore useless.”*¹⁴.

Um juízo exauriente da prática jurídica não residirá, irremediavelmente, na semântica¹⁵. Sem que isto signifique revelar o direito tão-só como uma *prática* abandonada a sua própria sorte.

⁹ Idem., *Problems of the Philosophy of Law*, p. 89.

¹⁰ HART, *The Ascription of Responsibility and Rights*, 1949, n. 49 in Proceedings of the Aristotelian Society p. 171; Idem., *Definition and Theory in Jurisprudence*, 1954, n. 70, Law Quarterly Review, p. 37; republicado in **Hart’s Essays on Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Clarendon Press, 1983.

¹¹ GREEN, Leslie, Introduction, **The Concept of Law**, Third Edition, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. xlv.

¹² HART, op. cit., p. 2 - 3.

¹³ Idem., **The Concept of Law**, p. VI.

¹⁴ HART, op. cit., p. 5

¹⁵ Idem., **The Concept of Law**, p. 209.

II - A FALTA DE DEVOÇÃO DE HART À “LINGUISTIC PHILOSOPHY”

Hart inicia o texto *“Definition and Theory in Jurisprudence”*, com *“In law as elsewhere, we can know and yet not understand.”*¹⁶, que explora a distinção entre o ‘significado’ e a ‘força’ das sentenças e as bases da teoria do ‘speech acts’ formulada por Austin, bem como o possível contributo da viragem linguística para a filosofia do direito. Este artigo foi escrito no ano em que Hart foi eleito para *Chair of Jurisprudence* em Oxford (1953), após atuar como *Chancery Barrister* por oito anos e lecionar filosofia noutros sete anos em Oxford.

Não há como negar, pois, que Hart também foi influenciado pela ideia de que os capitais problemas da filosofia poderiam ser dissipados a partir da caracterização das diferentes formas de uso da linguagem. O próprio Hart reconhece que o referido texto foi escrito no contexto da *“linguistic philosophy”* e que a tese sobre os diferentes usos da linguagem demandaria um grau de clareza maior em face das diferentes possibilidades de uso da língua. Sem excluir evidentemente a distinção entre os significados *convencionais* (dito constantes!) e a liberdade-variedade-*força* no uso da língua a depender do registro e momento.

Mesmo que se admita que a semântica possa socorrer o intérprete quando da realização *in concreto* do direito, ela será sem dúvida fonte de outras tantas perplexidades. Convém ainda aludir que se trata de uma pressuposição perigosa a neutralidade moral e política dos métodos da *“linguistic philosophy”*; a julgar pela possibilidade desta aparente e desapaixonada atitude subjazer considerações morais e/ou políticas irrefreáveis.

Finalmente, Hart confessa as deficiências daqueles métodos diante de problemas *“the divergence between partly overlapping concepts reflecting a divergence of basic point of view or values or background theory, or which arise from conflict or incompleteness of legal rules.”*¹⁷. A devoção muita de Hart à *“linguistic philosophy”* ou muito especialmente a falta dela pode ainda ser explorada no texto *“Problems of the Philosophy of Law”*, em que o autor discute o uso performático da linguagem com repercussões normativas, socorrendo-se para tal do emprego das palavras quer no âmbito convencional, quer no horizonte das normas. O *locus* eleito para estas discussões foi uma confusa e despreziosa perspectivação subjetiva e objetiva do contrato – não obstante

¹⁶ Já assim em *Definition and Theory in Jurisprudence*, in **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 21.

¹⁷ HART, *Introduction*, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, p. 2 – 6.

intencionalmente voltada a clarificar a ideia de poderes jurídicos – acabou por render-se imprecisa e vaga.

Apesar de já avançadas as críticas ao cariz *semântico* de Hart, não há como negar a importância concedida pelo autor à realização *in concreto* do direito – sem que isto signifique avocar a dimensão prática autonomamente – mas a partir da textura aberta da linguagem, a evidenciar a relevância da decisão judicial e a sua metodologia¹⁸.

Hart rejeita exemplarmente a visão de que a decisão judicial seria o corolário de um *silogismo* no qual a norma se apresenta na qualidade de premissa maior e os fatos descritos como premissa menor. Do mesmo modo, ele recusa quer a convocação dos precedentes e a “extração” do critério jurídico via indução, quer a sua posterior realização no *caso concreto* mediante dedução.

Para ele, o direito não seria um sistema de regras logicamente fechado, isto é, sistemático e autonomamente objetivo “*conjunto de normas*” cujas decisões em concreto seriam *mecanicamente* deduzidas a partir de normas antecedentes e claras. Sem excluir a sua negativa à tese de que o juízo decisório não envolveria nenhum julgamento de valor e muito menos a *escolha* de respostas alternativas juridicamente válidas.

Se por um lado Hart denuncia exemplarmente o fracasso da interpretação subsuntiva, por outro, ele não consegue esboçar uma *metodologia* satisfatória, muito embora esteja nitidamente comprometido com uma intencionalidade normativa material concreta. No plano metodológico, o texto “*Problems of the Philosophy of Law*” fica a dever (e em muito!). Tal intencionalidade normativa material concreta não é assumida de forma autônoma, mas como corolário também da *indeterminação* da linguagem.

Decerto a realização do direito não reside num silogismo ou em qualquer outro raciocínio dedutivo. No que tange à extração do critério jurídico, a *escolha* dentre as alternativas possíveis envolverá quase sempre dimensões substantivas historicamente circunscritas. Tal *escolha* será contingente, portanto, modificar-se-á de ordem jurídica para ordem jurídica e mesmo de tempos em tempos num mesmo sistema jurídico¹⁹.

Hart salienta ainda que a *indeterminação* já vai presente nas normas e

¹⁸ Ibid., p. 4.

¹⁹ HART, *Problems of the Philosophy of Law*, p. 100 - 104.

mesmo nos precedentes, o que exigiria um novo *iter* na decisão judicial outro que aquele restrito à semântica ou aos cânones interpretativistas²⁰. Admitir, portanto, esta indeterminação quando da realização *in concreto* do direito incrementaria, significativamente, o grau de *transparência* do percurso decisório e por conseguinte a possibilidade de rediscuti-la num eventual recurso. Não se trata obviamente de se investigar o modo pelos quais os magistrados decidem ou devem decidir, mas simplesmente como eles *justificam* suas decisões²¹.

A *certeza* e a *previsibilidade* das decisões ou mesmo a preservação da ideia de *sistema* não são razões suficientes para justificar a insistência de se pintar a realização do direito senão como decisões proferidas mediante a aplicação *subsuntiva* de norma legal. A rigidificação desta ideia culminará numa relativa *cegueira* em face das diferenças e semelhanças sociais e morais importantes²².

Segundo Hart, a problemática dos “conceitos indeterminados” desde já não seriam acessíveis a uma determinação conceitual e sujeitos à aplicação *subsuntiva*. Pelo visto, os conceitos indeterminados são verdadeiramente *cláusulas de discricionariedade*. Ou se quisermos ser ainda mais persuasivos não existiriam ‘casos simples’ haja vista que “*Rules cannot provide for their own application, and even in the clearest case a human being must apply them.*”²³. Hart sugere, pois, que todos os conceitos jurídico-legais transportam uma indeterminação normativa que somente o órgão de decisão pode vir a determinar – se assumir a específica intenção de juridicidade que não poderá ser outra senão *concreta*.

Na *indeterminação* vai por inteiro excluída a possibilidade de ela se confundir com o *arbítrio*, haja vista que esta não se consubstancia na permissão de atitudes *meramente subjetivas* por parte dos magistrados ou na possibilidade de prolar decisões concretamente *injustificadas*²⁴.

Interesses individuais e sociais, objetivos de caráter social e político, *standards* morais e *justiça* formam a pintura-vinculação jurídica defendida por Hart – trata-se muito especialmente de uma vinculação não já de legalidade estrita, mas de *juridicidade*. Ao que tudo indica tal vinculação exorbita do dever de conformidade com o postulado da justiça e exige inclusivamente que a ideia e a finalidade

²⁰ Ibid., p. 103.

²¹ Ibid., p. 105.

²² Ibid., p. 104.

²³ Ibid., p. 106.

²⁴ Ibid., p. 107.

da justiça informem a concreta realização do direito. Resta-nos saber de que acepção de justiça Hart está a falar?

Entretanto, ele claramente rejeita a tradicional concepção legalista da juridicidade, isto é, aquela identificada com o conteúdo de *lei* e dá sinais de inclinar-se para um concepção de juridicidade mais compreensiva – diga-se de passagem - que só poderá ser *translegal*²⁵.

Seja como for, Hart ainda convoca surpreendentemente a *ponderação*, quer para cotejar os vários interesses envolvidos no caso concreto, quer no manuseio dos precedentes quando o órgão de decisão será chamado a *escolher* entre os critérios jurídicos igualmente válidos. Mas também a ponderação será útil para aquilatar as semelhanças e diferenças relevantes entre o presente caso e os demais que integram a imensa cadeia histórica de decisões²⁶. Na mesma medida, no entanto, a ponderação servirá para quebrar a série de decisões, haja vista sempre a possibilidade-*liberdade* de se decidir num outro sentido.

Não merecem prosperar, entretanto, as considerações que acusam este *iter* decisório de irracional, face à impossibilidade de o órgão de decisão conhecer de antemão as questões que serão ponderadas. Outrossim, não merece acolhimento a ideia de que é responsabilidade do juízo “descobrir” a única decisão correta²⁷. O problema de fundo enfrentado por Hart, conscientemente ou não, reside no contexto geral da realização do direito – quer dizer, na *concreta constituição da juridicidade*²⁸. Ademais, a *indeterminação* que já vai presente nas normas e mesmo nos precedentes denuncia, nitidamente, a necessidade de uma revisão metodológica do problema da realização *normativa, concreta e unitário-constitutiva* do direito²⁹.

III – A INCAPACIDADE HUMANA DE ANTEVER O FUTURO E A TEXTURA ABERTA DAS NORMAS

“The fundamental error consists in the belief that legal concepts are *fixed* or *closed* in the sense that it is possible to define them exhaustively in terms of a set

²⁵ A ideia de juridicidade ‘compreensiva’ e ‘translegal’ foi livremente inspirada em CASTANHEIRA NEVES, *O problema da discricionariedade*, in **Digesta**, vol. I, Coimbra Editora, 1995, p. 542.

²⁶ HART, *Problems of the Philosophy of Law*, p. 107.

²⁷ *Ibid.*, p. 107-108.

²⁸ CASTANHEIRA NEVES, *op.cit.*, p. 595.

²⁹ *Ibid.*, p. 596.

of necessary and sufficient conditions.”³⁰. Hart desfere duras críticas ao formalismo e ao conceptualismo judicial e assume como ponto de partida a incapacidade humana de antever todas as situações futuras que reclamarão a realização do direito – “*men who make laws are men, not gods*”³¹. Tal *impossibilidade* justificaria a *textura aberta* das normas e conceitos, o que para além de impor sempre uma *escolha* na solução do caso, permitiria a formulação de conceitos legais idôneos a certos fins sociais³².

A incapacidade do legislador de antever o futuro repousa, sobretudo, no relativo desconhecimento do fato e na relativa indeterminação dos objetivos que somente poderão ser aquilitados plenamente quando da realização em concreto do direito³³. A convocação de casos-paradigmas vinculativos das decisões futuras ou não, por si só, não é suficiente para o exauriente conhecimento dos fatos. A realidade em sua rica e infinita possibilidade de combinação de circunstâncias não se deixa aprisionar por qualquer volúpia humana, nem mesmo a do legislador-omnisciente ou de quem lhe faça as vezes!

O formalismo e o conceptualismo judicial, diga-se de passagem, qualificados como “vícios” do pensamento jurídico por Hart, têm prestado um desserviço à concepção do direito como uma dimensão *prático-cultural*. Uma das formas de exteriorização dos referidos *senões* é a atribuição do mesmo significado às normas legais quaisquer que sejam os casos concretos que reclamam a sua realização ou de maneira drástica “*freeze the meaning of the rule*” na sua atemporal abstração, isto é, sem que exista um *caso concreto* a evocá-la.

Indissociáveis consequências destas atitudes seriam o comprometimento do atendimento dos objetivos da norma e ainda de desejáveis fins sociais³⁴. Hart explica que os sistemas jurídicos oscilam entre a necessidade de normas que não exigem a *atividade constitutiva* dos indivíduos e os que reivindicam *abertura* para ulterior *escolha* do órgão de decisão (*atividade criativo-judicial*) que tão-só será exequível quando da apreciação do caso concreto - diga-se de passagem momento para cotejar os fins sociais que a norma deva cumprir³⁵.

³⁰ HART, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, in **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 269.

³¹ *Ibid.*, p. 269; *Idem.*, **The Concept of Law**, p. 128 - 131.

³² *Idem.* *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, p. 270.

³³ *Idem.*, **The Concept of Law**, p. 128.

³⁴ *Ibid.*, p. 129-130.

³⁵ *Ibid.*, p. 130.

Entretanto, não convém perder de vista as diferenças, que são muitas entre estes limites. Entendemos que o direito como uma dimensão da *prática* só pode *realizar-se* metodologicamente no caso concreto, portanto, sempre reclamará uma *normativa, concreta e unitário-constitutiva* ação. A função criadora e a inventiva de normas ínsita aos magistrados são nitidamente reconhecidas por Hart³⁶.

Mesmo John Austin confessa que os juízes ingleses *formulam* a norma, muito embora neguem veementemente tal papel³⁷. Da mesma forma, Austin reconhece a textura aberta das normas e a existência de conceitos jurídicos indeterminados³⁸. Para Austin, portanto, o direito não seria um sistema de regras logicamente fechado cujas decisões em concreto seriam *mecanicamente* deduzidas a partir de normas antecedentes e claras. Tal greta tão-somente residiria no não cumprimento dos imperativos utilitaristas pelos órgãos de decisão³⁹. “*We can only redefine and refine our concepts to meet the new situations when they arise*”⁴⁰, Hart explicitamente assevera que a textura aberta dos conceitos constitui o traço marcante da moderna *analytical jurisprudence*, que confessa alguns *insights* provenientes sobretudo de Wittgenstein, John L. Austin e F. Waismann⁴¹.

De John L. Austin, sem dúvida, Hart se socorreu da ideia de que entre as diferentes funções da linguagem destaca-se aquela que não se limita a *descrever*, mas exemplarmente a *transformar* o mundo. Noutros termos, Hart mobiliza notadamente o uso performático da linguagem⁴². Não se trata, obviamente, de transportar os problemas dos *textos* para as práticas e discursos que se assumem jurídicos. Igualmente não se trata de associar irrefletidamente a racionalidade narrativo literária à juridicidade, pois o direito exige uma racionalidade própria *apta* à resolução de problemas do mundo da vida, quer dizer, situações de uma realidade que lhe é extralingüística.

Sem perder de vista, que os compromissos de sentido, a intencionalidade e a especificação da *linguagem performática* não a coloca em condições de contribuir para normatividade jurídica, que se assume e se realiza fundamentalmente judicativa. Hart não sustenta que a racionalidade do normativo poderá ser

³⁶ Ibid., p. 135-136.

³⁷ AUSTIN, John, **The Province of Jurisprudence Determined**, Weidenfeld and Nicolson, London, 1954, p. 191.

³⁸ Ibid., p. 204 – 205, 207.

³⁹ HART, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, p. 274.

⁴⁰ Ibid., p. 275.

⁴¹ Ibid., p. 274.

⁴² HART, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, p. 276.

assimilada pela racionalidade do narrativo ou que a juridicidade possa ser assumida tão-somente como pretexto para uma escrita que lhe é verdadeiramente exterior, quer de índole ficcional, quer ideológica, quer estética, quer literária etc.

Será que devemos concentrar os nossos esforços metodológicos no texto jurídico? Será o problema do direito um problema de textos (interpretação)? A prática do direito não é feita somente a partir da leitura de textos, mas sobretudo da implementação dos seus textos. O direito e a linguagem performática possuem diferentes finalidades, o que decerto mobiliza habilidades igualmente distintas. O direito está fundado numa axiologia fundamentante consubstanciada num projeto regulativo que se exterioriza em princípios prático-normativos, que a linguagem performática não está em condições de realizar e sequer intenciona realizar.

Pelo visto, Hart não explora o direito a partir do paradigma da linguagem, isto é, o jurídico inserido apenas numa dimensão textual, sob pena de comprometer sua autonomia e sentido. O direito não é só texto! A aproximação entre o direito e o uso performático da linguagem deve levar em consideração as propriedades do auditório⁴³. Hart não incorre no equívoco de acreditar que seja possível atribuir o mesmo significado às normas legais, quaisquer que sejam os casos concretos que reclamam a sua realização ou “freeze the meaning of the rule” na sua atemporal abstração.

Muito pelo contrário, ele acrescenta que os conceitos implementados em diferentes situações nem sequer necessitam compartilhar propriedades comuns, nomeadamente na mobilização de normas e conceitos legais⁴⁴.

IV – A OBRIGATORIEDADE DAS CONDUTAS

Hart discute exemplarmente as deficiências da compreensão do direito como uma ordem baseada em *ameaças*, mas também não pensa as regras tão-somente como *hábitos*⁴⁵, sem dúvida, herança de John Austin enraizada no pensamento jurídico inglês⁴⁶. Definitivamente para Hart “the key to the science of

⁴³ Livremente inspirado nas considerações de CASTANHEIRA NEVES, Arguição de doutoramento de José Manuel Aroso Linhares, in *Digesta*, v. III, Coimbra Editora, 2008, p. 584 - 604.

⁴⁴ HART, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, p. 277.

⁴⁵ FINNIS, John, *How Persistent are Hart's 'Persistent Questions'?*, in *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Edited by Luís Duarte d'Almeida, James Edwards and Andrea Dolcetti, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 230.

⁴⁶ HART, *op. cit.*, p. 16.

*jurisprudence*⁴⁷ não está numa ordem fundada em ameaças, mas na união das regras primárias e secundárias⁴⁸. Apesar de confessar aos olhos de toda a gente que o problema do direito exige o reconhecimento de que certas condutas não já seriam facultativas, mas obrigatórias num certo sentido.

Hart claramente rejeita a explicação simplista, reducionista e por que não dizer sedutora da ordem jurídica como *exclusivamente* orientadora das condutas humanas. É, no entanto, também para sublinhar que a obrigatoriedade das condutas, quer aquelas que ele crer decorrerem da lei, quer aquelas da moral, desde já ocupariam quadrantes distintos. Não obstante a possibilidade de compartilharem um mesmo vocabulário. Sem excluir que a ordem jurídica “reproduce the substance of certain fundamental moral requirements”⁴⁹. O que não significa, no entanto, abandonar as diferentes exigências concernentes às normas jurídicas e morais⁵⁰. Pelo visto, algumas questões permanecem não enfrentadas, tais como as obrigações legais diferem das morais e de que maneira as primeiras *dialogam* com as obrigações morais? E ainda como e por que o direito seria distinto das ordens baseadas em ameaça e qual seria o liame entre o direito e a coerção?⁵¹

Hart assume como uma das suas preocupações a relação entre o direito e a moral, especificamente as diferenças e semelhanças entre as obrigações jurídicas e morais. Como é cediço, a natureza do *liame* entre o direito e moral remonta a Cícero⁵², Aquino⁵³, Blackstone⁵⁴ e mais recentemente, não obstante, a especificidade procedimental (*práticas jurídicas*) Lon Fuller⁵⁵. Temos sérias dúvidas se as exigências decorrentes da juridicidade e da moralidade teriam sido realmente um problema no momento em que Hart as enfrentou⁵⁶. Quais os percursos possíveis na interrogante relação entre a juridicidade e a moralidade?

⁴⁷ AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence*, Lecture VI.

⁴⁸ Hart, *The Concept of Law*, p. 81.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 8.

⁵¹ FINNIS, John, *How Persistent are Hart's 'Persistent Questions'?* p. 229.

⁵² ASMIS, E., *Cicero on Natural Law and the Laws of the State*, (2008) 27 *Classical Antiquity*, p. 1; FONTANELLA, Francesca, *Politica e diritto naturale nel 'De legibus' di Cicerone*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, Collana Temi e Testi, 2012.

⁵³ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2011.

⁵⁴ BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, London, 1765, Section The Second, p. 38-62.

⁵⁵ FULLER, L.L., *The Morality of Law*, revised ed., New Haven, Yale University Press, 1969.

⁵⁶ SCHAUER, Frederick, *Hart's Anti-Essentialism*, in *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, p. 238

Poderíamos pensar inicialmente numa separação conceitual entre o direito e a moral como critério de validade e de vigência jurídicas, especialmente quanto aos critérios enunciados pela regra de reconhecimento, sem excluir que a moralidade não incidiria na constituição do conteúdo do direito. Um segundo caminho possível seria o de diálogos necessários à realização *in concreto* do direito, quer dizer, na atividade judicativo-decisória, nomeadamente nos “*casos difíceis*”, com a incidência da moralidade confessadamente enquanto tal e já não como conteúdo jurídico.

Outro percurso igualmente exequível seria o de diálogos não necessários, mas possíveis (sempre no horizonte da *possibilidade!*) na determinação dos critérios de validade e vigência enunciados pela regra de reconhecimento, a saber: α) podem existir princípios morais como condição de validade e vigência de normas jurídicas; β) podem existir certos princípios morais que pelo seu próprio *mérito substantivo*, revelado nas práticas jurídicas, adquirirão juridicidade – *status* de norma jurídica; γ) podem existir certos princípios morais que *transformar-se-ão* em princípios jurídicos por meio de prescrições legislativas ou decisões judiciais⁵⁷.

Entendemos que estamos diante de um não problema a partir da concepção de direito como *razão para ação* que eleger como ponto de partida o ser racional, moral e livre. A realização do direito, portanto, surge muito especialmente como um óbvio desdobramento da razão, da moralidade e da liberdade. Para esta concepção, a normatividade do direito não decorreria dos fatos sociais muito menos dos fatos morais isoladamente considerados, mas da convergência de ambos nos momentos distintos da ação parcial e total. A ação parcial na formulação das normas jurídicas parciais e a ação total na formulação das normas jurídicas totais atuariam como filtros tendencialmente jurídicos dos fatos sociais e morais através dos referidos procedimentos decisórios. Os problemas éticos que surgem no meio social serão mediados pelos filtros tendencialmente jurídicos da ação parcial e da ação total na tomada de “decisões” abstrata e concreta. Portanto, a noção de direito como *razão para ação* será capaz de resolver os problemas éticos que surgem nas relações sociais. Não obstante certa relutância, as decisões somente podem ser tomadas por seres morais. A moralidade é, portanto, algo intrínseco ao direito, pois somente o ser moral está em condições de decidir. Enfim, a existência do direito reflete claramente a nossa condição de ser moral e o problema do direito não é resolver os dilemas morais por meio de normas gerais e abstratas, mas “decidir” casos concretos com justiça⁵⁸.

⁵⁷ Já assim exemplarmente José Manuel Aroso Linhares no âmbito dos seminários ministrados no Mestrado Científico, na área de especialização Jurídico-Filosóficas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 14 de Maio de 2013.

⁵⁸ SANTOS JÚNIOR, José Alfredo dos, **Do Transconstitucionalismo à Transjusfundamentalidade:**

Outras compreensões seriam certamente mobilizáveis, a única convicção que temos é que o problema da juridicidade-moralidade deve ter como *locus* privilegiado: a *realização concreta* do direito, isto é, o plano das decisões judicativo-decisórias. Pensamos ser inexecutável uma juridicidade independente e autônoma da sua concreta realização. Este *paper* não assume a juridicidade, sem avocar a responsabilidade de refletir o *problema prático-normativo* que o direito enquanto tal convoca. Levar a sério tais argumentos significa discutir a juridicidade-moralidade nos limites da *razão prática*, que é a única em condição de assumir a intenção prático-normativa da juridicidade. O direito não é um *abstractum*, não é uma realidade racional-abstrata.

V – O JUÍZO REALIZA O DIREITO AO CONTRÁRIO DE TÃO-SOMENTE O DESCOBRIR

A recusa de Hart de compreender o direito tão-só como “*rules of behaviour*” decorre das perplexidades atinentes à própria compreensão da norma⁵⁹. Sem elidir que o conceito de direito jamais poderia ser captado ‘*per genus et differentiam*’, a julgar pela dificuldade de inserir o direito numa dada “família”⁶⁰. Hart sublinhou a sua própria hesitação em relação à norma com a formulação de três perguntas, a saber: α) “O que são regras?; β) O que significa dizer que uma regra *existe*?; γ) Os tribunais aplicam as regras ou fingem aplicá-las?”⁶¹.

Segundo Hart, “*Assim mesmo dentro do direito, algumas regras são estabelecidas através da legislação; outras não são feitas por nenhum ato intencional*”⁶². Neste sentido, a convergência de comportamentos habituais num certo grupo social e a previsibilidade das consequências, embora esta última seja uma dimensão importante das normas, não seria suficiente para o reconhecimento de que uma regra social existe ou mesmo a obrigatoriedade contemplada nas regras⁶³.

Hart rejeita, fundamentalmente, a ideia de que a dimensão constitutiva da juridicidade repousaria, à partida, na nebulosa abstração dos nossos *sentimentos*, isto é, na nossa “compulsão” a fim de que nos comportemos em harmonia com a regra e a crítica às condutas desviantes⁶⁴.

verdade e memória na América Latina, Editora Dialética, 2021, Exórdio.

⁵⁹ HART, op. cit., p. 15.

⁶⁰ Ibid., p. 15.

⁶¹ Ibid., p. 8.

⁶² Ibid., p. 9.

⁶³ Ibid., p. 10.

⁶⁴ Ibid., p. 11.

Pelo visto, o gênio investigativo de Hart se concentra num primeiro momento na distinção entre regras sociais e meros hábitos convergentes de comportamento⁶⁵. A crítica vai adiantada. Ele igualmente rejeita a percepção do direito como inteira e principalmente constituída por *normas* e por *decisões jurisdicionais* como consequência necessária de regras predeterminadas e claras⁶⁶.

Hart não pensa o direito como um sistema de normas enunciado previamente para uma sucessiva, futura e eventual “aplicação” (método lógico-dedutivo). Um dos importantes contributos de Hart foi sem dúvida confessar aos olhos de toda gente a necessária mediação normativo-juridicamente *constitutiva* quando da realização concreta do direito. Sem dar isto por feito e explicado, Hart à boca delatora denuncia que nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão contidas admitem apenas um resultado. Haveria, portanto, sempre uma escolha por parte do juízo, “*The judge has to choose between alternative meanings to be given to the words of a statute or between rival interpretations of what a precedent ‘amounts to’. [...] Yet all rules have a penumbra of uncertainty where the judge must choose between alternatives.*”⁶⁷. À vista disso, o juízo realiza o direito ao contrário de tão-somente *descobri-lo!*⁶⁸

Se por um lado Hart se extenua a lançar dúvidas sobre a plausibilidade de as normas serem o vetor compreensivo do direito; por outro, Schauer sugere que Hart teria reposta a controvérsia atinente às normas na *jurisprudencia*⁶⁹, evidentemente reconhecendo o anterior contributo de alguns teóricos Realistas, como Jerome Frank⁷⁰ e Karl Llewellyn⁷¹, e ainda outros predecessores como François Géný⁷², Holmes⁷³, Gray⁷⁴ e Austin⁷⁵.

Bastando-nos aqui ter presente alguns pontos encorajadores nos textos de Hart, tais como, ele pensa o direito exclusivamente como *norma*, isto é, ele compreende o direito como um autonomamente objetivo e sistemático “conjunto de normas” e *as normas em si mesmas* numa autônoma normatividade?

⁶⁵ Ibid., p. 12.

⁶⁶ Ibid., p. 12.

⁶⁷ Ibid., p. 12.

⁶⁸ Ibid., p. 12

⁶⁹ SCHAUER, Frederick, *Hart's Anti-Essentialism*, in **Reading HLA Hart's The Concept of Law**, p. 239.

⁷⁰ FRANK, J., **Law and the Modern Mind**, New York, Brentanos, 1930, p. 127-158, 283-306.

⁷¹ LLEWELLYN, K. N., **The Theory of Rules**, F. Schauer (ed.), Chicago, University of Chicago Press, 2011.

⁷² MAYDA, J., **François Géný and Modern Jurisprudence**, Baton Rouge, Louisiana, Louisiana State University Press, 1978.

⁷³ HOLMES, O. W., *The Path of the Law* (1897) 10 Harvard Law Review, p. 457.

⁷⁴ GRAY, J.C., **The Nature and Sources of Law**, New York, Columbia University Press, 1909.

⁷⁵ AUSTIN, J., **The Province of Jurisprudence Determined**, W. E. Rumble (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

Hart pensa o direito como um sistema de normas enunciado previamente para uma sucessiva, futura e eventual “aplicação” (método lógico-dedutivo), quer dizer, ele pensa uma juridicidade autônoma de sua concreta realização?

Ele pensa o direito como um sistema autônomo em face da realidade histórico-social da sua eventual *realização*? Hart admite uma qualquer mediação normativo-juridicamente *constitutiva* quando da realização concreta do direito?

As normas se referem a algo para além da sua própria racional normatividade? As normas jurídicas são um certo tipo de “normas sociais”? Qual a diferença entre o *consenso de convenção* manifestado nas regras e o *consenso de independente convicção* manifestado nas concorrentes práticas dos indivíduos num grupo social⁷⁶?

Podemos identificar qualquer traço de *autorracionalidade* na regra de reconhecimento? A regra de reconhecimento *constituiu normativamente* o sistema jurídico, ou em termos mais simples, Hart pensa a “*rule of recognition*” como *prius* jurídico, isto é, como categoria “*originarium*” constitutiva da juridicidade do direito?

A “*rule of recognition*” é um critério externo à normatividade? A “*rule of recognition*” é apenas a sociológica factualidade empírica que não dá relevo à específica normatividade do sistema jurídico?

O conteúdo da “*rule of recognition*” é puramente empírico? A factualidade da “*rule of recognition*” está na sua gênese ou unicamente no seu conteúdo? Hart reconhece a existência de *prévias* fontes de direito como característica exclusiva a suscitar a específica normativa racionalidade do sistema jurídico?

A norma vai pensada como uma *ratio* constitutiva da sua própria normatividade? A norma vai pensada como *imperativo* e como *regra* ou apenas como *regra*? Como ele trata os princípios jurídicos?

A norma vai pensada como *conceito* fruto de uma decisão lógica ou como critério *normativamente prático*? A norma vai pensada como *conceito e resultado* da própria *conceitualização da realidade* ou como critério *normativamente prático* histórico-socialmente localizado?

Hart consegue superar a compreensão imperativa das prescrições jurídicas de John Austin? Em que medida a ideia de *compulsão* legal se aproxima e se

⁷⁶ Hart, op. cit., p. 255-256.

distancia da imagem de *força e coerção* das sanções jurídicas? Hart exclui uma possível relação entre *imperativo e norma jurídica*?

Na hipótese de admitir a norma jurídica deve a sua normatividade a esta imperatividade? Ele se afasta do critério da *competência* e da *sanção* para reconhecer como critério definidor da regra jurídica a *adesão à juridicidade*, antes que a sua eficácia social e institucional?

Ou para ele o critério decisivo é a *função social* de servir às instituições como elemento de organização, delimitação de poder e exercício de direitos? Hart assume a ideia de *sistema*? Como ele pensa a unidade do sistema jurídico?

A unidade seria horizontal, quer dizer, normas em conexão umas com as outras no mesmo plano; ou a unidade seria vertical ou hierárquica, isto é, normas como pressuposição e fundamento de normas? Qual o papel da *"rule of recognition"* neste sistema?

Para Hart o direito se projeta como *dimensão constitutiva*, isto é, o direito como dimensão da prática humana; ou o direito se projeta tão-somente numa tal realidade empírica?

Em que medida o *ponto de vista interno* de Hart rejeita a ideia de conhecer o direito "de fora", isto é, numa específica exterioridade cognitiva? Ele assume o direito como *objeto* ou como *problema*, isto é, como uma intencionalidade normativa problematicamente aberta?

Hart põe entre parênteses a intenção e tarefa práticas do direito para o fundamentar em termos conceitual-dogmáticos? O desafio de Hart se constitui em pensar "a norma" ou "o caso concreto"?

Hart admite a convocação de fundamentos normativos extratextuais como valores? Ele reconhece a necessidade de *abertura* do direito, ou seja, a referência a outros critérios para além daqueles imediatamente disponibilizados pela *normatividade positiva*?

Hart considera irrenunciável a referência do direito a valores e princípios (normativo-materiais!), que por um lado assimilam uma intenção de "justiça material" e, por outro, lhe garantam uma "justeza concreta", em que a igualdade vai pensada em seu sentido material? Como ele pensa a justiça?

Hart pensa a “interpretação” e a “aplicação” como uma unidade normativo-metodológica ou como momentos diferentes da metodologia normativística? Hart reconhece a autônoma função constitutiva da realização do direito?

Ele enfrentou o problema da *integração*, que se alargou para além do domínio das lacunas? Hart repete a distinção entre “o direito que é” e “o direito que deve ser” distinção já explícita em John Austin e que alimentou a normativismo jurídico positivista?

Hart pensa o direito a partir da convocação da “razão teórica” ou muito especialmente desde a “razão prática”, que é a única que está em condição de assumir a intenção prático-normativa da juridicidade? Como ele pensa a realidade social?

Hart enxerga a realidade tendo em consideração apenas o empírico-analítico ou a realidade prática da *interação* comunitária? Ele está preso à estrita redução lógico-dicotômica normas/fatos?

VI – AS ESCOLHAS PRUDENTES DO JUÍZO

Uma compreensão cautelosa dos escritos de Hart incita-nos a afirmar, assumindo obviamente todos os riscos decorrentes desta provocação, que a sua percepção do direito não é fundamentalmente uma questão de normas. Tal convicção se baseia no fato de que a solução da maioria dos casos concretos submetidos à jurisdição não decorre nem das normas, nem dos precedentes que admitem apenas um resultado, mas sobretudo de *escolhas* prudentes do juízo⁷⁷. Uma questão que naturalmente se impõe é como as obrigações jurídicas decorrentes da atividade *criativa* do juízo se relacionam com as percepções morais dos próprios sujeitos-realizadores?⁷⁸

Só que também e muito significativamente, Hart rejeita a percepção do direito exclusivamente como o resultado de uma *prática jurisdicional*, haja vista a necessidade de uma norma preliminar a criar o tribunal⁷⁹.

Uma leitura adequada de Hart será aquela liberta de algumas pré-compreensões e/ou incompreensões a respeito de sua obra, tais como as afirmações correntes de que ele pensa o direito como um sistema de regras

⁷⁷ Ibid., p. 12.

⁷⁸ FINNIS, John, *How Persistent are Hart's 'Persistent Questions'?*, p. 236.

⁷⁹ HART, *The Concept of Law*, p. 2 - 5.

logicamente fechado, quer dizer, ele compreende o direito como sistemático e autonomamente objetivo “conjunto de normas” e que o direito pode ser realizado sem ter em conta as exigências morais. Evidentemente, há certas exigências de sentido sem os quais não podemos conceber uma ordem como uma ordem de direito. O que não põe em xeque o postulado de que o direito e a moral são conceitos separados que devem permanecer separados⁸⁰.

Pelo visto, Hart se esforça, inicialmente, em considerar as deficiências das teorias imperativas do direito, que Bentham, mas também Austin elegeram como *locus* privilegiado de crítica à *necessária* relação entre o direito e a moral⁸¹. As incompreensões persistem como a afirmação de que a incorporação da moral seria contingente, haja vista, dependente das *práticas* que poderiam incorporá-la ou não.

O problema que efetivamente se coloca é que será estamos autorizados a identificar uma *validade especificamente jurídica* nos escritos de Hart? O atendimento de *intenções materiais* não significa, necessariamente, exorbitar da seara do direito e mergulhar no âmbito da moral. As intenções materiais não devem ser assumidas como algo que estivesse para além do direito, isto é, já no domínio da moral. Assim, corremos o risco de conceber o jurídico apenas como a *institucionalização enquanto tal*.

Como se se tratasse afinal de renunciar todo e qualquer *conteúdo*, sob pena de darmos um salto para a moralidade. Seria quase possível dizer que as *razões* seriam todas *razões morais*, pois o que fosse discutível em termos de intenção (intencionalidade), fundamento (fundamentação) e validade desde já estaria para além do direito. Na verdade, o que é direito e o que é moral?⁸².

Como estabelecer uma demarcação entre o direito, prescritivamente informado por uma *dimensão de conteúdo* e a moral, quando Hart explica que “*killing and the wanton use of violence are only the most obvious examples of the coincidence between the prohibitions of law and morals.*”⁸³. Segundo Hart, a justiça seria capaz de unir ambos os domínios, “*Further, there is one idea, that of justice, which seems to unite both fields: it is both a virtue especially appropriate to law and the most legal of virtues. We think and talk of ‘justice according to law’ and yet also*

⁸⁰ GREEN, Leslie, Introduction, **The Concept of Law**, p. xvi.

⁸¹ Hart, op. cit., p. 17.

⁸² Já assim exemplarmente José Manuel Aroso Linhares no âmbito dos seminários ministrados no Mestrado Científico, na área de especialização Jurídico-Filosóficas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 14 de Maio de 2013.

⁸³ HART, **The Concept of Law**, p. 7.

*of justice or injustice of the laws*⁸⁴. O que não significa, absolutamente, renunciar as diferentes exigências concernentes às normas jurídicas e morais.

Acentuação que nos basta a fim de que esboçemos um outro percurso reflexivo, nem por isso a *panacea* de todos os desafios impostos ao pensamento jurídico. Desde o final do século XVIII, o direito é positivo e não é parte da moral, entretanto *dialoga* com a moral em diferentes sentidos, a saber: α) a moral requer que uma pequena e importante parte do sistema jurídico positivo cumpra certos princípios morais básicos, nomeadamente as regras de direitos humanos “[...] *much larger part of its positive law have some rational relation to the morally significant values of respect for life, for legitimate expectations and promises and established positive rights, and so forth.*”; β) a moral requer que, mesmo quando um específico sistema jurídico positivo não reproduza nenhuma regra moral, ele deve ser *in toto* decente, “[...] *and are to be presumed (defeasibly presumed) to be morally obligatory when and because they are legally obligatory.*”. Finnis explica que Hart não levou em consideração estas teses quando estabeleceu o paralelo entre a obrigatoriedade da conduta num certo sentido sob ameaça e as diferenças entre as obrigações jurídicas e as morais⁸⁵. E num tom não menos provocatório Finnis pergunta sob quais condições os membros de uma comunidade política teriam a *obrigação moral* de introduzir, preservar e apoiar as instituições legais?⁸⁶

John Finnis também parece incorrer no equívoco de caracterizar *intenções materiais* como algo para além do direito⁸⁷. Porque não dizer que o próprio direito requer que uma parte do sistema jurídico cumpra certos *princípios normativo-materiais*, confessadamente dimensões constitutivas (intenção, fundamento e validade) do projeto direito. Convém reiterar que há certas exigências de sentido sem os quais, absolutamente, não podemos conceber uma ordem como uma ordem de direito.

VII – AS MUITAS MÁSCARAS DE JOHN AUSTIN

O diagnóstico de Hart sobre as insuficiências da compreensão do direito exclusivamente fundada na *ameaça de sanção ou outra forma de coerção*, sem dúvida, poderia ter sido elaborada de forma mais esmerada. Dimensões importantes da investigação de John Austin já tinham sido discutidas por Arthur Goodhart, sobretudo em *English Law and Moral Law*, publicado em 1953.

⁸⁴ Ibid., p. 7.

⁸⁵ FINNIS, John, *How Persistent are Hart's 'Persistent Questions'?*, p. 229.

⁸⁶ Ibid., p. 236.

⁸⁷ Ibid., p. 235.

Agora não se vá dizer que Hart não conhecia as considerações de Goodhart, seu predecessor na *Chair of Jurisprudence* em Oxford⁸⁸.

A consideração de que a obrigação legal poderia não ser compreendida na dicção *coerção* e a possibilidade de existência de ordens jurídicas não coercivas foram contributos importantes de Hart, ainda que pequem pela falta de originalidade: *"It is because a rule is regarded as obligatory that a measure of coercion may be attached to it; it is not obligatory because there is coercion."*⁸⁹.

Hart ao discorrer sobre o conteúdo mínimo do direito natural - diga-se de passagem sem assumir pessoalmente esta posição - distingui que os fatos e as finalidades naturais tornariam as sanções não só possíveis, mas sobretudo necessárias, como se se tratasse afinal de uma *necessidade natural*. Mas também ele explica que o estatuto das formas mínimas de proteção das pessoas, propriedade e compromissos não seriam compreensíveis sem a referida alusão⁹⁰. Importante ainda acrescentar que o núcleo da coerção para Hart residiria na voluntária cooperação das pessoas, posto que, *"Without their voluntary cooperation, thus creating authority, the coercive power of law and government cannot be established."*⁹¹.

Hart explica que um mesmo indivíduo pode adotar atitudes contraditórias atinente ao direito. Por um lado, os indivíduos podem encarar as regras a partir de um *ponto de vista interno*, isto é, exemplarmente como padrões aceites de comportamento. E por outro lado, as pessoas podem olhar as regras tão-só como uma possível fonte de castigo, e se não bastar a ameaça, consente-se a medida extrema⁹². As sanções são traços comuns às ordens jurídicas, entretanto, não seriam *essenciais* a estas. Nos sistemas jurídicos *justos* e capazes de assegurar os reais interesses de todos haveria uma vocação à lealdade e à estabilidade, enquanto as ordens jurídicas iníquas, sectaristas e exclusivistas a serviço dos interesses do grupo dominante, para além de mais repressiva, teriam uma inclinação à desagregação.

Justamente diante do risco permanente de o poder organizado de forma centralizada se converter em instrumento de tirania e violência, o que feriria de

⁸⁸ SCHAUER, *Hart's Anti-Essentialism*, p. 240.

⁸⁹ GOODHART, Arthur, **English Law and Moral Law**, London, Stevens & Sons, 1953, p. 17.

⁹⁰ HART, op. cit., p. 199.

⁹¹ *Ibid.*, p. 198 - 201.

⁹² *Ibid.*, p. 201-202.

morte qualquer pretensão de legitimidade. O gênio investigativo de Hart reflete sobre a existência de outros esquemas pelos quais o direito deveria se *conformar* à moral, para além do nebuloso *conteúdo mínimo do direito natural*⁹³. Neste ponto, “conformar-se com a moral” obviamente não significa sustentar uma *necessária* conexão entre o direito e a moral.

*“The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation”*⁹⁴. Trata-se do ponto de partida ou ironicamente talvez de chegada do positivismo legal, a empresa de Austin consistiu em caracterizar o problema da *jurisprudence* – quer dizer distinguir o direito positivo em face de diversos entes que o direito pretensamente estaria ligado por traços de semelhança (analogia)⁹⁵. Para Austin, o direito propriamente conceituado traduziria *ordens, comandos*, não obstante reconheça a existência de normas não coercivas, como as normas declaratórias e as que dão origem a obrigações imperfeitas, consideradas apenas “positive morality”.

Embora não constitua o núcleo da reflexão de Austin, a “positive morality” estaria muito próxima do “positive law” e, portanto, integraria o horizonte de estudo da *jurisprudence*⁹⁶. Entretanto, somente o direito positivo seria o autêntico problema a ser enfrentado pela *jurisprudence*, a afastar, pois, as leis divinas, “positive morality, rules of positive morality, or positive moral rules” e as leis metafóricas⁹⁷.

O conjunto dos seis textos os quais intregam o livro “*The Province of Jurisprudence Determined*” possui claramente o escopo de reconhecer as diferenças entre o direito positivo e as demais espécies referidas⁹⁸. Resta-nos saber se explorando ou não os possíveis pontos de diálogos entre elas (“*The divine law, positive law, and positive morality, are mutually related in various ways*”⁹⁹). Para

⁹³ *Ibid.*, p. 202.

⁹⁴ AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, vol. I, Fifth Edition, Revised and Edited by Robert Campbell, London, John Murray, Albemarle Street, 1885, p. 214.

⁹⁵ *Idem.*, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray, Albemarle Street, University of London, 1832, Preface, p. V.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 196.

⁹⁷ *Ibid.*, p. VII.

⁹⁸ *Ibid.*, p. VIII.

⁹⁹ *Ibid.*, p. XVI

Austin, a distinção entre as humanas “*positive moral rules*” e o direito positivo estaria na ausência de sanção nas primeiras¹⁰⁰. Depois de caracterizar o direito positivo e especificamente individualizar o seu procedimento de formulação, o passo seguinte foi a determinação implícita da noção de soberania¹⁰¹.

Esforçaremos-nos para não cair na armadilha de ler Austin ao longo das críticas formuladas por autores que se preocuparam apenas em evidenciar as suas incorreções, claramente com o propósito de defender as suas próprias proposições¹⁰². Tentaremos, portanto, *decifrar* Austin por seus próprios méritos e deméritos, só assim estaremos em condições de exteriorizar aspectos mais fidedignos a respeito das suas teorias, como a sua peculiar concepção de jurisprudência (“*general jurisprudence*”), a sua teoria imperativa do direito, a caracterização do direito positivo como comando do “soberano”, a sua singular ideia de soberania, a distinção entre o direito e a moral, a sua ácida crítica às concepções de direito natural, a defesa da codificação, a sua particular concepção de liberdade e por fim a classificação das regras em primárias e secundárias.

O que seria o *direito positivo* na ótica de John Austin? Pelo visto, o ponto de partida foi a convocação da analogia e da metáfora como recurso a distinguir “*laws proper or properly so called, and to laws improper or improperly so called*”¹⁰³, sendo que a diferença entre os significados seria apenas de *grau* e residiria nomeadamente nas práticas e costumes¹⁰⁴. Nesta senda, as leis propriamente designadas seriam aquelas determinadas por Deus para as suas criaturas e as leis estabelecidas entre os seres humanos. Entretanto, no conjunto das leis instituídas pelos seres humanos, podemos vislumbrar duas espécies, a saber: α) as leis prescritas “*by men as political superiors, or by men, as private persons, in pursuance of legal rights*”¹⁰⁵ e ainda “[...] *is a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number in the character of political superior: that is to say, a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number to a person or persons in a state of subjection to its author.*”¹⁰⁶; β) as leis prescritas em razão de comportamentos ou modos negativos

¹⁰⁰ Ibid., p. XVI.

¹⁰¹ Ibid., p. XVII-XVIII.

¹⁰² Já assim HART, **The Concept of Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2012 [1961] e KELSEN, Hans, *The Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, Harvard Law Review, vol. 55, p. 54-66.

¹⁰³ AUSTIN, **The Province of Jurisprudence Determined**, p.126.

¹⁰⁴ Ibid., p. 127.

¹⁰⁵ Ibid., p. 128.

¹⁰⁶ Ibid., p. 129.

sem que se possa falar obviamente em “*political superiors*” ou “*by men as private persons, in pursuance of legal rights*”. Estas últimas “são simplesmente opiniões ou percepções mantidas pelos seres humanos a respeito de suas condutas.”¹⁰⁷. Existiriam, portanto, três principais classes de leis, a saber: α) “*laws of God or the Divine law*”; β) “*positive law or positive laws*”; γ) “*positive morality, rules of positive morality or positive moral rules*”¹⁰⁸.

Austin explica que teria cometido uma incorreção quando afirmou terminantemente na primeira lição que as “*positive moral rules*” seriam leis impropriamente designadas¹⁰⁹. A intenção de Austin foi ratificar que tanto “*positive law*” quanto “*positive morality*” se constituem de fontes humanas¹¹⁰. Ainda que considere que o direito *estritamente* fosse apenas o “*positive law*”¹¹¹. Sem excluir o propósito de distanciar “*positive law*” da “*law of God*”. Idêntica razão fez com que Austin adjetivasse a palavra *moral* (“*positive morality*”) a temer uma possível ambiguidade¹¹².

“*I mean the human laws, which I mark with that expression, as considered without regard to their goodness or badness.*”¹¹³. O que significa *exatamente* não se adentrar na qualidade intrínseca da “*positive morality*”? O problema posto em causa é saber se Austin identifica a existência de parâmetros exteriores à norma, sem que se possa ainda falar em parâmetros de *validade*. As normas se referem a algo para além da sua própria normatividade? Como se a norma devesse *pôr-se à prova* face a algo tacitamente aceite e reconhecido como crivo¹¹⁴.

Pelo visto, a ofensiva de Austin foi contra a tirania do discurso de *fontes* de direito, isto é, a bondade *manifesta* do direito natural, assumido, quer como princípio de utilidade, quer como senso moral¹¹⁵. Para Austin, a moral reconhece a bondade ou maldade da norma sem saber exatamente o porquê e nem mais nem menos estes inexplicáveis sentimentos sugerem, em última análise, conformidade ou desconformidade com o direito natural¹¹⁶.

¹⁰⁷ Ibid., p. 128.

¹⁰⁸ Ibid., p. 129-130.

¹⁰⁹ Ibid., p. 130.

¹¹⁰ Ibid., p. 130.

¹¹¹ Ibid., p. 130.

¹¹² Ibid., p. 131.

¹¹³ Ibid., p. 131-132.

¹¹⁴ Ibid., p. 133.

¹¹⁵ Ibid., p. 133.

¹¹⁶ Ibid., p. 133.

Enfim, morando o direito natural tão perto do senso moral, a ignorância tão cerca da irracionalidade, os sentimentos tão vizinhos do arbítrio, nisto se constituiu o alvo de Austin¹¹⁷. Há uma greta em tudo isto, pois o direito natural poderá *secularizar-se* ou *racionalizar-se*, unicamente, se submetido ao crivo da utilidade ("*ultimate test*")¹¹⁸.

A principal preocupação de Austin foi rejeitar a *tiranía* dos discursos de fontes: "*To say that they are good because they are set by the Deity, is to say that they are good as measured or tried by themselves. But to say this is to talk absurdly: for every object which is measured, or every object which is brought to a test, is compared with a given object other than itself. – If the laws set by the Deity were not generally useful, or if they did not promote the general happiness of his creatures, or if their great Author were not wise and benevolent, they would not be good, or worthy of praise, but were devilish and worthy of execration.*"¹¹⁹. A indulgência de Austin no que tange ao direito natural deve ser percebida dentro desta moldura de rejeição.

Inicialmente, ele critica a autorreferencialidade do direito natural ("*laws of God*") para além de convocar parâmetros *utilitaristas* exteriores à norma. Austin *transige* com o direito natural tão-somente se exposto ao exame de utilidade, portanto, estas normas podem se referir a algo para além da sua própria normatividade. Sem que isto signifique o reconhecimento da existência de *prévias* fontes de direito, como característica exclusiva a suscitar a específica normativa racionalidade do sistema jurídico. Não temos mais o que dizer, pois o resultado viria a dar em repetição fastidiosa, afinal, até este momento temos apenas a *utilidade*.

Austin compreende o direito natural, ora como "*law of God*", ora como uma parte do "*positive law and positive morality*". Primeiramente, o adjetivo "*positive*" indica a origem humana, seriam normas legais e morais atemporais e não circunscritas a um único lugar vocacionada a toda humanidade, quer pela moral, quer por "*natural reason*"¹²⁰. Austin menciona duas espécies de "*human rules*", a saber: a) primeira classe ("*law of nature*") nas quais não haveria uma situação puramente humana, mas "*law of God*" ou "*law of nature*" revestidas de sanções humanas, trata-se com efeito de considerar o *jus gentium* ou *jus omnium gentium* ou *commune omnium hominum jus*¹²¹, que seriam "*positive law*" existentes em todas as nações e "*positive morality*" observadas por toda humanidade.

¹¹⁷ Ibid., p. 134.

¹¹⁸ Ibid., p. 134.

¹¹⁹ Ibid., p. 134.

¹²⁰ Ibid., p. 135.

¹²¹ Ibid., p. 135.

Para Austin, estas normas universais não poderiam ser somente uma invenção humana, mas “*They rather are made by men on laws coming from God, or from the intelligent and rational Nature which is the soul and the guide of the universe.*”¹²². Esta distinção procura realçar o *jus gentium* ou *jus omnium gentium* como parte do “positive law” realizada num específico país e importante para uma dada comunidade. Neste sentido, *jus civile* ou *jus proprium ipsius civitatis*¹²³. Sem excluir o reconhecimento expresso de que normas legais e morais integrariam o *jus civile* como processo humano e institucional¹²⁴.

VIII – A TEORIA DE DIREITO POSITIVO DE AUSTIN

A teoria de direito positivo de Austin se sustenta quase exclusivamente sobre as ideias de soberania, sujeição e sociedade política independente¹²⁵. O direito positivo seria simplesmente uma espécie de comando de gênese racional e determinada a impor ações e omissões sob ameaça de sanção. Neste quadrante, a *sanção* seria o resultado forçoso renunciado pelo comando, mas também eventual razão para conduta.

Austin releva a perspectiva negativa da sanção: “Every sanction properly so called is an eventual evil *annexed to a command.*”¹²⁶. Austin convoca John Locke que considerava que a natureza do direito adequadamente conceituado residiria na imposição de uma consequência – positiva ou negativa, que de maneira nenhuma se confundia com o resultado natural da ação ou omissão em si mesma determinada pela norma¹²⁷. Ao seu turno, John Locke considerava que os seres humanos orientavam suas condutas e julgavam-nas correta, honesta e obrigatória a partir de três espécies de normas, a saber: α) “The Divine law”; β) “The civil law”; γ) “The law of opinion or reputation”. As primeiras a julgar se as ações humanas são pecadoras e imorais; as segundas se criminosas ou inocentes e a terceira se virtuosas ou imorais. As leis de opinião ou reputação estariam lastreadas pelo que se entende por virtude ou vício e quase sempre coincidiriam com as leis divinas. Por sua vez, virtude ou vício refletiria apenas a aprovação ou desaprovação, admiração ou repúdio do grupo ou comunidade à conduta.

¹²² Ibid., Introduction, p. XII e XIII.

¹²³ Ibid., p. XII.

¹²⁴ Ibid., p. XII-XIII, grifo nosso.

¹²⁵ Ibid., p. 136-137.

¹²⁶ Ibid., p. 138.

¹²⁷ LOCKE, John. **An Essay Concerning Human Understanding**, (1690) Kitchener, Ontario, CAN: Batoche Books, 2001, Book II Chap. XXVIII, p. 283.

Segundo Locke “virtude” e “admiração” teriam o mesmo significado, nesta empresa cita: “Sunt sua praemia laudi” do poeta e filósofo romano Virgílio (Publius Vergilius Maro) que entre 31 a. C. e 19 a. C. escreveu Eneide na qual narra a história de Enea, herói troiano, filho de Anchise, que fugiu de Tróia após a sua queda e viajou pelo Mediterrâneo até o Lazio (Itália) onde tornou-se o progenitor do povo italiano. Igualmente invoca Marcus Tullius Cicero: “nihil habet nature praestantius, quam honestatem, quam laudem, quam dignitatem, quam decus”. Convém salientar que Locke via nas normas razão para ação e muito especialmente como instância desencadeadora do momento constitutivo da noção de “*moral goodness or evil*”, se ao fim e ao cabo a conduta está conforme ou desconforme as supracitadas normas¹²⁸.

Sem evidentemente esquecer que o escopo de John Locke foi investigar a origem, natureza e extensão do entendimento e de que maneira este influencia a conduta humana (“*First, I shall inquire into the original of those ideas, notions, or whatever else you please to call them, which a man observes, and is conscious to himself he has in his mind; and the ways whereby the understanding comes to be furnished with them.*”)¹²⁹. É oportuno ainda assinalar que nesta árdua empresa, Locke contentava-se com conclusões parciais baseadas num juízo de probabilidade¹³⁰. Isto não significa que a moralidade não pudesse ser demonstrada, Locke acredita que tanto a moralidade quanto a matemática seriam conhecimentos sujeitos à demonstração, desde que utilizado o método adequado¹³¹.

Para Locke não há que se falar em princípios práticos inatos ao ser humano e universalmente aceitos como leis naturais. Quando muito a fé e justiça seriam praticadas no interesse da comunidade¹³². Não obstante, Locke reconheça explicitamente que alguns princípios práticos derivam da própria natureza, como o desejo de felicidade e a aversão à miséria, sem excluir que ele não nega a existência de tendências naturais presentes nos nossos pensamentos. No intuito de torná-lo intelegível, o que ele sublinha é que estas assertivas nada dizem a respeito das características inatas ao pensamento humano como princípio de conhecimento que regulam as ações humanas¹³³.

¹²⁸ Ibid., p. 287.

¹²⁹ Ibid., Introduction, p. 21.

¹³⁰ Ibid., p. 22.

¹³¹ Ibid., p. 536.

¹³² Ibid., p. 41.

¹³³ Ibid., p. 41.

Outro argumento que Locke convoca para negar a existência de princípios práticos inatos ao ser humano é a necessidade de justificar as regras morais, se estas fossem inatas não haveria necessidade de justificação ou obtenção de aprovação. Portanto, as regras morais dependem de um antecedente dedutível, que não é inato ou evidente. Nesta senda, a virtude é geralmente aceita, diga-se de passagem, precisa ser aceita caso contrário não seria digna deste nome, não por ser inata, mas por ser vantajosa à comunidade considerada. Infelizmente as ações humanas denunciam que nem sempre a virtude (“*To do as one would be done to*”) é um princípio internalizado pelo ser humano¹³⁴.

Se por um lado, a consciência das regras morais reflete tão-somente aceitação que ao fim e ao cabo dará a conhecer a opinião ou julgamento de retidão das ações humanas. Neste sentido, o discurso de consciência das regras morais igualmente incapaz de fundamentar os princípios práticos como inatos ao *humanus*. Por outro lado, não raramente o indivíduo age contrariamente a certos princípios práticos, quando não uma inteira nação. Como vimos, não raras são as violações das regras morais, se estas realmente fossem inatas não estariam sujeitas à violação¹³⁵.

Segundo Locke: “*I would not here be mistaken, as if, because I deny an innate law, I thought there were none but positive laws.*” Como seria o catálogo de princípios práticos inatos? A partir de que momento internalizamos certos princípios práticos e como estes são conservados no decorrer das nossas vidas. Por que estes princípios geralmente não são investigados antes de serem internalizados? Como podem existir princípios inatos baseados na concordância dos indivíduos? Decerto o mote de Locke é o discurso das ideias e método, “*Principles not innate, unless their ideas be innate.*”¹³⁶.

Enfim, para Locke a moralidade traduziria tão-somente a relação entre as ações voluntárias e as regras, quer dizer, a relação de conformidade ou desconformidade das condutas humanas para com as normas. Ele estava interessado sobretudo em explorar estas relações morais orientadoras das ações morais, a ressaltar que qualquer que seja a regra que o ser humano tenha em mente para as suas ações, estas no fundo não traduziriam mais do que a reunião de diversas ideias simples fruto das nossas sensações ou reflexão. Diga-se de passagem, sem perscrutar a qualidade das normas: “*The notion of relation is the same, whether the rule any action is compared to be true or false.*”¹³⁷.

¹³⁴ Ibid., p. 42 – 43.

¹³⁵ Ibid., p.44 – 48.

¹³⁶ Ibid., p. 48 – 57.

¹³⁷ Ibid., p. 291.

Não poderíamos terminar esta pequena digressão sem considerar o lugar que a ética ocupa neste texto de Locke, o conhecimento ético seria uma variação da “Praktike”, que por sua vez traduziria a habilidade de discernir o correto nas nossas ações voltadas para obtenção de coisas moralmente aceitáveis e úteis. A ética cumpriria um papel proeminente, por meio de suas regras orientadoras da conduta humana alcançaríamos a felicidade. Como se vê, a “Praktike”, não traduz uma mera especulação e o conhecimento da verdade, mas a prossecução de ações tendentes em última análise à felicidade.

Veza-me quase lembrar a noção aristotélica de “eudaimonia”, traduzida vulgarmente por felicidade, em *Ética a Nicómaco* (Livro I). A palavra “eudaimonia” não assumiria nenhum sentido moral, ao que parece Aristóteles confere a esta palavra a sua significação mais original, isto é, alguém ao qual foi concedido um bom destino¹³⁸. O projeto de uma ética em Aristóteles apresenta uma maior abrangência do que a apresentada por Locke, haja vista explorar o campo das ações humanas, nas suas diversas espécies, bem como do seu alcance e sentido.

Segundo Aristóteles: “Toda a arte (tekhne) e toda a indagação (methods), e do mesmo modo (homoios de) toda a prossecução prática (praxis) e toda a tomada de posição (proairesis) parecem visar um bem; pois tem sido dito, e bem, que o bem é aquilo que cada coisa visa. É verdade que uma certa variedade é observável entre os fins que as artes e as ciências visam nalguns casos a atividade (energeia) é em si um fim, ao passo que noutros o fim é algum produto (ergon) para lá do mero exercício da arte.”¹³⁹.

O que nos interessa especificamente é apenas sublinhar que o termo praxis entendido como um processo de realização que já não se reduz à dimensão da tekhne. Realmente, a prossecução prática é a dimensão específica da ação, é a ação moral exteriorizada. Praxis tal como a tekhne é uma dimensão de gênese, de trazer algo à existência, ainda que para já não seja determinado. Aristóteles explora especialmente a diferença do dinamismo da praxis relativamente à tekhne e ao que parece a resposta está na análise das suas finalidades. O ponto de partida é a distinção estabelecida entre ação propriamente dita (fim em si mesma) e produção, a ação no âmbito da tekhne que tem como fim um objeto externo. Portanto, a ação moral (praxis) é uma atividade imanente (energeia), isto é, uma atividade que tem em si mesma o seu fim, ao passo que a produção se cumpre

¹³⁸ ARISTOTLE, *The Nicomachean Ethic*, with an English translation by H. Rackham, London, Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1999, 1095a, p. 15 – 22.

¹³⁹ *Ibid.*, 1094a, p. 1 – 6.

numa obra (ergon) exterior à atividade. Na praxis haveria uma coincidência entre o fim e a obra, entre o bem e o estar em atividade (autorreferencialidade).

Nesta senda, Aristóteles socorre-se de uma nova modalidade, o sujeito ético (autos), cujo fim ou bem é o seu próprio agir. Ao contrário de Platão, Aristóteles não sustentava uma visão unitária de Bem e também defendia a hierarquização destes. Segundo Aristóteles: *“Se, assim, entre os fins que as nossas ações visam, houver um que nós desejamos por si mesmo, enquanto desejamos os outros somente por este último, e se não escolhemos tudo por causa de outra coisa qualquer (o que resultaria, obviamente, num processo ad infinitum, de tal modo que todo o desejo seria fútil e vão), é claro que este único fim último tem que ser o bem e, de fato, o supremo bem.”*¹⁴⁰.

Pelo visto, a recusa de Aristóteles de uma progressão ao infinito estava diretamente ligada ao problema de como fundar uma ética sem precipitar-se numa regressão ao infinito. Se para Platão a impossibilidade de prosseguir até ao infinito culmina na existência de um desejável primeiro bem universal (plano da transcendência), para Aristóteles tal impossibilidade resulta na existência de um bem (fim), que está presente dinamicamente em todas as ações particulares. Portanto, o supremo bem seria um projeto de completude, que ao mesmo tempo, desencadeia e é causa final de toda e qualquer ação concreta. O que seria este bem supremo? O próprio Aristóteles esboça uma possível resposta: *“Não será, então, um conhecimento deste bem supremo também de grande importância prática para a conduta da vida? Não nos tornará mais aptos a atingir o que é próprio e adequado, como arqueiros tendo um alvo a que apontar? Se assim é, devemos fazer uma tentativa para determinar, mesmo que esquematicamente, o que é este supremo bem e de quais das ciências teóricas ou práticas ele é objeto.”*¹⁴¹.

Todo o Livro I está comprometido com a questão que Aristóteles denominava de *“o mais elevado dos bens alcançáveis pela ação”*. Com todas as cautelas necessárias, parece que o termo eudaimonia traduz-se como ponto de partida, mas também fim ao alcance do ser humano, que ao fim e ao cabo realiza autoconstitutivamente o projeto ético do sujeito ético. Diferentemente de John Locke, *Ética a Nicómano* revela a ética como um projeto que se cumpre e se faz cumprir autorreferencialmente no próprio ser humano. Assim, a ética realiza-se a partir do protagonismo humano no cumprimento da sua tarefa mais peculiar: encontrar o seu lugar entre Deus e a natureza¹⁴².

¹⁴⁰ Ibid., 1094a, p. 19 – 23.

¹⁴¹ Ibid., 1094a, p. 23 – 27.

¹⁴² Ibid., 1095a, p. 14 – 17.

Austin explica que a *responsabilidade* pressupõe a existência de comandos instituidores de tais deveres¹⁴³. Obviamente sem querer empastar o sentido, o traço negativo é igualmente ressaltado no âmbito do *múnus*.

A teoria de direito positivo de Austin se esforça para tornar clara a origem da norma em termos racionais, elas procederiam, a saber: α) monarcas ou órgãos soberanos, como superiores políticos supremos; β) pessoas privadas perseguindo direitos. Todavia, a propriedade específica do direito positivo reside na existência de comandos direto ou indireto do monarca ou de um órgão soberano na qualidade de superiores políticos dirigidos às pessoas num estado de sujeição ao autor¹⁴⁴. Como já vimos anteriormente, Austin caracteriza as “positive moral rules” como leis prescritas em razão de comportamento ou modo negativos, sem que se possa falar obviamente em superiores políticos ou pessoas privadas perseguindo direitos. Deste modo, “são simplesmente opiniões ou percepções mantidas pelos seres humanos a respeito de suas condutas.”¹⁴⁵.

Consequentemente, elas não são *comandos* e não constituem, portanto, direito positivo, sendo lícito ainda mencionar a inexistência de sanção, responsabilidade e sujeição¹⁴⁶. Tais leis estariam interligadas ao “estado de natureza”, “estado de anarquia”, não se podendo vislumbrar a existência de qualquer sociedade política. Ou ainda são normas estabelecidas pelo monarca ou um órgão soberano, mas não para pessoas em estado de sujeição ao autor¹⁴⁷.

No que tange às normas instituídas pelas pessoas privadas a perseguir direitos, Austin percebe, ainda que de forma imperfeita, duas perspectivas conviventes a partir do sujeito-*autor* da regra, bastando para reconhecer a existência do “positive law” e “positive morality” numa mesma situação concreta¹⁴⁸.

John Austin convoca o instituto da tutela, no qual o tutor poderá criar regras em benefício do tutelado. Nesta perspectiva, haveria tão-somente o “positive law” e a conduta seria realizada no cumprimento de um dever imposto pelo estado. Para Austin, a posição do tutor seria próxima à dos *superiores políticos subordinados*, isto é, aqueles que exercem poderes legislativos delegados ou “judicial legislation” como garantes da soberania¹⁴⁹. Como se vê, Austin reconhece a atividade legislativa dos juízes ingleses.

¹⁴³ AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 139.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 139.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 128.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 140.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 141.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 142.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 143.

Por outro lado, ele numa infeliz convocação da situação jurídica do escravo e de seu mestre vislumbra a possibilidade de existência do “positive law” e da “positive morality”, haja vista que o mestre titularizaria direitos outorgados pelo estado, inclusive o de criar regras para o escravo em benefício próprio. Neste caso, o direito formulado seria constituído de regras do “positive law” e da “positive morality”, com a convergência harmônica da soberania do estado e, diga-se de passagem, *devidamente* acompanhada de sanções. Sem excluir a ação voluntária e criativa do mestre¹⁵⁰. O viés libertário de Austin se manifesta no reconhecimento das denominadas “leis autônomas”, que seriam o resultado da ação voluntária e criativa de indivíduos a perseguir direitos e não pelo cumprimento de alguma obrigação imposta pelo estado¹⁵¹.

Um problema que se coloca é investigar se Austin afivela ou não a máscara maniqueísta ao elencar as regras da “positive morality” como princípios opostos e inconciliáveis às regras de direito positivo, a saber: α) pessoas privadas em “estado de natureza”; β) órgãos soberanos sem estarem na qualidade de superiores políticos; γ) pessoas privadas sem que estas estejam perseguindo direitos¹⁵². Uma nota importante é que estas espécies de regras da “positive morality” são consideradas *direito propriamente conceituado* ao passo que as regras provenientes da opinião em geral, não!¹⁵³

Para Austin, o direito internacional seria constituído de regras da “positive morality”, especialmente forjadas por órgãos soberanos sem o predicado de superiores políticos, haja vista a inexistência de estado de sujeição ao autor, quer dizer, as normas imperativas seriam procedentes de órgãos soberanos para órgãos soberanos, ou de governos supremos para governos supremos¹⁵⁴. John Austin, entretanto, obtempera com a possibilidade de existência do “positive law” no caso de existir o estado de sujeição do governo ou estado¹⁵⁵.

Neste passo, a formulação de uma regra por uma associação seria pelas lentes de Austin um exemplo da “positive morality” procedentes de indivíduos, sem que estes estejam a perseguir direitos¹⁵⁶. Agora não se vá dizer que a referida conduta não integra o âmbito de incidência do direito de associação. Mesmo nos inícios dos oitocentos esta parece ser uma conclusão simples.

¹⁵⁰ Ibid., p. 143.

¹⁵¹ Ibid., p. 144.

¹⁵² Ibid., p. 143.

¹⁵³ Ibid., p. 146.

¹⁵⁴ Ibid., p. 144 – 145.

¹⁵⁵ Ibid., p. 148.

¹⁵⁶ Ibid., p. 145.

No que tange às normas provenientes da opinião em geral, são apenas designadas *normas* pela convocação da analogia. Tais regras provêm de “órgãos *indeterminados* ou grupos *incertos* de pessoas referentes a determinadas condutas com um sentimento de aversão ou de aprovação”¹⁵⁷. O discurso de Austin abre uma greta sensível a todo o risco de desagregação social, a julgar pelo salto perigoso do sentimento de aversão ou de aprovação para ação que inflige certo efeito negativo sobre aqueles com condutas desviantes¹⁵⁸. Por outro lado, ele reconhece que a existência desta regra procedente da opinião em geral, ainda que não seja *comando*, ainda que não se possa falar em sanção e sujeição, ainda que não gere responsabilidade, presta um valioso serviço à coesão social na medida que contribue para a constância e uniformidade de certas condutas¹⁵⁹.

Por fim, as normas provenientes da opinião em geral provêm de órgãos *indeterminados* ou grupos *incertos* de pessoas, ou parafraseando Austin, “um indeterminado corpo é uma indeterminada parcela de um corpo determinado ou certo”¹⁶⁰. A indeterminação apenas resistirá se ao final não for possível identificar individualmente cada pessoa do grupo. A qualidade do órgão será importante para aquilatar a capacidade de se expressar através de condutas corporativas, assim sendo os corpos *indeterminados* ou grupos *incertos* de pessoas são incapazes de expressão corporativa¹⁶¹. Pelo visto, para Austin numa sociedade política independente a soberania residirá sempre num *determinado* indivíduo ou num *determinado* grupo de pessoas idôneo a formular comandos e receber obediência¹⁶².

As normas que constituem “law of God”, “positive law” e “positive morality” por vezes coincidem, mas também conflitam entre si¹⁶³. Qual a importância dessas considerações? Inicialmente, poderíamos apontar os lapsos do legislador no confronto *transversal*¹⁶⁴ da realidade quando da formulação da norma; a constatação da possibilidade de a moral e os sentimentos religiosos de uma comunidade suprimirem inteiramente determinadas práticas e poderíamos ainda hipotisar a prescindibilidade e a impotência do “positive law” face à moral e às

¹⁵⁷ Ibid., p. 147.

¹⁵⁸ Ibid., p. 147.

¹⁵⁹ Ibid., p. 150.

¹⁶⁰ Ibid., p. 155.

¹⁶¹ Ibid., p. 155 – 158.

¹⁶² Ibid., p. 159.

¹⁶³ Ibid., p. 169.

¹⁶⁴ WELSCH, Wolfgang, *Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*, Frankfurt a M., 1995.

convicções religiosas. Haveria ainda um incremento do temor na sanção *stricto sensu*, se a prática é permitida pela moral e pela consciência religiosa¹⁶⁵. Embora Austin reconheça, nitidamente, a frequente coincidência entre “positive law” e “positive morality” bem como entre “positive law” e “law of God”, ele preserva a sua estrita noção de “positive law” fundada na soberania e na sujeição¹⁶⁶.

Os costumes seriam regras da “positive morality” até se tornarem *rationes decidendi* por intermédio da “judicial legislation”, momento no qual se convertem em “positive law”. Todavia, em razão destas práticas serem igualmente observadas pelo governo, mesmo antes da decisão judicial soberana, os costumes já seriam “positive law”. John Austin, entretanto, enfatiza que mesmo a soberania dos indivíduos decorre das normas provenientes do “positive law”¹⁶⁷.

IX – AUSTIN REJEITA A “LAW OF GOD” COMO DIMENSÃO ÚLTIMA CONSTITUTIVA DA JURIDICIDADE DO DIREITO

A inspiração de Austin parece ser a já conhecida ideia de que “*The existence of law is one thing, its merit or demerit is another.*”¹⁶⁸. Tomando as explicações de Blackstone¹⁶⁹ sobre a natureza do direito como alvo de críticas, que considerava a “law of God” superior a qualquer outro direito e ainda parâmetro universal de validade de todas as normas¹⁷⁰. John Austin se insurge contra a prepotência da ideia de que o direito, quer originário do parlamento, quer proveniente dos tribunais que eventualmente conflita com a “law of God” não é obrigatório, portanto, não é direito. John Austin se insurge contra a aceitação acrítica deste parâmetro de validade no mínimo *ténue*, marcado por controvérsias e dubiedades¹⁷¹.

Na verdade, teríamos a “law of God” como dimensão última constitutiva da

¹⁶⁵ AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 171.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 172-173.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 173.

¹⁶⁸ AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, vol. I, Fifth Edition, Revised and Edited by Robert Campbell, London, John Murray, Albemarle Street, 1885, p. 214.

¹⁶⁹ BALLANTINE, Henry Winthrop, Frederick W. SCHENK, and William BLACKSTONE. *Blackstone's Commentaries*. Chicago: Blackstone Institute, 1915.

¹⁷⁰ AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, vol. I, p. 214.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 215.

juridicidade do direito *in toto*, obviamente com todos os riscos da apreciação humana do que seja a “law of God”. Subjacente a esta preocupação reside nitidamente o problema da *efetividade* do direito, que não poderia ficar à mercê do aquilatar humano do que seja “law of God” ou da consciência individual ou de qualquer juízo moral¹⁷².

Tendo em mente as explicações de Grotius, Puffendorf e outros, Austin denuncia exemplarmente a confusão entre “ser” e “dever ser” também no confronto do direito internacional que na sua peculiar ótica constituir-se-ia somente de “positive international morality”¹⁷³. Austin se refere a George Friedrich von Martens, diplomata e jurista na Universidade de Göttingen, como o primeiro autor a levar a sério as normas que *deveriam* ser reconhecidas nas relações entre os estados, ou que poderiam ser recebidas, se consoante às práticas das nações civilizadas. Tais práticas em última análise constituiriam *standards* de conduta ou regras idôneas a serem conceituadas como “positive international law”¹⁷⁴.

Austin não poupou de suas ácidas críticas nem mesmo Ulpiano, que foi um dos cinco juristas mais importantes durante o Império e muitas de suas obras foram utilizadas na redação do Digesta de Justiniano¹⁷⁵. Giuvenzio Celso Figlio, principal da “scuola proculiana” ao lado de Nerazio Prisco e autor de trinta e nove livros do Digesta, também não foi relevado das críticas de Austin¹⁷⁶. Austin reconhece o imenso legado deixado pelos romanos na *realização prática* de princípios gerais e sobretudo na formulação de um *corpus iuris* coerente.

Mas também John Austin satiriza os esforços filosóficos romanos, nomeadamente as tentativas de conceptualizar *jurisprudence*¹⁷⁷. As críticas de Austin convergem para o célebre conceito de direito de Ulpiano: “*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia justae atque injustae scientia*.”¹⁷⁸. Quer dizer, o conhecimento do que é justo e injusto, e o conhecimento das coisas divinas e humanas conceptualizaria o direito. Tal noção recepçiona não somente

¹⁷² Ibid., p. 215- 216.

¹⁷³ Ibid., p. 216.

¹⁷⁴ Ibid., p. 216 – 217.

¹⁷⁵ **Homo, caput, persona: la costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana: dall’epoca di Plauto a Ulpiano**, a cura di Alessandro CORBINO, Michel HUMBERT, Giovanni NEGRI, Pavia: IUSS press, 2010.

¹⁷⁶ **Testi e problemi del giusnaturalismo romano**, a cura di Dario MANTOVANI e Aldo SCHIAVONE, Pavia: IUSS Press, 2007

¹⁷⁷ AUSTIN, **Lectures on Jurisprudence**, vol. I, p. 217.

¹⁷⁸ ULPIANO, **Corpus Juris Civilis Academicum**, by Christoph Heinrich FREIESLEBEN, Tomus I, Sumptibus Emanuelis Thurneysen, MDCC LIX, Tit. I, De Justitia et Jure.

a “law” mas também a “positive morality”¹⁷⁹. Sem excluir que *justiça* apenas expressaria a nossa própria aprovação ou desaprovação para uma dada conduta. Levar a sério tais argumentos não significa sugerir uma constante oposição entre direito e equidade, mas confessar a existência de um *standard* que nas lentes de Austin seria “law of God”. De facto, a resposta de Austin é excessivamente simples: “*law is itself the standard of justice*”. Ele rejeita, portanto, qualquer parâmetro de validade exterior à norma. Ele recusa qualquer juízo de conformidade do direito a uma nebulosa e superior “law of God”. Ele se opõe à ideia de justiça como entidade e legislador supremo¹⁸⁰.

Mais do que invocar uma lista de objeções de Austin, trata-se com efeito de considerar um temor constante do autor: o *decisionismo judicial* – a possibilidade de os juízes julgarem como bem lhes aprouver, diga-se de passagem, subjazendo considerações morais¹⁸¹. Perigoso caminho para a “condescendência” do juízo a matizes diversas, desde interesses pessoais, a interpelação da consciência ou da moral até a consecução dos mais espúrios fins políticos. Para Austin, os juízes *ordinariamente* legislam de forma “tímida, limitada e imprevisível ou ainda sob vagas e indeterminadas frases.”¹⁸².

Verba volant scripta manent.

¹⁷⁹ AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, vol. I, p. 218.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 218.

¹⁸¹ In verbis: “*This decision of Lord Mansfield, which assumes that the judge is to enforce morality, enables the judge to enforce just whatever the pleases.*” *Ibid.*, p. 218.

¹⁸² *Ibid.*, p. 218.

TERRITÓRIOS FEDERAIS: CRIAÇÃO, EXTINÇÃO E EMENDAS À CR/1988 – PARTE 1

Leonardo de Medeiros Fernandes¹

Resumo: Cinge-se o presente artigo sobre o surgimento dos ex-Territórios federais no Brasil, ao longo do Século XX, e as respectivas transformações em Estados-membros. Eles foram instituídos pela União com objetivos institucionais de conferir integridade ao território brasileiro e fortalecer a Federação. Instituíram-se políticas administrativas e ostensivas propagandas estatais entre as décadas de 1940 a 1980. Os Governos criaram, para tais fins, corpos de funcionários públicos para laborarem em diversos setores nos Territórios. A União escolheu, contratou e nomeou pessoas que estavam dispostas a saírem de suas cidades para ali se fixarem e trabalharem em nome do interesse público primário. Estudaremos, nessa medida, a solução jurídica acordada pelos Poderes Públicos para reconhecer os vínculos trabalhistas aos quadros de pessoal em extinção da União, dos que cooperaram na formação dos últimos entes da República Federativa do Brasil: Rondônia, Roraima e Amapá.

Palavras-chave: Território federal – Organização político-administrativa – Estados-membros – Rondônia – Roraima – Amapá – Constituições – Emendas Constitucionais – Transposição – Enquadramento

Resumen: Este trabajo realiza un estudio sobre la aparición de los territorios federales en Brasil y las respectivas transformaciones, el largo siglo XX. Ellos fueron establecidos por la Unión brasileña, con objetivos institucionales de integridad y fortalecimiento de la federación mediante la promoción de políticas administrativas y propagandas estatales ostensivas, entre las décadas de 1940 a 1980. Los gobiernos crearon una estructura de

¹ Professor e Advogado em Brasília

empleados del sector público para trabajar en distintas actividades. La Unión eligió muchas personas con gana de salir de sus ciudades para allá fijarse con un trabajo a nombre del interés público primario. Analizaremos la solución jurídica pactada por los Poderes Públicos para reconocer los vínculos de trabajo en plantilla, de aquellos que cooperaron en la formación de los últimos estados brasileños de Rondônia, Roraima e Amapá que también forman la República Federativa del Brasil.

Palabras-clave: Territorios federales – Organización político-administrativa – Estados – Rondônia – Roraima – Amapá – Constituciones – Enmiendas constitucionales – Transposición – Estructura

INTRODUÇÃO

A questão jurídica dos Territórios federais, no Brasil, não é recente. A literatura sobre o assunto é difusa, a legislação de regência, um cipoal de normas e a jurisprudência, restrita.

As sucessivas mudanças na estrutura da Administração Pública federal, seus departamentos e agentes públicos, decorrentes das sucessões na Chefia do Executivo, também impactam na pretendida – e necessária – solução definitiva para o funcionalismo que ali se formou. Altercam-se, dessarte, avanços com momentâneas estagnações ao deslinde do problema.

Some-se ainda a atuação do Poder Legislativo e as periódicas renovações de seus Mandatários ao longo das quadras. Muitos Parlamentares entraram, saíram, voltaram ou não das Casas, alguns com o compromisso de apresentar propostas de soluções justas. Ao que tudo indica, os Representantes eleitos buscaram formar um verdadeiro “acordo federativo” para tratar dos últimos entes políticos formadores da vigente República: Rondônia, Roraima e Amapá.

Depreende-se, então, que o Poder Legislativo, ao redigir as normas constitucionais e respectivas legislações, reuniu, na arena democrática dos debates políticos, as opções jurídicas possíveis para regular as relações laborais nos ex-Territórios federais. Em tempo: se houve ou não ofertas de certas propostas movidas por – inadvertidos – interesses eleitorais, o tema não será tratado, nas próximas linhas, sob esse viés, porque foge do seu propósito.

Pretendo, portanto, apresentar a evolução história, constitucional, legislativa e jurisprudencial dos ex-Territórios federais, dentro do contexto das sucessivas

ordenações político-administrativa brasileira. Reunirei a doutrina autorizada e as publicações acadêmicas, pareceres, exposições de motivos e mensagens presidenciais de vetos no encadeamento das legislações. As interpretações jurisprudenciais dadas pelos Tribunais também serão consideradas para o fim de qualificar e firmar os comentários em torno do assunto.

A interpretação sistêmico-gramatical, isoladamente considerada, não prospera diante desse específico quadro histórico, social e político e, em última análise, esvazia a intenção do Poder Constituinte Derivado. Desatende aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º, Decreto-lei 4.657/1942).

Parece que, para a compreensão do problema – que é complexo – não se pode descurar de todos esses fatores – bases para a criação de um direito excepcionalíssimo e transitório: regulamentar as relações de trabalho em nome e por conta da União nos ex-Territórios federais de Rondônia, Amapá e Roraima.

A interpretação lógico-sistemática, histórica e teleológica, na espécie, e considerados os critérios de hierarquia, cronológico e especialidade a ser utilizado às Emendas Constitucionais e suas regulamentações são os que solucionam, com equidade, o problema da transposição e respectivo enquadramento aos quadros em extinção da União do funcionalismo que desempenhou atividades públicas em nome – e por conta – da União durante décadas na Região Norte brasileira.

Longe de significar privilégios ou regalias, antes de tudo, esse feixe de normas homenageia o princípio fundamental da isonomia (art. 5º, CR), reforça o compromisso com os objetivos republicanos (art. 3º, CR) e, em última análise, os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CR).

Certo é que, no presente estudo, não pretendo esgotar o tema². São as primeiras linhas de outros capítulos específicos que serão oportunamente divididos e publicados. O escopo é este: para além de exposição acadêmica, na oportunidade, pretendemos cooperar nos trabalhos de Julgadores, Advogados e demais agentes públicos que atuam na espécie.

² Agradecimento a Professora Grace Anne Tavares Velozo, Jurista pela UFPE e Letrista pela UnB, pela revisão final desse artigo.

1. A FINAL, O QUE SÃO TERRITÓRIOS?

MENDES e BRANCO lecionam que os Territórios são descentralizações administrativas da União, carecendo de autonomia.³

A jurisprudência do eg. STF, à época da CR/1969, formou um precedente específico sobre conflito de competência (CC n. 6.140-0). Originária de Roraima, a controvérsia cingiu-se entre o antigo Tribunal Federal de Recursos⁴ e o Regional Trabalhista. O processo foi julgado pelo Tribunal Pleno, aos 18/04/1979, e o v. acórdão, colhido por unanimidade, restou assim ementado:

1. Reclamação trabalhista que se ajuizou contra o Território Federal de Roraima. 2. Natureza *sui generis* dos Territórios Federais. 3. Conflito de competência entre o Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região e o Tribunal Federal de Recursos. Incidência, no caso, do art. 110 da Constituição. Competência da Justiça Federal e não da Justiça do Trabalho. 4. Precedentes da Corte.

O e. Ministro ANTONIO NEDER, em seu r. voto, fundamentou-se na doutrina acerca da natureza jurídica dos Territórios. Pela riqueza do estudo e compreensão do tema à época, colhi e transcrevo *in totum*

“A decisão deste caso envolve a definição da natureza jurídica do Território Federal, problema difícil por causa da regulamentação que lhe deu o nosso direito positivo, nada sistematizado quanto ao assunto. A doutrina está dividida no tocante à matéria.

Uma corrente considera que o Território Federal é *autarquia geográfica* (Hely Lopes Meirelles, *Dir. Adm. Bras.* 6ª. ed., p. 743; Celso Antonio Bandeira de Mello, *Nat. e Reg. Jurídico das Aut.*, 1968, págs. 399 e seguintes; Cretella Junior, *Dic. Dir. Adm.*, 3ª. ed. 1978, p. 506; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princ. Ger. de Dir. Adm.* II, p. 220; José Afonso da Silva, *Curso*, I, 1976, n. 172).

Uma outra corrente sustenta que o Território Federal constitui *algo descentralizado da Administração Federal* (Jocélio Medeiros, *Territ. Fed.*, 1944, p. 102; Carlos Medeiros da Silva, *RDA*, 12/400; Leopoldo T. da Cunha Melo, *RDA*, 12/398; W. de Barros Monteiro, *Curso*, Parte Geral, 1963, p. 109; Serpa Lopes, *Curso*, I, 1957, págs. 338 e seguintes).

³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 904.

⁴ Criado pela Constituição de 1946 e instalado em 1947 como segunda instância da Justiça Federal (arts. 97 e 103). A Constituição de 1967 deu aos seus membros o tratamento de Ministros (art. 116). A CR/1988 substituiu- pelo eg. STJ.

Há quem afirme que o Território Federal tem a natureza de *fundação* (Michel Temer, *Territ. Fed. nas Const. Bras.*, 1975, págs. 75/76).

O entendimento de que o Território Federal é entidade *política*, e não autarquia territorial, é sustentado pelo Prof. Sérgio de Andréa Ferreira (*Liç. De Dir. Adm.*, 1972, p. 67).

Estudo minucioso e bem elaborado sobre a matéria é o que fez o nobre Ministro Luís Rafael Mayer ao tempo em que exerceu o cargo de Consultor-Geral da República (*Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 138, págs. 1 a 29). Eis as conclusões de sua Excelência:

"a) os Territórios são unidades da Federação, privados de autogoverno e auto-administração, espaços da soberania territorial do País, integrados diretamente pela União;

b) os Territórios, como tais, não têm nem podem ter o atributo da pessoa jurídica de direito público, caracteriza como autarquia territorial, pois carece necessariamente de autonomia que é a nota essencial do conceito, na doutrina jurídica que o construiu.

c) feita a necessária distinção entre Território e Administração do Território, não é juridicamente impossível a constituição de uma autarquia institucional, ou outra entidade da administração indireta, com a incumbência precípua de administrar o Território, embora se deva reconhecer que tal instituição não é bem condicionante com a sistemática e a natureza dele;

d) o propósito de autarquizar o Território não parece compatível com os desígnios da criação deste, que é precisamente os de submetê-los de modo direito à União para propiciar-lhe o desenvolvimento e a sal condição a uma legítima autonomia; nem significa a estrutura mais apta para dinamizar a sal administração, posto que a descentralização vigente, em forma de delegação, permite ampliações e flexibilidades, bem mais propícias que a rigidez de um tipo predeterminado.

e) os Territórios e as respectivas administrações devem ser compreendidos à luz de conceitos que apreendam a sua singularidade e especificidades, sem a preocupação de reduzi-las a tipos e classificações estabelecidas a que, não se acomodam."

Minha opinião é a de que o nosso direito positivo não dispõe de modo sistematizante sobre a matéria, e que, por isto, não é fácil, diante das normas incongruentes que a regulam, fixar-lhe um contorno jurídico definitivo, e, conseqüentemente, definir-lhe a natureza jurídica.

Algumas regras do direito brasileiro permitem *assemelhar* o Território

Federal à autarquia geográfica, tal como o Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello e sua excelente obra acima citada; o certo, porém, é que não se pode tranquilamente identificar no Território Federal a autarquia geográfica, pois esta pressupõe *autonomia política e autonomia administrativa*, dois traços que ele não tem.

Outras normas do nosso direito permitem vislumbrar, em cada um dos Territórios Federais, algo descentralizado da Administração Federal, embora sem a estrutura que autorize defini-lo entidade orgânica, ou órgão da União com personalidade jurídica.

Inclino-me, pois, a considerar o Território Federal como sendo entidade *sui generis* integrante da Administração federal para descentralizar serviço desta. (...)"

A interpretação jurisprudencial do Pretório balizou, na década de 1980, a jurisprudência do então TFR. A Corte Recursal firmou algumas teses sobre competência jurisdicional – as quais, ainda hoje sob a égide da CR/1988, orientam outros paradigmas:

TFR 66. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho entre os Municípios de Território Federal e seus empregados.

TFR 67. Compete à Justiça Federal processar e julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho entre os Territórios Federais e seus empregados.

TFR 61. Para configurar a competência da Justiça comum federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa.

Pois bem. Parece que a conclusão doutrinária ainda hoje não está uniformizada. A Constituição de 1988 trouxe regras inéditas sobre o Território Federal que contribuem para as diversidades de interpretação. Após reflexão sobre a matéria, filio-me ao vetusto entendimento do eg. STF para compreender que o Território é uma entidade *sui generis*, um ente anômalo específico não integrante da Federação e à serviço da União.

Retomarei a análise e respectiva fundamentação, no último item do presente estudo, oportunidade em que apresentarei também a regulamentação na Constituição vigente. Antes, porém, abro a brevíssima exposição histórica e evolução da conformação político-administrativa brasileira e surgimento dos Territórios.

2. TERRITÓRIO DO IMPÉRIO BRASILEIRO

A Assembleia Constituinte de 1823 reunia-se, naquela noite, para elaborar o primeiro projeto constitucional. A “Constituição da Mandioca” privilegiava apenas os eleitores e candidatos que comprovassem certa renda da raiz tuberosa. A Constituinte, entretanto, foi dissolvida à força, muitos membros presos no episódio conhecido por “Noite da Agonia”⁵.

Desfeito o projeto, Dom Pedro I outorga a Carta de Lei de 25 de março de 1824. A primeira Constituição Brasileira estabeleceu um suposto regime monárquico constitucional à semelhança dos países europeus, notadamente a França⁶. Naquela época, o território do Império Brasileiro formava um estado unitário, mas segmentado em Províncias.

Da leitura dos 179 artigos, depreende-se que o imperador pretendeu unicamente centralizar com mais força o seu poder sob o manto da Igreja, perpetuar o governo “Monarchico Hereditario”, ou seja, garantir os títulos nobiliárquicos da sua família à custa da exploração das Províncias, veementemente proibidas de se unirem.

E qualquer ideia de união para constituir-se em federação era proibida já no primeiro artigo da Carta Imperial:

“Art. 1. O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.

Art. 2. O seu territorio é dividido em Provincias na fórma em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado.”

A Carta de Lei, de 25/03/1824, listou apenas as oito Províncias mais populosas na época – Pará, Maranhão, Ceará, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul (art. 73). E foi justamente nessas regiões, que eclodiram as principais revoltas contra o absolutismo despótico de Pedro I e a sua subserviência aos interesses lusos.

⁵ ROSÁRIO, Adalgisa Maria Vieira do. **A Constituinte de 1823 e a Constituição de 1824**. Correio Braziliense. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/117546/1986_SETEMBRO_032a.pdf?sequence=3

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 101.

Assim, *verbi gratia*, a Confederação do Equador eclodiu aos 02/07/1824. Coube mais uma vez à Província de Pernambuco a liderança e o centro irradiador do movimento revolucionário de caráter republicano e separatista. As crises econômicas e sociais, os excessos de exações do Império e os ideias iluministas que alimentaram a Revolução Pernambucana, de 06/03/1817, persistiam, agora agravados pela outorga de 1824.

As retaliações contra ambas as revoltas não custaram apenas vidas, mas também a divisão territorial como punição. Em consequência da Revolução Pernambucana, João VI mandou desmembrar a Comarca de Alagoas para dar-lhe autonomia. Pela rebeldia da Confederação do Equador, Pedro I desligou do território pernambucano a Comarca do Rio de São Francisco para dar aos imperialistas mineiros e baianos – *ex vi* Decreto de 07/07/1824⁷.

Pernambuco, porém, não se aquietou e reacendeu o derradeiro pavio na Insurreição Praieira. A última revolução provincial, entre 1848 e 1850, sintonizava-se com o contexto das revoluções liberais, socialistas e nacionalistas que varriam a Europa. Não houve, dessa vez, desmembramentos, mas violenta repressão, com a liderança do fervoroso defensor⁸ do Imperador, Manuel Deodoro da Fonseca, mais tarde, primeiro Presidente da República.⁹

A divisão territorial do Império, portanto, também como consequência desses fatores, compreendia em torno de 18 a 19 Províncias. Elas se dividiam administrativamente em frações menores, as comarcas, os termos e as freguesias¹⁰. À toda evidência, não havia “territórios federais”. O surgimento ocorre já na primeira fase do período republicano.

3. SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1891: TERRITÓRIO FEDERAL DO ACRE

A Constituição Brasileira de 1824 foi revogada pelo Decreto 1, de 15/11/1889¹¹, assim ementado: “*Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da*

⁷ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/1824-1899/decreto-38643-7-julho-1824-567287-publicacaooriginal-90684-pe.html>

⁸ CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas. O imaginário da República no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 39 *et seq.*

⁹ Disponível em: < [¹⁰ GREGÓRIO, Victor Marcos. **Dividindo as Províncias do Império. A emancipação do Amazonas e do Paraná e o sistema representativo na construção do Estado Nacional Brasileiro**. Disponível em: \[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-12062013-102746/publico/2012_VitorMarcosGregorio.pdf\]\(https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-12062013-102746/publico/2012_VitorMarcosGregorio.pdf\)](https://acervo.estadao.com.br/noticias/personalidades,deodoro-da-fonseca,928,0.htm#:~:text=Com%20apenas%2021%20anos%2C%20o,tornou%20marechal%2Dde%2Dcampo>.</p></div><div data-bbox=)

¹¹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d0001.htm

Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais". O mencionado ato infralegal dispôs assim:

"Art. 2º As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.

Art. 3º Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus Governos locais.

Art. 4º Enquanto, pelos meios regulares, não se proceder à eleição do Congresso Constituinte do Brasil e bem assim à eleição das Legislaturas de cada um dos Estados, será regida a Nação brasileira pelo Governo Provisório da República; e os novos Estados pelos Governos que hajam proclamado ou, na falta destes, por Governadores delegados do Governo Provisório."

Entre os decretos editados por Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da "Republica dos Estados Unidos do Brazil", um cabe apontar. É o Decreto 1.371, de 14/02/1891¹². A nascente Republica declarou que o arquipélago de Fernando de Noronha "*continúa a pertencer ao Estado de Pernambuco*". Após longa exposição históricas nas considerandas, o decreto conclui:

"Que o archipelago de Fernando de Noronha pertence a Pernambuco desde 1700, e sempre esteve sob a jurisdição das autoridades do Recife;

Que o decreto n. 854 de 13 de outubro de 1890, cuja exposição de motivos, na parte em que affirma ser o archipelago pertencente á União Brasileira, só significa que elle constitue territorio do Brazil, como o de todos os Estados, não estando discriminada por lei qualquer fracção territorial que deva pertencer á União, e na parte que suggeria a conveniencia de ficar o archipelago sujeito á autoridade e justiça federal, se fundava na legislação, actualmente revogada, que impunha pena de degredo para a ilha de Fernando de Noronha, deve ser entendido e executado, de accordo com o disposto no art. 224 do decreto n. 1030 de 14 de novembro de 1890, que declarou pertencer a justiça alli constituída ao Estado de Pernambuco, reconhecendo assim o seu direito e jurisdição no territorio do archipelago;"

Quinze meses depois, aos 24/02/1891, foi outorgada a segunda Constituição Brasileira sob forte impressão do constitucionalismo norte-americano¹³. A partir deste modelo, organizou-se a primeira federação brasileira nos seguintes termos:

¹² Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/392401/publicacao/15722634>

¹³ SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 110 e 111.

“Art 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Art 2º Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.

Art 3º Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital federal.”

Dividida em cinco títulos, consagrou o Título II aos Estados e, aos Municípios, o Título III, malgrado só aqueles fizessem parte da novel federação. Não houve referência alguma aos territórios federais. Essa figura jurídica só surgiu, anos mais tarde, fruto de um acordo diplomático entre Brasil e Bolívia.

Prosperava o “Ciclo da Borracha” com a extração de látex nos seringais da Floresta Amazônica. Inúmeras levas de migrantes nordestinos se fixaram naquelas terras e a região passou a ser disputada¹⁴. Após várias escaramuças entre os dois lados e disputas territoriais sucessivas foram chamados a atuar Rui Barbosa e o Barão do Rio Branco.

A “Questão do Acre” foi solucionada pelo Tratado de Petrópolis¹⁵, celebrado aos 17/11/1903. Ele foi subscrito, na vigência da Constituição de 1891 pelo então quinto presidente da República Francisco de Paula Rodrigues Alves.

Firmou-se ali uma permuta de terras, onde Bolívia renunciaria a soberania sobre o Acre e o Brasil entregaria terras do Estado do Mato Grosso, além de indenizar em 2 milhões de libras esterlinas e assumir o compromisso de construir uma ferrovia (Madeira-Mamoré), para acesso das mercadorias bolivianas aos portos brasileiros do Atlântico.¹⁶

¹⁴ REIS, Artur Cesar Ferreira. **A idéia de Território no pensamento do legislador brasileiro**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25731>

¹⁵ MOURA, Cristina Patriota. **Tratado de Petrópolis**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/TRATADO%20DE%20PETR%C3%93POLIS.pdf>

¹⁶ ALVES, Flávia Lima e. **O tratado de Petrópolis. Interiorização do conflito de fronteiras**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 166 abr./jun. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/495/R166-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

A partir do Decreto 1.181 de 25/02/1904¹⁷, o Congresso Nacional autorizou o Presidente da República a administrar provisoriamente o território reconhecido brasileiro pelo tratado de 1903. O seu inteiro teor:

“Art. 1º Fica o Presidente da Republica autorizado:

I. A administrar provisoriamente o territorio reconhecido brasileiro, em virtude do tratado de 17 de novembro de 1903, entre o Brazil e a Bolivia, continuando a cobrar, até seu limite maximo, as taxas alli arrecadadas ao tempo do *modus vivendi* ajustado com o Governo da Bolivia e os demais impostos federaes.

II. A abrir os creditos necessarios para pagamento do pessoal, material e construcções que forem precisas.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrario.”

A administração do território acreano foi regulamentada pelo Decreto 5.188, de 07/04/1904¹⁸, editado por Rodrigues Alves. Dividiu-o em três departamentos (Alto Acre, Alto Purús e Alto Juruá), administrados por prefeitos nomeados pelo Presidente da Republica e demissíveis *ad nutum*.

A Lei Federal 3.071, de 1º/01/1916, o Código Civil¹⁹ promulgado pelo sexto presidente da República Wenceslau Braz, sob a égide da CR/1891, sequer mencionavam a figura jurídica dessas entidades. A Lei Federal 10.406, de 10/01/2002, revogou o CC/1916. Alinhado com a CR/1988, o CC/2002 trouxe disposição expressa (art. 41, II).

4. CONSTITUIÇÃO DE 1934: PREVISÃO DE MAIS TERRITÓRIOS FEDERAIS

Leciona SARMENTO e SOUZA NETO, a terceira Constituição Brasileira, de 16/07/1934, inaugura o constitucionalismo social e, quanto ao federalismo, consagrou o modelo cooperativo, inspirado na Carta de Weimar de 1919²⁰. Pela primeira vez, mencionou os Territórios Federais na composição da Federação ao lado da União, Estados e Distrito Federal.

¹⁷ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1181-25-fevereiro-1904-583573-publicacaooriginal-106366-pl.html>

¹⁸ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5188-7-abril-1904-516300-republicacao-107275-pe.html>

¹⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm

²⁰ SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 119.

A Carta preocupou-se também com o recém conquistado Território do Acre. Estabeleceu critérios simples e objetivos para sua transformação em Estado-membro, além dar autorização para criação de outros entes administrativos com essa natureza e estabelecer as regras de transformação²¹. Eis o seu texto:

“Art. 1º A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15/11/1889.

(...)

Art. 16 Além do Acre, constituirão territórios nacionais outros que venham a pertencer à União, por qualquer título legítimo.

§ 1º Logo que tiver 300.000 habitantes e recursos suficientes para a manutenção dos serviços públicos, o Território poderá ser, por lei especial, erigido em Estado.”

A elevação do Território Federal do Acre a Estado-membro, entretanto, demorou 28 anos. Ocorreu sob a égide da Constituição de 1946, quando o governo João Goulart edita a Lei Federal 4.070, de 22/06/1962²², adiante explicada.

5. CONSTITUIÇÃO DE 1937: “MARCHA PARA O OESTE”

A Constituição Brasileira de 10/11/1937, outorgada pela ditadura de Getúlio Vargas abeberou-se nas Cartas também outorgadas de Portugal (1933) e da Polônia (1935) para formar um estado de fato unitário²³. Repetiu a fórmula federativa anterior e autorizou a criação de territórios federais a serem regulados por lei especial, *in verbis*

“Art. 3º O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.

(...)

Art. 6º A União poderá criar, no interesse da defesa nacional, com partes

²¹ REIS, Artur Cesar Ferreira. **A idéia de Território no pensamento do legislador brasileiro**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25731>

²² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4070.htm

²³ SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 125.

desmembradas dos Estados, Territórios Federais, cuja administração será regulada em lei especial.”

Acerca da organização político-administrativa brasileira, a Carta de 1937 estabelecia espécie de “sanção institucional” em face do Estado-membro: se ele não arrecadasse, no triênio, receita suficiente à manutenção dos seus serviços, seria transformado em território federal. Ali permaneceria sob a tutela da União até o restabelecimento de sua capacidade financeira (art. 8º, parágrafo único).

É nesse cenário constitucional, misturado às reminiscências históricas da colonização figurada nas bandeiras e seus *heróis*, que Getúlio Vargas estabelece as diretrizes de ocupação do território. A necessidade de preencher demograficamente os grandes vazios em longínquas terras das Regiões Norte e Centro-Oeste do país escorava-se na meta de desenvolvê-las economicamente. Sem embargos, o desequilíbrio era evidente: as áreas internas não acompanhavam o desenvolvimento do litoral.²⁴

Alinhava-se também à vigente política de segurança nacional. Havia urgência de defender as fronteiras brasileiras, e, ao que tudo indica, as experiências históricas de desmembramento territorial ainda eram indeléveis. Havia o medo de perda de parcela de território caso os conflitos da Segunda Guerra Mundial repercutissem na América do Sul.

O Estado Novo estabeleceu a política conhecida como “Marcha para o Oeste” que pretendeu construir a integração e a modernização nacionais. A ideia era, portanto, ocupar os “sertões”, proteger a soberania nas fronteiras e desenvolver a todo custo.²⁵

Segundo os estudos sérios do assunto, a propaganda estatal fortemente carregada de ufanismo manipulou o imaginário das massas²⁶. Ocorreram grandes

²⁴ REIS, Artur Cesar Ferreira. **A idéia de Território no pensamento do legislador brasileiro**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25731>

²⁵ Com base em historiadores regionais, Burille explica que, em 1940, o discurso varguista era de que o futuro do Brasil era o oeste e que “o país era politicamente uma unidade, com a mesma língua, mas que economicamente ainda não era. Que o país formava ilhas desenvolvidas entre espaços vazios, despovoados, que era preciso promover o desenvolvimento dessas regiões, “fazer com que as fronteiras econômicas coincidam com as fronteiras políticas”, que o Brasil não tinha interesse em conquistar mais territórios em direção a outros países, mas crescer dentro das suas próprias fronteiras. Com isso, ele acreditava que a marcha para o oeste era um novo tipo de bandeirantismo na expansão dessas novas fronteiras.” BURILLE, Celma. **Nas tramas da separação: o caso do Estado do Iguçu nas décadas de 1960 e 1990**. Disponível em: https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25023/DISSERT_FINAL_TOTAL_15out2010%5B1%5Dimpresa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁶ SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Belo

migrações internas exortadas pelo Governo Federal de então e divulgadas pela propaganda estatal²⁷. Vale transcrever a explicação deste capítulo da História do Brasil²⁸:

“A Marcha para Oeste, na sua história, foi lançada na Rádio Nacional no dia 31 de dezembro de 1937, tendo seus objetivos voltados para a interiorização do país, e mais tarde presente nos estudos de diversos intelectuais ao longo de vários exemplares da revista Cultura Política (1941-45). O Estado Novo tinha sido decretado em 10 de novembro de 1937, ou seja, vivíamos um novo projeto nacional, que pretendia criar um sentimento de nacionalidade através da geopolítica, da ênfase no território nacional e nas suas riquezas. Aqui, entra a importância da criação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 1938, responsável junto aos Conselhos de Geografia, Cartografia, Estatística, pela coleta de dados (OLIVEIRA, 2008; GOMES, 2002). O país tinha um vazio territorial na sua hinterlândia desde os tempos coloniais, quando o objetivo era apenas ocupar o litoral, facilitando assim o escoamento das riquezas da colônia. O interior do país permanecia como um difícil caminho, desconhecido e inseguro.

O Brasil Republicano e, especialmente, o Estado Novo tinha o objetivo de ser o período da “marcha para Oeste” e da conquista das “fronteiras internas”, não apenas no aspecto geográfico, mas no povoamento da região, proporcionando condições econômicas, sociais para o homem povoar o interior do país, símbolo da verdadeira “brasilidade”, na opinião dos intelectuais do período.”

FERREIRA REIS, político e historiador contemporâneo aos fatos, expôs o pensamento governamental no tocante aos propósitos que explicam a criação dos Territórios²⁹:

“o presidente Getúlio Vargas dizia: ‘A criação dos Territórios fronteiriços nas zonas colidentes e de população escassa deve ser considerada, por isso, medida elementar de fortalecimento político e econômico. O programa de organização e desenvolvimento desses Territórios resume-se em poucas palavras: sanear, educar e povoar’”.

Horizonte: Fórum, 2014, p. 128.

²⁷ ARRAIS, Matheus Eurich. **A Marcha para o Oeste e o Estado Novo: a conquista dos Sertões**. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/15448/1/2016_MateusEurichArrais_tcc.pdf

²⁸ KLEVER, Lucas de Oliveira. **A “Marcha para Oeste” do Estado Novo (1937-45) e a influência de Frederick Jackson Turner**. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/accsolivre//anais/ephis/assets/edicoes/2018/arquivos/53.pdf>

²⁹ REIS, Artur Cesar Ferreira. **A idéia de Território no pensamento do legislador brasileiro**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25731>

5.1. Fernando de Noronha: de colônia à penitenciária à Território Estadual

Getúlio Vargas começa efetivamente a instituição de novos territórios federais em 1942. Àquela época, só havia o Território do Acre e, antes de se dirigir para o Oeste, sua marcha foi desmembrar novamente o Estado de Pernambuco: o estratégico Arquipélago de Fernando de Noronha.³⁰

O conjunto de ilhas pernambucano foi incorporado à administração federal para servir de base avançada aos Aliados na Segunda Grande Guerra, nos termos do disposto no Decreto-lei 4.102, de 09/02/1942³¹:

“Art. 1º Fica criado, no interesse da defesa nacional, o território federal de Fernando de Noronha, constituído pelo respectivo arquipélago.

Art. 2º Os bens, situados no Território de Fernando de Noronha, bem como os impostos e taxas, pertencentes ao Estado de Pernambuco, são transferidos à União.

Art. 3º A administração do Território de Fernando de Noronha será regulada por lei especial.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

O então Território de Fernando de Noronha foi regulamentado pelo Decreto-lei 5.718, de 03/08/1943³². Era administrado por um governador, brasileiro nato, de livre nomeação e demissão do Presidente da República, supervisionado pela pasta do Ministério da Guerra e contava com recursos federais:

“Art. 13º Os créditos orçamentários e adicionais destinados ao Território de Fernando de Noronha serão automaticamente registrados pelo Tribunal de Contas e distribuídos à Diretoria de Fundos do Ministério da Guerra, obedecendo-se, quanto ao emprego desses créditos, às normas estabelecidas no Decreto-Lei n. 4.185, de 16 de março de 1942.”

Em tempo: somente com a Constituição de 1988, o arquipélago de Fernando

³⁰ “O Arquipélago de Fernando de Noronha, distrito do Estado de Pernambuco, foi declarado Parque Nacional em 1988 e, em 2001, reconhecido pela Unesco como Patrimônio Natural Mundial. Em diversos períodos políticos, Fernando de Noronha era o destino de presos políticos, como os ciganos (em 1739), os farroupilhas (em 1844) e os capoeiristas (em 1890). Em 1938, a ilha foi requisitada pela União para tornar-se oficialmente um presídio político. Atualmente, sua principal atividade econômica é o turismo.” Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1662/>

³¹ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4102-9-fevereiro-1942-414714-publicacaooriginal-1-pe.html>

³² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De15718.htm

de Noronha foi devolvido ao Estado-membro de Pernambuco (art. 15, ADCT³³). A vigente Constituição Estadual³⁴, de 05/10/1989, inclui-o entre os bens estaduais (art. 4º, II, CE-PE) e determinou, *in verbis*

Art. 96. O Arquipélago de Fernando de Noronha constitui região geoeconômica, social e cultural do Estado de Pernambuco, sob a forma de Distrito Estadual, dotado de estatuto próprio, com autonomia administrativa e financeira.

A Lei Estadual 11.304, de 28/12/1995, instituiu então o Distrito Estadual de Fernando de Noronha e dispôs sobre sua Lei Orgânica³⁵. Determinou a natureza de “autarquia territorial”, com personalidade jurídica de direito público interno, dotado de autonomia administrativa e financeira e regendo-se por estatuto próprio. Essa é, portanto, a sua natureza jurídica vigente.

5.2. Territórios Federais do Amapá, do Rio Branco, do Guaporé, de Ponta Porã e do Iguazu

Ainda no Governo de G Vargas, é editado o Decreto-lei 5.812, de 13/09/1943³⁶, para o fim de criar outros cinco territórios federais. Com partes desmembradas dos Estados do Pará, do Amazonas, de Mato Grosso, do Paraná e de Santa Catarina foram criados os Territórios Federais do Amapá, do Rio Branco, do Guaporé, de Ponta Porã e do Iguazu:

“Art. 2º Passam para a Domínio da União os bens que, pertencendo aos Estados ou Municípios na forma da Constituição e das leis em vigor, se acham situados nos Territórios delimitados no artigo precedente.

Art. 3º A administração dos Territórios federais, ora criados, será regulada por lei especial.”

Para defender as fronteiras brasileiras ao Sul, estabeleceu-se o Território de Ponta Porã (fronteira com o Paraguai) e o Território do Iguazu (fronteira com a Argentina). Ambos tiveram vida curta. Para ocupar os sertões da Região Norte, a norma criou os Territórios Federais do Rio Branco (atual Estado-membro de Roraima), do Amapá e do Guaporé (atual Estado de Rondônia).

³³ Art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

³⁴ Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=12&numero=1989&complemento=0&ano=1989&tipo=&url=>

³⁵ Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=2249&tipo=TEXTOATUALIZADO>

³⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del5812.htm

O Decreto-lei 5.839, de 21/09/1943³⁷, dispôs sobre a administração dos Territórios Federais do Amapá, do Rio Branco, do Guaporé, de Ponta Porã e do Iguazu. Cada um deles administrado por um Governador, brasileiro nato, maior de 25 anos, de livre nomeação e demissão do Presidente da República. Ao Governador competia nomear os Prefeitos de cada município; restaram assim divididos:

a) Território do Amapá, com três Municípios: Amapá, Macapá e Mazagão; compreende o primeiro, todo o Município de igual nome, que pertencia ao Estado do Pará; o segundo, parte do Município do mesmo nome, daquele Estado; e o terceiro, parte dos Municípios de Mazagão e Almeirim, que pertenciam ao Estado referido;

b) Território do Rio Branco dividido em dois Municípios: Boa Vista e Catrimani; o primeiro compreende a área do Município de igual nome, que pertencia ao Estado do Amazonas, e a parte do Município de Moura, do mesmo Estado, situada à margem direita do rio Anauá, e o segundo a parte do mesmo Município de Moura, situada à margem direita do rio Branco, e a parte do Município de Barcelos, também do mesmo Estado, situada à margem esquerda do rio Negro;

c) Território de Guaporé dividido em quatro Municípios: Lábrea, Porto Velho, Alto Madeira e Guajará Mirim; o primeiro compreende parte dos Municípios de Lábrea e de Canutama, do Estado do Amazonas; o segundo a área do Município de Porto Velho, que pertencia ao mesmo Estado; o terceiro, parte do Município de Alto Madeira, do Estado de Mato Grosso; o quarto, a área do Município de Guajará Mirim e parte do Município de Mato-Grosso, que pertenciam ao último Estado referido;

d) Território de Ponta Porã com sete Municípios: Porto Murtinho, Bela Vista, Ponta Porã, Dourados, Maracaju, Bonito e Porto Esperança; cada um dos quatro primeiros compreenderá a área do Município de igual nome que pertencia ao Estado de Mato Grosso; o quinto compreende parte dos Municípios de Maracaju e Nioaque, do mesmo Estado; o sexto, parte do Município de Miranda, o sétimo, parte do Município de Corumbá, ambos do mesmo Estado;

e) Território do “Iguassú” (hoje, Iguazu) dividido em quatro Municípios: Foz de Iguazu, Clevelândia, Mangueirinha, “Xaçecó” (hoje, Chapecó); o primeiro compreende a área do Município de igual nome, que pertencia ao Estado do Paraná, e partes do Município de Guarapuava, do mesmo Estado; o segundo, a

³⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del5812.htm

área do Município de igual nome, que pertencia ao mesmo Estado; o terceiro, parte do Município de Palmas, do mesmo Estado; o quarto, parte do Município de igual nome, do Estado de Santa Catarina.

6. CONSTITUIÇÃO DE 1946: DE TERRITÓRIOS FEDERAIS A ESTADOS-MEMBROS

A redemocratização trouxe a Constituição, aos 18/09/1946, e o buscou restaurar o federalismo³⁸. Na organização federativa, ela manteve os territórios federais ao lado dos Estados, seguindo o modelo anterior:

“Art. 1º Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República.

§ 1º A União compreende, além dos Estados, o Distrito Federal e os Territórios.”

Nesse instante, o país contava com sete territórios federais: do Acre, de Fernando de Noronha, do Amapá, do Rio Branco, do Guaporé, de Ponta Porã e do Iguazu. Com a reorganização da administrativa federal, entretanto, a Constituição de 1946 determinou expressamente a extinção de dois deles:

“Art. 8º Ficam extintos os atuais Territórios de Iguazu e Ponta Porã, cujas áreas volverão aos Estados de onde foram desmembradas.”

Ambos os territórios, instituídos aos 13/09/1943 (Decreto-lei 5.812), foram extintos em 18/09/1946 (Constituição). Pouco mais de 1.000 dias. FERREIRA REIS explica que essa brevidade não significou uma “proclamação pública” de que ou o regime territorial fracassara ou as duas regiões já havia alcançado um grau de desenvolvimento tal que o objetivo de sua criação já estaria atendido. Ele apresenta seu testemunho, *in verbis*³⁹.

“O que ocorreu não resultou, também, de pronunciamento popular em favor da reincorporação das duas áreas aos Estados de que haviam sido desmembradas. A supressão resultou, realmente, da pressão exercida pela representação daqueles Estados, que se não conformavam com as perdas e se agarravam à tese de que, no momento de ajuste de contas com o regime de exceção, durante o qual Ponta Porã e Iguazu

³⁸ SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 133.

³⁹ REIS, Artur Cesar Ferreira. **A idéia de Território no pensamento do legislador brasileiro**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25731>

nasceram para a vida territorial, era chegada a oportunidade de lhes ser restituído o que julgavam uma afronta à autonomia estadual.”

De Ponta Porã, os sete municípios foram reincorporados ao Estado do Mato Grosso. Os representantes de Paraná e de Santa Catarina, na Constituinte, acreditavam que o território era uma espécie de golpe contra a integridade dos seus Estados⁴⁰; embora forte, a reboque do nacionalismo, o movimento separatista “Pró-Criação do Estado do Iguazu” malogrou⁴¹. As parcelas territoriais foram devolvidas aos respectivos Estados.

6.1. Estado do Acre

A Constituição brasileira, pela segunda vez, referiu-se ao Território do Acre. Dessa vez, o Constituinte de 1946 autorizou expressamente a sua elevação a Estado. A norma constitucional autorizativa, porém, não abriu espaço à consulta pública da população diretamente afetada nem a existência de condições locais, em função da demografia⁴². Resumiu-se a:

“Art. 9º O Território do Acre será elevado à categoria de Estado com a denominação de Estado do Acre, logo que as suas rendas se tornem iguais às do Estado atualmente de menor arrecadação.”

A abrupta solução de transformação ocorreu dezesseis anos depois. A Lei Federal 4.070, de 22/06/1962⁴³, promulgada pelo então Presidente da República João Goulart, erigiu em Estado do Acre. A mensagem presidencial⁴⁴ traz o pruídos dos setores interessados:

“Não posso esconder a satisfação de que estou possuído por me haver sido reservada a oportunidade de, como Presidente da República, sancionar êste projeto de lei, transformando em realidade o sonho e o desejo do valoroso povo acreano.”

⁴⁰ ANTONIELLI, Diego. **Um território chamado Iguazu**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/um-territorio-chamado-iguacu-bky411fjwksv2j8j851ds9etq/>

⁴¹ BURILLE, Celma. **Nas tramas da separação: o caso do Estado do Iguazu nas décadas de 1960 e 1990**. Disponível em: https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25023/DISSERT_FINAL_TOTAL_15out2010%5B1%5Dimprensa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁴² REIS, Artur Cesar Ferreira. **A idéia de Território no pensamento do legislador brasileiro**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25731>

⁴³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4070.htm

⁴⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-4070-1962.pdf

A lei federal obrigou a União a assumir vultosos compromissos fiscais (art. 8º)⁴⁵ e ainda o pagamento da importância como “*justa indenização ao Estado do Amazonas, pela perda do Acre Sententrional*” (art. 10) – tudo à custa do Erário federal.

Pois bem. Àquela época, a União chamou para si o compromisso com as despesas públicas do pessoal que laborou no ex-Território do Acre. Revela, dessarte, que o novel Estado não tinha condições de manter-se por si. Não merece reparos, mais uma vez, a conclusão de FERREIRA REIS fundamentadamente destacada:

“Dai a necessidade crescente da ação supletória da União. Dai, conseqüentemente, com raríssimas exceções, o sentimento cada vez mais generalizado da incapacidade das administrações estaduais. Por tôda a parte se difunde e se radica o sentimento contrário: o sentimento da superioridade do poder federal como fôrça incomparável de organização, coordenação e administração. De maneira que da *Federação Centrífuga* de Jefferson estamos sensivelmente evoluindo para a *Federação Centrípeta*, de Webster. Tolhida no terreno político, pela fôrça dos textos constitucionais, a sua ação intervencionalista, a União a dilata cada vez mais no terreno econômico e social dos Estados.”

Em tempo: a solução vindicada, entretanto, não colocou fim às pretensões regionais sobre os limites territoriais interestaduais. Elas perduraram até os anos 2000, especialmente em razão da aplicação do dispositivo constitucional transitório de 1988:

Art. 12 (...) § 5º Ficam reconhecidos e homologados os atuais limites do Estado do Acre com os Estados do Amazonas e de Rondônia, conforme levantamentos cartográficos e geodésicos realizados pela Comissão Tripartite integrada por representantes dos Estados e dos serviços técnico-especializados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Foram protocolados, no eg. STF, dois importantes processos sobre a questão: a ACO 415 e, em 21/02/2000, a Reclamação RCL 1421, ajuizada pelo Estado do Amazonas. Foi Reclamada, a fundação federal IBGE e, interessados, participaram os Estados do Acre e de Rondônia.

⁴⁵ Art. 8º A União celebrará convênio com o Estado do Acre, a vigorar do exercício financeiro seguinte, ao da promulgação da Constituição do Estado, para que: a) a União concorra durante o período de dez anos contínuos com um auxílio anual não inferior a Cr\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzeiros) e mais, por tempo Indeterminado, com a contribuição de que trata o art. 9.º § 6.º; b) o Estado se obrigue, no mesmo prazo, a: 1 - aplicar, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dêsse auxílio, no fomento da riqueza regional, 2 - limitar, ao máximo de 3% (três por cento), por transação, a incidência do imposto de vendas e consignações.

A relatoria coube ao Exmo. Sr. Ministro GILMAR MENDES que, em r. decisão monocrática determinou aos 31/10/2003:

A presente reclamação, com pedido de liminar, indeferida em 20.6.2000, pretende a suspensão do ato do IBGE que definiu as coordenadas para implantação do traçado divisório entre os Estados do Acre e do Amazonas.

Alega-se que referido ato representa descumprimento da decisão desta Corte na ACO 415/DF, uma vez que o IBGE teria eleito coordenadas geodésicas que refletem a pretensão inicial do Estado do Acre sobre o território amazonense.

O Parecer do Procurador-Geral da República é pela improcedência da Reclamação, ressaltando que “foram adotadas as mesmas orientações cartográficas e geodésicas aludidas à época da comissão tripartite” (Amazonas, Acre e Rondônia), conforme determina o § 5º do art. 12 do ADCT.

Em petição juntada aos autos (fls. 176/181), o Reclamante, Estado do Amazonas, apresenta fato superveniente, representado pelo ofício n. 102/ITERACRE/2003, de 1º de julho do corrente, no qual o Diretor-Presidente do Instituto de Terras do Acre noticiou ao Prefeito do Município amazonense de Guajará que uma equipe técnica estaria “adotando as coordenadas propostas pelo ACRE na petição inicial da ACO n. 415, para fins de demarcação da linha divisória entre os estados do Amazonas e Acre”.

Determinei fossem apensados os autos da AC 46 à presente Reclamação.

Em petição avulsa (n. 126.375), os Municípios amazonenses de Guajará, Ipixuna e Boca do Acre solicitam inclusão no feito na qualidade de assistente do Estado do Amazonas. Junte-se aos autos. Defiro o pedido.

Solicite-se a manifestação do Estado do Acre.”

Levada a julgamento perante o Tribunal Pleno, o eg. STF decidiu, à unanimidade, julgar improcedente o reclamo por compreender, em definitivo, que os resultados apurados pelo trabalho técnico elaborado pelo IBGE, junto à comissão tripartite formada para o fim de resolver os limites territoriais entre os Estados do Amazonas, Acre e Rondônia, não configurou descumprimento da decisão no âmbito da ação ACO 415-2.

Por fim, anoto ainda outras alterações na ordenação político-administrativa

nessa época. Atento às reclamações locais, especialmente em razão das confusões nas entregas das correspondências postais, o Legislativo alterou os nomes dos Territórios Federais:

a) Território do Guaporé para Território Federal de Rondônia, conforme a Lei Federal 2.731, de 17/02/1956⁴⁶, inscrita no Governo de J Kubitschek, em homenagem ao Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon, explorador da região e Patrono das Comunicações do Exército;

b) Território do Rio Branco para Território Federal de Roraima, pela Lei Federal 4.182, de 13/12/1962⁴⁷, promulgada pelo Vice-Presidente do Senado Federal o alagoano Rui Palmeira, quando o Brasil experimentava pela última vez o sistema parlamentarista.

7. CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969: ESTADO-MEMBRO DE RONDÔNIA

A Constituição Brasileira, de 24/01/1964, e a EC 1, de 17/10/1969, foram as últimas a alocarem os Territórios Federais na composição da Federação. Ambas possuem a mesma redação e exigiam lei complementar para criação desses entes administrativos:

“Art. 1º O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

(...)

Art. 3º A criação de novos Estados e Territórios dependerá de lei complementar.”

A reforma administrativa federal executada, nessa época, pelo Decreto-lei 200, de 25/02/1967, logo após a outorga da CR/1967, alocou os assuntos dos territórios federais na área de competência do Ministério do Interior (art. 39, III) e subordinou o seu planejamento orçamentário aos Planos Gerais do Governo Federal, *in verbis*

“Art. 171. A Administração dos Territórios Federais, vinculados ao Ministério do Interior, exercer-se-á através de programas plurianuais, concordantes em objetivos e etapas com os planos gerais do Governo Federal.”

⁴⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L2731.htm

⁴⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4182.htm

Em tempo: no governo Ernesto Geisel, a composição da organização político-administrativa do país é novamente alterada. É criado, a partir da Lei Complementar federal 31, de 11/10/1977⁴⁸, o Estado do Mato Grosso do Sul, fruto do desmembramento de municípios do Estado de Mato Grosso.

Em 1981, no governo de J FIGUEIREDO, chega ao fim o Território Federal de Rondônia. O antigo Território do Guaporé é elevado a Estado pela Lei Complementar federal 41, de 22/12/1981⁴⁹, publicada no DOU no dia 23 seguinte.

No ponto sobre orçamento e fiscalização financeira e orçamentária, a lei federal assim determinou:

“Art. 34 O Poder Executivo federal instituirá, a partir desta Lei, programa especial de desenvolvimento para o Estado de Rondônia, com duração mínima de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Os recursos para o programa de que trata este artigo constarão dos orçamentos da União.

Art. 35 Fica a União autorizada a assumir a dívida fundada e os encargos financeiros da Administração do Território Federal de Rondônia, bem como os das entidades vinculadas existentes, inclusive os decorrentes de prestação de garantia.

Art. 36 As despesas, até o exercício de 1991, inclusive, com os servidores de que tratam o parágrafo único do art. 18 e os arts. 22 e 29 desta Lei, serão de responsabilidade da União.

Art. 37 Ficam transferidos ao Estado as dotações do Território Federal de Rondônia, consignadas no Orçamento da União em Encargos Gerais da União, Recursos sob a Supervisão da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, por onde correrão as despesas preliminares com a instalação do novo Governo.”

8. CONSTITUIÇÃO DE 1988: EXTINÇÃO DOS ÚLTIMOS TERRITÓRIOS FEDERAIS E “ACERTO DE CONTAS”

Na instalação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1º/02/1987, o país compreendia a divisão político-administrativa entre União, Distrito Federal, vinte e quatro Estados e três Territórios Federais – de Fernando de Noronha, de Roraima e do Amapá.

⁴⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp31.htm

⁴⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp41.htm

A CR/1988 criou um novo Estado-membro decorrente do desmembramento de terras do Estado de Goiás. O Estado do Tocantins está integrando à Região Norte (art. 13, ADCT)⁵⁰. O eg. STF, já teve oportunidade de se manifestar e interpretar a norma criadora desse novel ente, entre os quais destaco o v. acórdão:

O art. 13 do ADCT da Constituição da República estabeleceu a criação do Estado do Tocantins pelo desmembramento de parte do Estado de Goiás. O Poder Legislativo estadual do Tocantins estabeleceu a adoção, no que couber, da legislação do Estado de Goiás, excluída a que se referisse à autonomia administrativa do novo Estado. O Estado do Tocantins poderá revogar a lei quando entender conveniente, no exercício da autonomia que lhe é assegurada pelo art. 25 da Constituição da República. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, sem redução de texto, para considerar constitucional a Lei 104/1989 do Tocantins, relativamente ao recebimento da legislação do Estado de Goiás, vigente até a promulgação da Constituição tocantinense e das leis que a regulamentaram, e que já vigorava, no Estado goiano. ADI 1.109, rel. min. Cármen Lúcia, j. 16-5-2007, P, DJ de 17-8-2007

Seguindo modelos pretéritos, a CR/1988 abriu ainda possibilidade de passar à conta de despesas do novo Estado à União. Liberou o Estado de Goiás dos débitos e encargos decorrentes de empreendimentos no território do novo Estado, e autorizou a União, a seu critério, a assumir os referidos débitos (art. 13, § 7º, ADCT).

Quanto ao arquipélago de Fernando de Noronha, como já explicado, ele foi devolvido ao Estado-membro de Pernambuco (art. 15, ADCT⁵¹). Reintegrado aos bens estaduais, hoje, está organizado em Distrito pela Constituição Estadual e instituído em “autarquia territorial” pela Lei Estadual 11.304, de 28/12/1995.

Por fim, a CR/1988 transformou os Territórios Federais de Roraima e do Amapá em Estados Federados. Ela manteve os limites geográficos fixados naquela data (05/10/1988) e, na espécie, determinou o seguinte (art. 14, ADCT):

⁵⁰ A CR/1988 ficou longe de aquietar os agentes políticos de apresentarem propostas legislativas para retalhar ainda mais o território brasileiro. Ao que tudo indica, a tentativa para subdivisões é motivada pelos clãs políticos na maior parte dos Estados brasileiros. A questão passa longe da identificação cultural ou do sentimento de pertencimento. É a manutenção do poder, a ampliação do domínio sobre a máquina pública, mas ao largo do interesse público. “Conheça os projetos de criação de novos estados”. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/47888-conheca-os-projetos-de-criacao-de-novos-estados/>; “O mapa do Brasil pode mudar”. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2726:catid=28&Itemid=23

⁵¹ Art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

a) a instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos governadores eleitos em 1990;

b) aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato;

c) o Presidente da República, até 45 dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão o Poder Executivo até a instalação dos novos Estados com a posse dos governadores eleitos;

d) enquanto não concretizada a transformação em Estados, nos termos do ADCT, os Territórios Federais de Roraima e do Amapá serão beneficiados pela transferência de recursos prevista nos arts. 159, I, "a", da Constituição, e 34, § 2º, II, desse Ato;

Vê-se que as normas jurídicas foram discutidas e elaboradas pelo Poder Constituinte Originário, desde o ano de 1987, perante sua Assembleia. Ela incluiu regramento original no ADCT/1988. Por fatores diversos, ele não foi suficiente e, posteriormente, houve sucessivas Emendas aos permissivos transitórios, assim promulgadas e publicadas:

a) Emenda Constitucional 19, de 04/06/1998, trouxe, ao lado da Reforma Administrativa, novas regras constitucionais aplicáveis aos Estados-membros de Amapá e Roraima (art. 31 da EC 19/1998);

b) O art. 89, do ADCT, foi originalmente incluído pela Emenda Constitucional 38, de 12/06/2002, com o objetivo de incorporar, naquelas transposições, os integrantes das corporações militares no Estado-membro de Rondônia;

c) A redação dessa última norma foi substituída por novo texto dado pela Emenda Constitucional 60, de 11/11/2009, para o fim de ampliar os beneficiários da transposição e incluir regras nos parágrafos respectivos;

d) O referido art. 31 da EC 19/1998, foi alterado sobremaneira pelas Emenda Constitucional 79, de 27/05/2014, e Emenda Constitucional 98, de 06/12/2017; ambas positivaram também outras disposições complementando o art. 89 do ADCT.

e) Por fim, ainda pendente de tramitação, no Congresso Nacional, a Proposta

de Emenda à Constituição nº 7, de 2018, para ampliar ainda mais o alcance das transposições. Segundo o eg. TCU, impactará o orçamento público federal para além dos R\$ 2,5 bilhões por ano do que será gasto com as inclusões em folha.

A última reforma constitucional, empreendida pela EC 98/2017, foi objeto da ADI 5.935 / DF proposta pela PGR perante o eg. STF. O col. Tribunal Pleno, aos 20/05/2020, por unanimidade, conheceu da ação e, julgou improcedente o pedido formulado, nos termos do voto do e. relator Exmo. Sr. Ministro EDSON FACHIN. Ali, deixou-se expresso que a vontade do Constituinte Reformador está calcada nos princípios da isonomia material e da federação e não fere, de modo algum, cláusulas pétreas.

A disciplina infraconstitucional surgiu, por seu turno, apenas quatro anos depois, através da edição da Medida Provisória 817, de 04/01/2018 cujo trâmite se deu quase que paralelamente ao iter processual legislativo da EC 98. Após discussão no Congresso Nacional e regular trâmite processual legislativo durante um semestre inteiro, a MP 817/2018 foi convertida em lei. Sobreveio a Lei Federal 13.681, de 18/06/2018.

A obra da CR/1988 foi acertadamente excluir os Territórios Federais da nova união federativa, alargando a autonomia dos Municípios e elevando-os a entes federativos autônomos, e, no mesmo instante, transformar os ex-Territórios em Estados-membros.

Quer dizer que CR/1988 não proibiu, de modo algum, a criação de novos Territórios Federais. Apenas extinguiu os que existiam, em razão das alterações de toda as quadras sócio-político-econômica, interna e internacional, positivou regras constitucionais para eventual criação de novos territórios, mas excluiu-os do pacto federativo vigente, *in verbis*

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático (...).

(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

A possibilidade de criação de um território federal veio à pauta no governo

de Michel Temer, no início de 2018. Noticiaram os jornais que o Presidente em exercício estudou a possibilidade de, por meio de emenda constitucional, federalizar a capital fluminense do Estado do Rio de Janeiro até o fim do seu mandato (31/12/2018).

O então Ministro da Justiça Prof. Torquato Jardim, conforme informou o *site* CONJUR⁵², “o estado do Rio de Janeiro estava completamente falido: havia acabado de entrar em regime de recuperação fiscal e já não conseguia pagar seus servidores”. A Pasta defendeu a constitucionalidade da medida, mas a opção foi pela intervenção federal, considerada por alguns, inconstitucional⁵³. O Estado fluminense, naquele momento, contava com cinco governadores ou ex-governadores do Estado presos ou afastados do mandato por infrações diversas⁵⁴

Territórios Federais hoje

Segundo a doutrina, os Territórios são “autarquias geográficas” e convivem ao lado das “autarquias institucionais”. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO faz a distinção. Teoriza que as institucionais são pessoas administrativas sem delegação política estatal, e predispostas apenas a se desincumbirem de tarefas para as quais a lei as criou⁵⁵.

O e. Professor explica que as autarquias geográficas correspondem a desmembramentos geográficos em certos países, normalmente com regimes unitários aos quais o poder central outorga algumas prerrogativas político-administrativa o que lhes garante uma certa liberdade de ação⁵⁶.

Defendo a tese na linha da vetusta jurisprudência do eg. STF, como assinei no

⁵² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/antes-intervencao-temer-estudou-transformar-rio-territorio>

⁵³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>

⁵⁴ “Com a prisão do ex-ministro Moreira Franco, de 74 anos, em um desdobramento da Operação Lava Jato no Rio de Janeiro, são cinco os ex-governadores do estado detidos nos últimos três anos. A lista inclui os ex-governadores Sergio Cabral, Luiz Fernando Pezão, Anthony Garotinho e Rosinha Garotinho”. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2019-03/cinco-ex-governadores-do-rio-foram-presos-ultimos-tres-anos>

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 445.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 445.

início desse artigo. Em breves linhas, buscarei expor as razões dessa compreensão, reportando-me, àquele capítulo, para referência a outras correntes doutrinárias. O Território é uma entidade administrativa *sui generis*.

Dispõe a Constituição vigente, autarquias e territórios são criados por lei. As autarquias, somente por lei específica, poderão ser criadas (art. 37, IX⁵⁷). Os Territórios Federais, só por meio de lei complementar (art. 18, § 2º). Em tese, portanto, uma medida provisória ou lei-delegada podem criar autarquia, jamais um Território (art. 62, § 1º, III; art. 68, § 1º).

Os Territórios, por expressa definição do CC/2002, são pessoas jurídicas de direito público interno. A Lei Civil enumera, em outro inciso, as autarquias (art. 41, II, IV). Não foram listados no mesmo item, de modo que não se pode estabelecer, a princípio, uma relação de espécie entre eles, embora ambos participem da Administração Indireta. No direito positivo, consulta-se também o Decreto-lei 200/1967⁵⁸ e, na definição de autarquia, porquanto defeituosa⁵⁹, não se encontra referência alguma aos quinhões territoriais.

A exclusão dos Territórios da composição da Federação Brasileira e a criação de uma seção especial com regras específicas para regulamentá-los, é, a nosso sentir, um acerto técnico do Constituinte de 1988⁶⁰. Eles são pessoas administrativas integrantes da Administração Indireta federal⁶¹, *in verbis*

Art. 18 (...) § 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

Em capítulo específico da Constituição, têm regulamentações especiais (Capítulo V, Seção II), ao lado de outro ente “anômalo”, o Distrito Federal (Capítulo V, Seção I) reconhecidamente “unidade federativa de compostura singular”⁶². Os

⁵⁷ Redação dada pela EC 19, de 1998.

⁵⁸ Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 278.

⁶⁰ A Constituição de 1934 traz, pela primeira vez, os Territórios no pacto federativo, tratamento repetido nas Cartas de 1946, 1967 e 1969.

⁶¹ Não existe federação sem órbitas de autonomias legislativa e administrativa. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 211.

⁶² O Exmo. Sr. Relator Ministro Ayres Britto assim votou: “Conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios (...) Se irrazoabilidade houvesse, ela estaria em igualar o Distrito

Territórios integram a Administração, não integram a Federação, ao contrário do Distrito Federal.

Eles não são, dessarte, dotados de autonomia política, essencial para ajuntar-se à Administração Direta, à semelhança dos Municípios, Estados, Distrito Federal e a própria União. Quer dizer que eles não criam o próprio direito, mas ao direito federal se subordinam.

A propósito, os conflitos federativos estabelecido entre União e Estados, União e Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta será processado e julgado, originariamente pelo eg. STF (art. 102, I, "f"). Malgrado não sejam entes federativos, eventuais conflitos entre Território Federal e Estados e/ou Distrito Federal também será dirimido pelo Pretório Excelso. É que ali figurará como parte processual a própria União.

Os Territórios, se vierem a ser criados, também não se criará um Poder Judiciário ou um Ministério Público para eles próprios. Eles dividirão com o Distrito Federal esses órgãos. Tomarão de empréstimo a organização constitucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (e Territórios – TJDF) e do Ministério Público do Distrito Federal (e Territórios – MPDF), ambos na órbita da União.

A Carta Magna determina que a lei federal disporá sobre a organização administrativa e judiciária e determina que o TJDF e o MPDF (art. 33, caput; art. 92, VII; art. 128, I, "d")⁶³. Aquele é regulamentado pela Lei federal 11.967/2008, e este, pela Lei Complementar Federal 75/1993, vigentes. Dispõe a Carta Magna:

Art. 21. Compete à União: XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios; (redação dada pela EC 69, de 2012)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; (redação dada pela EC 69, de 2012)

Art. 110. (...) Parágrafo único. Nos territórios federais, a jurisdição e as

Federal aos Municípios, visto que o primeiro é, superlativamente, aquinhoado com receitas tributárias. Ademais, goza do favor constitucional de não custear seus órgãos judiciário e ministerial público, tanto quanto a sua defensoria pública, polícias civil e militar e ainda seu corpo de bombeiros militar. ADI 3.756, rel. min. Ayres Britto, j. 21-6-2007, P, DJ de 19-10-2007.

⁶³ A CR atribuiu à competência privativa do Congresso Nacional dispor sobre a organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do DF (art. 48, IX - redação dada pela EC 69, de 2012).

atribuições cometidas aos Juizes Federais caberão aos Juizes da Justiça local, na forma da lei.

Quanto ao Poder Executivo do Território Federal, seus cidadãos eleitores não elegem diretamente governadores. Competirá privativamente ao Senado Federal⁶⁴ aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de Governador de Território, que será nomeado após a sabatina, pelo Presidente da República (art. 52, III, “c”; art. 84, IV).

Os Territórios Federais também não possuem uma Corte de Contas como os Estados-membros. Por imposição constitucional, suas contas submetem-se ao controle externo do Congresso Nacional, mediante parecer prévio do TCU (art. 33, § 2º), no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento, na forma estabelecida no Regimento Interno da Corte de Contas⁶⁵ (art. 1º, VII, Lei Federal 8.443/1992).

Embora destituídos de autonomia política, a população eleitora dos Territórios Federais, têm representatividade em apenas uma Casa do Congresso Nacional. A Constituição Cidadã autoriza a eleição de representantes para a Câmara dos Deputados: cada Território elegerá quatro Deputados Federais (art. 45, § 2º).

Houve uma ampliação da previsão de Deputados Federais. A CR/1937 autorizava o Território do Acre eleger dois Deputados (art. 48). As Cartas de 1946 e 1967 previam apenas um Deputado por Território (art. 41, § 5º; art. 58, § 1º). A EC 1/1969, entretanto, ditava: “excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado na Câmara por um deputado” (art. 39, § 3º).

Para o Senado, à toda evidência, composto apenas de representantes dos Estados e do Distrito Federal, lá não haverá assentos (art. 46) – na mesma linha das Cartas anteriores.

A CR/1988 inovou, no ponto, e garantiu expressamente a manutenção do mandato de Deputado ou Senador se investido no cargo de Governador de Território, Secretário de Território e Secretário de Prefeitura de Capital, além de outras hipóteses (art. 56, I).⁶⁶

Outro permissivo inédito, é a possibilidade de criação de uma espécie de “Poder Legislativo” – não para todos, mas – para certos Territórios Federais.

⁶⁴ Compete também ao Senado Federal autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do DF, dos Territórios e dos Municípios (art. 52, V).

⁶⁵ Resolução TCU 246, de 30/11/2011.

⁶⁶ As outras hipóteses são Ministro de Estado e chefe de missão diplomática temporária.

A Constituição Cidadã, essencialmente democrática na sua gênese, compreendeu que Territórios com mais de cem mil habitantes possuem representatividade suficiente para garantir-lhes o direito de serem ouvidos perante uma espécie de assembleia denominada de “Câmara Territorial”. Nesse sentido:

Art. 33 (...) § 3º Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.

A questão pode parecer uma exceção ao argumento da falta de autonomia política. Mas não o é. Compreendo que se trata de um Legislativo *sui generis* tal qual o ente, porque sua pauta deverá ser delimitada por uma “lei complementar” federal – apesar da Constituição se referir apenas a “lei”.

Compreendo que o instrumento deve ser necessariamente uma “lei complementar” e não lei ordinária. É que está implícita a espécie legislativa, revelada por interpretação sistemática. Impõe-se combinar o § 3º do artigo 33 com o § 2º do art. 18. Ao que tudo indica, a lei complementar que criar o Território Federal deverá, nesse instante, também dispor, se for o caso, sobre a Câmara Territorial, a eleição desses Deputados Territoriais e as matérias a serem deliberadas.

Outros argumentos reforçam minha compreensão. O parágrafo único do artigo 22, que trata da competência privativa da União, permite lei complementar delegar aos Estados-membros e Distrito Federal legislarem sobre alguma daquelas matérias.

No artigo 24, porém, para exercício da competência legislativa concorrente, não há necessidade de lei complementar porque é a própria Constituição que delega e com “balizas”⁶⁷: União, normas gerais; Estados e Distrito Federal, apenas normas suplementares. Nas normas citadas, não há referência a Territórios Federais. Há uma harmonia.

Essa opinião passa ainda pela compreensão da competência tributária. Os Territórios Federais não criam “tributos territoriais”. A União é quem tutela. Na espécie, a competência tributária privativa federal é cumulada com a competência tributária estadual. E não apenas para “impostos”, mas, compreendo também, para qualquer “tributo” estadual⁶⁸:

⁶⁷ Ou “norma de bloqueio”. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.

⁶⁸ A competência tributária cumulativa foi outorgada, pela primeira vez, no ponto, pela Emenda Constitucional 18, de 1º/12/1965, à CR/1946; a Reforma Tributária de 1965, portanto, fez incluir no CTN (Lei Federal

Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais.

A Câmara Territorial não poderá, portanto, legislar sobre “impostos” estaduais – leia-se “tributos” estaduais. É assunto da alçada da União por expressa disposição constitucional. A regra se harmoniza ainda com a permissão dos Territórios se dividirem em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, as normas constitucionais específicas (art. 33, § 1º).⁶⁹

Nesses termos, a União deve respeitar a competência tributária municipal quando ali houver Câmara de Vereadores, em homenagem ao princípio da separação dos Poderes. Pelo exposto, não haverá uma competência tributária territorial.

Sobre os órgãos de segurança pública, a CR/1988, em sua redação original, atribuía igualmente à União essa obrigação quanto aos Territórios. Sucede que a EC 19/1998 alterou a regar para deixar apenas o Distrito Federal. Era a redação original:

Art. 21. Compete à União: XIV - organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária e a ferroviária federais, bem como a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal e dos Territórios;⁷⁰

O eg. STJ firmava, inclusive, o seguinte entendimento: “a matéria relativa aos vencimentos da carreira de Policial Federal, prevista no Decreto-Lei n. 2.251/85 e posteriormente na Lei n. 9.266/96, aplica-se aos policiais civis dos extintos territórios federais” (REsp 154.937-AP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 6/4/1999).

Por fim, o Sistema Constitucional atual reservou:

a) à iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre: organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade

5.172/1966) o mesmo dispositivo: “Art. 18. Compete: I - à União, instituir, nos Territórios Federais, os impostos atribuídos aos Estados e, se aqueles não forem divididos em Municípios, cumulativamente, os atribuídos a estes”. As Constituições posteriores – de 1967 (art. 19, § 5º) e 1969 (art. 18, § 4º) – repetiram a norma de competência tributária cumulativa.

⁶⁹ A própria ementa do CTN/1966 indica o seu alcance: “Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios”. Não menciona os Territórios.

⁷⁰ Redação atual dada pela EC 104, de 2019: “XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia penal, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio”.

e aposentadoria; organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do DF e dos Territórios (art. 61, § 1º, II, "b", "c"⁷¹, "d");

b) ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas (art. 48, VI); ante o silêncio, acrescentaríamos a necessidade de audiência também da Câmara Territorial se existente naqueles termos;

Por todo o exposto, compreendo que a relação entre o Território Federal e a União é de subordinação especial. Não há espaço para invocar aqui, *verbi gratia*, o princípio da tutela, norma que assegura outra norma – o princípio da especialidade. Explicamos melhor.

A relação entre a União e os entes federais com personalidade jurídica própria da Administração Indireta – v.g. autarquias, agências, fundações públicas, empresas estatais – que possuem autonomias administrativa e financeira, é de cooperação. Controla-se para que eles não desbordem das suas especialidades, nem fiquem aquém do interesse público⁷². Para isso, institui-se a supervisão ministerial.

No caso dos Territórios Federais, o ente político União subordina, à sua administração e manutenção, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública Territoriais, o Poder Legislativo, como regra geral, e determina quem e como deverá governar. Não existe então autonomia política, administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial, como também não há tutela ou controle por meio de supervisão ministerial. É autotutela mesmo.⁷³

Tudo está a indicar, portanto, que, no ordenamento jurídico vigente, os Territórios são entidades *sui generis*, não são espécie de autarquia. Nem merecem o *nomen iuris*. O Constituinte tratou-o como ente singular no mesmo capítulo onde está outro, o Distrito Federal.⁷⁴

⁷¹ Redação dada pela EC 18, de 1998.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 280 e 281.

⁷³ Autotutela é corolário da legalidade e autoriza o poder-dever de correções das irregularidades. É consagrada em precedentes sumulados do eg. STF (teses 346 e 473). CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 37.

⁷⁴ ADI 3.756, rel. min. Ayres Britto, j. 21-6-2007, P, DJ de 19-10-2007.

Os Territórios são instituídos por lei complementar e integram a Administração indireta como pessoas de Direito Público sem autonomia e disciplinados por um direito positivo específico. Subordinados e dependentes da União, são predispostos a realizarem serviços públicos à população de uma determinada localidade do território nacional.

Conclusão “transitória”

De 1943 a 1988. Este o arco histórico, constitucional e legal, para compreender a conformação da organização político-administrativa brasileira, o surgimento dos Territórios federais e, por fim, sua transformação em Estados-membros no pacto federativo derradeiramente celebrado na Constituição de 1988. Esse breve estudo não procura, como dito, esgotar o tema. Trouxe à baila para melhor compreensão dos próximos estudos.

A transformação dessas pessoas administrativas em pessoas políticas exige soluções dentro da Constituição. As Emendas sucessivas, especialmente relacionados ao funcionalismo público que ali laborou em nome da União, o encadeamento de leis federais e estaduais, decretos e demais normativos revelam que os problemas são complexos. Não são impossíveis de se resolver de modo definitivo, porém, para o fim de virar essa página da história.

Força reconhecer ainda que as últimas Emendas à Constituição de 1988 sobre o assunto, foram propostas ora pelo Poder Executivo, ora pelo Legislativo. Depois, submeteram-se ao crivo da jurisdição constitucional do eg. STF. Os Poderes Públicos, portanto, se manifestaram e determinaram o alcance dessas normas.

Compreendo que todos os Poderes da República reconhecem, autorizam e disciplinam as molduras normativas para determinar a correta subsunção da transposição e respectivo enquadramento daquelas pessoas que laboraram em nome e por conta da União aos quadros federais excepcionais e transitórios – gradativamente – em extinção.

Para o fim de decidir os processos decorrentes, entretanto, cabe ao técnico compreender bem a evolução histórica e constitucional da federação, como e por quê surgiram os Territórios. Deve-se também lançar vistas às manifestações dos Mandatários nos respectivos processos legislativos, às mensagens presidenciais de veto e outros normativos dos órgãos públicos, além de relatórios e votos dos Tribunais Superiores.

Isto posto, as normas constitucionais especiais e transitórias, que buscam encerrar as questões jurídicas dos ex-Territórios, pelas especificidades de cada norma e a necessidade de se dar as corretas interpretações teleológica, histórica e conforme a Constituição, serão abordadas, oportunamente, nos próximos artigos.

REFERÊNCIAS

Constituições

- BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Coleção de Leis do Império do Brasil, Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 14 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- PERNAMBUCO. Constituição Estadual (1989). Constituição do Estado de Pernambuco. Diário Oficial do Estado, Recife 05/10/1989. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=12&numero=1989&complemento=0&ano=1989&tipo=&url=>>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Emendas

BRASIL. Emenda Constitucional 18, de 1º de dezembro de 1965. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 6 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 30 dez. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 05 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional 38, de 2 de junho de 2002. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 13 jun. 2002. Disponível em: <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc38.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional 60, de 11 de novembro de 2009. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 12 nov. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc60.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional 79, de 27 de maio de 2014. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 28 mai. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc79.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional 98, de 06 de dezembro de 2017. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 11 dez. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc98.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Leis

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Lei Federal 3.071, de 1º/01/1916, o Código Civil

BRASIL. Decreto-lei nº 4.102, de 09 de fevereiro de 1942. Cria o Território Federal de Fernando de Noronha. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-4102-9-fevereiro-1942-414714-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 2.731, de 17 de fevereiro de 1956. Muda a denominação do Território Federal do Guaporé para Território Federal de Rondônia. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 fev. 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L2731.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.070, de 22 de junho de 1962. Eleva o Território do Acre à categoria de Estado e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4070.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.182, de 13 de dezembro de 1962. Dá ao atual Território Federal do Rio Branco a denominação de Território Federal de Roraima. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 dez. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4182.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 41, de 22 de dezembro de 1981. Cria o Estado de Rondônia, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp41.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17. jul. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PERNAMBUCO. Lei estadual nº 11.304, de 28 de dezembro de 1995. Institui o Distrito Estadual de Fernando de Noronha, aprova a sua Lei Orgânica, dispõe sobre medidas de natureza administrativa e dá outras providências. Diário Oficial do Estado, Recife 28/12/1995. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=2249&tipo=TEXTOATUALIZADO>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Decretos

BRASIL. Decreto de 07 de julho de 1824. Desliga provisoriamente da Província de Pernambuco e incorpora á de Minas Geraes a comarca do Rio de S. Francisco. Disponível em: <<https://>

www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/1824-1899/decreto-38643-7-julho-1824-567287-publicacaooriginal-90684-pe.html>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d0001.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 1.371, de 14 de fevereiro de 1891. Declara que o arquipélago de Fernando de Noronha continua a pertencer ao Estado de Pernambuco. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/392401/publicacao/15722634>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 1.181, de 25 de fevereiro de 1904. Autoriza o Presidente da República a administrar provisoriamente o território reconhecido brasileiro, em virtude do tratado de 17 de novembro de 1903 entre o Brasil e a Bolívia, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1181-25-fevereiro-1904-583573-publicacaooriginal-106366-pl.html>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Súmula

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula nº 61. DJ, Brasília, DF, 17 nov. 1980. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=%22Justi%E7a+Federal+%22&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=10&operador=e>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula nº 66. DJ, Brasília, DF, 10 dez. 1980. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=Trabalho&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=2&operador=e>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula nº 67. DJ, Brasília, DF, 17 dez. 1980. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=Trabalho&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=3&operador=e>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

Livros

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO, José Murilo de. A Formação das Almas. O imaginário da República no Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Artigos e Dissertações

ARRAIS, Matheus Eurich. A Marcha para o Oeste e o Estado Novo: a conquista dos Sertões. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/15448/1/2016_MateusEurichArrais_tcc.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BURILLE, Celma. Nas tramas da separação: o caso do Estado do Iguazu nas décadas de 1960 e 1990. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25023/DISSERT_FINAL_TOTAL_15out2010%5B1%5Dimprensa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GREGÓRIO, Victor Marcos. Dividindo as Províncias do Império. A emancipação do Amazonas e do Paraná e o sistema representativo na construção do Estado Nacional Brasileiro. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-12062013-102746/publico/2012_VitorMarcosGregorio.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MOURA, Cristina Patriota. Tratado de Petrópolis. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/TRATADO%20DE%20PETR%C3%93POLIS.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

KLEVER, Lucas de Oliveira. A “Marcha para Oeste” do Estado Novo (1937-45) e a influência de Frederick Jackson Turner. Disponível em: <<https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivree/anais/ephis/assets/edicoes/2018/arquivos/53.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

REIS, Artur Cesar Ferreira. A idéia de Território no pensamento do legislador brasileiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25731>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ALVES, Flávia Lima e. O tratado de Petrópolis. Interiorização do conflito de fronteiras. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 166 abr./jun. 2005. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/495/R166-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Jornais e notícias em periódicos eletrônicos

A Constituinte de 1823 e a Constituição de 1824. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/117546/1986_SETEMBRO_032a.pdf?sequence=3>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Conheça os projetos de criação de novos estados. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/47888-conheca-os-projetos-de-criacao-de-novos-estados/;>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Um território chamado Iguazu. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/um-territorio-chamado-iguacu-bky41lfjwksv2j8j851ds9etq/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

O mapa do Brasil pode mudar. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2726:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Antes da intervenção, governo Temer estudou transformar Rio em território federal. Consultor Jurídico - Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/antes-intervencao-temer-estudou-transformar-rio-territorio>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Para especialistas, intervenção federal no RJ é inconstitucional e não dá resultados. Consultor Jurídico - Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Cinco ex-governadores do Rio foram presos nos últimos três anos. Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-03/cinco-ex-governadores-do-rio-foram-presos-ultimos-tres-anos>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Deodoro da Fonseca. Estadão. Disponível em: <<https://acervo.estadao.com.br/noticias/personalidades,deodoro-da-fonseca,928,0.htm#:~:text=Com%20apenas%2021%20anos%2C%20o,tornou%20marechal%2Dde%2Dcampo.>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Arquipélago de Fernando de Noronha - Pernambuco (PE). IPHAN. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1662/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS COISAS NA ALEMANHA

Leonardo Estevam de Assis Zanini¹

Resumo: O presente artigo analisa o tratamento dado pelo direito alemão ao direito das coisas. Apresenta os princípios fundamentais que regulam a matéria, merecendo destaque o princípio da abstração, uma peculiaridade do direito alemão que não é adotada no Brasil. Estuda a noção de coisa adotada pelo Código Civil alemão, a qual não mais se confunde com a situação dos animais. O texto ainda analisa o direito de propriedade na Alemanha, incluindo suas limitações, restrições, formas de defesa, conteúdo, bem como a vinculação social exigida pela Lei Fundamental alemã. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Por fim, o estudo panorâmico da matéria procura instigar o leitor a melhor compreender o papel socioeconômico do direito das coisas e a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil.

Palavras-chave: direito das coisas; direito alemão; vinculação social da propriedade; princípio da abstração; princípio da separação.

FUNDAMENTALS OF THE LAW OF PROPERTY IN GERMANY

Abstract: This article analyzes the treatment given by the German law to the rights in

¹ Livre-docente e doutor em direito civil pela USP. Pós-doutorado em direito civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em direito penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em direito civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em direito civil pela PUC-SP. Bacharel em direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de direito civil, direitos intelectuais e direito do consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

rem. It presents the fundamental principles that regulate the matter, highlighting the principle of abstraction, a peculiarity of German law that is not adopted in Brazil. It studies the notion of thing adopted by the German Civil Code, which is no longer confused with the situation of animals. The text further analyzes property rights in Germany, including their limitations, restrictions, forms of defense, content, as well as the social link required by the German Constitution. This is a research that uses a descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic, jurisprudential and legislative research. Finally, the panoramic study of the subject seeks to encourage the reader to better understand the socioeconomic role of the rights in rem and to seek solutions in German law to problems existing in Brazil.

Keywords: Law of property; German law; social obligation of property; principle of abstraction; principle of separation.

INTRODUÇÃO

O direito das coisas, em particular o direito de propriedade, tem grande significação política, econômica, social e ambiental. Nas discussões atuais sobre os valores fundamentais da democracia há especial atenção para o problema da propriedade privada e as formas como se deve lidar com ela, donde emergem questões muito sensíveis, em particular relativas à política habitacional.

Na Alemanha a situação não é diferente, mesmo porque o direito das coisas é um dos assuntos que guarda maior uniformidade entre os países de direito romano-germânico. Contudo, a legislação alemã apresenta algumas peculiaridades, demandando-se o estudo dos fundamentos do direito das coisas antes de uma análise mais acurada do direito de propriedade. E nesse ponto, como fruto do direito de tradição germânica, merece destaque a compreensão do princípio da abstração (*Abstraktionsgrundsatz*), uma peculiaridade do direito alemão, que não encontra reflexo no direito brasileiro.

Superada a análise dos fundamentos do direito das coisas e da noção de coisa adotada pelo Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), passa-se ao estudo do direito de propriedade, incluindo suas limitações, restrições, formas de defesa, conteúdo, bem como a vinculação social exigida pela Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz - GG*).

Desse modo, o presente texto objetiva apresentar os fundamentos da legislação alemã sobre o direito das coisas. Trata-se de um estudo no qual a

metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Ao mesmo tempo em que informa, o estudo panorâmico da matéria também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil. Igualmente, são feitos apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre o direito alemão e brasileiro, que certamente permitirão uma melhor compreensão do papel socioeconômico do direito das coisas, especialmente da propriedade.

1. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS ABSOLUTOS E DIREITOS RELATIVOS

Os direitos subjetivos podem ser classificados de diferentes formas. A distinção mais importante na Alemanha, como também ocorre no Brasil, é entre direitos absolutos e direitos relativos.

A propriedade, no direito alemão, está protegida contra qualquer pessoa, constituindo, portanto, um direito absoluto (*absolutes Recht*)². O oposto é o caso dos direitos que são dirigidos somente contra uma pessoa determinada e que apenas podem ser exigidos dessa pessoa, isto é, os direitos relativos, aí se incluindo os direitos obrigacionais³.

Entretanto, é importante frisar que as pretensões individuais, que constituem direitos relativos, podem resultar do direito de propriedade ou de outros direitos absolutos⁴. Assim, se um objeto for destruído ou danificado culposamente, o proprietário tem contra o ofensor uma pretensão ao pagamento de indenização (§ 823, 1 do BGB), que é um direito relativo⁵.

O direito alemão divide os direitos absolutos da seguinte forma: a) direitos de domínio sobre uma coisa (e.g. propriedade, penhor, usufruto); b) direitos da personalidade (direito geral da personalidade e direitos particulares da personalidade, como, por exemplo, o direito ao nome e o direito à própria imagem); c) direitos sobre bens imateriais (direitos de domínio sobre bens imateriais: direito de autor, direito de patente, direito de marca, entre outros)⁶.

² MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 33.

³ KLINCK, Fabian. Sachenrecht. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

⁴ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 20-21.

⁵ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einföhrung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 72-73.

⁶ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einföhrung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 73.

Desse modo, tirante a relação dos direitos absolutos, da qual faz parte o direito das coisas, os demais direitos são classificados pelos alemães como direitos relativos.

2. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DAS COISAS E DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

No direito alemão também é tradicional a distinção entre direito das coisas e direito das obrigações.

O direito das coisas existe sobre determinados objetos, em número limitado e somente com autorização da lei. São direitos absolutos, que devem ser respeitados por todos, pois o direito concede ampla proteção contra a sua violação por parte de terceiros⁷.

O direito das obrigações, por outro lado, não está limitado a determinados tipos previstos em lei, admitindo-se a sua criação em consonância com a liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*). São direitos relativos, pois vinculam somente o credor e o devedor, não afetando terceiros⁸.

Outrossim, os negócios jurídicos em matéria de direito das coisas diferem consideravelmente dos negócios jurídicos de direito das obrigações. Tanto no direito alemão como no direito brasileiro um contrato de compra e venda de uma coisa móvel, por exemplo, apenas cria para o vendedor a obrigação de transferir a propriedade do objeto da compra⁹.

Isso porque os negócios jurídicos obrigacionais não têm influência imediata sobre a situação jurídica de uma coisa. De fato, é imprescindível, para alterar a situação jurídica da coisa, a realização de um negócio jurídico adicional, um negócio jurídico de disposição (*Verfügungsgeschäft*). Assim sendo, as diferenças

⁷ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 8.

⁸ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 649.

⁹ “§ 433 *Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag*. (1) *Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.* (2) *Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen*”. Tradução livre: § 433 do BGB: “Deveres contratuais típicos no contrato de compra e venda. (1) Pelo contrato de compra e venda, o vendedor de uma coisa se obriga à sua entrega ao comprador e a lhe transmitir a propriedade sobre a coisa. O vendedor deve entregar a coisa ao comprador livre de vícios materiais e jurídicos. (2) O comprador está obrigado a pagar ao vendedor o preço de compra convencionado e a receber a coisa comprada”.

entre o direito das obrigações e o direito das coisas não têm natureza meramente teórica, possuindo considerável significado prático¹⁰.

Nesse ponto, vale notar que o negócio jurídico de disposição também constitui uma construção jurídica que não existe no direito brasileiro, pelo menos segundo a doutrina brasileira majoritária, o que representa um grande diferencial entre o direito das coisas na Alemanha e no Brasil¹¹.

3. FONTES DO DIREITO DAS COISAS

O protótipo do direito sobre uma coisa é a propriedade, a qual encontra proteção na Lei Fundamental alemã (art. 14, GG)¹².

O direito das coisas faz parte do direito privado alemão, tanto que está previsto no terceiro livro do BGB (§§ 854 a 1296), intitulado “Direito das Coisas” (*Sachenrecht*)¹³. Nele está positivado o essencial acerca das regras que regem as relações jurídicas entre um sujeito de direito (*Rechtssubjekt*) e uma coisa (*Rechtsobjekt*), o que inclui a propriedade, a posse, bem como numerosos outros direitos reais limitados¹⁴.

Entretanto, o terceiro livro do BGB não contém todas as disposições de direito material acerca das coisas, uma vez que existem ainda normas esparsas sobre a matéria em outros livros da codificação civil¹⁵. Na Parte Geral do BGB, por exemplo, existem regras sobre coisas nos §§ 90 a 103, que contêm uma espécie de parte geral do direito das coisas, valendo destacar o estabelecido nos §§ 90 e 90a, este último introduzido em 1990 no BGB¹⁶.

Além disso, existem algumas leis especiais, bastante relevantes, que tratam

¹⁰ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 480.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115.

¹² KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 209.

¹³ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 5.

¹⁴ DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 249.

¹⁵ KLINCK, Fabian. *Sachenrecht*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

¹⁶ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 633.

de determinados assuntos de direitos das coisas fora do âmbito do BGB¹⁷. Esse é o caso da lei relativa ao direito de superfície (*Erbbaurechtsgesetz*), da lei relativa à copropriedade em prédios de apartamentos (*Wohnungseigentumsgesetz*), da lei relativa a navios (*Schiffsgesetz*), e ainda da lei sobre minas (*Bundesberggesetz*)¹⁸.

4. A NOÇÃO DE COISA COMO OBJETO CORPORAL

O conceito de coisa é fundamental para a compreensão do direito das coisas.

Na Parte Geral do BGB, em seu § 90, encontra-se a noção de coisa (*Begriff der Sache*), que se entende como todo objeto corporal (*körperlicher Gegenstand*), tangível, que forma uma parte delimitável da matéria¹⁹.

Retomando as ideias do movimento pandectista, a concepção legal alemã considera que somente as coisas corpóreas podem ser possuídas²⁰ e que a propriedade e os direitos reais sobre coisas alheias somente podem existir sobre objetos corpóreas²¹.

Com isso, fala-se em um gênero (*Oberbegriff*), que seria o “objeto” (*Gegenstand*), o qual engloba todos os objetos de direito (*Rechtsobjekte*), isto é, as coisas corpóreas (móveis e imóveis) e os direitos não corpóreos²². Coisas em sentido legal são então somente os bens corpóreos, concepção restrita do direito alemão²³, que tem sua origem na vontade dos redatores do BGB, que queriam distinguir claramente o direito das coisas do direito das obrigações²⁴.

Somente se considera coisa o objeto que é tangível (apreendido fisicamente),

¹⁷ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 8.

¹⁸ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

¹⁹ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 128.

²⁰ No direito brasileiro não há regra tão precisa quanto a do BGB, mas, conforme a doutrina amplamente majoritária, o livro do direito das coisas é voltado para os objetos corporais (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48).

²¹ CANDIAN, Albina; GAMBARO, Antonio; POZZO, Barbara. *Property – Propriété – Eigentum*, p. 317-318.

²² LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 500.

²³ Por outro lado, o Código Civil austríaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*), promulgado em 1811, reconhece a existência de coisa incorpórea (*unkörperlichen Sache*), o que consta do seu § 353, que estabelece: “*Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum*” (STRACK, Astrid. *Hintergründe des Abstraktionsprinzips. Juristische Ausbildung*, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011, p. 6).

²⁴ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

delimitável e passível de domínio²⁵. É necessário que haja matéria no sentido físico, sendo irrelevante se a matéria está no estado sólido, líquido ou gasoso. Não é necessário então que o objeto seja sólido, pois se puder ser apreendido, qualquer que seja seu estado (sólido, líquido ou gasoso), será considerado coisa. O ar livre, as águas de um rio ou as águas subterrâneas, como regra, não são coisas, visto que integram a categoria dos bens comuns (*res communes omnium*)²⁶, mas se estiverem contidos, por exemplo, em um frasco de vidro, aí passam a integrar a categoria das coisas na acepção empregada pelo BGB. Ainda, conforme entendimento majoritário da doutrina, a eletricidade, a luz e o som não são considerados coisas²⁷, pois não podem ser possuídos ou transferidos, bem como não há que se falar na existência de um direito de propriedade sobre eles²⁸.

Em relação ao corpo da pessoa viva, não são aplicáveis as regras relativas às coisas. O corpo é o suporte material do ser humano (sujeito de direito), de modo que o corpo não é ele próprio objeto de direitos de outras pessoas. Os embriões (criopreservados ou *in vitro*) também não são considerados coisas, não sendo objeto de propriedade²⁹. No que toca ao cadáver, com exceção de múmias, esqueletos e peças anatômicas, não são aplicáveis as regras atinentes às coisas³⁰. Por outro lado, as partes separadas do corpo da pessoa viva, como o cabelo cortado ou o dente arrancado, são qualificadas como coisas³¹.

Outrossim, diante dessa concepção, bens imateriais, como marcas, patentes, programas de computador, dados eletrônicos, direitos autorais, a firma (como nome do comerciante e da empresa) e o *good will*, não podem ser qualificados como coisas e não podem ser objeto de propriedade. São eles objetos de direito que têm grande importância prática, mas como não são corpóreos, não são coisas³², pois não podem ser considerados como uma parte espacialmente limitada da natureza³³.

²⁵ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 209.

²⁶ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 633-634.

²⁷ KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018, p. 231.

²⁸ WEBER, Ralph. *Sachenrecht: Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, v. II, p. 28.

²⁹ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 8.

³⁰ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 480.

³¹ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 5.

³² LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 4.

³³ STRACK, Astrid. Hintergründe des Abstraktionsprinzips. *Juristische Ausbildung*, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011, p. 6.

O mesmo raciocínio se aplica aos direitos da personalidade e aos direitos de crédito (*Forderungen*)³⁴. O suporte material desses direitos, por outro lado, pode ser considerado coisa, distinção que fica clara quando se separa a propriedade do livro do direito de autor sobre o texto que ele contém³⁵.

Por conseguinte, fica evidente que a definição de coisa não busca resolver um problema de ordem física ou lógica, mas simplesmente atender à conveniência jurídica³⁶.

5. OS ANIMAIS E AS PLANTAS

O Código Civil alemão considera que as plantas pertencem à categoria das coisas. Os animais (*Tiere*), por outro lado, eram tidos como coisas até 1º de janeiro de 1991. Atualmente não são mais coisas, devendo ser protegidos por leis especiais. A eles são aplicadas as disposições sobre coisas, por analogia, na medida em que não se estabeleça algo distinto (§ 90a do BGB)³⁷.

De fato, a regulamentação da situação dos animais sofreu alteração legislativa, datada de 20.8.1990, tendo sido introduzido o § 90a no BGB. A codificação alemã passou então a trazer disposição especial em relação aos animais, destacando que eles não são coisas, mas que na falta de disposição especial, as regras atinentes às coisas lhes são aplicadas (§ 90a, 3 do BGB)³⁸.

Larenz e Wolf justificam a distinção de tratamento pelo fato de que os animais são seres vivos, e não meramente coisas. Desta feita, a sua configuração legal não é, em linhas gerais, a da propriedade (§ 903), mas sim fundada em leis especiais de proteção³⁹, o que, porém, não lhes outorga a autodeterminação e a responsabilidade próprias dos seres humanos⁴⁰.

³⁴ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 250.

³⁵ HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 86.

³⁶ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 128.

³⁷ § 90a do BGB: “*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*”. Tradução livre: “Animais não são coisas. Eles são protegidos por leis especiais. Até onde não for diversamente determinado, a eles são aplicáveis os correspondentes preceitos válidos para as coisas”.

³⁸ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 634.

³⁹ Na Alemanha, a proteção especial outorgada aos animais, que são considerados seres vivos, encontra-se, em linhas gerais, na *Tierschutzgesetz – TierSchG* (HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2 ed. Berlin: de Gruyter, 1996, p. 166).

⁴⁰ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997, p. 387.

Com efeito, após a referida alteração, o BGB passou a distinguir os animais (*Tiere*) das coisas (*Sachen*), considerando legalmente como coisas apenas os objetos corporais, as parcelas existentes da natureza dominável (§ 90)⁴¹. Apesar da distinção, em realidade, no âmbito do direito civil alemão não existem disposições especiais relativas aos animais, que são tratados como coisas móveis e regidos pelas normas atinentes à propriedade e à posse⁴².

Outrossim, vale notar que, segundo muitos estudiosos, essa alteração não passa de uma ficção, uma banalidade, decorrente de motivação política, que procurou implantar a pauta de proteção dos animais no âmbito do BGB. A alteração é realmente objeto de fortes críticas na Alemanha, afirmando-se que, no fim das contas, os animais continuam tendo tratamento como coisas na esfera do direito civil⁴³.

Em todo caso, como alerta Medicus, é um absurdo a pretensão de dar tratamento aos animais como sujeitos jurídicos⁴⁴. E para reforçar seu entendimento, exemplifica com um pedido teratológico de chamamento de focas para participação em um litígio administrativo sobre a poluição do Mar do Norte⁴⁵.

6. COISAS MÓVEIS E IMÓVEIS

Seguindo a tradição existente no direito dos países de *civil law*, o Código Civil alemão distingue as coisas móveis (*bewegliche Sachen - Mobilien*) das coisas imóveis, ou terrenos (*Grundstücke - Immobilien*)⁴⁶. Isso tem bastante relevância, pois, tal como se passa no direito brasileiro, o regime jurídico dos móveis e imóveis é diverso, particularmente no que toca à sua forma de transferência⁴⁷.

⁴¹ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 400.

⁴² SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 129.

⁴³ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 210.

⁴⁴ No Brasil, a despeito de algumas decisões isoladas, é certo que a legislação considera os animais como coisas, ou melhor, como semoventes (art. 82 do Código Civil). Não se pode negar, entretanto, que muitos animais, especialmente os mamíferos, devem ser considerados como seres sencientes, o que demandaria uma revisão na legislação brasileira. Nessa linha, o caminho adotado pelo BGB parece ser o mais salutar, uma vez que os animais foram excluídos da categoria das coisas, mas continuam sendo objetos de direito, isto é, os animais não pertencem à categoria dos sujeitos de direito (WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 301-302).

⁴⁵ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 480.

⁴⁶ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 10.

⁴⁷ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 482.

Com efeito, ao reconhecer a *summa divisio* entre as coisas móveis e imóveis, a doutrina alemã divide o direito das coisas em dois grandes blocos, chegando-se, inclusive, a falar na existência de um direito das coisas móveis (*Mobiliarsachenrecht*) e de um direito das coisas imóveis (*Immobiliarsachenrecht*)⁴⁸. E nessa linha, os estudiosos alemães se encarregam de distinguir as duas categorias, uma vez que a legislação não traz maiores esclarecimentos⁴⁹.

Em face da ausência de definição legal, para que se compreenda a distinção, faz-se mister que se parta do conceito de coisa imóvel. Apesar de não ser expressamente consagrada pelos §§ 93 a 98 do BGB, a doutrina define coisa imóvel como “uma parte delimitada da superfície terrestre que está registrada no registro imobiliário como uma parcela independente”⁵⁰. Trata-se de um conceito técnico-jurídico que é compreendido a partir do conteúdo do registro imobiliário (*Grundbuch*). Assim sendo, a ideia de *Grundstück* não coincide com a repartição do solo na natureza⁵¹.

De fato, todo o território alemão está dividido em parcelas cadastrais. Os terrenos (*Grundstück*) são criados a partir de um ou mais lotes. O Registro Imobiliário fornece as informações sobre se uma parcela ou se várias parcelas constituem um imóvel⁵².

Nesse ponto, o Código Civil alemão, diferentemente do direito brasileiro⁵³, utiliza para determinar a categoria dos imóveis a noção de terreno (*Grundstück*). Ao lado dos terrenos propriamente ditos, a noção de coisa imóvel também abrange as coisas móveis que se tornaram suas partes constitutivas essenciais (*wesentliche Bestandteile*), cuja previsão consta dos §§ 93 e 94 do BGB⁵⁴. Desse modo, todos os demais objetos que não constituam um terreno ou uma parte constitutiva essencial do terreno são considerados coisas móveis⁵⁵.

⁴⁸ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 7.

⁴⁹ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 12.

⁵⁰ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 210.

⁵¹ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 12.

⁵² SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 131.

⁵³ Conforme ensina Lôbo, o bem imóvel pode ser definido, no direito brasileiro, como “a parte da superfície da terra, chão ou solo, e tudo o que se edifique sobre ela ou se incorpore em caráter permanente, pela mão do homem ou pela natureza” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1).

⁵⁴ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 635.

⁵⁵ WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 302.

O direito alemão, somente de forma excepcional, admite a dissociação da propriedade imobiliária entre o terreno e o edifício⁵⁶, como acontece na legislação relativa ao direito de superfície (*Erbbaurecht*)⁵⁷.

Ademais, navios e aeronaves são coisas móveis, mas para efeito de registro são tratados em alguns aspectos como coisas imóveis⁵⁸.

Por conseguinte, de forma residual, toda coisa corpórea que pode mudar sua posição espacial, bem como que não se classifique como imóvel (*Grundstück*), é considerada uma coisa móvel⁵⁹. Em contraposição, as coisas imóveis têm definição técnico-jurídica e não podem mudar a sua localização espacial⁶⁰.

7. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS COISAS

O direito das coisas é regido por determinados princípios fundamentais, que não são expressamente mencionados pela legislação alemã. Como tais princípios orientam a utilização e a interpretação das disposições sobre a matéria, seu conhecimento é muito importante⁶¹.

A seguir será feita uma breve exposição sobre os seguintes princípios: a) taxatividade; b) publicidade; c) especialidade; d) abstração e separação. Entre os princípios fundamentais do direito das coisas também se inclui o caráter absoluto (*Absolutheit*), que já foi tratado anteriormente.

7.1. *Numerus clausus* dos direitos reais

Como sucede nos países do ramo da *civil law*, o direito alemão também adota

⁵⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung*, a. 34, n. 1, p. 39-59, ago. 2016, p. 46.

⁵⁷ A lei relativa ao direito de superfície (*Erbbaugesetz*) permite ao proprietário de um terreno criar um direito real que autoriza um terceiro a erigir um edifício, objeto de um direito real distinto (PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 366). Situação semelhante sucede com as regras sobre a copropriedade em edifícios de apartamentos (*Wohnungseigentumsgesetz*), que autorizam a criação de um direito de propriedade particular sobre uma parte de um edifício (FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 250).

⁵⁸ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 635.

⁵⁹ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 12.

⁶⁰ WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 302.

⁶¹ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 27.

o princípio de que os direitos reais são enumerados de forma limitada pela lei, a qual também determina o conteúdo e a forma de transmissão desses direitos⁶².

O *numerus clausus* dos direitos reais tem então dois significados: a) *Typenzwang*, isto é, as partes não podem criar novos direitos reais, uma vez que esses direitos somente podem ser criados por lei⁶³; b) *Typenfixierung*, ou seja, o conteúdo dos direitos reais é fixado pela lei⁶⁴, não se admitindo que seja alterado por negócio jurídico⁶⁵. E isso ocorre pelo fato de que os direitos reais têm efeitos *erga omnes*, o que demanda que sejam conhecidos e previamente definidos de forma clara e sempre reconhecível⁶⁶.

Com efeito, em virtude do princípio do *numerus clausus*, as partes não podem criar um direito real novo, desconhecido por terceiros, nem alterar o conteúdo de um direito real existente. Os direitos reais são então apenas aqueles determinados pela lei e o contorno desses direitos também deve ser estipulado pela lei. Assim sendo, o direito alemão não permite, por exemplo, a contratação de um penhor para utilização de um imóvel, instituto conhecido como anticrese (*Antichrese*)⁶⁷.

O princípio da tipologia imperativa (*Typenzwang des Sachenrechts*) se opõe à liberdade das partes em matéria contratual (*Vertragsfreiheit*), largamente aplicado no âmbito do direito das obrigações. Há então limites muito mais estreitos no âmbito do direito das coisas do que no direito das obrigações⁶⁸. Consequentemente, o direito das coisas é constituído, predominantemente, por normas cogentes (*zwingendes Recht*)⁶⁹.

Outrossim, a limitação aos tipos previstos na lei está em consonância tanto com a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) como com o caráter absoluto (*Absolutheit*) dos direitos reais⁷⁰.

Em todo caso, a lista dos direitos reais prevista pelo BGB é muito próxima daquela constante do art. 1.225 do Código Civil brasileiro. E o mesmo pode ser

⁶² SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 651.

⁶³ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 11.

⁶⁴ KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 631.

⁶⁵ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 22.

⁶⁶ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 423.

⁶⁷ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 22.

⁶⁸ FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 140.

⁶⁹ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 481.

⁷⁰ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 6.

dito em relação à forma de atuação do princípio da taxatividade, que guarda bastante semelhança com o que ocorre no direito pátrio⁷¹.

7.2. Princípio da publicidade

O direito alemão estabelece que as relações jurídicas atinentes a direitos das coisas devem estar acompanhadas de medidas que permitam levar ao conhecimento de terceiros a sua existência. Isto é, a lei exige que os negócios jurídicos no âmbito do direito das coisas devem ser visíveis externamente⁷².

De acordo com o princípio da publicidade (*Publizitätsgrundsatz*), a constituição, a modificação, a transmissão e a extinção de direitos das coisas devem ser realizadas por meio de ato jurídico dotado de visibilidade exterior (*Publizitätsmittel*), que permita a qualquer pessoa conhecer a existência de direitos sobre determinada coisa⁷³.

A publicidade do direito das coisas determina o modo como se dará a sua transmissão (*Übertragungswirkung*), possibilita a aquisição a *non domino* (*Gutgläubenswirkung*) e ainda fundamenta uma presunção legal em favor dos direitos das coisas (*Vermutungswirkung*)⁷⁴.

Como regra, tal visibilidade é assegurada, em matéria imobiliária, pela inscrição no livro de registro imobiliário (*Grundbuch*), conforme dispõe o § 930 do BGB. No que toca aos bens móveis, a publicidade ocorre pela transferência da posse (§ 929 do BGB), isto é, pela tradição (*Übergabe*)⁷⁵. Desse modo, a posse e o registro imobiliário são indicados como meios de publicidade (*Publizitätsmittel*)⁷⁶.

Em todo caso, vale frisar que no sistema econômico atual a posse sofreu forte perda de sua função como meio de publicidade, uma vez que muitos bens jurídicos são usados por possuidores que não são proprietários, o que ocorre quando se está diante de figuras como o *leasing*, a reserva de domínio (*Eigentumsvorbehalt*) ou a propriedade fiduciária (*Sicherungseigentum*)⁷⁷.

⁷¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: Direito das Coisas*, p. 16-18.

⁷² BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 38.

⁷³ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 252.

⁷⁴ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 13.

⁷⁵ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 6.

⁷⁶ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 24.

⁷⁷ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 29.

7.3. Princípio da especialidade

Como se sabe, uma das principais tarefas do direito das coisas é a ligação de um sujeito de direito a um objeto jurídico. Para tanto, a titularidade sobre uma coisa deve estar clara e inequívoca, exigência que está em consonância com a segurança jurídica. Um negócio jurídico de direito das coisas somente é eficaz se a coisa em questão for determinada de forma inequívoca, isto é, especializada⁷⁸.

O princípio da especialidade (*Spezialitätsgrundsatz* ou *Bestimmtheit*) é bastante importante e significa que o direito das coisas deve incidir somente sobre uma coisa individualizada⁷⁹. Em toda transferência é necessário que o seu objeto seja precisamente designado, de forma que seja possível distingui-lo de outras coisas⁸⁰.

Outrossim, é importante observar que o BGB ignora a existência de direito das coisas sobre universalidades (*Sachgesamtheiten*). Com isso, um conjunto de coisas e de direitos, como um fundo de comércio, não pode ser objeto de um mesmo direito das coisas. Sua transmissão não poderá ser feita senão organizando a transferência da propriedade de cada coisa pertencente à universalidade⁸¹. Desse modo, é necessário elaborar um inventário com todos os bens individualizados, visto que a transferência da propriedade deve sempre estar concretamente relacionada com determinada coisa⁸². E nesse ponto o direito alemão certamente é mais exigente que o direito brasileiro.

Por conseguinte, uma pessoa deve ser capaz de identificar, com base somente no negócio jurídico de disposição, quem tem o direito real sobre determinada coisa⁸³.

7.4. Princípios da abstração e da separação

O direito alemão apresenta uma grande particularidade que é a adoção dos princípios da abstração e da separação (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*).

⁷⁸ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 213.

⁷⁹ FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 139.

⁸⁰ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 650.

⁸¹ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

⁸² MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 7.

⁸³ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 12.

Entre os países do sistema da *civil law*, a Alemanha, por influência de Savigny, tomou um caminho bastante peculiar, consagrando os princípios da abstração e da separação, o que gera bastante dificuldade de compreensão por parte dos estudiosos estrangeiros⁸⁴.

A matéria está regulada na Parte Geral do BGB, pois diz respeito à noção geral de negócios jurídicos. Assim sendo, o direito alemão realiza distinção bastante nítida entre dois tipos de negócios jurídicos, isto é, os negócios criadores de obrigações (*Verpflichtungsgeschäfte*) e os negócios de disposição (*Verfügungsgeschäfte*)⁸⁵. Tal distinção corresponde ao princípio da separação (*Trennungsprinzip*), que é um pressuposto necessário para a existência do princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*)⁸⁶.

De fato, a transferência da propriedade, seja de um móvel ou de um imóvel, não se opera no âmbito do contrato de compra e venda (*Kaufvertrag*), que não tem qualquer efeito translativo, criando apenas obrigações (§ 433 do BGB). Para que ocorra a transferência da propriedade é imprescindível a realização de um negócio jurídico distinto, um segundo negócio jurídico, ainda que tal negócio seja frequentemente celebrado simultaneamente com o contrato que cria as obrigações⁸⁷. Esse acordo de vontades, que tem como objetivo a transferência da propriedade, é denominado *Einigung*. Em matéria imobiliária a *Einigung* é feita diante de uma autoridade competente, normalmente um notário, recebendo denominação específica de *Auflassung*⁸⁸.

Ademais, para que a transferência se concretize, além da *Einigung*, é necessário um ato real que dê publicidade à transferência. No caso de coisas móveis esse ato real é a entrega do bem ao seu adquirente, isto é, a tradição (*Übergabe*, § 929 do BGB). Em relação às coisas imóveis, a transferência se conclui com a inscrição da mudança da situação jurídica no registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*, § 873 do BGB)⁸⁹.

Desse modo, o princípio da separação, que encontra suas raízes no direito romano, significa, para o direito alemão, a existência de dualidade de negócios

⁸⁴ DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 31.

⁸⁵ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 32.

⁸⁶ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.

⁸⁷ WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 113.

⁸⁸ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 144-145.

⁸⁹ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 178.

jurídicos, isto é, um negócio jurídico obrigacional, que pode ser uma compra e venda, e um negócio jurídico de disposição, a *Einigung*⁹⁰. Em outras palavras, o princípio da separação representa essa divisão sistemática entre o dever decorrente do negócio jurídico (e.g. compra e venda) e a alteração sobre a situação da coisa (transmissão)⁹¹.

No direito brasileiro também se admite a existência do princípio da separação, mas em um sentido um pouco diverso, visto que, da mesma forma que no direito alemão, o negócio jurídico obrigacional não transfere a propriedade, uma vez que é necessária a realização de um ato real, que pode ser a tradição ou o registro no cartório de registro de imóveis. E nesse ponto, é importante que fique claro que no direito brasileiro não se exige um segundo negócio jurídico, o negócio jurídico de disposição, que como foi visto, recebe no direito alemão o nome de *Einigung*. Aliás, apenas tomando por base o princípio da separação, já se pode dizer que a transmissão da propriedade não sucede da mesma forma no Brasil e na Alemanha⁹².

Ao lado do princípio da separação, a doutrina alemã desenvolveu no século XIX o princípio da abstração. Savigny é considerado o responsável pela elaboração do modelo alemão da abstração, cujo objetivo seria garantir maior segurança jurídica (*Rechtssicherheit*)⁹³.

Pelo princípio da abstração, o negócio jurídico obrigacional é independente do negócio jurídico de disposição⁹⁴, de maneira que eventuais problemas relacionados com o negócio jurídico obrigacional (e.g. nulidades, vícios de consentimento etc.) não afetam o negócio jurídico de disposição, que permanece eficaz⁹⁵. É juridicamente irrelevante a causa da transferência, não interessa se foi feito, por exemplo, um contrato de doação ou uma compra e venda.

A doutrina alemã divide a abstração em dois aspectos. Por um lado, o negócio jurídico real não depende da existência de uma causa (*inhaltliche Abstraktion*)⁹⁶.

⁹⁰ PIETREK, Marietta. *Konsens über Tradition?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 29-30.

⁹¹ STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012, p. 50.

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5, p. 393-396.

⁹³ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 212.

⁹⁴ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.

⁹⁵ No direito brasileiro, por outro lado, como não foi acolhido o princípio da abstração, o negócio jurídico que deu origem ao registro é indispensável para a apuração de sua validade (TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115).

⁹⁶ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 15.

Por outro lado, o negócio jurídico real é independente do negócio jurídico obrigacional (*äußerlich Abstraktion*)⁹⁷.

Ademais, como os atos de disposição são abstratos, as ações fundadas em enriquecimento sem causa (§§ 812 e seguintes do BGB) ganham bastante importância no direito alemão, visto que são ajuizadas pelo alienante para a obtenção da devolução da coisa, o que será possível, a menos que a coisa tenha sido transferida nesse entretanto a um terceiro.

Todavia, existem casos em que a mesma causa pode gerar a nulidade tanto do negócio jurídico obrigacional como do negócio jurídico de disposição (*Fehleridentität*)⁹⁸. Isso ocorre, como regra, tanto em matéria de incapacidade jurídica (*Mängel der Geschäftsfähigkeit*) como em caso de dolo ou de coação ilegítima. A situação é, entretanto, diferente na hipótese de erro. Realmente, como o único objetivo do negócio jurídico de disposição é provocar a transferência da propriedade, geralmente ele não é afetado por erros cometidos quando o negócio gerador da obrigação é celebrado. Ademais, a apreciação da extensão da nulidade a ambos os negócios jurídicos (obrigacional e real), em caso de violação da moral (§ 138 do BGB) ou de proibição legal (§ 134 do BGB), exige uma apreciação caso a caso⁹⁹.

Vale notar, outrossim, que a categoria dos negócios abstratos é mais ampla do que a dos negócios de disposição, visto que todos os negócios de disposição são negócios abstratos, mas a recíproca não é verdadeira. Entre os negócios de disposição se inclui também a célebre *Vollmacht*, isto é, o poder de representação, que é um negócio jurídico autônomo em relação ao contrato básico, como o mandato, cuja nulidade, por exemplo, não se reflete nele¹⁰⁰.

Em suma, pelo princípio da separação, o negócio de direito obrigacional e o negócio de disposição devem ser estritamente separados um do outro. Pelo princípio da abstração, o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio de direito obrigacional se apresentar defeituoso¹⁰¹. Assim sendo, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas é expressão dos princípios da separação e da abstração¹⁰².

⁹⁷ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 55.

⁹⁸ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.

⁹⁹ WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 114.

¹⁰⁰ WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 114.

¹⁰¹ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 212.

¹⁰² ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 183.

8. O DIREITO DE PROPRIEDADE

O BGB não apresenta uma definição legal do direito de propriedade¹⁰³. Apesar disso, a propriedade é conceituada pela doutrina como a forma mais abrangente de atribuição legal de uma coisa ao patrimônio de um sujeito de direito¹⁰⁴. É um direito ilimitado no tempo e confere um senhorio pleno sobre a coisa¹⁰⁵. Como no direito brasileiro, o direito de propriedade é, no direito alemão, o direito real mais importante e mais completo.

A redação do § 903 do BGB não deixa dúvidas ao estabelecer que o proprietário pode, na medida em que a lei ou direitos de terceiros não se oponham, comportar-se em relação à coisa (móvel ou imóvel) como ele entender, excluindo toda ingerência alheia¹⁰⁶.

Tal concepção, que remonta ao direito romano, remete à distinção de duas estruturas no direito de propriedade: a) uma positiva, que permite ao proprietário se comportar como entender em relação à coisa (*mit der Sache nach Belieben verfahren*)¹⁰⁷; b) uma negativa, que tem função de exclusão (*andere von jeder Einwirkung ausschließen*), isto é, afastar terceiros de atuar em relação à coisa¹⁰⁸.

Considerando a estrutura formal da propriedade, o proprietário pode fazer tudo com a coisa, são os poderes positivos (*Positive Befugnisse*): ele pode perceber os frutos ou renunciá-los, pode fruir da coisa pessoalmente ou permitir que um terceiro o faça, bem como pode livremente aliená-la ou simplesmente gravá-la¹⁰⁹. Ao lado dessa dimensão positiva, o direito de propriedade confere também poderes negativos (*Negative Befugnisse*). Assim, os terceiros são excluídos de todos os direitos sobre a coisa (§ 903 do BGB), salvo permissão do proprietário¹¹⁰.

¹⁰³ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 489.

¹⁰⁴ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 438.

¹⁰⁵ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 258.

¹⁰⁶ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 63.

¹⁰⁷ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 46.

¹⁰⁸ STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 23.

¹⁰⁹ Na doutrina se afirma que o proprietário pode se abster de qualquer uso ou destruir a coisa. No entanto, isso é relativizado, visto que existe a vinculação social da utilização da propriedade (BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 438). Schwab e Löhnig lembram que o § 903, 1 do BGB apresenta a estrutura formal da propriedade (*die formale Struktur des Eigentums*), a qual não está em conflito com a vinculação social da propriedade (SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127).

¹¹⁰ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 22.

A plenitude do direito de propriedade não é, entretanto, absoluta. A evolução constitucional e legislativa durante o século XX multiplicou as limitações ao direito de propriedade, que correspondem, cada vez mais, a verdadeiros deveres a cargo do proprietário. Desse modo, a propriedade confere atualmente não somente direitos, mas também deveres, o que se confirma pelo estudo da posição e da tutela do direito de propriedade no direito alemão¹¹¹.

9. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A PROPRIEDADE DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

As constituições modernas contêm regras sobre o regime jurídico da propriedade privada, visto que a forma como a propriedade é estruturada vai ser fundamental para a própria organização social de um Estado.

A Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), promulgada no dia 23 de maio de 1949, considerando a vital importância que a propriedade tem para a sociedade, incluiu-a entre os direitos fundamentais (art. 14, alínea 1)¹¹².

A propriedade foi então garantida expressamente pelo art. 14, alínea 1 da Lei Fundamental, que determinou a forma como os bens, necessários à sobrevivência, devem ser distribuídos e utilizados¹¹³. De fato, conforme a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a Lei Fundamental permite a todos criar um espaço de liberdade em termos de patrimônio e, conseqüentemente, um ambiente de vida sujeito à sua própria responsabilidade¹¹⁴.

A proteção constitucional do direito de propriedade implica, por um lado, o direito de se opor às ingerências das autoridades públicas (*Abwehrrecht* ou *Schutzfunktion*), o que constitui uma garantia individual (*Individualgarantie*). Por outro lado, reconhece-se a propriedade como uma garantia institucional (*Institutsgarantie*), isto é, a propriedade é garantida como um instituto jurídico,

¹¹¹ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 42.

¹¹² EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 488-489.

¹¹³ Artigo 14, alínea 1 da Lei Fundamental: "A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei".

¹¹⁴ KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 29. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, p. 242.

atribuindo-se à lei a fixação de seu conteúdo e dos seus limites¹¹⁵. O Estado é então obrigado a criar um sistema jurídico que assegure a aplicabilidade prática da propriedade, que permita ao indivíduo adquirir a propriedade e a utilizá-la de forma que o conteúdo essencial desse direito seja preservado. E nesse ponto o BGB é uma das mais importantes leis de aplicação do art. 14, 1 da Lei Fundamental¹¹⁶.

Todavia, a garantia institucional da propriedade privada não é absolutamente intangível, reconhecendo-se a existência de limites impostos pelo direito privado e pelo direito público. O art. 15 da Lei Fundamental, por exemplo, permite ao Estado coletivizar o solo, os recursos naturais e os meios de produção¹¹⁷. No entanto, a expropriação apenas pode ter lugar em benefício da coletividade e somente pode ser feita por lei ou com base em autorização legal¹¹⁸. Assim sendo, a lei de desapropriação regula o tipo e a extensão da indenização, objetivando assegurar que o prejudicado seja adequadamente compensado pelo que perdeu¹¹⁹.

O proprietário tem, logicamente, a possibilidade de recorrer aos tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichte*) para discutir a legalidade do ato concreto de expropriação (*Enteignung*). Pode ainda ajuizar ação perante os tribunais cíveis (*Zivilgerichte*) se o montante da indenização da expropriação que lhe foi atribuída não for adequado (art. 14, 3, 3 da Lei Fundamental)¹²⁰.

Outrossim, vale frisar que a concepção constitucional de propriedade abrange não somente a propriedade de coisas, mas também a titularidade de todos os direitos patrimoniais¹²¹. Desse modo, o campo de aplicação da proteção constitucional do direito de propriedade é mais amplo do que aquele fixado pelo direito privado no § 90 do BGB, que define a coisa como objeto corporal (*körperliche Gegenstände*)¹²². No âmbito da propriedade constitucional incluem-se, por exemplo, pretensões creditícias, direitos autorais (*Urheberrecht*), propriedade industrial (*Gewerblicher Rechtsschutz*) etc.

¹¹⁵ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 21.

¹¹⁶ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 439.

¹¹⁷ O artigo 15 da Lei Fundamental parece, a primeira vista, algo estranho ao espírito da Lei Fundamental. Ele foi inserido nos trabalhos preparatórios em razão da insistência do partido social democrata, que desejava deixar a porta aberta para uma socialização dos bens de produção. Embora nunca tenha sido aplicado na prática, foi possível considerar a utilização desse artigo durante a crise bancária de 2008 e 2009, para salvar determinadas instituições de crédito.

¹¹⁸ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.

¹¹⁹ STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 25.

¹²⁰ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 439.

¹²¹ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 63.

¹²² EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 489-490.

Em contraposição, no sentido mais restrito dado pelo BGB, não existe propriedade sobre direitos, mas sim titularidade (*Inhaberschaft*)¹²³. Isso significa que alguém pode ser titular de uma patente, mas não proprietário da patente, visto que só existe propriedade sobre objetos corpóreos¹²⁴.

10. O CONTEÚDO E OS LIMITES DA PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL

A Lei Fundamental garante o direito de propriedade e também estabelece que o conteúdo e os limites desse direito serão fixados por lei (art. 14, alínea 1 da Lei Fundamental), o que permite ao legislador restringir seus atributos. A jurisprudência constitucional subordina estas restrições, como acontece com qualquer direito fundamental, a um teste de proporcionalidade, que é mais rigoroso quando a restrição afeta o patrimônio adquirido pela força de trabalho do que quando diz respeito a bens imóveis ou meios de produção¹²⁵.

Nesse contexto, a liberdade do proprietário não é ilimitada. A visão liberal do direito de propriedade como um direito absoluto foi limitada pelo reconhecimento de sua dimensão social. Influenciada por uma disposição da Constituição de Weimar, o art. 14, alínea 2 da Lei Fundamental estabelece: "A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum". Assim sendo, tal disposição constitucional deixa claro que a propriedade não é somente um direito, mas também um dever¹²⁶.

Além das disposições da Lei Fundamental, existem muitas regras que limitam o direito de propriedade no BGB. O texto do § 903, 1 indica, por exemplo, que o direito de propriedade, em particular no que diz respeito à extensão do poder de usar, tem limites que resultam do dever cívico geral do proprietário de levar em consideração os interesses de outras pessoas, os interesses da comunidade, bem como as restrições à propriedade acordadas pelo próprio proprietário¹²⁷. O § 906, por sua vez, impõe ao proprietário um certo grau de tolerância em face de perturbações da vizinhança. A lei sobre urbanismo condiciona a construção de um edifício à obtenção de uma licença de construção emitida

¹²³ FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 122.

¹²⁴ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 119.

¹²⁵ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 259.

¹²⁶ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.

¹²⁷ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

pela autoridade pública¹²⁸. Ademais, existem outras limitações para garantir a proteção do ambiente, organizar a caça e a pesca (*Bundesjagdgesetz* – BjagdG), regular a exploração dos recursos do solo (*Bundesberggesetz* – BbergG) e das águas superficiais¹²⁹.

Por conseguinte, ao lado dos limites impostos pelo respeito dos direitos de terceiros, atualmente também existem inúmeras disposições de direito público que limitam a propriedade¹³⁰.

11. VINCULAÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O princípio geral é que a utilização da propriedade não deve satisfazer apenas as necessidades egoístas do titular do direito (art. 14, inciso 2 da Lei Fundamental). A utilização da propriedade obriga (*Eigentum verpflichtet*) e deve, ao mesmo tempo, servir ao bem comum (*sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*)¹³¹. Isso significa que o § 903 do BGB expressa apenas a estrutura formal da propriedade, que não pode contrariar a sua vinculação social¹³².

O direito de propriedade está assim sujeito a uma obrigação social, que permite ao legislador, mesmo sem expropriação formal, estabelecer limites à utilização da propriedade, o que está em consonância com os valores de um Estado de direito democrático e social¹³³.

No que toca aos imóveis, os exemplos de vinculação social da propriedade (*Sozialbindung des Eigentums*) são particularmente numerosos: eles vão desde a regulamentação da liberdade de construção e seus limites (*Baurecht*), passando por regulamentos de proteção do meio ambiente (*Naturschutzrecht*), do patrimônio histórico e artístico (*Denkmalschutzrecht*), chegando até mesmo à regulamentação da locação de imóveis residenciais (*Wohnungsmietrecht*) e ao arrendamento de espaços utilizados para produção empresarial. Nessa

¹²⁸ As condições de obtenção de uma licença de construção estão previstas nos códigos de construção dos Estados (*Landesbauordnungen*).

¹²⁹ Pode-se mencionar, como exemplo, a lei federal relativa à proteção contra a poluição e os incômodos (*Bundesimmissionsschutzgesetz* – BImSchG). O texto dessa lei exige que o operador de uma instalação perigosa obtenha uma autorização administrativa prévia (*Genehmigung*).

¹³⁰ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.

¹³¹ FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 122.

¹³² SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127.

¹³³ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

linha, poderia ser determinado, por exemplo, o plantio de vegetação em um terreno à margem de um rio para reduzir o risco de inundação. E nesse caso, se a intervenção for proporcional ao risco, o proprietário deve tolerar tal interferência das autoridades em sua propriedade, mas, dependendo da situação, terá direito a uma indenização¹³⁴.

De qualquer forma, considera-se que é bastante difícil estabelecer, em casos concretos, a fronteira entre a concretização jurídica da vinculação social da propriedade (sem pagamento de indenização) e a desapropriação (com necessidade de pagamento de indenização). A temática continua controversa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e dos Tribunais Federais Superiores, mesmo já passados 60 anos da entrada em vigor da Lei Fundamental. A dificuldade reside no fato de que não só os atos diretos do Poder Executivo voltados à privação individual de direitos conduzem à desapropriação. Também as restrições da propriedade através de regulamentos normativos abstratos têm um efeito direto sobre a livre utilização da propriedade (e.g. tombamento de todo um bairro urbano como zona histórica protegida, pelo que os edifícios aí situados só podem ser estruturalmente alterados em conformidade com as normas de preservação de monumentos)¹³⁵.

Vale ainda frisar que os alemães, diferentemente do que se tem visto no Brasil, são bastante cautelosos em relação à intervenção na propriedade, o que somente é permitido quando preenchidos determinados pressupostos, como a existência de uma exceção prevista pela lei e para o atendimento do bem comum¹³⁶. Como regra, cabe ao legislador fixar a amplitude da vinculação social da propriedade, restando tal tarefa aos tribunais somente em situações muito excepcionais¹³⁷.

Por derradeiro, vale observar que a doutrina alemã não coloca a vinculação social como integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, como fazem muitos autores brasileiros¹³⁸. No direito alemão o tema é tratado no âmbito dos limites ao direito de propriedade.

¹³⁴ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.

¹³⁵ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

¹³⁶ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.

¹³⁷ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127.

¹³⁸ Nessa linha, adverte Lôbo que na “contemporaneidade, a função social afastou-se da concepção de limites externos, passando a integrar os próprios conteúdos da propriedade e da posse” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 4, p. 129).

12. RESTRIÇÕES VOLUNTÁRIAS À PROPRIEDADE

O proprietário pode, por meio de negócios jurídicos com terceiros, restringir o seu direito à livre utilização ou exploração do objeto que lhe pertence. Essa restrição pode decorrer de negócios jurídicos de direito obrigacional, como contratos, nos quais o proprietário se compromete a se abster de determinada utilização da coisa ou a colocar a utilização da coisa à disposição do parceiro contratante. É o caso, por exemplo, do contrato de locação, no qual o locador se compromete a deixar temporariamente um imóvel de sua propriedade para utilização pelo locatário (§ 535 do BGB)¹³⁹.

Por outro lado, o proprietário também pode transferir temporariamente os poderes de utilização (*Nutzungsbefugnis*) e de fruição (*Verwertungsbefugnis*) para criar direitos reais limitados, que vão existir paralelamente ao seu direito de propriedade. Nessa situação, o poder do proprietário de agir como bem entender em relação à coisa fica limitado pelos direitos de terceiros que ele próprio (proprietário) criou. Isso ocorre quando, por exemplo, o proprietário de uma casa concede a outra pessoa o direito real de habitação (*Wohnungsrecht*) sobre o edifício, ou partes dele, de maneira que essa pessoa poderá utilizar e possuir o imóvel (§ 1093 do BGB)¹⁴⁰.

Em todo caso, é muito diferente a situação quando há transferência dos poderes do proprietário pela via do direito das obrigações ou dos direitos reais. De fato, os direitos reais limitados têm um significado especial, visto que têm precedência sobre as disposições subsequentes do proprietário da coisa, isto é, a parte que adquiriu um direito real sobre a propriedade alheia poderá fazer valer esse direito mesmo contra um sucessor posterior do proprietário. Nas relações estabelecidas apenas com força de direito obrigacional, por outro lado, o titular de um direito somente poderá exercê-lo diante do sujeito com quem entabulou o vínculo obrigacional, visto que se trata de um direito relativo. Caso o direito de propriedade seja transferido a um terceiro ou se um terceiro ajuizar uma ação contra o proprietário, não será possível opor a existência da relação obrigacional àquele que não figurava como parte nela¹⁴¹.

¹³⁹ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

¹⁴⁰ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

¹⁴¹ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

13. DIFERENTES FORMAS DE PROPRIEDADE

Ao lado da propriedade individual (*Alleineigentum*), o direito alemão também admite que a propriedade possa ser partilhada entre várias pessoas. Sobre o tema, o BGB reconhece formas diversas para a regulamentação das relações jurídicas externas e internas decorrentes da copropriedade: a) a copropriedade por frações (*Miteigentum nach Bruchteilen*); b) a copropriedade de mão comum (*Gesamthandseigentum*)¹⁴².

Na copropriedade por frações (§§ 1008 e seguintes do BGB), salvo disposição em contrário, os coproprietários detêm uma parte abstrata de um bem, uma cota-parte ideal (*ideeller Bruchteil*), que pode ser livremente cedida e que representa a parte do valor que caberia a cada um dos coproprietários em caso de divisão¹⁴³. Essa copropriedade por frações (*Bruchteilseigentum*) pode resultar diretamente da lei, como se dá na adjunção (*Verbindung*) de coisas móveis pertencentes a várias pessoas (§ 947, 1 do BGB)¹⁴⁴, bem como pode decorrer de um negócio jurídico, particularmente pela transmissão de um bem a várias pessoas¹⁴⁵.

A copropriedade por frações, que no Código Civil brasileiro é chamada de condomínio geral (art. 1.314 e seguintes), é a figura mais comum no direito alemão. Ela sempre ocorre quando várias pessoas adquirem uma coisa sem estarem ligadas entre si por um vínculo de mão comum. Entretanto, o proprietário único de uma coisa também pode concedê-la a outra pessoa, em um negócio de disposição, passando ambos a serem coproprietários¹⁴⁶.

A copropriedade de mão comum (*Gesamthandseigentum*) é outra forma de copropriedade reconhecida pelo direito alemão¹⁴⁷. Nela cada um tem simultaneamente a propriedade de toda a coisa (*Jedem gehört Alles*), não existindo a propriedade de frações ideais. Ela surge nos casos em que vários

¹⁴² MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 289.

¹⁴³ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 16.

¹⁴⁴ § 947, 1 do BGB: “União de coisas móveis. Se se produz a união entre si de coisas móveis, de tal maneira que se convertem em partes integrantes de uma coisa unitária, os anteriores proprietários se tornam coproprietários desta coisa; as cotas se determinam na proporção do valor que as coisas tinham no momento em que se produz a união”.

¹⁴⁵ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 260.

¹⁴⁶ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 442.

¹⁴⁷ A copropriedade de mão comum também existe no direito da Suíça e de Liechtenstein, onde é conhecida como *Gesamteigentum*. No Brasil, a figura está igualmente presente, falando-se usualmente no sistema da comunhão, cujo exemplo clássico é a comunhão universal de bens existente entre cônjuges (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5, p. 777).

sujeitos de direito formam uma comunhão patrimonial com base em relações jurídicas pessoais especiais. O BGB conhece somente três tipos dessa forma de copropriedade: a) a comunidade de sucessores (*Erbengemeinschaft* - § 2032 do BGB); b) a comunhão entre esposos (*eheliche Gütergemeinschaft* - § 1416 do BGB); c) a sociedade de pessoas (*Gesellschaftsvermögen* - § 718 do BGB)¹⁴⁸.

A diferença essencial da copropriedade por frações em relação à copropriedade de mão comum é que nesta os coproprietários estão impossibilitados de dispor de sua parte abstrata sem o consentimento dos outros. Vale ainda notar que não se permite a criação de novas formas de copropriedade de mão comum por meio de negócio jurídico¹⁴⁹.

Por derradeiro, vale frisar que o condomínio edilício é uma forma especial de copropriedade, que surge, conforme o § 10, 1 da Lei de Condomínios Edifícios (*Wohnungseigentumsgesetz* – WEG), pela existência de propriedade particular (*Alleineigentum*) sobre uma habitação em conexão com a propriedade por frações (*Bruchteilseigentum*) sobre as áreas comuns¹⁵⁰.

14. A PROTEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Como um direito absoluto, a propriedade sobre uma coisa é protegida contra todos. A salvaguarda da propriedade privada contra medidas tomadas pelo Estado encontra previsão no art. 14 da Lei Fundamental. Já a tutela da propriedade contra a interferência de outros particulares é regida pelo direito civil¹⁵¹.

Para tanto, o BGB permite ao proprietário a utilização de pretensões de defesa, de restituição e de indenização contra os atos não autorizados de terceiros que violem o direito de propriedade. Ainda, considerando que no direito alemão, como no brasileiro, o proprietário pode ser possuidor (direto ou indireto) da coisa, a violação do direito de propriedade é, em muitas situações, também uma usurpação da posse. Nesses casos, o proprietário pode, além das pretensões fundadas no direito de propriedade, fazer valer também as pretensões relacionadas com a proteção da posse. Desse modo, as pretensões possessórias se colocam em concorrência com as pretensões fundadas no direito de propriedade¹⁵².

¹⁴⁸ MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 289.

¹⁴⁹ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 17.

¹⁵⁰ FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 124.

¹⁵¹ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 490.

¹⁵² BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 443.

14.1. A pretensão de restituição do proprietário

O proprietário pode exigir a restituição da coisa, desde que o possuidor não tenha um direito à posse. A restituição da coisa significa a transmissão da posse pelo até então possuidor ao proprietário. Tal pretensão é uma das mais relevantes do BGB e pode ser considerada a forma mais importante de proteção da propriedade¹⁵³. Permite ao proprietário agir contra o possuidor irregular com fundamento no § 985 do BGB (*Herausgabeanspruch* ou *Vindikationsanspruch*), que dispõe: “O proprietário pode exigir do possuidor a restituição da coisa”¹⁵⁴.

O disposto no § 985 do BGB deve, entretanto, ser interpretado em conjunto com o § 986 (*Einwendungen des Besitzers*), também do BGB¹⁵⁵. Com isso, o possuidor deve devolver a coisa, a menos que ele esteja exercendo um direito à posse (§ 986, 1 do BGB), que pode resultar: a) de uma relação de direito obrigacional entre o proprietário e o possuidor, como, por exemplo, um contrato de locação (§ 535 do BGB)¹⁵⁶; b) de um direito real limitado, como é o caso do usufruto (§ 1036 do BGB). Ressalvadas essas situações, que impõem limites à pretensão de restituição, a forma como o possuidor obteve a coisa é irrelevante para o pedido de restituição, uma vez que a propriedade abrange também o direito ao exercício do poder fático sobre a coisa¹⁵⁷.

Diferentemente do estabelecido pelo § 1007 do BGB para a pretensão possessória, a restituição ao proprietário não exige que o atual possuidor esteja de má-fé ou que a coisa tenha sido extraviada de alguma forma ou ainda que tenha ocorrido uma privação ilícita da posse. Assim sendo, a pretensão do § 985 do BGB se dirige também contra o ladrão ou mesmo contra aquele que encontrou a coisa¹⁵⁸.

A partir da interpretação conjunta dos §§ 985 e 986 do BGB resultam as três condições necessárias para a pretensão: a) a propriedade pelo requerente, isto é, o titular da pretensão deve ser proprietário da coisa; b) a posse pela parte contrária, dirigindo-se a pretensão tanto contra o possuidor direto como contra

¹⁵³ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 321.

¹⁵⁴ Transcrição do texto original do § 985 do BGB: “*Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen*”.

¹⁵⁵ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 215.

¹⁵⁶ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.

¹⁵⁷ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 79.

¹⁵⁸ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 443.

o possuidor indireto; c) o possuidor, perante o proprietário, não pode ter direito de posse (§ 986)¹⁵⁹.

Por conseguinte, o § 985 apresenta os pressupostos da pretensão a serem demonstrados pelo requerente, enquanto o § 986 contém as objeções, que devem ser provadas pelo réu. Ademais, a pretensão em questão pode ser utilizada tanto pelo proprietário de coisa móvel como de coisa imóvel¹⁶⁰.

14.2. Proteção contra a turbação da propriedade: pretensão de cessação e de omissão

O proprietário, como titular de um direito absoluto, não é protegido somente contra a privação da posse. A legislação alemã também prevê proteção contra outras interferências perturbadoras da propriedade¹⁶¹. Entre essas normas, no âmbito do título que cuida das pretensões ligadas à propriedade (*Ansprüche aus dem Eigentum*), está o § 1004, 1 do BGB, que garante ao proprietário a proteção contra qualquer turbação da propriedade que não represente privação ou retenção da posse¹⁶².

Nesse contexto, complementando a pretensão de restituição (*Herausgabeanspruch*), o § 1004, 1 do BGB concede ao proprietário dois tipos de pretensão, ou seja, para a cessação (*Beseitigungsanspruch*) ou para a omissão (*Unterlassungsanspruch*) de qualquer outra turbação futura que afete o seu direito de propriedade¹⁶³. E considerando a proximidade das pretensões do § 1004, 1 do BGB com a *actio negatoria* do direito romano, ainda hoje as pretensões mencionadas são chamadas de *actio negatoria* ou de pretensão negatória (*negatorischer Anspruch*)¹⁶⁴.

Assim sendo, pode-se exigir: a) que uma violação já existente seja reparada a expensas do seu causador (*Beseitigung*), restaurando-se à situação que existia anteriormente¹⁶⁵; b) que futuras turbações à propriedade sejam omitidas (*Unterlassung*)¹⁶⁶.

¹⁵⁹ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 65.

¹⁶⁰ KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018, p. 321.

¹⁶¹ KLINCK, Fabian. *Sachenrecht*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

¹⁶² MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 218.

¹⁶³ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 137.

¹⁶⁴ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 390.

¹⁶⁵ STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 27.

¹⁶⁶ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 444.

Graças a sua formulação geral, o § 1004 do BGB se aplica a turbações da propriedade móvel e imóvel, no entanto, sua aplicação prática se dá principalmente em relação a imóveis¹⁶⁷.

Desse modo, a pessoa que tem seu direito de propriedade turbado pode exigir a cessação da turbação (*Beseitigung*), desde que ela continue, isto é, tenha duração (e.g. depositar resíduos em propriedade sem autorização)¹⁶⁸. Também é requisito para a concessão da pretensão de cessação que a turbação da parte contrária seja ilícita. Se o proprietário está obrigado a tolerar a turbação ao direito de propriedade, como sucede em muitas relações de vizinhança (e.g. pode-se exigir que o vizinho tolere determinados barulhos), a pretensão não é admitida. E os custos para a cessação da turbação devem ser suportados pela pessoa que a está causando¹⁶⁹.

Caso o proprietário tema a provocação de novas turbações, isto é, a sua continuidade, tem ele contra o ofensor uma pretensão de omissão (*Unterlassung*). Tal pretensão objetiva prevenir futuras turbações, demandando os seguintes requisitos: a) uma concreta ameaça de violação de um direito ou um bem jurídico; b) o perigo de repetição de uma interferência ilegal (caso tal interferência já tenha ocorrido)¹⁷⁰.

A pretensão é dirigida contra aquele que provoca a turbação, ou seja, aquele que causa, por suas ações (*Handlungsstörer*) ou pela manutenção de uma condição (*Zustandsstörer*), uma deterioração da propriedade. A pretensão fundada no § 1004 do BGB surge mesmo se a pessoa que causou a turbação não tiver culpa, bastando, portanto, que a conduta simplesmente seja ilegal¹⁷¹.

De fato, qualquer deterioração da propriedade é ilegal, a menos que a parte interveniente esteja autorizada. Existem então situações em que o proprietário deve tolerar a intervenção, o que pode decorrer de um dever de tolerância surgido de uma relação jurídica de direito público ou de direito privado, bem como de uma disposição legal baseada no direito privado ou público (§ 1004, 2 do BGB)¹⁷².

¹⁶⁷ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 496.

¹⁶⁸ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 216.

¹⁶⁹ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 65.

¹⁷⁰ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 498.

¹⁷¹ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 444.

¹⁷² BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 140.

Em matéria imobiliária, o § 906, 1 do BGB fornece mais pormenores, enumerando os principais tipos de turbação (*Beeinträchtigung*). Referido texto legal trata dos problemas relativos à introdução de gases, vapores, odores, fumaças, fuligem, calor, ruído, trepidações e outras emissões provenientes de um imóvel alheio. Em qualquer caso, a ação deve ser dirigida contra o autor da turbação, ou seja, contra a pessoa que, pelo seu ato, criou a fonte da turbação¹⁷³. E a doutrina tradicional alemã fala, a este propósito, de um turbador pelo ato (*Handlungsstörer*), que expressa a necessidade de uma causa proposital da turbação, e de um turbador situacional (*Zustandsstörer*), que tenha, ao menos causado a situação de turbação¹⁷⁴.

As pretensões de cessação e omissão podem coexistir, mas o § 1004 do BGB não permite pedido de indenização. Eventual indenização deve ser exigida na forma do § 823 do BGB.

Por fim, vale notar que o § 1004 do BGB é aplicado analogicamente a todos os outros direitos absolutos, a menos que eles gozem de proteção especial por meio de disposições legais especiais. Aliás, é bastante importante a utilização por analogia da referida norma para a proteção dos bens jurídicos mencionados no § 823, 1 do BGB, ou seja, a vida, a saúde, a liberdade e o direito geral da personalidade¹⁷⁵.

14.3. A proteção contra a turbação da propriedade: problemas de vizinhança

Na prática, o principal caso de aplicação da ação prevista no § 1004 do BGB é a proteção contra a turbação anormal na vizinhança (*zivilrechtlicher Nachbarschutz*)¹⁷⁶.

De fato, os terrenos, edificados ou não, estão mais expostos a este tipo de turbação do que as coisas móveis, o que explica a existência de regras complementares nos §§ 906 a 912 do BGB, que estabelecem as condições em que o proprietário de um imóvel deve tolerar certas perturbações provenientes de um imóvel vizinho¹⁷⁷.

¹⁷³ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 261.

¹⁷⁴ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 92.

¹⁷⁵ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 497.

¹⁷⁶ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 390.

¹⁷⁷ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 262.

Em todo caso, não é qualquer interferência (*Einwirkung*) em um imóvel que vai necessariamente levar a uma turbação nos termos do § 1004 do BGB. O § 906, 1 do BGB estabelece que a turbação não deve criar uma simples restrição “insignificante” (*unwesentlich*), disposição que deve ser apreciada caso a caso pelo juiz, levando em conta o padrão do homem médio, isto é, um critério objetivo (*objektiver Maßstab*)¹⁷⁸.

Aliás, a jurisprudência atribui especial importância no que toca à avaliação objetiva do grau de turbação, em particular em relação ao ruído, à poluição atmosférica e às perturbações por trepidações¹⁷⁹. E conforme entendimento do Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof* - BGH), no conceito de homem médio deve-se também levar em conta o interesse geral e os valores jurídicos¹⁸⁰.

Além disso, a turbação deve ser causada pelo homem e não consistir em um incômodo puramente negativo (*negative Einwirkungen*) ou ideal (*ideelle Einwirkungen*). Isso exclui privações de luz, sol ou ar, perturbações na recepção de ondas de rádio, bem como a chamada poluição visual¹⁸¹.

A ação para a cessação ou a eliminação do problema não será bem sucedida se o autor for obrigado a suportar a turbação (§ 1004, 2 do BGB). Esse dever de tolerância (*Duldungspflicht*) pode resultar, nomeadamente, da existência de servidões (*Dienstbarkeiten*) ou de autorizações administrativas (e.g. instalação no imóvel, com autorização pública, de uma estação de rádio) ou ser justificado por um perigo proveniente do imóvel¹⁸².

Na maioria das vezes tal dever encontra seu fundamento no § 906 do BGB. De acordo com referido texto, a turbação deve ser tolerada quando cria uma simples restrição insignificante (*unwesentliche Einwirkung*). Esse é o caso do ruído provocado pelo vizinho que sai com seu carro da garagem de manhã e volta a entrar na garagem à noite¹⁸³.

Outrossim, a turbação também deve ser tolerada quando cria um inconveniente significativo (*wesentliche Einwirkung*), mas tal inconveniente significativo: a) esteja em conformidade com os costumes locais (*die ortsüblichen*

¹⁷⁸ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 499.

¹⁷⁹ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 262.

¹⁸⁰ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 499.

¹⁸¹ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 226-227.

¹⁸² FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 262.

¹⁸³ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 500.

Einwirkungen), sendo que para a avaliação dos costumes locais é necessário comparar a propriedade em questão com outras propriedades da região; b) não seja possível aos usuários do imóvel vizinho impedir o inconveniente por meio de medidas economicamente aceitáveis (§ 906, 2 do BGB)¹⁸⁴. Nesse caso, uma compensação razoável em dinheiro será devida ao proprietário (*angemessene Entschädigung*), a qual será quantificada conforme os princípios que regem o cálculo das indenizações em caso de expropriação¹⁸⁵.

Em suma, o proprietário do terreno deve tolerar as emissões do terreno vizinho que: a) não o prejudicam; b) as que o prejudicam apenas de modo insignificante; c) as que o prejudicam de modo significativo, mas que são causadas por um uso habitual na localidade e desde que não possam ser impedidas por medidas economicamente razoáveis.

14.4. Pretensão à reparação de danos

Os atos ilícitos, praticados com dolo ou culpa, permitem, conforme o § 823 do BGB, o ajuizamento de uma pretensão do proprietário contra o infrator para a obtenção de reparação dos danos sofridos (*Anspruch auf Schadensersatz*)¹⁸⁶.

Trata-se de uma pretensão que resulta da conduta ilícita da parte contrária (*Anspruch aus unerlaubter Handlung*), isto é, uma pretensão fundada na responsabilidade civil (*Deliktsrecht*)¹⁸⁷.

Ademais, vale notar que a pretensão à reparação de danos, que é garantida pelo § 823 do BGB, não faz parte da proteção do § 1004 do BGB.

14.5. Outras ações contra o possuidor irregular

A regulamentação alemã da relação entre possuidor e proprietário, como foi visto, é bastante complexa. Ao lado da pretensão fundada no § 985 do BGB, existem pretensões acessórias do proprietário contra um possuidor irregular do

¹⁸⁴ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 95.

¹⁸⁵ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017 p. 262.

¹⁸⁶ DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 264.

¹⁸⁷ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 66.

bem. São as pretensões da chamada relação proprietário-possuidor, previstas nos § 987 a 1003 do BGB¹⁸⁸.

Nessa situação, o direito alemão reconhece o surgimento de uma relação obrigacional legal (*gesetzliches Schuldverhältnis*) entre o proprietário e aquele que tem a posse injusta, a já mencionada relação proprietário-possuidor (*Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – E-B-V*)¹⁸⁹.

Assim, com o preenchimento de todas as condições para a pretensão de restituição, o BGB concede ao proprietário o direito à restituição dos ganhos retirados da propriedade pelo possuidor (§§ 987 e 988 do BGB), bem como à indenização das perdas e danos (*Schadensersatz*), quando a coisa tenha sido danificada ou perdida indevidamente pelo possuidor (§§ 989 do BGB). O possuidor, por outro lado, pode reclamar o reembolso das despesas necessárias que efetuou na coisa (§§ 994 do BGB)¹⁹⁰.

O objetivo dessas regras é privilegiar o possuidor de boa-fé, que não deve temer uma pretensão de restituição dos ganhos e nem uma pretensão de perdas e danos¹⁹¹. Por outro lado, prevê a legislação sanções mais graves para o possuidor de má-fé¹⁹².

15. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das coisas é uma das áreas do direito civil que guarda maior uniformidade entre os países de direito romano-germânico, uma vez que o processo de recepção do direito romano nessa seara foi bastante acentuado. A despeito disso, percebe-se facilmente a existência de um dualismo entre os países da *civil law*, que coloca, de um lado, o grupo que segue um sistema de matriz francesa e, de outro, um grupo de matriz alemã.

Nesse contexto, o direito das coisas alemão apresenta peculiaridades bastante importantes, entre as quais, talvez a mais relevante seja a adoção do princípio da abstração, que não encontra correspondência entre os países que seguem

¹⁸⁸ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 79.

¹⁸⁹ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 216.

¹⁹⁰ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 263.

¹⁹¹ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 155.

¹⁹² FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 263.

a matriz francesa. Esse princípio procura dar maior segurança jurídica nas negociações envolvendo direitos reais, especialmente no que toca à transferência de bens imóveis.

O princípio da separação é pré-requisito para a existência da abstração, isto é, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas, o que sucede em alguns ordenamentos jurídicos, como no brasileiro, em que existe a separação, mas não existe a abstração, pelo menos conforme entendimento da doutrina amplamente majoritária. A abstração determina que o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio de direito obrigacional se apresentar defeituoso.

Outro aspecto muito relevante do estudo do direito das coisas alemão é a vinculação social desses direitos, que não devem satisfazer apenas as necessidades egoístas do seu titular. O direito de propriedade está assim sujeito a uma obrigação social, de modo que a utilização da propriedade deve também servir ao bem comum, o que está em consonância com os valores de um Estado de direito democrático e social.

Entretanto, ao contrário do defendido por muitos autores no Brasil, na Alemanha a vinculação social da propriedade não integra o próprio conteúdo desse direito. Os estudiosos alemães consideram a vinculação social como um limite ao direito de propriedade. Além disso, a utilização desse princípio pelos tribunais alemães se dá de forma muito mais serena e comedida, o que contrasta com a realidade brasileira, onde muitas decisões judiciais utilizam a função social como um cheque em branco, que permite, de forma quase que arbitrária, a socialização da propriedade privada.

Por outro lado, o estudo realizado também permitiu se verificar que a forma de proteção do direito de propriedade na Alemanha, apesar dos resultados semelhantes e da inspiração romana, é um pouco diversa da sistemática brasileira. Isso talvez se explique pelo respeito que os tribunais alemães têm pelo BGB, bem como pela adoção da teoria da eficácia horizontal indireta, que suaviza bastante as incursões do direito constitucional sobre o direito civil.

Por conseguinte, sem negar a forte influência alemã no âmbito do direito das coisas brasileiro, que encampou muitas teorias desenvolvidas por juristas alemães, é inegável que a matéria apresenta pontos de divergência extremamente

relevantes entre os dois países. Assim sendo, o presente trabalho procurou traçar um panorama geral do direito das coisas na Alemanha e, ao mesmo tempo, de modo singelo, evidenciar algumas dessas importantes diferenças, que não devem ser olvidadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.
- BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007.
- CANDIAN, Albina; GAMBARO, Antonio; POZZO, Barbara. *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*. Padova: CEDAM, 1992.
- DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5.
- FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018.
- FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.
- HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.
- HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2 ed. Berlim: de Gruyter, 1996.
- KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018.
- KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 29. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013.
- KLINCK, Fabian. *Sachenrecht*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1269-1388.
- KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.
- LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 4.

- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.
- LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018.
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.
- MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016.
- MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PIETREK, Marietta. *Konsens über Tradition?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017.
- ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- SHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2016.
- STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- STRACK, Astrid. Hintergründe des Abstraktionsprinzips. *Juristische Ausbildung (JURA)*, Berlin, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011.
- STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012, p. 50-65.
- TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- WEBER, Ralph. *Sachenrecht: Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, v. II.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.
- WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung (DBJV-Mitt.)*, a. 34, n. 1, p. 39-59, ago. 2016.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

AS CONCEPÇÕES JURÍDICAS SOB A ÓTICA HISTÓRICA

Marianna Vial Brito¹

Resumo: Desde os primórdios da humanidade, é possível averiguar que os seres humanos se utilizaram de meios próprios para sua sobrevivência e que foram evoluindo com o passar dos séculos. Entre as diversas formas encontradas, uma delas foi a instituição de normas, que se alicerçaram devido aos fenômenos naturais ocorridos ou nas relações sociais construídas durante a história, cujo fim sempre foi proteger a coletividade e, principalmente, a vida humana. Dessa maneira, o presente artigo visa demonstrar a importância da associação entre a história e as ciências jurídicas para a construção da sociedade, bem como os reflexos das ações humanas e dos fenômenos naturais no mundo jurídico. Sendo contextualizado ainda os principais registros sociológicos, demonstrando como ocorreu a divisão dos povos até a nossa realidade. Para tanto, definir-se-á o conceito da ciência jurídica, o modo da utilização dessa ciência para a formação social e as adaptações e interpretações legislativas derivadas do contexto histórico.

Palavras-chave: Contexto histórico; Ciências Jurídicas; Formação da sociedade; Movimentos sociais; Reflexos Jurídicos.

Title: THE LEGAL CONCEPTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF HISTORY

Abstract: Since the dawn of mankind, it is possible to verify that human beings used their own means for their survival and that they have evolved over the centuries. Among the various forms found, one of them was the institution of norms, which were based on natural phenomena that occurred or on the social relations built during history, whose aim was always to protect the community and, mainly, human life. Thus, this article aims to demonstrate the importance of the association between history and the legal sciences

¹ Advogada, especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes - RJ

for the construction of society, as well as the reflexes of human actions and natural phenomena in the legal world. The main sociological records are also contextualized, demonstrating how the division of peoples occurred up to our reality. To this end, the concept of legal science, the way in which this science is used for social formation and the legislative adaptations and interpretations derived from the historical context will be defined.

Keywords: Historical context; Legal Sciences; Formation of the society Social movements; Legal reflections.

1. INTRODUÇÃO

Com base na teoria do Big Bang, defendida pelo padre e astrônomo belga Georges-Henri Lemaître (1894-1966), há cerca de, aproximadamente, 13,8 bilhões de anos, ocorreu a expansão de um único ponto no espaço, singular, com densidade e temperatura surpreendentemente altas, resultou no que hoje conhecemos como universo.

Passados mais alguns bilhões de anos, diversos planetas foram surgiram, entre eles, o Planeta Terra. Contudo, somente após um longo processo bioquímico, viabilizou as condições necessárias para que surgisse a vida, sendo, nesse momento, que diversas espécies se difundiram pelo mundo.

Estudos mais recentes apontam indícios que, acerca de 12 milhões de anos, em diferentes regiões da Ásia, África e Europa, viviam pequenos primatas, com estatura aproximada de um metro de altura, da espécie *Ramapithecus*, possuem grande ligação com o processo evolutivo do homem.

Sabe-se que essa espécie vivia nas florestas e migraram para as savanas, com habilidades muito específicas em comparação aos demais primatas, como atacar objetos contra predadores, carregar seus filhotes e alongar-se com a intenção de vigiar as redondezas contra potenciais inimigos. Em seu processo evolutivo, outros aspectos similares com as características humanas foram desenvolvidos, reforçando ainda mais a teoria da evolução, sustentada por Darwin.

Entre as diversas descobertas arqueológicas, o registro de vida humana mais antigo encontrado pelos estudiosos, tem cerca de 300 mil anos. Por seu cérebro extremamente grande, quando comparado com os outros animais existentes, o *homo sapiens* se destacou por suas capacidades desempenhadas

no decorrer da sua ascensão, como a domesticação do fogo e a socialização, o que, conseqüentemente, viabilizou sua sobrevivência.

Inicialmente, podemos concluir que muito antes de haver história, já existia seres humanos. Contudo, ainda permanecem alguns questionamentos: O que os mencionados registros implicam no nosso cotidiano? Há realmente a necessidade de sabermos toda a trajetória humana para a construção da nossa sociedade? E, caso não soubéssemos, seria prejudicial?

Ao passo que o presente artigo visa refletir sobre a construção da humanidade, associando os episódios marcantes na nossa trajetória e as seus reflexos na esfera jurídica. Destaca-se que em momento algum se pretende esgotar o assunto, muito menos fazer uma longa abordagem, uma vez que o intuito principal é demonstrar a importância de se contextualizar historicamente pontuando certos momentos emblemáticos na nossa sociedade e quais foram suas conseqüências, teórica e prática, das alterações sofridas.

2. O QUE É HISTÓRIA?

Originada no século VI (a.C.) na Grécia, o filósofo Heródoto, também conhecido como pai da história, foi o primeiro a empregar a palavra história significa conhecimento advindo da investigação, pesquisa. Em seu entendimento, aquele que quisesse se circunscrever somente ao presente, ao atual, nunca poderia compreender o que é o atual.

No prólogo de História, Heródoto declarou a razão da sua obra:

“Esta é a exposição da investigação de Heródoto de Túrio, para que os acontecimentos passados não sejam extintos entre os homens com o tempo, e para que os feitos grandiosos e maravilhosos, uns realizados por helenos e outros por bárbaros, não fiquem sem glória, e ainda os demais assuntos e por qual motivo guerrearam uns contra os outros.”
(HERÓDOTO. História, Tomo I, Prólogo)

Todavia, antes da etimologia, vemos que sempre existiu o desejo humano em justificar para si próprio seu surgimento. Assim, buscando solucionar questões ainda desconhecidas, as sociedades primitivas associaram seus conhecimentos práticos com as explicações mágicas ou religiosas, criando os denominados mitos, que foram transmitidos oralmente de geração em geração.

Por certo, a explicação mística não desapareceu, tendo em vista que até os dias de hoje, encontra-se presente em grande parte das manifestações culturais, não somente como forma única de explicar a realidade, mas em conjunto a outras, objetivando uma lógica conforme sua visão de mundo.

A história, por sua vez, nasceu umbilicalmente ligada à filosofia, diferenciando-se apenas pelo fato de que a filosofia visa tratar do conhecimento em geral, o que permitiu a derivação de diversas outras áreas como a matemática, a biologia, a astronomia, a política etc.

Nota-se que, após Heródoto, os historiadores passam a buscar explicações para o contexto que vivem, deixando de enfatizar tanto nas respostas acerca da sua origem, como ocorria nos mitos. A partir desse momento, a história ganha papel de destaque, sendo vista como a mestra da vida, tendo a função de fazer com que os homens compreendam seu destino e o conhecimento não parte mais de uma intervenção divina, mas sim, de uma explicação da razão.

Já no século XIX, a Alemanha surgia com uma corrente, na qual objetivava tornar história em uma ciência, o mais segura possível, tal como ocorre nas ciências exatas. No mesmo momento, a Europa, com a efetivação da sociedade burguesa e a implantação do capitalismo industrial, vivia um período de grande desenvolvimento das ciências naturais e passou a exigir, nas universidades, a presença da matéria nos seus currículos.

Contestando o capitalismo industrial, dois pensadores, Karl Marx e Friedrich Engels, elaboravam uma nova concepção filosófica do mundo, nomeada como materialismo histórico, cuja tese era que o início do conhecimento da realidade são as relações que o homem sustenta com a natureza e com outros homens.

Em suma, o entendimento era que as ideias, por si só, não provocariam transformações, mas sim, as condições materiais e as relações entre os homens, tratando-se de um processo dinâmico e lógico, no qual, cada realidade social traria por si o princípio da sua própria contradição, gerando, conseqüentemente, uma transformação constante da história.

Diante ao breve resumo apresentado, observa-se que desde a segunda metade do século XX, a narração histórica ficou a encargo das classes sociais “dominantes”, que possuíam o poder político, econômico e o prestígio social. Um grande exemplo da referida dominação, está na dificuldade de encontrar

documentos narrando a vida dos escravos na Grécia Clássica (séc. V a.C.), mesmo a proporção dos escravos sendo três vezes maior que os homens livres.

Contudo, é importante esclarecer que a mencionada dominação nunca é por completa, vez que não há um controle absoluto, pois, em um relato, nem tudo é completamente ciente ou racional. Em outras palavras, na história, temos conhecimento apenas naquilo que foi documentado, relatado ou vivenciado.

No presente momento, quando buscamos no dicionário Michaelis o significado do vocábulo “história”, apresenta-nos quinze definições diferentes, nas quais algumas se destacam como: o “conjunto de fatos ou acontecimentos relevantes, ocorridos no passado da humanidade, destacando-se época, local e dados importantes” ou “a evolução da humanidade ao longo de sua existência”, uma vez que essas podem, ser empregadas ao nosso cenário.

Nessa breve introdução, podemos concluir que a história, em síntese, refere-se a jornada feita pelo homem, como um ser social, convivendo em sociedade. Desse modo, querendo ou não, todos nós, indivíduos parte integrante de uma comunidade, fazemos parte dessa construção histórica, seja com atos ou, até mesmo, omissões.

2.1. A função social da história

Conforme relatado anteriormente, a função básica da história sempre foi proporcionar à sociedade uma fundamentação que exponha a origem dela mesma. Todavia, com o desenvolvimento humano, viu-se a necessidade de ampliar o objeto de pesquisa, o que, conseqüentemente, acarretou a estreitamento entre outras áreas do conhecimento humano, como a sociologia, psicologia, antropologia etc., nas quais todas pesquisam sobre a relação que o homem possui com a coletividade, todavia, sempre respeitando, obviamente, o enfoque na especialidade de cada ciência.

Nessa análise, Montesquieu, em *Do Espírito das Leis* (1748, p. 11), sustentou a tese de que seria inimaginável supor que um destino cego produzia todos os resultados vistos no mundo, isso significa dizer que o homem não poderia ser governado por meras “fantasias”, mas sim por normas e princípios derivados da natureza das coisas.

Por essa premissa, historiadores e filósofos se incumbiram de organizar, documentar e transcrever as experiências passadas pela humanidade através das suas descobertas, demonstrando as causas e os efeitos de cada acontecimento.

Assim, a essência da história se torna a transformação humana e analisa, precisamente, todas transações do comportamento social ocorridas com no decorrer dos anos. No que tange as revoluções ocorridas, é necessário destacar que, erroneamente, por muitos anos, as mencionadas mudanças significaram uma espécie de crise ou ruptura social. Entretanto, o que a história constatou foi totalmente o contrário disso, tendo em vista que todos os movimentos revolucionários foram processos lentamente forjados, alguns de maneira voluntária e outros não, porém, por inúmeras razões, nunca obtiveram o resultado esperado, que era o rompimento das estruturas sociais.

Outro aspecto importante a ser frisado é referente a dimensão de análise da história, neste caso, o tempo. Embora haja uma enorme confusão acerca do tema, é forçoso esclarecer que o tempo histórico não corresponde ao tempo cronológico em que vivemos e não pode ser notado por relógios ou calendários, tendo em vista que é notado por meio de acontecimentos habituais, como o desenrolar de um processo legislativo sendo acompanhado diariamente pelos jornais ou a mudança do comportamento social.

Sobre essas alterações, usaremos, a título de exemplo, o machismo. Vemos nos registros a preponderância masculina nos processos de desenvolvimento histórico, todavia, atualmente, o cenário tem se modificado, e a participação feminina no contexto social, seja no campo político, quanto no mercado de trabalho, tem sido cada vez maior.

À vista disso, o tempo histórico não é algo linear e constante, pois cada região possui sua própria evolução na história, que derivam em conformidade com as suas tradições e costumes. Não sendo uma transformação homogênea. Logo, o historiador não poderia analisar de maneira integral toda a história humana, mas sim, apenas sobre uma determinada localidade em um período.

Como vemos, as alterações históricas, na maioria das vezes, derivam das ações propriamente humanas. Entretanto, vale pontuar que não exclusivas do homem, pois, conforme exposto na introdução, a natureza também possui seu histórico de evolução, bem como o universo. O que nos diferencia é que os seres humanos

são constituídos em sociedade delibaram, voluntária ou involuntariamente, sobre os rumos que querem tomar.

Importante destacar inclusive que, a função da história não se limita em estudar os eventos passados como eventos distantes, sem relevância para o atual cenário, pois, como todos sabemos, há uma ligação direta entre a passado e presente, uma vez que cada ação ou omissão ocorrida acarretam reflexos no futuro. Dessa maneira, graças ao estudo sociológico, podemos ter uma perspectiva de quais serão os resultados das nossas atitudes.

Há ainda quem acredite que o conhecimento da história é útil para que sejam mantidas tradições sob a tentativa inútil de impedir que as inovações ocorram. Todavia, em sentido oposto, outro grupo de pessoas entendem que a história permite o desenvolvimento de forças transformadoras da humanidade.

Em síntese, a função da história nada mais é que analisar as escolhas feitas pelo homem, as circunstâncias em que elas ocorreram e as consequências das medidas tomadas, uma vez que suas decisões demonstram muito sobre o próprio homem e a sociedade ao seu redor. Por conseguinte, ao entendermos as construções sociais, automaticamente, compreendemos a humanidade atual.

2.2. A origem dos povos

Ao analisarmos, biologicamente, o ser humano, quando comparado com os demais seres que coabitam o planeta, é o mais inadequado. Os animais nascem já naturalmente cientes de suas habilidades e características. Contudo, embora seja desprovido de qualidades físicas, como presas ou proteção natural contra o frio, o homem conseguiu se destacar e desenvolveu meios próprios para sua sobrevivência, pois ao invés de herdar os mencionados atributos, tivemos que aprender a construir casas, fabricar nossos próprios meios de proteção usando os materiais fornecidos pela natureza. Assim sendo, nossas principais diferenças entre os animais se referem a distinções qualitativas.

Em virtude da referida evolução, houve a ruptura entre a História Natural e a Social, uma vez que o ser humano retirou da natureza o papel de escritor da história e passou ele mesmo a escrevê-la, por intermédio da difusão da cultura. Por essa razão que não há história da sociedade de outros animais, pois são elementos da natureza e não agentes.

Durante esse processo de construção, vale ressaltar que houve diversos momentos dolorosos e, até mesmo, vergonhosos para nossa história, como guerras, massacres, escravidão. Todavia, é importante lembrar também do quanto a nossa cultura é extremamente rica e não se restringem a esses episódios trágicos, tendo em vista que há tantos outros que nos orgulham imensamente, que vão da roda à vacina, da escrita aos poemas, das pinturas rupestres a Van Gogh etc.

Pensando nisso, muito se especula sobre onde seria o berço da humanidade e da forma que foi esse desenvolvimento sociológico. Dessa maneira, ocorreu uma intensificação nas pesquisas e aplicação de novos métodos de buscas, acarretando, conseqüentemente, uma crescente no número de registros arqueológicos encontrados.

A consequência dessas descobertas ocasionou a desatualização de várias teorias feitas até a presente data, pois, com o intuito de traçar uma sequência lógica, os historiadores, por muitas vezes, impactados pelo evolucionismo e cientificismo do século XIX, acabaram por reinventar o passado ao invés de reconstruí-lo. O que dava um bom resultado, contudo, inverídico.

Para contextualizar o início da sociedade, é necessário que voltemos até o período paleolítico, em vista que, durante, aproximadamente, 2,5 milhões de anos, a alimentação base dos humanos foi oriunda da plantação e da caça de animais que viviam e procriavam sem nenhuma intervenção externa.

Contudo, essa forma de subsistência foi alterada há cerca de 10 mil anos, quando uma das primeiras organizações sociais fez com que a agricultura fosse seu principal meio de subsistência, dedicando seu tempo e esforço para a manipulação da vida de algumas espécies de animais e vegetais. Tornando-se uma enorme revolução na maneira como os humanos viviam, a denominada Revolução Agrícola.

A princípio, muitos estudiosos acreditavam que a revolução surgiu de um único ponto do Oriente Médio. Todavia, hoje, sabe-se que a agricultura se manifestou em vários pontos do mundo, concomitantemente. Tal essa capacidade intelectual humana tornou a Revolução Agrícola um dos primeiros e grandes passos da humanidade.

Por muitos anos, a atividade agrícola prosperou e sustentou a população. Agora as pequenas comunidades nômades não tinham mais a necessidade de se locomover para outros pontos em busca de alimentos, o que promoveu um

aumento populacional, levando ao sedentarismo e, conseqüentemente, fazendo que as outras formas de sobrevivência fossem destruídas.

Observa-se, já nessa época, que havia a categorização de tarefas mediante o sexo do indivíduo. Dessa forma, os homens ficam incumbidos a caça e a preparação de todo material necessário para a atividade agrícola, enquanto as atividades das mulheres se limitavam a colheita e a educação familiar. Ressalta-se ainda que a divisão também era usada como forma de dominação masculina, inclusive os inúmeros mitos ritos e instituições surgiram com o mesmo objetivo, a sobreposição do masculino sobre o feminino.

No entanto, insta salientar que, antes da Revolução Agrícola, não havia consciência de que o agrupamento de indivíduos para um determinado fim específico seria benéfico, pois, conforme relatado, não existia nenhum outro tipo de modelo de convivência preexistente.

Gordon Childe (1981, p. 93), arqueólogo australiano, sustentou que, após a revolução, pequenas aldeias de agricultores autossuficientes se transformaram em cidades populosas. Assim, Egito e Mesopotâmia, cidades com ótima localização e com terreno fértil para plantio se ergueram e viraram esse conjunto de instituições capazes de organizar e instaurar a ordem e a paz e que auxilia o progresso intelectual e moral da humanidade, conhecidas como civilização.

Dentro das cidades, como forma de organização, a sociedade passou a ter o poder necessário de prestigiar o membro que se destacava por bom comportamento e punir aquele falhava, com penas que o condenavam a viver longe da estrutura de produção. O referido poder era empregado por seus líderes, que devido ao poder moral que possuíam, o realizava em nome do grupo que os apoiavam.

Com a falta de matéria prima, os governantes dessas primeiras cidades começaram a estreitar suas relações com as aldeias vizinhas através do comércio e, rapidamente, tornaram-se cidades, como o caso do atual Iraque, Síria, Irã, Israel, indo cada vez mais longe até chegarmos ao que somos hoje.

2.3. A sociedade do século XXI

Ante a todo narrado, verificamos que a sociedade humana, mesmo com toda evolução em sua organização e da intuição de normas, permanece com

inúmeras complexidades. Ao fim do século XX, podemos constatar que, em nenhum momento da história, a sociedade nunca sofreu tanto com as próprias ações quanto no decorrer desse século, o que, conseqüentemente, movimentou todas as esferas: social, cultural, política e econômica.

Em síntese, pode-se definir o século XX como um século paradoxo, pois mesmo contendo políticas nefastas, que acarretaram, aproximadamente, de 100 milhões de mortes, durante o mesmo período, houve a propagação em massa dos direitos democráticos e sociais, vide as inúmeras conquistas femininas, como direito a voto, o surgimento da delegacia da mulher e da Lei Maria da Penha, entre outras.

Já no contexto mundial, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) que, após as duas Guerras Mundiais, surgiu com o intuito de mediar conflitos entre os países, disseminar a cultura da paz entre as nações, protegendo e propagando os direitos humanitários.

Embora os primeiros passos no século XXI sejam atravessando crises como xenofobismo, violência e aquecimento global, o novo século se iniciou com expectativas de ser melhor que o ano anterior, em especial, objetivando a paz entre os povos.

Importante destacar o quanto as características culturais e sociais se alteraram na mesma proporção em que novas formas de comunicação que dependem das tecnologias digitais foram ganhando espaço. Verifica-se, inclusive, que em um mundo cercado de informações constantes e muitas vezes irrelevantes, por força do avanço tecnológico, forçou as pessoas acabem se relacionando mais por meio de aparelhos eletrônicos do que pessoalmente.

Pensando nisso, o sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, sustenta que “a misteriosa fragilidade dos vínculos humanos, o sentimento de insegurança que ela inspira e os desejos conflitantes (estimulados por tal sentimento) de apertar os laços e ao mesmo tempo mantê-los frouxos (...)” (2004, p. 8).

Observa-se que o sociólogo demonstrou exatamente a situação da sociedade atual que, embora busque estar cada vez mais próximos uns dos outros, ao mesmo tempo faz com que as relações sociais, nesse século, são mais vulneráveis. Dessa maneira, o presente século acarretou um declínio das relações humanas sólidas.

Já ao que se refere ao cenário político, a voz popular apela intensamente para que surja uma política mais democrática, a fim de que haja a solução dos problemas

sociais, tanto no sentido de controle da economia, quanto na esfera da efetivação das políticas públicas de caráter integrador e inclusivo, fazendo com que ocorra a real proteção de classes sociais dependentes do mercado de trabalho, bem como a estabilidade social, política e econômica em contexto global.

O economista polonês, Ignacy Sachs, em entrevista para o Instituto Ethos, aponta, que a humanidade ainda terá três grandes desafios no decorrer desse século que são relativos às mudanças climáticas, o déficit crescente de trabalho e a imposição de mudar as matrizes energéticas, que, atualmente, em utiliza-se, em grande parte, das fontes não renováveis.

Dessa maneira, nota-se que a visão do mercado atual é buscar um meio de equilíbrio entre um mercado rentável, inclusivo e sustentável. Por essa razão, as grandes potências tentam introduzir critérios básicos para investimento, pois, além do custo-benefício, deve haver um conjunto de políticas públicas incluso.

Como vemos, ao compararmos o início da civilização até hoje, o cotidiano das pessoas não é mais o mesmo, pois, não só o setor de serviços e produtos ampliou, como apresentou um novo modo de viver. Tal fato ficou evidente com a ocorrência da pandemia do vírus SARS-CoV-2, ocorrida em 2020, onde impossibilitou o contato direto de indivíduos, os trabalhos foram adaptados, as escolas foram adaptadas. As novas tecnologias possibilitaram a criação de negócios que, em outros tempos, seria inviável.

Ou seja, entramos na era denominada como GNR (Genética, Nanotecnologia e Robótica), desse modo, nossas vidas serão afetadas em todas as dimensões, seja em coisas básicas do cotidiano, como as relações sociais, na área da saúde e do trabalho. Todavia, embora no decorrer da nossa trajetória haja muitas sequelas, devido aos nossos erros, é importante nos lembrarmos sempre que a humanidade só progrediu até hoje. Máquinas foram inventadas com o objetivo de aliviar o trabalho humano e possibilitar novas descobertas.

Portanto, percebe-se que, conforme as palavras de Marshall Goldsmith no título de seu livro, o que nos trouxe até aqui não será suficiente para nos levar adiante. Dessa forma, é necessário agradecermos o passado, absorvendo todos os aprendizados deixados por ele e estarmos abertos para novas oportunidades apresentadas, para que enfim, possamos prosseguir.

3. DIREITO – CONCEITO, DEFINIÇÕES E FUNÇÃO

Sabemos que o homem é um animal naturalmente gregário, não somente pelo seu instinto social, mas também pelo tamanho da sua inteligência, no qual o ensinou que, para alcançar suas metas, é mais vantajoso viver em grupo, contribuindo mutuamente para um determinado fim.

Devido seu modo viver, mesmo sendo de espontânea e até involuntária, em conjunto com outros indivíduos, seja em um grupo familiar, seja no trabalho, cidade, alguns doutrinadores classificam que o estilo de vida humano como “essencialmente coexistência” (DINIZ, 2012, p. 260), pois ele não somente existe, mas sim, é dependente da companhia de outros indivíduos.

Contudo, como qualquer relação entre pessoas, ficamos sujeito a conflitos. Em razão disso, torna-se indispensável que haja regras preestabelecidas, não só para solucionar os futuros conflitos, bem como para evitá-los.

Porém, não é conveniente discorreremos a função do direito, antes mesmo de analisarmos o vocábulo em si. Conforme as lições ensinadas por Levaggi (1998, p. 257-258), diferente do que muitos acreditam, os gregos e romanos se quer conheciam a palavra direito no sentido jurídico atual empregado. Durante esse período, o direito era constituído por *mores maiorum*, que se trata de normas não escritas, derivantes da aplicação constantes de práticas sedimentadas.

Nesse entendimento, o jurista romano Ulpaino sustentava que o direito se tratava “o tácito acordo do povo, arraigado por um largo costume.”

Para os romanos, os *mores* eram constituídos por seus antepassados, nos quais foram divinizados por sua bondade inigualável, denominada como *boni mores*, devendo ser respeitadas. De modo que a justiça ou injustiça dos atos dos indivíduos passou a ser classificada pelas gerações seguintes de acordo com tais costumes.

Nesse íterim, quando se tratava de uma regra jurídica, em outras palavras, quando o *mos* não era prejudicial a outro indivíduo, os juízes e prudentes buscavam uma resolução justa para cada litígio, baseando nas condições apresentadas na situação, uma vez que se tratava de uma decisão *erga omnes*.

Por conseguinte, Levaggi conclui que o termo “direito” não deriva do direito romano, mas sim, do direito canônico, que a retirou da cultura judaico-cristã.

Corrobora-se a tese o fato de tanto as leis de Moises, como as leis de Cristo dirigiam-se a conduta como um caminho reto (*directum*) e, por extensão, acabou integrando ao vocabulário jurídico.

O jurista Miguel Reale Jr. ressaltou ainda que, mesmo atualmente, “a palavra Direito tem diferentes acepções, o que pode parecer estranho, mas já advertimos que é impossível nas ciências humanas ter-se sempre uma só palavra para indicar determinada ideia e apenas ela.” (2011, p. 64)

Por conseguinte, o professor Dimitri Dimoulis (2008, p. 18-19) distinguiu quatro dos diferentes significados da palavra. Em primeiro momento, caracteriza direito aquilo que é justo e está relacionado ao termo latino *directum*, que, conforme anteriormente explicado, significa reto, correto, bem direcionado. Isto significa dizer que se trata da ação ou omissão que um determinado individuo tem de fazer em prol de uma sociedade bem-organizada e honesta.

No segundo sentido, refere-se ao direito subjetivo, aquilo que alguém pode fazer, exercendo da sua faculdade, podendo exigir uma prestação ou omissão. Onde surge a ideia da *facultas agendi*.

Na terceira definição, a palavra direito tem correlação com a ciência jurídica, designa o conjunto de disciplinas jurídicas, que é denominada por “Ciências Jurídicas”.

Por fim, a descrição que mais se adequa ao que pretende esse artigo explicar, direito como um conjunto de normas que objetiva regulamentar o comportamento dos indivíduos de uma determinada sociedade. As referidas normas são editadas pelas autoridades competentes e estabelecem, nos casos de violação, a imposição de sanções por órgãos do Estado, as *normas agendi*. Sendo assim, o consenso é que o Direito seja um agregado de normas para que se consiga a justiça e a minimização dos conflitos de uma dada sociedade.

Ante as definições demonstradas pelo doutrinador, constata-se que, embora o vocábulo tenha mais de um significado e suas peculiaridades, todos eles, de alguma maneira, se concatenam. Todavia, o autor frisa que a definição de direito não pode ser validada para todas as sociedades e em qualquer tempo, pois, como vê-se, cada grupo social entende da sua própria maneira.

Outro aspecto importante a ser frisado se trata da aplicação do regulamento.

Nota-se que, obviamente, sem o homem, tanto a sociedade, quanto suas normas, não seriam possíveis, vez que é o ser humano quem constrói o Direito, portanto, é para ele, e somente ele, que se aplicam tais regras. Isto é, não é possível a aplicabilidade do nosso regimento em face de outros animais.

Nesse diapasão, Vicente Ráo (1988, p. 51) explica que «o direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade. Tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o próprio homem.»

Diante disso, podemos verificar o Direito possui influência direta no nosso cotidiano, uma vez que, conforme demonstrado, é a ciência que tem como objetivo acompanhar e refletir os fatos históricos, sociais, econômicos etc. para que haja uma melhor funcionalidade da sociedade.

Vale frisar que, embora para muitos, o Direito se limite apenas da elaboração e aplicação das normas, sua função é muito mais ampla. Tal fato se caracteriza quando, para evitar o constante uso da força, foram criados processos juridicamente regulamentados, como os processos legislativos, processos eleitorais e os processos judiciais, impossibilitando expectativas sociais infundadas. Em outras palavras, com a devida regulamentação, a sociedade passa a ter decisões vinculativas.

Para Luhmann (1985, p. 70), a legitimidade do Direito deriva tanto da sua função originária que é a estabilização da sociedade por intermédio da implantação fática do Direito, bem como da sua função de controlar os processos de decisão jurídica no plano do sistema social. Por esse motivo, a função do direito seria limitada demais se apenas ficasse na esfera de solução de conflitos e protetor de padrões comportamentais vigentes, como é trazido pela teoria funcionalista sistêmica. Não obstante, a referida teoria desconsidera que as pessoas possam sofrer interferência efetiva por meio dos processos de decisão.

Assim, ao conhecermos a origem, o conceito, bem como os mecanismos da funcionalidade do Direito permitem que nós possamos estruturá-lo de maneira que seja ainda mais benéfico para a sociedade, admitindo e agregando mais valores a ele.

3.1. A história do Direito

Inicialmente, percebe-se que a História do Direito é o resultado da soma de duas áreas de saber: a histórica e a jurídica. Contudo, há uma divergência no que

seria o objeto principal de estudo na matéria, o doutrinador Rabinovich Berkman (2011, p. 1) entende que, por se tratar de uma disciplina histórica, significaria que a busca se limitaria em buscar os aspectos do passado vinculados ao direito, tanto de maneira mediata, quanto imediata.

Em sentido oposto, Bruno Albergaria (2012, p. 4), em seu livro *História do Direito*, defende que a importância do Direito na construção da humanidade e que não poderia haver separação entre as duas áreas, pois, embora a história possa ser vista de diversas formas, como pela arte, pela culinária, pela medicina etc. é pela noção jurídica das civilizações que podemos ter uma análise clara do mundo pretérito e da sua cultura.

É sabido que tanto a História, tanto o Direito, possuem o mesmo denominador comum: o Homem. Salientando determinados pontos já analisados, o homem é naturalmente um produtor de cultura, em sentido literal da palavra, que é a representação de um conjunto de tradições, crenças e costumes de determinado grupo social.

Maria Helena Diniz (2012, p. 249) sintetiza que “o objeto da história do direito é a interpretação dialética do fenômeno jurídico e seu dimensionamento em função do tempo.”

Conclui-se, desse modo, que o Direito por se tratar de uma produção humana, também é cultura e, conseqüentemente, produto do tempo histórico no qual a sociedade que a gerou está inserido. Logo, o direito é o reflexo da necessidade do grupo que a produziu, sendo um reflexo de suas exigências.

Em vista disso, o estudo da História do Direito é fundamental, uma vez que permite o entendimento das conexões existentes entre a sociedade, as suas características e as razões para a criação das normas produzidas.

Em um primeiro momento, ao analisarmos a história do direito, muitas vezes confundimos direito com leis escritas. Todavia, o correto é ampliar a concepção de direito para todo agrupamento de normas que ajustam uma sociedade, uma vez que todas as comunidades humanas são produtoras do seu próprio “Direito”.

Ao longo da pré-história jurídica, os povos ágrafos influenciaram diretamente para a evolução jurídica. Tal suposição fica caracterizada ao observarmos as primeiras sociedades que utilizaram a escrita, já possuíam conceitos e instituições

muito bem definidas, como, por exemplo, o poder paternal ou maternal, propriedade, contrato, casamento, hierarquia no poder público etc.

Ao que se refere o direito dos povos ágrafos suas características comuns se refere a forma oral de estabelecer suas normas, o que fazia com que fossem passadas de geração em geração. Importante salientar que as regras criadas, normalmente, eram vinculadas com alguma determinação religiosa, ou seja, não havia muita distinção entre as normas jurídicas e as crenças locais.

Como fonte, os povos utilizavam, basicamente, dos costumes. Contudo, além dos costumes, algumas das normas eram baseadas em precedentes estipulados pelos líderes que, ao julgar casos similares ocorridos anteriormente, usava de decisões anteriores para editar normas a fim de evitar os futuros conflitos.

Cerca de 3.000 a.C., com o surgimento das primeiras civilizações, da escrita e do comércio, manifestam-se, concomitantemente, os primeiros documentos jurídicos, na região do Egito e na Mesopotâmia.

No Direito Egípcio, todo poder emanava do Faraó, por esse motivo, as leis eram escritas conforme o conceito de “Ma’at”, a deusa da verdade, da justiça, da retidão e da ordem, na qual era responsável pela organização cósmica e social.

Ao que se refere aos julgamentos e a disposição dos tribunais, tudo era conforme a vontade do Faraó. Os processos eram escritos e o direito penal não era tão severo quanto em outros locais, tendo em vista que não há registros penais de mortes. Contudo, até o momento, não se sabe se no direito egípcio há um compilado de leis escritas, pois nunca foi encontrado tal documento.

Em sentido oposto, no mesmo período, o direito na Mesopotâmia já previa um conjugado de normas escritas, que, ao que se sabe, trata-se da coletânea legislativa mais antiga do mundo. Foram 281 normas talhadas em uma rocha escura, que foi encontrada na cidade de Susa, o atual Irã.

O Código de Hamurabi (1800 a 1500 a.C.) estabelecia normas de diferentes áreas que variavam do direito civil, comercial e criminal, baseando-se na lei de talião: “Olho por olho, dente por dente”. Destaca-se que, assim como a legislação brasileira atual, ninguém poderia alegar desconhecimento da lei, como forma de eximir-se de culpa.

Já, aproximadamente, em 1.250 a.C., o povo hebraico era liderado por Moisés para saírem do Egito, em um episódio denominado como êxodo. Antes de

chegarem à Palestina, conforme prevê a Bíblia, os hebreus teriam passado cerca de quarenta anos no deserto, onde, durante esse percurso, teriam composto sua civilização e suas normas reveladas por Deus.

Possuindo grande similaridade com o Código de Hamurabi, para os judeus, a Torá só poderia ser modificada com o desejo de Deus, a mesma concepção também pode ser verificada nos direitos canônico e muçumano. Dessa forma, identifica-se que o direito hebraico é um direito altamente religioso, contudo, ao contrário do que ocorria nas demais civilizações da Antiguidade, os judeus baseavam seu ordenamento em uma religião monoteísta.

De outro modo, o direito grego possuía mais a noção de justiça, todavia, não se pode dizer que os gregos foram grandes juristas, uma vez que suas maiores contribuições foram nas áreas da filosofia e na ciência política.

Vale destacar que, exceto durante o governo de Alexandre, o Grande (336 a.C. e 323 a.C.), cada cidade da Grécia Antiga tinha sua própria legislação. Percebe-se ainda que já havia ideia de cidadania, mas não se tinha noção de um ser individual, porque não era previsto os direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado e de seus agentes.

Posteriormente, grande parte do conhecimento filosófico dos pensadores gregos foi utilizado como alicerce na construção do sistema jurídico de Roma. O que viabilizou que os romanos colocassem em prática todos os estudos da Grécia Antiga, fazendo com que se tornasse um sistema jurídico mais justo.

O conjunto de normas que instituiu o Direito Romano foi denominado de “Leis das Doze Tábuas” e disciplinou toda a relação jurídica da república romana. Sua história foi dividida em três fases: Direito Antigo, Direito Clássico e Direito Pós-Clássico (do baixo Império, vigorando desde a sociedade do antigo Império Romano (754 até 564 a.C.) até a morte do Imperador Justiniano.

Como fonte, os romanos usaram os costumes, que se tornou a base do direito privado, leis e os éditos dos magistrados. Inclusive, nesse período, era comum a existência dos juriconsultos, o que permitia uma maior apreciação de cada caso concreto.

Nota-se que os princípios e regras do sistema de Roma possuem grande influência no atual pensamento jurídico, tanto nos países europeus, quanto nos

latino-americanos, em especial no Brasil. Sobre o tema, o jurista alemão Rudolf von Ihering aduz:

A importância do Direito Romano para o mundo atual não consiste só em ter sido por um momento, a fonte ou origem do direito: esse valor foi só passageiro. Sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que causou em todo nosso pensamento jurídico, e em ter chegado a ser, como o Cristianismo, um elemento da Civilização Moderna. (VON IEHRING apud GIORDANI, 1968, p. 254)

Ao analisar o contexto histórico do Direito Brasileiro, verifica-se que, assim como o romano, foram diversas fases até chegarmos ao sistema que conhecemos. Inicialmente, no período do Brasil-Colônia, aplicava-se as normas contidas nas Ordenações Portuguesas: Afonsinas, Manuelinas (1521) e, após o ano 1603, as Ordenações Filipinas, nas quais se basearam no direito romano. Frisa-se que, mesmo com a Proclamação da Independência, em 1822, o Brasil permaneceu usando as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções de leis que eram vigentes em Portugal.

Tal situação se estendeu até a chegada da Constituição Imperial, em 1824, que estipulou a elaboração do Código Civil. Todavia, os primeiros trabalhos desenvolvidos pelo jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, não foi aceito, pois propunha a unificação dos direitos privados, ao que se referia ao direito civil e o mercantil.

Com o enfraquecimento do Império e a Proclamação da República, em 1889, extinguiu-se o Poder Moderador, restando somente os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Durante esse período, vigorava o conhecido “voto de cabresto”, que se referia ao poder dos coronéis tinham para influenciar o sistema eleitoral pelo abuso de poder e a compra de votos. Destaca-se que a cidadania era uma prerrogativa exclusiva aos homens maiores de 21 anos, alfabetizados que possuíam bens. Ou seja, tratava-se de uma sociedade atrasada.

Nesse período, o presidente Deodoro da Fonseca determinou novas diretrizes para o Estado brasileiro e escolheu a República Federativa como regime político, transformando as províncias em Estados. A nova constituição brasileira determinava a descentralização dos poderes, concedeu autonomia aos Estados e Municípios e determinou a eleição direta para os membros do Poder Executivo e Legislativo, demonstrando a enorme influência dos movimentos

revolucionários Americano (1776) e Francês (1789), bem como os demais movimentos revolucionários do século XVIII, na esfera do direito público.

Na Constituição de 1934, que se inspirou na Constituição Mexicana de 1917, houve uma priorização as elites agrárias ao invés dos direitos populares, como dignidade, cidadania, liberdade e igualdade, encontra contrapartida, com ampliação de Getúlio Vargas, tornou-se referência no que diz respeito aos direitos empregatícios.

Entretanto, vendo seu governo ameaçado pelos grupos de esquerda, Vargas influenciado pelo fascismo europeu, elaborou a quarta Constituição Brasileira em 1937, que foi marcada por autoritarismo e centralização do poder político, tendo como objetivo principal a manutenção do seu cargo.

Com a deposição do presidente e a eleição de Eurico Gaspar, em 1945, criou-se uma Assembleia Constituinte para a elaboração da quinta Carta Magna. Devido seu caráter democrático, houve a participação de vários partidos políticos de ideologias distintas no processo eleitoral, fazendo que eliminasse qualquer autoritarismo remanescente da antiga Constituição. Inclusive, foi nesse momento que se adotou o liberalismo como modelo econômico, influenciando não só na esfera econômica, como também nas liberdades individuais, políticas, intelectuais e religiosas.

Passada uma década, surge Juscelino Kubitschek prometendo o crescimento nacional com o “Plano Cinquenta anos em cinco”, que visava investir em transporte, estradas, indústria de base e alimentos, durante o governo de 1956 – 1961.

Devido a chegada de Jânio Quadros, ainda existiram reformas de base com viés nacionalista, como, por exemplo, a instituição do monopólio estatal sobre a importação do petróleo e as desapropriações ao longo das estradas e rodovias. No entanto, todos seus planos de governo foram interrompidos devido o golpe de Estado de 1964.

Com os militares no controle político, rompeu-se a democracia estabelecida na Carta Magna de 1946, sendo instituído um regime antidemocrático e arbitrário que foi legalizado em 1967 com a nova Constituição.

Caracterizado pela centralização de poder, esse governo privilegiou o Poder Executivo e enfraqueceu o princípio federativo, reduzindo a autonomia dos

Estados e municípios. Supriu também diversos fundamentais, dentre eles o da liberdade de expressão.

De maneira geral, todas as Constituições, exceto a de 1946, de certa forma, acabaram manipulando os desejos populares e priorizou as vontades da classe elitista. Apenas em 1985, quando o Congresso Nacional aprovou as medidas com a finalidade de extinguir qualquer tipo de lei, decreto ou documento daquele regime que ainda pudesse estar em vigor, pois fim ao estado autoritário existente. Todavia, o marco oficial do retorno na democracia e o fim do regime militar somente ocorreu em 1988, com a promulgação da Constituição da República.

As principais exigências tratavam das eleições diretas para presidente, do desenvolvimento econômico, da liberdade, a fim de estabelecer a identidade brasileira no cenário político. Para isso, foi necessário a rearticulação do modelo Federativos, com a devida repartição de competência, a instituição dos Direitos e Garantias Fundamentais, bem como mecanismos de controle para qualquer tipo de abuso de poder.

Ante a trajetória do Direito apresentada, concluímos que a definição de Direito se consolida conforme as características e os momentos históricos de cada população. Dessa maneira, repara-se que para sua construção deve existir um exercício diário, pois, caso contrário, não haveria o estado democrático de direito atual e a população não poderia exercer seus direitos e obrigações livremente.

4. A INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO E HISTÓRIA

Entre tantas mudanças sociais nos últimos tempos, nos questionar sobre o passado pode transparecer uma vontade indireta de ressignificar nossas escolhas, contudo, alguns estudiosos, como Octávio Paz, entendem que tal comportamento questionador humano, derivado das crises, refere-se a uma busca de esperança para um futuro incerto.

Dessa maneira, nota-se que as crises podem surgir por vários motivos, seja por eventos naturais, como catástrofes, seja por intervenção estatal, como quando o Estado muda seu estilo de governo, ou, até mesmo, por transformações sociais, como no caso dos movimentos sociais (feminista, LGBTQIA+, *Black Lives Matter* MLST etc.).

Entretanto, a sociedade possui apenas duas formas para reagir a essas situações. A primeira delas está relacionado com a rejeição, que, sob a falsa sensação de manter o mundo como está, acaba afastando qualquer possibilidade de mudança, ou a adequação, pois tendo em vista a impossibilidade de ser imutável, o homem opta por compreender e se adaptar às novas circunstâncias a ele apresentadas.

Dentre as adaptações realizadas pela sociedade, uma delas diz respeito a própria regulamentação, uma vez que, conforme anteriormente mencionado, as leis, as instituições judiciais e as ideias jurídicas são estabelecidas de acordo com os princípios estabelecidos pelo grupo social que as criou.

Esse entendimento fica caracterizado quando vemos conceitos diferentes para um determinado direito, como o caso da igualdade, quando nas primeiras civilizações, os cidadãos eram iguais entre si, contudo, o referido tratamento não era dado aos estrangeiros e aos escravos. Em contrapartida, a sociedade atual, como um todo, aplica a igualdade de uma maneira universal e abstrata, ainda que, em algumas situações, a igualdade apareça apenas legalmente.

Por isso, a fim de estudar os efeitos dessas alterações sociais, diversas ciências acabam utilizando o direito como objeto de pesquisa, resguardando, obviamente, suas especialidades, *exempli gratia*, a sociologia jurídica estuda o direito como um fato social, já a dogmática jurídica analisa a letra da lei e o filósofo, por sua vez, volta sua visão aos princípios fundamentais que estruturaram a norma. Portanto, podemos concluir que além de possuir sua própria história, o direito é parte integrante da construção sociológica e se relaciona diretamente com cada evento na linha temporal.

Consubstanciando esse raciocínio, o jurista alemão Friedrich Carl von Savigny (1981) defende que “o direito é um produto de forças interiores, que operam em silêncio e está profundamente enraizado no passado da nação, e as suas verdadeiras fontes são a crença popular, os costumes e a consciência do povo.”

O mesmo fenômeno pode ser constatado quando analisamos as modificações legislativas de acordo com os moldes políticos, econômicos e sociais da época. Em outras palavras, o transcorrer do tempo gera alterações inerentes à vontade humana, por conseguinte, não há possibilidade de existir um direito eterno e imutável, porque, assim como as ideias passam por uma evolução progressiva e linear, os conceitos jurídicos não resistem as transições históricas.

Porém, isso não significa que a legislação vigente seja melhor que as passadas, e sim, mais adequada para o momento em que vivemos. Vale destacar que a maioria das adaptações legislativas se deram de forma gradual, adequando-se naturalmente, em conformidade com a evolução jurídica.

Evidencia-se, dessa forma, a importância da história do direito para as civilizações, pois trata-se de uma ciência que nos permite pesquisar e estudar a essência do processo de alteração legislativa, bem como as influências que motivaram as referidas modificações.

Antônio C. Wolkmer (2006, p. XV) sintetiza o que seria a história do direito da seguinte maneira:

“Trata-se de pensar a historicidade do Direito - no que se refere à sua evolução histórica, suas ideias e suas instituições - a partir de uma reinterpretação das fontes do passado sob o viés da interdisciplinaridade (social, econômico e político) e de uma reordenação metodológica, em que o fenômeno jurídico seja descrito sob uma perspectiva desmistificadora.”

Por isso, não há como compreender o Direito como um conjugado de normas inflexíveis e socialmente isoladas, uma vez que se refere a um evento multidisciplinar que agrega diversas áreas das ciências humanas, que busca construir leis mais fiéis a realidade de seu povo.

Por fim, pode-se concluir que, da mesma forma que os demais elementos da sociedade, o fenômeno jurídico se desenvolve conforme as complexidades das relações humanas. Isto é, o direito se torna fundamental no contexto de comunidade, pois se trata da representação cenário político-social.

5. CONCLUSÃO

Embora, a concepção atual de direito esteja, erroneamente, atrelada ao poder estatal, vimos que não podemos restringi-lo a esse conceito, tendo em vista que, antes mesmo do surgimento da escrita e das nações, já havia a previsão de normas reguladoras e de alguns institutos jurídicos fundamentais, que, futuramente, viriam a ser o embrião da justiça.

Destarte, buscando orientar a vida em coletividade, o homem estabeleceu normas de comportamento aos indivíduos que viviam em sociedade, a fim de

que houvesse uma boa convivência entre eles. Assim, entende-se que onde existe o homem, há sociedade; onde existe sociedade, há Direito, conforme as palavras do jurista romano Ulpiano: “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”.

Todavia, devido a heterogeneidade e, conseqüentemente, o desenvolvimento natural das civilizações, exigiu-se que o direito acompanhasse essa evolução, tornando-o ainda mais profundo e complexo, uma vez que, em decorrência a todas as modificações sociais, acabaram repercutindo nas relações jurídicas. Ou seja, existe uma verdadeira relação de simbiose, dado que, à medida que direito visa regular a sociedade, concomitantemente, é moldado e consolidado por ela, provocando, desse modo, alteração na aplicação do Direito e das leis, propriamente ditas.

Além disso, é importante destacar que o objetivo cardeal do Direito é instituir a justiça, então não há como analisá-lo isoladamente, em virtude que, para compreendê-lo, é necessário entender que se trata de um conjunto de institutos constituídos ao longo dos séculos e que, ainda hoje, fazem parte do cotidiano humano.

Nesse diapasão, o jurista francês Joseph Louis Elzéar Ortolan (NADER apud ORTOLAN, 2000, p. 11) sustenta que “Todo historiador deveria ser jurisconsulto, todo jurisconsulto deveria ser historiador.”

Por essa razão, o direito é indissociável da história, pois são os fatos históricos que delimitam os rumos da justiça, logo, apagar o passado é condenar o futuro, tendo em vista que se não sabemos de onde viemos, não saberemos onde estamos, nem mesmo para onde vamos.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do Direito*. (Coleção Roteiros Jurídicos). São Paulo: Saraiva, 2007.

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALTAVILA, Jayme. *Origem dos direitos dos povos*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1963.

A ATUALIDADE DO ECODSENVOLVIMENTO. Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/cedoc/atualidade-do-ecodesenvolvimento/>>. Acesso em: 27 mar. 2021

- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BORGES, Vavy Pacheco. *O que é história*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CHILDE, Vere Gordon. *A evolução cultural do homem*. 5 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1981
- DIMOULIS, Dimitro. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. Petrópolis: Vozes, 1968
- HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma Breve História da Humanidade*. 48º ed. Editora L&pm, 2015
- HERÓDOTO. *História*. Ebook Brasil, 2006
- LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino Tomo I Parte General Introdoción al derecho del merconial* Editora Depalma, 1998
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PINSKY, Jaime. *As primeiras civilizações*. 25º ed. São Paulo: Editora Contexto, 2011
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Trilhas abertas na história do direito: conceitos, metodologia, problemas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Da vocação de nossa época para a legislação e a ciência do Direito*. Madrid: Aguilar, 1970.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- _____. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010

ECONOMIA COMPORTAMENTAL E DIREITOS AUTORAIS: PROPOSTAS REFORMISTAS

Pedro de Abreu Monteiro Campos¹

Resumo: Este trabalho apresenta como a Economia Comportamental e a Teoria da Regulação de Lessig são capazes de auxiliar na compreensão do territorialismo exacerbado por parte de muitos autores e, principalmente, de titulares de direitos autorais patrimoniais. Com essa análise, propõe-se singelas alterações na legislação autoral brasileira em relação aos tipos de obras e à motivação de sua criação.

Palavras-chave: Direitos Autorais; Economia Comportamental; Economia; Obras Encomendadas; Regulação.

BEHAVIORAL ECONOMICS AND COPYRIGHT: REFORM PROPOSALS

Abstract: This paper presents how Behavioral Economics and Lessig's Theory of Regulation are able to assist in the understanding of exacerbated territorialism on the part of many authors and, mainly, holders of copyright. With this analysis, it is proposed simple changes in the Brazilian copyright legislation in relation to the types of works and the motivation for their creation.

Keywords: Copyright; Behavioral Economics; Economy; Commissioned Works; Regulation.

1. INTRODUÇÃO

Seja na Academia ou na prática forense, discussões equilibradas sobre

¹ Advogado. Mestrando em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica na PUC-Rio. Especialista em Propriedade Intelectual pela Universidade Uniderp Anhanguera, São Paulo. Bacharel em Direito pela FGV DIREITORIO.

propriedade intelectual são raras. Por um lado, ativistas dominam o debate público com argumentos de muito apelo ao senso comum. “A informação quer ser livre”, dizem alguns desses críticos ao sistema de direitos de exclusividade como conhecido hoje – uns com mais e outros com menos fundamentos. Parte deles chega ao extremo de advogar contra a própria existência de direitos de exclusividade sobre criações humanas (notoriamente, o autor N. Stephan Kintella (2010) escreveu obra nesse sentido).

Por outro lado, muitos não toleram meras críticas ao sistema. Para esses indivíduos, parece óbvio que qualquer tipo de limitação aos direitos de propriedade intelectual pode frear de maneira abrupta o desenvolvimento científico, cultural e artístico da humanidade. Ignoram, contudo, a falta de evidências empíricas que corroborem esse tipo de previsão catastrófica.

Nas palavras de Mark Lemley (2015, p. 1333-1334):

“O problema não é que não temos evidências suficientes, ou o tipo certo de evidência. O problema é que o quadro pintado pelas evidências é complicado. A relação entre patentes e inovação parece depender muito da indústria; algumas evidências sugerem que o sistema de patentes vale o custo nas indústrias biomédicas, mas não em outros lugares. As indústrias de direitos autorais parecem variar muito em quão bem estão respondendo ao desafio da Internet, e sua lucratividade não parece obviamente relacionada à facilidade ou frequência da pirataria. Os estudos do comportamento de artistas e inventores são igualmente complicados. O dinheiro não parece ser o principal motivador para a maioria dos criadores e, às vezes, pode até suprimir a criatividade. E um número incrível de pessoas parece perfeitamente feliz em criar e compartilhar seu trabalho gratuitamente, agora que a Internet lhes deu os meios para isso. Ao mesmo tempo, o dinheiro fornecido pela IP permite a existência de uma classe criativa profissional que pode ser desejável por razões de distribuição ou porque gostamos mais do tipo de coisas que eles criam do que do trabalho de amadores”.

Entre os extremos, há aqueles que observam que, enquanto o mecanismo da propriedade intelectual parece trazer benefícios sociais a longo prazo, fato é que sua regulação legal carece de atualização, visto que o mundo foi permeado pela revolução digital (BRANCO, 2007, p. 138). Além disso, mesmo sem se considerar os recentes avanços tecnológicos, o ordenamento jurídico brasileiro exige a busca de um equilíbrio entre todos os núcleos de interesse afetados pelos direitos de

exclusividade, que naturalmente tendem a conflitar entre si (SOUZA, 2006, p. 15). Em especial, são preponderantes os embates entre utentes e titulares ou autores, que devem ser solucionados a partir da promoção dos valores constitucionais diante das exigências de cada caso concreto (SOUZA, 2006, p. 14).

Não é difícil pensar em ilustrações desses conflitos permeados pelas novas tecnologias. Imagine-se, por exemplo, a atual crise das plataformas de *streaming*, que ao mesmo tempo em que são muito criticadas por artistas por pagarem “pouca coisa” (termo utilizado pelo músico Frejat em entrevista à Gazeta do Povo, em 2015), são condenadas pelos utentes por terem se tornado caras e dispersas (SANDVINE, 2018, p. 5). O óbvio, assim, cada vez salta mais aos olhos: o público quer acessar arte, cultura e ciência como forma de lazer e de educação pelo menor custo possível – e a tecnologia ajuda. Por outro lado, os autores e titulares de direitos sentem-se sub-remunerados pelas suas criações e investimentos.

Percebe-se, desse modo, que para se alcançar um sistema justo e que contemple todos os núcleos de interesse afetados pelos direitos de exclusividade, é necessário que se compreenda o motivo e as nuances desses conflitos naturais. Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar como a Economia Comportamental pode ajudar a compreender a falta de consenso entre os utentes, titulares e autores. Dá-se o foco aos direitos de autor.

2. REVOLUÇÃO DIGITAL, TEORIA DO PONTO PATÉTICO E TERRITORIALISMO DOS DIREITOS AUTORAIS

Se, em teoria, a interpretação constitucionalizada dos direitos autorais exige o equilíbrio entre os núcleos de interesse afetados pela exclusividade (BARBOSA, 2019, p. 65), na prática, parece haver um descompasso entre a regulação legal infraconstitucional e a mais recente realidade social.

Para compreender esse ponto, é necessário ter em mente que a regulação de uma matéria vai além daquilo que o ordenamento jurídico dita. Lawrence Lessig (2006, p. 122), sob a perspectiva daquilo que é regulado, propõe o que se chama aqui de Teoria do Ponto Patético. A teoria parte do pressuposto de que os indivíduos têm seus comportamentos delimitados pelas forças regulatórias do meio em que se inserem, como um ponto patético sendo empurrado de um lado para o outro por essas forças.

Lessig (2006, p. 123 e 124) explica que há quatro principais forças que regulam a atuação dos pontos patéticos: a legislação, a ética, o mercado e a arquitetura.

“A ética restringe por meio do estigma que uma comunidade impõe; os mercados restringem por meio do preço que cobram; as arquiteturas restringem por meio dos fardos físicos que impõem; e a lei restringe por meio da punição que ameaça” Tradução livre de: “Norms constrain through the stigma that a community imposes; markets constrain through the price that they exact; architectures constrain through the physical burdens they impose; and law constrains through the punishment it threatens.” (LESSIG, 2006, p. 124).

Enquanto poder-se-ia imaginar que a primeira força regulatória é a mais expressiva, o autor sugere que esse nem sempre é o caso (LESSIG, 2006, p. 123):

“Mudanças em qualquer um afetarão a regulamentação do todo. Algumas restrições apoiarão outras; alguns podem prejudicar outros. Assim, “mudanças na tecnologia [podem] dar início a mudanças em . . . normas”, e vice-versa. Uma visão completa, portanto, deve considerar essas quatro modalidades juntas”. Tradução livre de: “Changes in any one will affect the regulation of the whole. Some constraints will support others; some may undermine others. Thus, “changes in technology [may] usher in changes in . . . norms,” and the other way around. A complete view, therefore, must consider these four modalities together”.

Acerca da legislação brasileira sobre direitos autorais, a LDA trata-se de uma das leis mais restritivas em relação aos direitos dos utentes no mundo. Observando que a legislação sequer autoriza o direito à cópia privada, causando severos danos ao direito humano de acesso à educação, Sérgio Branco (2007, p. 127) afirma corretamente que “o direito autoral serve, atualmente, sobretudo à indústria do entretenimento, aos grandes conglomerados de comunicação, às multinacionais produtoras de diversão”.

Contudo, se a legislação infraconstitucional possui viés pró-titular de direitos, em termos da ética, não parece haver uma particular reprovação por parte da coletividade contra aqueles que infringem direitos autorais. Essa constatação fica clara quando se sai às ruas e, sem constrangimento, encontra-se produtos contrafeitos vendidos e comprados ao ar livre.

Dados levantados pela *Amsterdam University* (2018) reforçam a percepção de que a inobservância aos direitos autorais é comum e socialmente aceita no

Brasil. Segundo o estudo, cerca de 45% dos brasileiros com acesso à internet já acessaram músicas por meio ilegal, 48% acessaram filmes por meios ilegais e 36% baixaram jogos de *videogame* por meios ilegais (AMSTERDAM UNIVERSITY, 2018).

Já é possível constatar, assim, um descompasso entre a regulação pelo meio da legislação, que é restritiva e pró titulares, com a regulação por meio das normas sociais, que são liberais em relação ao uso – mesmo ao uso ilegal. Esse problema é agravado quando se percebe que a arquitetura das novas tecnologias favorece o uso livre das obras.

As novas tecnologias, especialmente o processo de digitalização, alteraram a arquitetura de consumo, produção, circulação e distribuição de obras autorais, barateando, agilizando e facilitando o uso. Com isso, a demanda por maior liberdade por lado dos utentes ficou ainda mais descompensada com a legislação em vigor.

Ou seja, com as mudanças arquitetônicas causadas pelos avanços tecnológicos, percebe-se que o mercado também foi afetado. Nesse sentido, o mesmo levantamento da *Amsterdam University* (2018, p. 70) demonstra uma correlação significativa entre renda e consumo de obras contrafeitas, tendo ainda se constatado que a maior parte daqueles que consomem contrafação no Brasil justificam o ato em função dos altos preços praticados pelo mercado (AMSTERDAM UNIVERSITY, 2018, p. 67).

Note-se, porém, que a atuação da força regulatória mercadológica não se extingue no preço ofertado. Além da contrafação enquanto indústrias – que merecem ser combatidas – percebe-se verdadeira pressão econômica por parte da sociedade contra titulares de direitos que, sob a perspectiva do senso comum, cometem abuso.

Um exemplo desse fenômeno ocorreu entre o *Youtuber* Toos e as titulares de direitos Walt Disney Music Company e Warner Chappel. Kagen Despain (2020) explica que o *Youtuber* lançou uma série de vídeos que trazia teorias acerca do universo fictício de *Star Wars*. Toos alega ter recebido autorização da Lucasfilm (então titular de direitos sobre os filmes da franquia *Star Wars*) para realizar a produção sob duas condições: que não monetizasse sobre o filme e que não se financiasse por meio de *crowdfunding*. Por isso, investiu cerca de cento e cinquenta mil dólares de seus próprios recursos para realizar o projeto (DESPAIN, 2020, p. 359).

Porém, após o lançamento da série ter sido um sucesso, a Walt Disney Music Company e a Warner Chappell – titulares dos direitos autorais da música *Marcha Imperial* – alegaram infração de seus direitos por meio de mecanismo próprio da plataforma *YouTube*, passando a monetizar sobre o vídeo de produção de Toos (DESPAIN, 2020, p. 360).

Em resposta, a *fandom* se mobilizou espontaneamente contra as empresas titulares, ameaçando boicotar produtos e lançamentos que estavam por vir. Com a repercussão negativa, a LucasFilm interveio na questão e convenceu a Walt Disney Music Company e a Warner Chappell a retirarem a alegação de infração (DESPAIN, 2020, p. 359) e a cessarem a monetização sobre o vídeo produzido pelo fã.

Importante perceber que, sob o ponto de vista exclusivo da regulação legal, tudo leva a crer que as titulares que notificaram o *Youtuber*, de fato, tinham sua pretensão tutelada. Se assim desejassem, a lei lhes garantia até mesmo o direito de tirar a obra de circulação. Entretanto, as demais forças regulatórias atuaram de modo a, na prática, afastar o direito dos titulares. Nos ensinamentos de Pedro M. N. Barbosa (2014, p. 10): “O mero fato da titularidade da existência de um liame proprietário também não significará o completo controle da situação jurídica”.

Assim, diante dos dados e da observação empírica do mundo, é necessário reconhecer a desatualização e a inadequação da regulação legal atual, que beneficia os titulares de direitos em detrimento de todos os demais núcleos de interesses afetados pelos direitos de exclusividade, acentuando os conflitos que já existem naturalmente.

Certamente, contudo, os titulares de tais direitos tendem a discordar do ponto aqui levantado. Quase sempre embasados na visão utilitarista da tutela aos direitos autorais (nesse assunto, vide FISHER III, 2001), os titulares e autores tendem a crer que são sub-remunerados e que, na realidade, seus direitos de exclusividade são excessivamente limitados pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, em exemplos tais como nos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça sob as numerações Resp 1.810.440/SP e Resp 964.404/ES, percebe-se uma tendência expansiva por parte dos autores e titulares de direitos autorais, que agem de forma territorialista, buscando remuneração e controle mesmo em casos em que não há direito de exclusividade (sobre esse assunto, vide Lewicki, 2007).

No primeiro exemplo, buscava-se tutela para inibir a circulação de propaganda política embasada em paródia musical de obra de titularidade da autora da ação, que também buscava tutela reparatória. Corretamente, o Superior Tribunal de Justiça compreendeu que as paródias, nos termos do artigo 47 da LDA, são livres e independem de qualquer tipo de autorização, freando os impulsos territorialistas daqueles titulares de direitos (Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito).

Já no caso do Resp 964404/ES, o Tribunal Cidadão entendeu que execuções musicais e sonorizações ambientais em evento realizado em escola, sem fins lucrativos, com entrada gratuita e finalidade exclusivamente religiosa também estão sob escopo de limitações de direitos autorais. Mais uma vez se afastou o ímpeto territorialista dos titulares.

É notório, portanto, que há um descompasso entre (i) a regulação legal infraconstitucional, alinhada aos interesses de autores e de titulares de direitos autorais e (ii) as demais forças regulatórias. Entretanto, não se defende aqui o esvaziamento dos direitos, mas sim a necessária reformulação da regulação legal infraconstitucional da matéria. Para realizar essa tarefa de forma bem-sucedida, porém, é preciso compreender o que está por trás do comportamento expansivo e territorialista de autores e titulares de direitos autorais.

3. O QUE A ECONOMIA COMPORTAMENTAL ENSINA SOBRE O TERRITORIALISMO DOS AUTORES E DOS TITULARES DE DIREITOS AUTORAIS

A Economia Tradicional parte do pressuposto de que, em suas tomadas de decisão, os indivíduos buscam maximizar seus ganhos e reduzir suas perdas, de modo que o livre mercado tende a alocar bens e valores de forma eficiente (MANKIW, 2013, p. 7). A Economia Comportamental, por sua vez, surgiu como um enfrentamento a essa premissa. Através de conceitos e estudos importados dos campos da Psicologia e da Neurociência, demonstrou-se que o processo decisório de um indivíduo não ocorre de modo completamente racional, mas é afetado por heurísticas e vieses (KAHNEMAN, 2011).

Nesse sentido, estudos desenvolvidos por Christopher Buccafusco e Christopher Sprigman (2010) demonstram que, de fato, autores tendem a

valorizar suas obras acima do valor que o público realmente está disposto a pagar – ou seja, os autores supervalorizam suas criações.

Para chegarem a essa constatação, os pesquisadores realizaram dois experimentos. O primeiro (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2010) envolvia autores de poesias na modalidade *Haiku*, enquanto o segundo envolvia pintores de quadros (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2011).

Com o primeiro experimento (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2010), foi possível constatar que tanto os autores das poesias quanto os titulares do direito de monetizar com as poesias valorizavam as obras em cerca de o dobro daquilo que o mercado estava disposto a pagar. Interessante, contudo, que ao contrário do que supunham os autores, não se constatou diferenças significativas na valoração das obras pelos autores em contraste com titulares.

Porém, no segundo estudo realizado (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2011, p. 31), constatou-se que os autores valorizavam suas pinturas em cerca de quatro vezes mais que o valor real que o mercado estava disposto a pagar, e duas vezes mais que os titulares do direito de monetizar com a obra naquele experimento a valorizavam.

Com os resultados dos estudos em mãos, é possível perceber, em primeiro lugar, que o modelo *one size fits all* da propriedade intelectual (bem analisado por Carrol, 2009) se mostra inadequado, tendo em vista que formas de criação intelectual diversas são valorizadas pelos autores, pelos titulares e pela sociedade de maneiras diversas.

Nesse diapasão, a suposição dos pesquisadores é que a diferença de valorização da obra entre o autor e o titular das poesias *haiku* não ocorreu em função dessa modalidade artística exigir (ao menos na forma como os estudos foram conduzidos) menos dedicação por parte do criador em comparação com pinturas (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2011, p. 37). Isso sugere, por exemplo, a possível necessidade de haver prazos de duração de tutela de direitos autorais patrimoniais diferentes para tipos de obras distintas. Ou seja, partindo da premissa de que o argumento utilitário por trás da propriedade intelectual é adequado, o autor precisa de menos incentivo para compensar seu comprometimento com a criação de um *Haiku* do que de uma pintura.

Outra suposição apontada pelos pesquisadores é que, no primeiro estudo, os autores criaram suas obras apenas com aquele experimento em mente, sob

mera provocação de terceiro. Por outro lado, no segundo estudo, os pintores criaram suas obras por iniciativa própria e apenas depois foram convidados a participar do estudo. Essa suposição sugere uma possível necessidade de ajuste de tempo de duração de proteção autoral para obras sob encomenda (“a obra nascida por iniciativa de terceiro, que contrata ou dirige a produção do autor (ou autores) chama-se obra de encomenda”, conforme Bittar, 1977, p. 62). Afinal, se a motivação externa para criar a obra causa com que o autor a valorize menos, em tese, o criador não precisa de tanto tempo de exclusividade para incentivar essa forma de produção autoral (para outra abordagem sobre a questão da sensação de subremuneração, vide Barbosa, 2010).

Sobretudo, porém, os estudos mencionados confirmam a existência de dois efeitos psicológicos relevantes: o “*Endowment Effect*” e o “*Creativity Effect*”. O “*Endowment Effect*”, já bem identificado na literatura, é um viés que causa com que o proprietário de algo valorize o bem mais do que o mercado de fato o valoriza (KOROBKIN, 1998, p. 1232). Buccafusco e Springman (2010), contudo, foram os primeiros a comprovarem a existência desse viés psicológico sobre bens imateriais e não-rivais.

O “*Creativity Effect*”, por sua vez, fenômeno observado pela primeira vez por Buccafusco e Springman (2011, p. 40), é um viés cognitivo que faz com que um criador valorize sua obra mais que o mercado e que os próprios titulares de seus direitos. Apesar de a razão para a existência desses vieses ainda não ser clara para os estudiosos, parece existir uma relação com a forma como se estima o valor de direitos intelectuais.

A avaliação de um direito de propriedade intelectual não é tão simples quanto a da maioria dos bens materiais. Isso porque, enquanto os valores dos bens materiais são baseados em lógicas de uso e de troca, os direitos de propriedade intelectual são direitos de exclusividade monetizados a partir da exclusividade para usar, licenciar e ceder (LEMLEY e SHAPIRO, 2005).

Por isso, o valor de um direito intelectual pode ser extraído da probabilidade de o titular ser capaz monetizar o direito (seja pelo uso, pela licença ou pela cessão) multiplicada pelo ganho esperado com a potencial concretização de tais negócios (LEMLEY e SHAPIRO, 2005).

Com base nesse entendimento, a Economia Comportamental sugere que o problema da discrepância de valores entre o mercado, o autor e o titular dos direitos, deriva de dois principais vieses cognitivos: o otimismo e a aversão à perda.

O viés do otimismo é bem identificado por estudiosos. Por exemplo, humanos esperam viver mais do que a média, subestimam suas chances de divórcio e superestimam suas posições futuras no mercado de trabalho (SHAROT et al., 2007, p. 1).

Esse viés causa efeitos significativos em como os criadores e titulares calculam o valor dos direitos sobre suas obras (para uma melhor compreensão acerca dos custos da criação, vide Landes e Posner, 1989), conforme demonstrado abaixo:

$$V_{\text{real de mercado}} = P_g \times G_e,$$

em que $V_{\text{real de mercado}}$ = valor real dos direitos patrimoniais sobre a obra,
 P_g = Probabilidade real de aferir o ganho esperado com a exploração da obra,
e G_e = Ganho Esperado com a exploração da obra.

Se, hipoteticamente, a P_g real é de 5% e o G_e real é de R\$ 1.000.000,00, logo

$$V_{\text{real de mercado}} = 0,05 \times 1.000.000,00 = \text{R\$ } 50.000,00.$$

Contudo, se o titular original é otimista e estima sua P_g em 25% e o seu G_e em R\$ 2.000.000,00, logo, superestimar o valor de seu direito em $10V_{\text{real de mercado}}$:

$$V_{\text{esperado pelo autor}} = 0,25 \times 2.000.000,00$$

$$V_{\text{esperado pelo autor}} = \text{R\$ } 500.000,00$$

De fato, nos estudos de Buccafusco e Springman (2011), detectou-se que, enquanto no experimento as chances reais de monetizarem o trabalho era de apenas 10%, autores estimavam suas chances, em média, em 28%, e os titulares em 26%. Com isso, percebe-se uma das razões por trás da discrepância entre a valorização de direitos autorais por parte de autores e titulares e a real valorização do mercado: o viés do otimismo.

Em relação à aversão à perda, Daniel Kahneman (1984) demonstrou que os indivíduos preferem não perder algo do que ganhar algo. O autor detectou que, em média, as pessoas sentem efeitos psicológicos decorrentes de perdas em dobro dos efeitos psicológicos derivados de ganhos. Assim, por exemplo, se um indivíduo perde R\$ 100,00 e outro encontra R\$ 200,00, as variações em suas satisfações serão igualmente intensas, apenas uma positiva e outra negativa.

A aversão à perda ajuda a compreender a ocorrência do *Endowment Effect* e do *Creativity Effect* porque, ao precificar seus bens (ou direitos, no caso dos

direitos autorais), além do valor daquele objeto em si, o titular e o autor inserem na sua avaliação o valor que compense a sensação de perder aquilo. (GILBERT et. al, 2004).

Ao mesmo tempo, o viés da aversão à perda também ajuda a compreender como autores tendem a subestimar as influências não autorizadas que receberam de obras anteriores e a supervalorizar as “perdas” decorrentes de usos não autorizados de sua obra.

Nesse sentido, alinha-se aqui à filosofia empirista, que defende que a concepção individual de realidade de cada indivíduo se constrói a partir de suas próprias percepções (GUZZO, 2012, p. 162). Com base nessa premissa, David Hume desenvolveu o argumento de que “o homem só seria capaz de pensar naquilo que já houvesse experimentado, portanto, seria impossível a alguém matutar sobre algo que desconheça, algo que lhe seja heurísticamente incógnito”. (BARBOSA, 2018, p. 39).

Por conseguinte, ao contrário do que pode se imaginar, as criações intelectuais humanas (sejam utilitárias, estéticas ou ornamentais) não surgem em uma epifania instantânea. Na realidade, como explicam Christoph M. Flath et. al (2018, p. 2), não há criações intelectuais (inclusive obras protegidas por direitos autorais) completamente novas. Toda expressão estética criativa deriva de um processo de cópia, combinação e transformação de referências anteriores (FLATH et al., 2018, p. 3).

Diante desse fato, percebe-se que a questão de conjugação de núcleos de interesses afetados por direitos autorais não pode ser entendida unicamente através de abstrações. Na realidade, é necessário reconhecer que, especialmente autores, titulares e utentes ocupam núcleos de interesses múltiplos simultaneamente.

A banda *The Beatles* ajuda a ilustrar o ponto. Tradicionalmente, poderia se imaginar que artistas de tanto sucesso (verdadeiros influenciadores de gerações de músicos que vieram a seguir) estariam sempre mais interessados em regulações legais que favorecessem os direitos de exclusividade.

Porém, a confissão de artistas de tamanho prestígio acerca de suas inspirações e referências causa a lembrança necessária de que todos os autores também são necessariamente utentes. Afinal, se mesmo ao criarem algo original e criativo estão se embasando em obras anteriores, na realidade, estão sendo ao mesmo tempo

autores e utentes. Note-se que os próprios Beatles não negam as influências que sofreram de artistas como Chuck Berry, Little Richards e até mesmo de The Beach Boys. Paul McCartney, em sua conta pessoal no *Twitter*, chegou a afirmar que “aprendeu tudo o que sabe com Little Richard” (KREPS, 2020).

Consequentemente, titulares também são, ao mesmo tempo, utentes. Isso porque exploram economicamente obras criadas com base em outras obras que, provavelmente, pertencem a outros titulares de direito.

O viés da aversão à perda, portanto, ajuda a compreender o motivo de autores e titulares subvalorizarem as cópias, combinações e transformações que realizam – ou seja, subvalorizar aquilo que “pegaram emprestado” do estado da arte – e supervalorizarem suas próprias criações, de modo que se tornam intolerantes a que outros as usem como base para copiar, combinar e transformar, mesmo quando está se criando algo original.

Portanto, percebe-se que a discrepância na regulação dos direitos autorais vai muito além de um mero desacordo ideológico ou de mesquinha. Especialmente em termos mercadológicos, as razões pelas quais autores e titulares se sentem subprotegidos e pelas quais o público tende a pensar o oposto possuem raízes psicológicas e neurológicas que dependem de maior aprofundamento para que se alcance uma forma de regulação legal que melhor contemple todos os núcleos de interesse afetados.

Assim, um debate sério sobre a melhor forma de regular direitos autorais deve, necessariamente, ir além do mero discurso apocalíptico dos titulares poderosos e do anarquismo infundado de alguns utentes. É urgente que se debata (i) como remunerar autores de modo a incentivá-los a continuar criando, (ii) sem que se puna em demasia os utentes e os demais núcleos de interesse afetados pelos direitos de exclusividade e (iii) restringindo os efeitos das limitações psicológicas descritas aqui.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre discursos exagerados a favor da total manutenção ou total extinção de um sistema cada vez mais em descompasso com a ética, com o mercado e com a arquitetura das novas tecnologias, é necessário um apelo à razoabilidade e à busca de um sistema que leve em consideração a tutela de todos os núcleos de interesse afetados pelo assunto.

Contudo, para que se possa construir um debate amadurecido acerca da melhor forma de incentivar autores a continuarem criando, sem prejudicar direitos fundamentais dos demais, é preciso compreender o que está por trás de tamanha discrepância de visões de mundo entre os núcleos afetados.

Nesse sentido, estudos realizados por pesquisadores da escola da Economia Comportamental identificam a existência do *Endowment Effect* e do *Creativity Effect*, que afetam profundamente a forma como os titulares e autores tendem a agir de maneira territorialista e expansiva com seus direitos de exclusividade. A razão por trás disso envolve os vieses do otimismo e da aversão à perda por parte dos autores e dos titulares, que causam com que superestimem o valor de seus direitos, e subestimem seus ganhos por meio de cópias, combinações e transformações de obras anteriores.

O presente trabalho não teve como intuito esgotar o debate ou trazer propostas específicas acerca de possíveis mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a análise de estudos empíricos realizados no exterior sugere a inadequação do sistema *one size fits all* e a possibilidade de atribuir prazos de proteção reduzidos às obras feitas sob encomenda.

Como proposição, sugere-se o desenvolvimento de estudos no Brasil acerca da ocorrência do *Creativity Effect* e do *Endowment Effect*, como forma de amadurecer o debate sobre a urgente reforma da regulação legal dos direitos autorais em território nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMSTERDAM UNIVERSITY (Amsterdam). Institute for Information Law. **Global Online Piracy Study**. 1. ed. Amsterdam: Ecorys, jul. 2018. 84 p. Disponível em: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Global-Online-Piracy-Study.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2021.
- BARBOSA, Denis B. On artefacts and middlemen: a musician's note on the economics of copyright. **International Journal of Intellectual Property Management**, [s. l.], v. 4, n. 23, 2010. Disponível em: <https://www.inderscience.com/info/inarticle.php?artid=29749>. Acesso em: 7 mar. 2021.
- BARBOSA, Pedro M. N. Um Ensaio sobre a Natureza Jurídica do Nome de Empresa. **Revista da ABPI**, [s.1], n. 128, jan/fev 2014.
- BARBOSA, Pedro M. N. A Vedação da Sobreposição de Direitos da Propriedade Intelectual na Ordenação Brasileira. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 162, p. 63-71, set/out 2019. Disponível em: <https://www.dbaa.com.br/wp-content/uploads/05-a1058-pedro-marcos-nunes-barbosa.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.

- BITTAR, Carlos Alberto, Direito de autor na obra feita sob encomenda, 1. ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1977
- BRANCO, Sérgio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 120-141, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/a07v4n6.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BUCCAFUSCO, Christopher; SPRIGMAN, Christopher Jon. The Creativity Effect. **University of Chicago Law Review**, [s. l.], v. 78, 5 ago. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1647009. Acesso em: 27 fev. 2021.
- BUCCAFUSCO, Christopher; SPRIGMAN, Christopher. Valuing Intellectual Property: An Experiment. **Cornell Law Review**, Nova Iorque, v. 96, ed. 1, 1 nov. 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/216735780.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- CARROL, Michael. One Size Does Not Fit All: A Framework for Tailoring Intellectual Property Rights. **Ohio State Law Journal**, Ohio, v. 70, n. 6, p. 1361-1434, 2009. Disponível em: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=facsch_lawrev. Acesso em: 21 fev. 2021.
- DESPAIN, Kagen. Fan Films and Fanworks in the Age of Social Media: How Copyright Owners Are Relying on Private Ordering to Avoid Angering Fans. **BYU Law Review**, Utah, v. 2020, ed. 2, p. 333-380, 1 nov. 2020. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3268&context=lawreview>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- FISHER III, William. THEORIES OF INTELLECTUAL PROPERTY. **Cambridge University Press**, Cambridge, 2001. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- FLATH, Christoph et. Al. Copy, transform, combine: exploring the remix as a form of innovation. **Journal of Information Technology**, [s. l.], v. 32, n. 4, p. 306-325, 15 ago. 2017. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1057/s41265-017-0043-9>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- GAZETA DO POVO. “Para o artista, serviços de streaming ainda não são bom negócio”, diz Frejat Leia mais em: <https://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/musica/para-o-artista-servicos-de-streaming-ainda-nao-sao-bom-negocio-diz-frejat-bb5fgcunwfdc9k0657p6xqre6/> Copyright © 2021, Gazeta do Povo. Todos os direitos reservados. **Gazeta do Povo**, [s. l.], p. 1-1, 11 nov. 2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/musica/para-o-artista-servicos-de-streaming-ainda-nao-sao-bom-negocio-diz-frejat-bb5fgcunwfdc9k0657p6xqre6/>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- GILBERT, Daniel *et al.* Looking Forward to Looking Backward: The Misprediction of Regret. **Psychological Science**, [s. l.], v. 15, n. 5, Maio 2004. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15102146/>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- GUZZO, Fábio Augusto. A Teoria das Idéias Humeana: uma Interpretação Materialista. **Intuitio PUC-RS**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 161-175, jul. 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/intuitio/article/view/10280/7960>. Acesso em: 21 fev. 2021.

- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, Values, and Frames. **American Psychologist**, [s. l.], v. 39, n. 4, p. 341-350, 1984. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/1985-05780-001>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- KAHNEMANN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. 1. ed. [S. l.]: Farrar Straus Giroux, 2011.
- KOROBKIN, Russell. The Status Quo Bias and Contract Default Rules. **Cornell Law Review**, Nova Iorque, v. 83, 1998. Disponível em: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Korobkin-2.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- KREPS, Daniel. Paul McCartney: 'I Owe a Lot of What I Do to Little Richard': Beatle pays tribute to rock pioneer who "taught Paul everything he knows". **The Rolling Stones**, [S. l.], p. 1-1, 10 maio 2020. Disponível em: <https://www.rollingstone.com/music/music-news/paul-mccartney-little-richard-tribute-997033/>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- LANDES, William. POSNER, Richard. An Economic Analysis of Copyright Law, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, N. 2. Jun, 1989.
- LEMLEY, Mark. Faith-based Intellectual Property. **UCLA Law Review**, Berkeley, v. 62, 30 mar. 2015.
- LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. Probabilistic Patents. **JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES**, [s. l.], v. 19, n. 2, p. 75-98, spring 2005. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/0895330054048650>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- LESSIG, Lawrence. **Code Version 2.0**. 1. ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006.
- LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro
- MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- SHAROT, Tali *et al.* Neural mechanisms mediating optimism bias. **Nature**, [s. l.], ed. 450, p. 102-105, 24 out. 2007. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nature06280>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- SOUZA, Allan Rocha d., *Os limites dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional*, 2006. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>. Acesso em 09 Fev 2021.
- SOUZA, Allan Rocha de. OS DIREITOS AUTORAIS NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, [s. l.], v. 7, abril/junho 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/62>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- KINTELLA, N. Stephan. **Contra a Propriedade Intelectual**. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <https://conteudo.mises.org.br/ebook-propriedade-intelectual>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- SANDVINE, Internet Society. **The Global Internet Phenomena Report**: October 2018. [S. l.: s. n.], 2018. Disponível em: <https://www.sandvine.com/hubfs/downloads/phenomena/2018-phenomena-report.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

STJ - REsp: 1810440 SP 2018/0290642-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 12/11/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2019,

STJ - REsp: 964404 ES 2007/0144450-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 15/03/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2011.

SUSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. 1. ed. [S. l.]: Penguin, 2009. ISBN 0141040017.

DUAS PERSPECTIVAS DA OBRA DE FRANCISCO AMARAL

Plinio Lacerda Martins¹

André R. C. Fontes²

Resumo: o artigo apresenta a visão da trajetória e da obra de Francisco Amaral por dois professores de distintas universidades.

Palavras-chave: UFRJ; UFF; UNIRIO.

Abstract: the article presents the vision of Francisco Amaral's trajectory and work by two professors from different universities.

Keywords: UFRJ; UFF; UNIRIO

A profunda crise que a célebre e prestigiosa Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), enfrentou após o Golpe Militar de 1964, já pertence, por completo, à História do Brasil. E o drama a que foi submetida não se limitou às cassações de direitos políticos de docentes – na linha do que ocorreu com políticos, jornalistas e líderes sindicais, dentre outros – mas, também, foi submetida a uma ignominiosa ocupação militar que não se limitou a uma operação, e sim tomou de assalto os espaços físicos da edificação e a submeteu a uma ordem de incineração e destruição, que restou antologicamente não cumprida. Para alcançar êxito e superar obstáculos, todo um destacamento militar foi utilizado, não somente para se assenhorear do espaço da Faculdade como,

¹ Universidade Federal Fluminense - UFF

² Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Uni-Rio

também, de todo o parque urbano que com ele confronta, mediante a elevação de barracas de campanha e do uso de equipamentos típicos de uma ação militar contra inimigos estrangeiros, justamente no campo sagrado no qual cerca de setenta e cinco anos antes o Marechal Deodoro havia proclamado a República.

Os capítulos dessa triste obra remontariam ao local onde um dia todo o município do Rio de Janeiro fora administrado, seguido pelo Senado do Império e da República, e que se transformaria na sede da Faculdade de Direito: o Palácio do Conde dos Arcos. A esse período de tormentos antecedeu uma forte movimentação política que envolvia professores e alunos, sendo esses últimos agrupados em torno do seu conhecido grêmio, o Centro Acadêmico Cândido de Oliveira, mais conhecido pelo acrônimo CACO, que tomou emprestado o nome do Conselheiro Cândido Luís Maria de Oliveira para essa homenagem única. A faculdade era um centro de excelência acadêmica, tendo em seus quadros algumas das personalidades mais importantes do mundo jurídico. Para se ter uma ideia do alcance do impacto que causava na sociedade brasileira, os concursos para docentes eram acompanhados pelas rádios e divulgados por todo o País. De outro lado, ela não ficou distante dos embates políticos que ocorriam na capital da República e muito menos dos movimentos políticos que brotavam de tempos em tempos, inclusive os mais radicais e revolucionários, dos quais os estudantes não ficaram afastados.

Essas expressões políticas se aperfeiçoaram ao ponto de abandonar os critérios unicamente acadêmicos para assumir uma verdadeira divisão ideológica. Fascistas e comunistas, direita e esquerda, conservadores ou progressistas, reacionários ou revolucionários passaram a ser critérios de classificação de formas verdadeiramente antagônicas, que permitiram o gênero humano alcançar um tal nível de ciência e de produção intelectual, que agora estaria condicionado a pôr as formas políticas a serviço de verdadeiros embates e confrontos de toda ordem.

Foi no início do Século XX, com a Primeira Guerra Mundial (1914), e com a Revolução Russa (1917), que principiou a ser posto em dúvida o valor da concepção estritamente acadêmica e a avançarem os movimentos estudantis e de parte do professorado, engajados nas ondas de mudança social e política que os movimentos revolucionários imprimiam no estudo e na prática do Direito. Os acontecimentos históricos de cada época crescem nas suas formas exteriores e são incorporados aos interiores do curso de Direito. Surge, então, uma espécie de busca de atualização do gênero humano, que parecia encontrar-se muito

distante das grandiosas perspectivas clássicas e humanísticas que as matérias jurídicas ofereciam. A missão do Direito seria a derrubada de toda opressão e a formação de uma nova consciência, destinada a libertar o povo das mais atávicas e atrasadas amarras políticas e econômicas que o subjugavam.

Não é exato crer, como sucede a cada passo mencionado, que com a ideia de uma nova forma para a faculdade, essa última haveria de se conduzir como se não conhecesse mais a matéria jurídica, e que, por isso, rejeitaria o conteúdo programático conhecido e aceito que, via de regra, não era alterado, mas que também não parecia atrair para as novas ou corretas posições que os pensamentos de pretensões vanguardistas sustentavam. Queria-se, em verdade, diversificar os métodos de ensino, de maneira que se amoldassem aos fatos e a certas teses gerais, desde que fossem utilizados para operar na realidade social, a que se desafiava em cada tempo.

Não cabe dúvida alguma de que, o meio no qual se ambientavam os integrantes do curso era marcado por uma profunda desigualdade social e, por isso, a Faculdade de Direito assumia uma busca do maior desenvolvimento de um grupo e também a luta pelo atraso do outro grupo social. E para compreender bem as peculiaridades de um corpo técnico de professores e alunos de excepcional refinamento, havia uma difusão de movimentos com tendências mais contundentes e mais radicais.

O Golpe Militar e as consequentes intervenções nas instituições políticas não pouparam a comunidade de ensino e a elevou à condição de mais um alvo nas suas ações contra os grupos mais vanguardistas. E não se limitaram a afastamentos, cassações e prisões de alunos e professores, pois o próprio centro acadêmico (CACO) foi dissolvido ou “suspense” e assim se manteve de 1968 a 1978, não obstante ter sido mantido vivo e operante clandestinamente, sob a designação de CACO Livre. A cisão do mundo em duas partes opostas durante o regime militar subtraiu a experiência e a alma de muitos integrantes, dentre torturados e desaparecidos, e alcançou, sob uma forma ou outra, a cessação da realidade das formações divididas.

O retorno à estabilidade parecia mais ou menos assegurado, quando surgiu um novo período de instabilidade, embora com características diferentes daquelas que se tinham verificado, a crise precedente do Golpe de 1964 e o período no qual vigoraram as investidas contra docentes e discentes. É que,

tanto o reflexo correto quanto o reflexo deformado da realidade da Universidade Federal do Rio de Janeiro, formavam a ilusão de que a Faculdade Nacional de Direito estaria a se erigir novamente em um grande centro de produção científica sem nenhum abalo ou prejuízo.

O resgate da excelência que se iniciou na Faculdade Nacional de Direito terá, certamente, em Francisco Amaral a renovação e a capacidade da instituição em se recriar e de reviver-se. Durante os anos que se passaram, a figura de Francisco Amaral se impôs de um modo particular e quase exclusivo, com uma influência peculiar e sem paralelo no Rio de Janeiro!

A despeito de toda a multiplicidade das correntes do pensamento jurídico, em vigor no Estado do Rio de Janeiro, a tendência de resgatar os estudos do Direito Romano e de um racionalismo sublinhado relativamente ao mundo sociológico, além da recusa em ignorar o pensamento jurídico universal, marcam a fisionomia do pensamento de Francisco Amaral.

As mudanças operadas pelo Direito Civil e a entrada em vigor da Constituição de 1988 redundaram, apesar das conexões que o Direito Civil oferece, no aparecimento de simultâneos movimentos que eram tão diferentes por sua natureza quanto por sua finalidade, e que representaram um acontecimento sem precedentes na História do Pensamento Jurídico do Brasil. De fato, tais movimentos conduziram a uma transformação completa do Direito Civil.

A situação acima descrita não é só o resultado de um mero desenvolvimento das Ciências Jurídicas. Concorreram também para criá-las diversos pensadores que, muito antes de esses embates ocorrerem, haviam analisado e, em certo sentido, posto em dúvida, os métodos das Ciências Jurídicas, especialmente em suas bases romanísticas. Decisiva nessa nova orientação foi a admissão de novos titulares de Direito Civil na distinta e renomada Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a UERJ. São eles: Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barboza. O primeiro ao direcionar o Direito Civil para a perspectiva da nova Constituição da República e a segunda por apresentar uma concepção de Direito que, em muitos aspectos, se assemelha a esse movimento de constitucionalização, mas que apresentava uma visão incomparavelmente importante de diálogo com a Bioética e o Biodireito.

Faremos somente uma breve referência aos novos movimentos do Direito Civil que surgem também nesse período, já que todos prosseguem desenvolvendo-se em alguma ponta de lança entre a lei civil e os conflitos sociais, que os integrantes da sociedade do Rio de Janeiro entre si, mantêm em recíprocas relações. Em vez de um absoluto e impessoal idealismo do Direito Civil objetivamente considerado, eleva esse grupo cada um dos problemas atuais a um capítulo a mais na concepção renovada e mais realista do Direito Civil. Da *laje* como um direito – até então não disciplinado –, ao *casamento* com pessoas do mesmo sexo – que somente em fase mais recente alcançou êxito –, esse grupo não pretende ocultar as discrepâncias da sociedade e muito menos aguardar as transições que o Direito Civil só tardiamente se impõe reconhecer.

A Universidade Federal Fluminense tem suas origens nas primeiras décadas do Século XX, mais especificamente em 1912, não obstante sua configuração atual remontar aos idos de 1960. A fundação da Faculdade de Direito coincide e marca também o nascimento dessa afamada e pujante instituição federal de ensino. Foi a primeira Faculdade de Direito de Niterói – então capital do antigo estado do Rio de Janeiro – e continua a ser o mais prestigioso e atraente curso de Niterói e um dos primeiros em todo o atual estado em desempenho científico e em registros estatísticos.

A par com as principais universidades públicas do Estado do Rio de Janeiro, é a Universidade Federal Fluminense um dos principais centros de Pós-graduação do estado e mesmo de todo o Brasil. E isso significa, na prática, que é a UFF uma das grandes formadoras de profissionais com mestrado e doutorado em todo o País. Em comparação com outros cursos, a UFF oferece Mestrado e Doutorado em Direito, nas diversas áreas e distintos programas, sendo assim uma das instituições que mais se dedicam à Pós-Graduação em Direito, contribuindo para qualificar profissionais não só dos seus quadros, mas, também, das demais instituições de ensino superior.

Se considerarmos os anos de fundação das faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Fluminense, o curso de Direito da então Universidade do Rio de Janeiro (Uni-Rio) é o segundo mais novo das instituições públicas no Rio de Janeiro, porque se iniciou em 1991, perdendo somente para o curso da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

(UFRRJ), que foi criado em 2008 e estreou em 2009. A despeito do caráter novo e relativamente recente do curso de Direito, a Uni-Rio teve início em época mais remota, pois seus cursos remontam ao Século XIX, exatamente em 1890, quando foi fundada a Escola de Enfermagem Alfredo Pinto. Por sua vez, o início da UFRRJ remonta ao ano de 1910, o que a torna, portanto, umas das mais antigas do País, não obstante a UFRRJ se organizar como universidade somente em 1943 e a Uni-Rio, de modo mais distante dos primórdios dos seus cursos, em 1979.

A UFRRJ sempre trilhou um caminho inovador nas Ciências em geral e o Direito não foi uma exceção: seguiu a tradição de manter a disciplina Direito Romano ao lado do Direito Civil, embora como disciplina optativa. A visão historicista, que marca o curso da UFRRJ, segue a linha sustentada pelo Professor Francisco Amaral e não resta dúvida que a iniciativa grandiosa foi obra dos três grandes professores de Direito originais daquela instituição: Afrânio Faustino, Valter Corrêa Luiz e Paulo Cosme de Oliveira.

Há aproximadamente quinze anos, a Uni-Rio teve a sua designação original alterada e passou de Universidade do Rio de Janeiro para Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – designação que a UFF chegou a ostentar por pouco tempo, mas que foi alterada pela confusão que criava com a UFRJ e com a UERJ.

Nos dados estatísticos comparativos com outras instituições congêneres, a Escola de Ciências Jurídicas (a unidade não se formou como faculdade, mas seguiu a tradição institucional de se organizar como uma escola) situa-se dentre as mais qualificadas no Rio de Janeiro, tendo alcançado êxito nos exames oficiais, especialmente naqueles instituídos pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Os inúmeros programas de pós-graduação oferecidos pela Uni-Rio converteram-se em um imenso rol. O curso de Mestrado em Direito, entretanto, é o único Programa de Pós Graduação em Direito disponibilizado.

Uma nova disciplina não poderia deixar de chocar-se com a oposição do Direito Civil a toda postura contrária a uma ideia de sistema, de harmonia e do exaurimento de todo o conteúdo de um ramo do Direito a uma lei pretensamente orgânica. Foi desse modo que a sociedade brasileira conheceu e recebeu o seu Código de Defesa do Consumidor: pela imposição dos Constituintes de 1988.

Conquanto não tenha brotado de uma necessidade reconhecida em um debate espontâneo nas sessões parlamentares do Congresso, como seria mais uma lei ordinária, a elaboração de uma lei específica de defesa do consumidor foi o resultado de uma longa evolução de movimentos sociais e, mais especialmente, de movimentos consumeristas, que remontam ao final do Século XIX. Um mecanismo legislativo imposto pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu Art. 48, que deslocou o tema das relações de consumo singularmente consideradas, transformando os negócios sob ponto de vista de uma relação não paritária ou igualitária na ordem civil, para uma tutela que reconhecesse o desequilíbrio entre consumidores e fornecedores, foi a última etapa do processo econômico e da premência de um novo Direito, específico para as relações de consumo.

Ao determinar a elaboração de um código, tomou previamente o legislador conceitos e estruturas há muito consolidadas pelo Direito brasileiro, e que, a despeito de se tomar aprioristicamente as preocupações com as relações de consumo, estaria de acordo entre eles sobre se, e em que medida, se transportaria e manteria intactos a estrutura, termos e conceitos do Direito Civil, no que se teria que fazer: um novo e original Código, o Código de Defesa do Consumidor. E essa orientação deveria chegar ao ponto de não se poupar esforços para captar cientificamente a matéria consumerista que, por ser nova, mais e mais complicaria a formatação de ideias, o que resultaria em um grande problema se a estrutura e nomenclatura, já utilizadas e consagradas no Direito Civil, deixassem de existir. Foi dessa forma que se entendeu a importância de apelar para a autoridade do Código Civil, na explicação da novel matéria e dessa forma não tornar sumariamente um problema, ainda mais grave, um novo e inovador Código a ser elaborado.

Mesmo partindo de termos e conceitos civilísticos, contribuiu o Código de Defesa do Consumidor, a despeito de entrar em vigor em seu decênio final, para romper com o Século XX e também para construir uma nova e importante disciplina na tábua de matérias jurídicas: o Direito do Consumidor. Em rigor de expressão, o termo “Direito do Consumidor” parece estar a sofrer críticas quanto ao seu pendor para um aspecto subjetivo, razão pela qual vive a sofrer uma crítica a olhos vistos: a de estar sendo conduzido para uma versão objetiva – o que significa dizer que, mais propriamente o conduziria a um “Direito do Consumo”. A despeito de tal controvérsia, convém aos estudiosos o método e a

doutrina do Direito Civil como elementos a serem tomados de empréstimo, nos quais se aplicam toda estrutura do novo Código e a que aderiram todos os que se debruçaram na leitura e interpretação do texto legislativo que veio a lume.

Acabamos de mencionar a mais importante correlação do Direito do Consumidor: aquela com o Direito Civil. Em última hipótese, essa conexão de estrutura, termos e conceitos assegura uma mudança estável em um País que possuía uma legislação civil geral, e que, não obstante o alto grau de técnica na sua elaboração, era inoperante para as transformações da economia relacionadas ao consumo e, em especial, ao consumo massificado, diante da recusa do Código de 1916, por exemplo, a uma tutela coletiva. Se, com efeito, o empréstimo de termos e conceitos do Direito Civil foi realizado, tais mudanças nas relações de consumo, disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor, encontram-se equilibradas e adaptadas a essa nova realidade. E praticamente o uso de termos e conceitos de Direito Civil, longe de conservar aquilo a que se destinava em sua época, conduz, em verdade, a uma renovação e confiança no novo Código, a tal ponto que tanto no velho Código Civil de 1916, e mesmo no Código Civil de 2002, essa necessidade de empréstimo gerou muito mais a obediência a uma estética legislativa do que uma incapacidade de fuga de submissão ao que é novo.

Coube à Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense o privilégio da iniciativa, em todo o Estado do Rio de Janeiro, de inserir em seu currículo uma nova disciplina que adotasse de forma sistemática o novo Direito. Um regime análogo foi tomado em seguida, em outras universidades, mas é da Universidade Federal Fluminense essa primazia, sendo certo que a grande referência renovada no Direito Civil do Rio de Janeiro – com sua obra concebida após a Constituição de 1988 e do Código do Consumidor – foi o curso de Direito Civil: Introdução, da lavra do Professor Francisco Amaral. Os métodos de esclarecimentos do Direito Civil, após 1988, no vácuo de novas e originais obras, muito contribuíram para assegurar ao Direito do Consumidor um lugar de destaque nos cursos jurídicos e de ter seu diálogo com um Direito Civil renovado. E com isso se deu a principal bifurcação operada nos estudos modernos, dentro do Direito Privado: a do Direito Civil com o Direito do Consumidor.

Pertence ao Professor Plínio Lacerda Martins a cadeira pioneira no destaque do Direito do Consumidor na UFF. Contudo, incluí-la como disciplina obrigatória, no 7º período do Curso de Direito, é mérito de seu Diretor e Professor Titular Edson Alvisi Neves, que tal como o Professor Francisco Amaral, de quem foi aluno na

Faculdade Nacional de Direito, seguiu os caminhos do Historicismo Jurídico. Se são muitas as influências de Francisco Amaral, não se pode negar que o Professor Plínio Lacerda Martins foi, anteriormente à UFF, professor substituto na UFRJ e foi lá que seu contato com a obra do mestre, aqui saudado, ocorreu e foi absorvida.

Francisco Amaral preparou o terreno para um dos mais novos cursos de Direito no Rio de Janeiro: o da Escola de Ciências Jurídicas da então Universidade do Rio de Janeiro, a Uni-Rio. A Escola, então criada, teria como seu primeiro docente de Direito Civil um ex-aluno avulso e assíduo leitor da obra de Francisco Amaral: André Ricardo Cruz Fontes. Amigo e discípulo do Professor Francisco Amaral, tendo contato com textos e livros de Direito Civil e Direito Romano assinados pelo mestre, foi com o lançamento do volume I, do Curso de Direito Civil, que se tornou completa sua adesão às ideias professadas de modo sistemático pelo grande professor de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Francisco Amaral desbastou o campo para uma das mais disciplinadas formas metodológicas de agregar a renovação do Direito Civil universal e permitiu que André Fontes se refugiasse em uma nova orientação que, sem perder de vista a continuidade refundada do Direito Romano e do Direito Civil, expandisse a encampação de novas ideias que se difundiam a cada momento; em que eram produzidas.

Evidentemente não se deve pretender entrar em pormenores da doutrina de Francisco Amaral. Contentar-nos-emos com o fato de ter apontado alguns dos traços do vasto panorama descortinado por uma obra acadêmica prodigiosa, que causa admiração pelo fato de ser obra de um só homem e de uma vida de agregação das ideias do mundo jurídico.

É no curso de Direito Civil que se dá o debate sobre uma Parte Geral no Código Civil. Na obra, o instituto da *prescrição* é tratado com mais rigor e já relacionado à *pretensão* muito antes do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002. É nessa obra que o estudo do nome das pessoas naturais é renovado e consolidado. E também é nela, por exemplo, que se identifica a origem dos Direitos da Personalidade com o Historicismo germânico. Dentre as muitas novidades, está o ajuste dos assuntos com as mais modernas bases da História das ideias jurídicas, nos quais merece especial destaque o Personalismo Ético.

O Personalismo Ético no Direito e o Culturalismo são, na obra de Francisco Amaral, elementos que passam, por exemplo, do pensamento à meditação, para se chegar a um Direito Civil refundido e aprofundado. A eles é agregado ainda o Historicismo e, em certa medida, o Racionalismo Jurídico, embora sem perder de vista toda a formação sociológica que adquiriu na Itália, onde estudou. E o intuito da obra de Francisco Amaral não foi esquecido por três dos primeiros professores de Direito Civil da Uni-Rio: André Ricardo Cruz Fontes, João Bosco Cavalcanti Lana e Alejandro Bugallo Alvarez. Diferiam entre si nas formas e conteúdo da disciplina ministrada, mas todo o curso inicial foi brindado com a principal contribuição ao curso de Direito na época, a disciplina História do Direito. Essa foi uma tarefa do imortal Arno Wehling, historiador consagrado, Ex-Presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e titular da Cadeira Número 37, da Academia Brasileira de Letras.

Deve-se aqui fazer intervir uma circunstância histórica de grande influência na formação e no desenvolvimento do Direito Civil, não somente na Escola de Ciências Jurídicas, mas, também, na capacitação do Professor André Fontes: os cursos de Direito Civil e Direito Romano ministrados pessoalmente pelo mestre Francisco Amaral, nas salas da Faculdade Nacional de Direito; assim como os diálogos travados com o Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do qual o Professor Francisco Amaral era o seu Presidente.

Os autores finalizam este texto com algumas linhas em que enunciam o verdadeiro divisor de águas do Direito Civil que hoje se encontra no Rio de Janeiro, no qual certamente figura de um lado o Civilista e Romanista Francisco Amaral.

Apesar das dificuldades que o sistema legal consagra, logrou êxito no último grande concurso de Direito Civil e Romano da prestigiosa Universidade Federal do Rio de Janeiro. E, mais ainda, alçou o posto máximo como o mais qualificado e o maior civilista do Rio de Janeiro, além de ser também o guardião das mais recônditas tradições do Direito Civil em bases romanas, no Rio de Janeiro e – não seria demasiado dizer – em todo o País.

Uma saudação única talvez seja a mais apropriada para a maior figura do Direito Civil e Romano no Rio de Janeiro: a de ser a renovação da excelsa Congregação, que um dia teve Paulo de Lacerda, Jose Carlos de Matos Peixoto,

Miguel Maria de Serpa Lopes, Arnaldo Medeiros da Fonseca e Francisco Clementino de San Tiago Dantas como membros de um seletivo e exclusivo grupo de juristas. Note-se ainda que, em Francisco Amaral, o saber verdadeiro e a fé verdadeira no Direito coincidem! E é com eles que as numerosas ideias de Francisco Amaral enriquecem, especialmente no domínio do Direito Civil, a marcha do pensamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Pressupostos epistemológicos para o estudo científico do direito*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BARROS, Hamilton de Moraes e Barros. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CARDOSO, Tereza Fachada Levy. *História da profissão docente no Brasil e em Portugal*. Rio de Janeiro: Mauad, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- COTRIM NETO, A. B. *Direito administrativo da autarquia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Figuras do direito*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1962.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Arrazoados e dissertações*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1930.
- FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FREITAS, Hélia Maria Soares de; BARRANECHEA, MIGUEL Angel de. *Filosofia e Educação – UNIRIO*. Rio de Janeiro: Fundação Cecierj, 2012.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1918.
- LANA, João Bosco Cavalcanti. *Teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- LOUREIRO, Maria Amélia Salgado. *História das universidades*. São Paulo: Estrela Alfa Editora, s/d.
- LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor*. São Paulo: RT, 1995.

- LUIZ, Valter Correa. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio a boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NEVES, Edson Alvisi. *O tribunal do comércio*. Rio de Janeiro: Faperj, 2008.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. T. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: 8ª ed. Freitas Bastos, 1996.
- TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SOUZA, Alex Costa; et alii. *Caco 90 anos de história*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.
- WALD, Arnoldo. *Bibliografia das obras do professor Arnoldo Wald*. São Paulo: Edição do autor, 1998.
- WEHLING, Arno. *História do direito: entre rupturas, crises e discontinuidades*. Rio de Janeiro: Arraes, 2018.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONCEITOS, CONTORNOS E POSSIBILIDADES

Rafael Meireles Saldanha¹

Resumo: Este artigo, inicialmente buscará analisar a complexidade e os diferentes tipos de conceito de Justiça Restaurativa. Em um segundo momento, será destacado o foco da Justiça Restaurativa aos atores que envolvem o ato lesivo, bem como suas necessidades. Buscar-se-á ainda analisar a Justiça Restaurativa a partir de três principais concepções: encontro, reparação e transformação. A pesquisa ainda evidencia o destaque dado a vítima pela Justiça Restaurativa e o papel da vitimologia no processo deste movimento.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Vitimologia; Violência Estrutural.

Abstract: This article seeks to analyze the complexity and the different concepts of Restorative Justice. In a second moment, it will emphasize the Restorative Justice focus on the actors involved in the wrongful act, as well as their needs. It will also analyze Restorative Justice from three main conceptions: encounter, repair and transformation. The research also highlights the importance given to the victim and the role of victimology in this process.

Keywords: Restorative Justice; Victimology; Structural Violence

1. INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa surge como alternativa ao modelo retributivo, se afastando de uma concepção pautada no passado, na retribuição e na punição. Desse modo,

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.

o que antes era insuscetível de reversão caminha para uma análise mais aberta a possibilidades que tragam benefícios para a comunidade de maneira geral. Assim, o tema se torna relevante não só para operadores do sistema penal, bem como para a sociedade civil e comunidades epistêmicas, avançando a concepção de que a justiça restaurativa seja um novo olhar sobre o crime, visando transformar o modo como a sociedade concebe e responde a este, sobretudo em relação à vítima.

Mas afinal, o que é Justiça Restaurativa? Muito embora a expressão englobe uma grande variedade de programas e práticas, Howard Zehr conceitua que

“no seu cerne ela é um conjunto de princípios, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas. Em última análise, a Justiça Restaurativa oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas²”

Outrossim, o citado autor alerta sobre a importância de destacar o que a Justiça Restaurativa não é, pois, como todo experimento de mudança, muitas vezes se afasta dos princípios de origem. Portanto, cumpre salientar que:

- 1) A Justiça Restaurativa não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação;
- 2) A Justiça Restaurativa não é mediação
- 3) A Justiça Restaurativa não tem por objetivo principal reduzir a reincidência ou as ofensas em série.
- 4) A Justiça Restaurativa não é um programa ou projeto específico.
- 5) A Justiça Restaurativa não foi concebida para ser aplicada a ofensas comparativamente menores ou ofensores primários.
- 6) A Justiça Restaurativa não é algo novo nem se originou nos Estados Unidos.
- 7) A Justiça Restaurativa não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o processo penal.
- 8) A Justiça Restaurativa não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento.
- 9) A Justiça Restaurativa não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva.³

A ideia de um paradigma restaurativo traz controvérsias sobre a utilização

² ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 15.

³ *Ibidem*, p. 18 e ss.

desse termo. Na visão de VAN NESS⁴, existe sim esse novo paradigma, já que suscita novas perguntas para as sociedades fazerem e responderem ao crime. Nessa esteira, Cláudia Santos⁵ critica o destemperado processo de criminalização como uma única resposta ao conflito social. Ressalta, ainda que como um prognóstico inicial, que com a exclusão da via penal não ocorreriam renúncias de garantias processuais, nem o direito penal teria de ser evidenciar sua capacidade utilitaristas de eficácia.

A tentativa de compreender as práticas, teoria e o programa restaurativo deve vir acompanhada da reflexão criminológica e de algumas referências político-criminais:

(...) não prescinde de uma crítica da justiça penal dita tradicional (no que é suportada, sobretudo, pelos ensinamentos da criminologia crítica ou “de sessenta), nem da afirmação de um programa político-criminal cujos vectores são a reparação dos danos causados à vítima ou a preferência pela solução do conflito criminal através de um consenso entre aqueles que nele estiveram envolvidos. Com propósitos simplificadores, talvez não seja inteiramente despropositado afirmar-se que a justiça restaurativa se nutre do pensamento criminológico na crítica de um certo passado e de um certo presente do sistema de reação ao crime e que se alimenta de algumas orientações político-criminais para esboçar o seu projecto de como se deve responder ao crime no futuro⁶.

Ressalta também que a justiça restaurativa traz em seu bojo convergências de correntes criminológicas aparentemente contraditórias, como o abolicionismo penal e a vitimologia, e ainda a contradição de uma reação ao crime que aposta em mecanicismos de consenso, e por outro lado, o endurecimento no sancionamento penal preconizado por alguns para se enfrentar uma criminalidade que se diz progressivamente mais grave e organizada.

Importante destacar, sobretudo em um contexto de globalização e da perda da importância do Estado-Nação, que a justiça restaurativa não se limita a deixar a resolução dos conflitos criminais às partes e, conseqüentemente, uma perda

⁴ VAN NESS, Daniel/MORRIS, Allison MAXWELL, Gabrielle (“Introducing Restorative Justice”, Restorative Justice for Juveniles – Conferencing, Mediation and Circles, Eds. A. Morris/ G. Maxwell, Portland: Hart Publishing, 2003, p.3.

⁵ SANTOS, Claudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 40.

⁶ Ibidem, p. 40.

do papel do Estado na reação do crime. É justamente ao contrário. Se tem de fato uma intervenção estatal menos punitiva, mas não necessariamente “menos Estado”. Postula-se uma nova incumbência estatal, a oferta de ao agente e à vítima do crime uma possibilidade de pacificação do conflito. Portanto, argumenta-se pela presença do Estado para além do âmbito do poder judiciário.

2. O FOCO NOS ATORES E NAS NECESSIDADES DO ATO LESIVO

A Justiça restaurativa é focada em necessidades e papéis, como identifica Zehr. Os defensores da Justiça restaurativa perceberam as necessidades que não estavam sendo atendidas pelo processo legal atual, representando assim um esforço para repensar as necessidades que o crime gera e a identificação dos papéis desempenhado por cada ator no ato lesivo.

A Justiça Restaurativa amplia o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou ao caso) para além do Estado e ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade.

Como esta visão de necessidades e papéis marcou a origem do movimento, e pelo fato de a estrutura de necessidades/ papéis ser tão inerente ao conceito, é importante começar nossa revisão desse ponto. À medida que o campo da Justiça Restaurativa se desenvolveu, a análise dos detentores de interesse tornou-se mais complexa e abrangente. A discussão que segue se limita a algumas das preocupações centrais que já se faziam presentes desde o início do movimento e que continuam a desempenhar um papel central. Ela também se limita às necessidades “judiciais” – necessidades das vítimas, ofensores e membros da comunidade que podem ser atendidas, ao menos em parte, pelo sistema judicial⁷.

Nessa mesma linha, Tony Marshall⁸ conceitua que

A justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras.

⁷ ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 24.

⁸ Tony Marshall, apud LARRAURI. Tendencias actuales em la justicia restauradora, p. 443.

Não obstante, Pallamolla⁹ chama atenção para o caráter de conceito aberto da Justiça Restaurativa, não há uma mesma fórmula a ser aplicada em cada caso concreto:

A justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas. Na década de 70 e 80 (no contexto norte-americano) falava-se em medição entre vítima e ofensor e reconciliação. Neste momento, a justiça restaurativa estava associada ao movimento de descriminalização. Nos anos 70 encontrava-se em fase experimental e possuía experiências-piloto no sistema penal. Já na década seguinte (anos 90) a justiça restaurativa se expandiu e foi inserida em todas as etapas do processo penal.

Por estar sempre em processo de transformação, Johnstone e Van Ness¹⁰ buscam analisar o conceito de justiça restaurativa a partir de três principais significados: encontro, reparação e transformação. O conceito de encontro busca dar conta do movimento que vítimas, perpetradores e outros envolvidos em determinado crime dialogam para chegar a uma solução. Em vez de permanecerem passivos, enquanto profissionais discutem e decidem como resolver o problema, estes se encontram face a face em um ambiente seguro e de apoio e desempenham um papel ativo na discussão e na tomada de decisões¹¹.

Outra forma de entender a justiça restaurativa seria enquanto reparação. Neste caso, o prejuízo que o crime tem causado às pessoas e relacionamentos precisa ser reparado. Este é um processo muito complexo, envolvendo uma ampla gama de coisas que um criminoso pode fazer para reparar os danos patrimoniais e simbólicos que ele tem causado à sua vítima. Nota-se que, se trata do que chamamos “fazer justiça”, mas não com viés punitivo e de sofrimento para o agressor, mas com viés de reparação do dano causado à vítima¹². Cabe destacar ainda que a reparação está conectada ao encontro (descrito anteriormente), uma vez que a fim de alcançar a reparação seria necessário promover o encontro.

Sob a concepção transformadora, a justiça restaurativa é concebida como um modo de vida que devemos levar. Dentre os elementos-chave deste modo de vida

⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCrim, 2009, p. 54.

¹⁰ JOHNSTONE, G. & VAN NESS, D. (Eds). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton (UK): Willan Publisher, 2011, p.1.

¹¹ *Ibidem*, p.9.

¹² *Ibidem*, p.12.

estaria a rejeição do pressuposto de que nós existimos em algum tipo de ordem hierárquica com outras pessoas (ou mesmo com outros elementos do nosso meio ambiente). Na verdade, ela rejeita a idéia de que somos ontologicamente distintos de outras pessoas ou até mesmo de nosso ambiente físico. Em vez disso, para viver uma vida de justiça restaurativa, devemos abolir o Eu (como é convencionalmente entendido na sociedade contemporânea) e entender a nós mesmos como inextricavelmente ligados e identificáveis com outros seres e com o mundo externo. Em tal contexto, é provável não fazer distinções nítidas entre crime e outras formas de comportamentos prejudiciais, mas simplesmente responder a todos os comportamentos prejudiciais (de crime, a exploração econômica, para o uso do poder na vida cotidiana), da mesma maneira - através da identificação do que foi ferido, quais são suas necessidades e como as coisas podem ser corrigidas¹³.

Nessa linha, Pallamolla identifica que essas concepções são diferentes, mas não excludentes entre si. Primeira, a concepção do encontro, que expressa a ideia central deste movimento, a percepção de que vítima, ofensor e demais interessados terão a oportunidade de encontrar-se em um local menos formal e rígido como nos tribunais.

Para os adeptos desta concepção, a justiça restaurativa propicia que os envolvidos no delito (ou dando) abandonem a passividade e assumam posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito com relação ao delito, sempre com ajuda de um facilitador¹⁴.

Já a concepção da reparação propõe-se que seja reparado o dano causado à vítima. No entanto, essa reparação não exige que necessariamente o ofensor sofra também um dano, já que a reparação já é a realização da justiça.

A questão central não deveria ser 'O que devemos fazer ao ofensor?' ou 'O que o ofensor merece?', mas sim 'O que podemos fazer para corrigir a situação?'¹⁵

E a concepção da transformação, que defende a ideia de que o papel da Justiça Restaurativa é transformar a maneira pela qual as pessoas se compreendem e como se relacionam.

¹³ Ibidem, p.16.

¹⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009, p. 57.

¹⁵ ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 175.

Esta concepção, de certa forma, afasta-se das demais, pois concebe a justiça restaurativa como uma forma de vida a ser adotada e rejeita qualquer hierarquia entre os seres humanos.¹⁶

Também poderia se questionar que as práticas restaurativas seriam apenas para criminalidade menos grave, e por isso estariam fora do contexto que mais preocupa o Estado atualmente, que seria o enfrentamento da criminalidade organizada e violenta. Contudo, a Cláudia Santos¹⁷ adverte que as práticas restaurativas não se restringem à criminalidade menos grave (ainda que se demonstre que essa criminalidade ocupa uma fatia significativa das instâncias formais de controle o que por si só já faz valer o uso das práticas restaurativas ao problema atual), e ainda que a adoção de práticas restaurativas não necessariamente equivale a poupança de meios, e tão pouco que sempre prepondere na proposta restaurativa um caráter assistencial vinculado a uma dimensão social do Estado.

Para a autora, a justiça restaurativa surge com: (1) atenção criminológica de que o Estado não dava a devida atenção à vítima; (2) sinaliza instrumentos ao sistema penal para permitir um modelo alternativo de resolução de conflitos; (3) reconhece as críticas trazidas pela corrente criminológica do abolicionismo penal.

Santos destaca que a justiça restaurativa é mais do que uma metamorfose dessas duas correntes criminológicas: a vitimologia e o abolicionismo penal. É uma herdeira da preocupação central da vitimologia com a reparação dos danos que a prática do crime causou e da crítica abolicionista ao sistema penal clássico como forma de solução do conflito que o é o crime por ser prejudicial para o agente e para a comunidade.

Contudo, não se pode esquecer que os movimentos político-criminais que endureceram a reação penal com o argumento de aumento de proteção aos direitos das vítimas. A autora julga relevante, entretanto, que paralelamente a esse movimento surge outro, o restaurativo. Justamente também com a ideia de proteção da vítima, mas fundamentado ao direito da reparação, ressaltando que este não é cumprido com a privação da liberdade do agente:

¹⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009, p. 59

¹⁷ SANTOS, Claudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editoria, 2014, p. 42 e ss.

Como pode um modelo de reação ao crime pretender ser simultaneamente melhor para o agente do crime e melhor para a sua vítima? Não são as aspirações de cada um, posteriores à ocorrência do delito, incompatíveis? (...) em plena concordância com o defendido por Antônio García-Pablos de Molina, não se vê razão para o entendimento – infelizmente comum – de que o respeito pelos direitos das vítimas só possa ser logrado á custa de uma diminuição dos direitos dos agentes de crimes¹⁸.

Portanto, argumenta-se que não é incompatível um sistema de reação ao crime que seja melhor para a vítima e também para o ofensor. Dessa maneira, deve-se olhar para o crime como acontecimento global, envolvendo o agente, a vítima e a reação social.

3. A VÍTIMA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa se importa especialmente com as necessidades das vítimas de atos ilícitos, justamente aquelas necessidades que são negligenciadas pelo sistema penal. O crime é entendido como um ato cometido contra o Estado, e as vítimas acabam por serem apenas instrumentalizadas no processo. No entanto, as vítimas possuem uma série de necessidades que precisam ser observadas. Zehr, destaca quatro tipo de necessidades que parecem estar principalmente sendo descuidadas:

1. Informação. A vítima precisa de respostas às suas dúvidas sobre o ato lesivo – por que aconteceu e o que aconteceu depois? Precisa de informações reais, não especulações ou informações oficiais vindas de um julgamento ou dos autos do processo. Conseguir informações reais em geral requer que tenhamos acesso direto ou indireto ao ofensor que detém a informação.

2. Falar a verdade. Um elemento importante no processo de recuperação ou superação da vivência do crime é a oportunidade de narrar o acontecido. DE fato, na maioria dos casos é importante que a vítima reconte sua história várias vezes. Há bons motivos terapêuticos para tanto. Parto do trauma acarretado pelo crime advém da forma como ele perturba nossa visão sobre nós mesmo e o mundo, nossa história de vida. Transcender essa vivência implica em “recontar” nossa vida, narrando a história em contextos significativos, muitas vezes em situações onde receberá reconhecimento público. Com frequência é

¹⁸ Ibidem, p. 49.

importante para a vítima contar a história àqueles que causaram o dano, fazendo-os entender o impacto de suas ações.

3. Empoderamento. Em geral as vítimas sentem que a ofensa sofrida privou-lhes do controle – controle sobre sua propriedade, seu corpo, suas emoções, seus sonhos. Envolver-se com o processo judicial e suas várias fases pode ser uma forma significativa de devolver um senso de poder às vítimas.

4. Restituição patrimonial ou vindicação. A restituição patrimonial por parte do ofensor geralmente constitui elemento importante para as vítimas, por vezes, em virtude das perdas reais sofridas mas, igualmente, devido ao reconhecimento simbólico que a restituição dos bens representa. Quando um ofensor faz um esforço para corrigir o dano cometido, mesmo que parcialmente, isto é uma forma de dizer “estou assumindo a responsabilidade, você não é culpado/a pelo que eu fiz”. De fato, a restituição de bens é um sintoma ou sinal que representa uma necessidade mais básica – a de vindicação. Embora o conceito de vindicação esteja fora do escopo deste livro, estou convencido de que se trata de uma necessidade básica que todos temos ao sermos tratados injustamente. A restituição de bens é uma dentre muitas outras maneiras de atender a essa necessidade de igualar o placar. Um pedido de desculpas também pode contribuir para satisfazer essa necessidade de ter reconhecido o mal que nos foi infligido.¹⁹

Nessa mesma linha, Santos²⁰ cita a obra de Manuel da Costa Andrade²¹ para ressaltar a importância do reconhecimento da vítima após séculos de negligência. Alerta que esse regresso da vítima não é mesmo de épocas pretéritas onde ela assumia papel primordial na reação do crime. Portanto, sabendo aquilo que a vítima não pode ser, deixa em aberto aquilo que ela pode representar.

A autora salienta também a similaridade da própria evolução do pensamento criminológico com a vitimologia. Houve na criminologia como um todo uma transição do foco do estudo do homem delinquente (no paradigma positivista) para as instâncias formais de controle. Também a vitimologia passou de uma fase de análise apenas da vítima, para uma fase de análise de como as instâncias formais de controle se relacionam com a vítima. Entende-se assim que a vitimologia passou de uma fase mais positivista para uma fase mais crítica.

¹⁹ ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 25.

²⁰ SANTOS, Claudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editoria, 2014, p. 51 e ss.

²¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. A vítima e o problema criminal. Coimbra: Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 11.

A autora ressalta que a vitimologia penal, que estuda os comportamentos da vítima que contribuem para a infração penal, não teria sido fonte de inspiração para a justiça restaurativa. Isso porque a justiça restaurativa tem maior aptidão para uma solução após o conflito e não antes.

A ideia central é que a vitimologia contribui para a justiça restaurativa por repudiar a exclusão da vítima na resolução do conflito. Destaca também que a ideia de participação da vítima também não é inteiramente uma novidade para o Direito Penal, já que desde os primórdios do direito penal haviam formas de composição nas quais as vítimas faziam parte. A justiça restaurativa se mostraria capaz de trazer efetividade à participação da vítima:

O que justifica a subsistência da acusação de esquecimento da vítima, mesmo num sistema processual aberto à participação, parece ser o argumento de que a tal possibilidade formal de participação não corresponde uma possibilidade real de conformação do processo penal que culmine com a satisfação das reais necessidades da vítima. Ora, constituindo essa dimensão reparadora uma das linhas estruturantes de um certo pensamento vitimológico que foi incorporada pelo pensamento restaurativo, compreende-se a importância da criação de programas de mediação vítima-agressor orientados por tal propósito.²²

Santos destaca ainda que dar mais atenção a vítima não significa diminuir de forma alguma direitos do ofensor. Dar-se-á a possibilidade de a vítima exprimir seus sentimentos e uma opinião do desfecho que deve ser dado ao conflito. *“A centralidade das vítimas está no coração mesmo de qualquer resposta dada pela justiça restaurativa (...) Procurar reparar e empoderar as vítimas é um elemento definatório da justiça restaurativa”*.²³

É importante destacar que os interesses da vítima estão cada vez mais presentes dentro do direito penal e do direito processual penal, entretanto, os limites dados à própria finalidade do direito penal e direito processual penal impõe também limites à satisfação plena dos interesses da vítima:

Essa reflexão conduzirá, porventura e segundo agora se julga, à conclusão de que aquilo de que pode carecer a vítima de um crime é de naturezas muito diversas, cabendo ao direito penal e ao direito processual penal apenas uma parcela de responsabilidade

²² SANTOS, Claudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.57.

²³ *Ibidem*, p. 58.

na satisfação de algumas dessas necessidades. Talvez se venha a concluir que a preocupação com essas necessidades concretas da vítima passada não corresponde a uma função primeira da justiça penal (o que, senão equivale à defesa da desconsideração da vítima nessa justiça penal, não deixa porém, de impor limites à forma como a satisfação das suas necessidades pode erigir-se a pedra de toque). O interesse da vítima é conformador de várias orientações político-criminais e é contemplado em vários institutos do nosso direito penal e do nosso direito processual penal. Todavia, os limites que as próprias finalidades do direito penal e do direito processual penal impõe à prossecução de uma tutela plena de todos os interesses daquela vítima relançam, segundo também se crê, a forma como algumas das suas necessidades poderão merecer acolhimento em modelo de reação ao crime (e à vitimização) distintos do modelo penal²⁴.

Portanto, essa satisfação pode vir de outros modelos de reação ao crime, como a Justiça Restaurativa.

4. CONCLUSÕES

A concepção moderna de política reifica dicotomias estabelecendo um centro interpretativo soberano, que encoraja e legitima a marginalização de alguns indivíduos em detrimento de outros²⁵. A partir da tentativa de construção de uma comunidade homogênea imaginada, torna-se possível a produção de fronteiras e dicotomias que delimitam pertencentes e dissidentes, possibilitando a ocorrência de práticas de exclusão/assimilação da diferença, primando pela homogeneidade interna.

As práticas de disciplinamento e normalização destes sujeitos desviantes são o instrumental de ação do Estado para conter a alteridade e criar uma suposta comunidade homogênea.

Cumprido ressaltar que toda prática política incorre necessariamente em marginalizações, uma vez que sempre separam pertencentes e dissidentes. Ainda que se busque a inclusão dos indivíduos, ela nunca se dá de forma plena. Nesse sentido, os espaços morais são espaços sociais imaginados, no qual um grupo de indivíduos é incluído ou excluído com base em dicotomias hierárquicas,

²⁴ *Ibidem*, p. 59.

²⁵ WALKER, R. B. J. "Ethics, modernity, community". *Inside/Outside: International Relations as Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

separando pertencentes, categorizados como bons, civilizados, superiores, e excluídos, categorizados como maus, selvagens e inferiores²⁶.

Nessa seara, a criminologia crítica se desenvolve por oposição à criminologia tradicional no sentido de que a primeira é construída pela mudança do objeto de estudo da criminalidade como dado ontológico para a criminalização como realidade construída, mostrando o crime como classificação atribuída a condutas ou pessoas pelo sistema penal, que seleciona a criminalidade por processos fundados em estereótipos, preconceitos, indicados pela marginalização, desemprego, pobreza, entre outros²⁷.

O modo como está estruturado o sistema de justiça criminal²⁸ direciona atenção apenas a uma pequena parte da violência social, por meio do conceito de criminalidade, definido pelos que têm este poder de definição. Alessandro Baratta²⁹ caracteriza esta discrepância como:

(...) discrepância entre os programas de ação previstos nas leis penais e as possibilidades reais de intervenção do sistema (...)

(...) o sistema de justiça criminal apresenta-se inadequado em relação a suas funções declaradas. Quer dizer que a pena como instrumento principal deste sistema está falida no que diz respeito a suas funções de prevenção da criminalidade.

Portanto, o sistema está limitado a uma resposta penal simbólica ao fenômeno da criminalidade e insegurança, já que é orientado a intervir a determinados delitos³⁰ e delinquentes, com uma conotação social. Segundo o mesmo autor, violência estrutural "*é a repressão das necessidades reais e portanto dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social*", onde necessidades reais são entendidas como "*as potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-social*". Dessa forma, o sistema penal nada mais é do que uma violência posterior para

²⁶ CAMPBELL, D. **Writing Security**: United States Foreign Policy and the Politics of Identity. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1992.

²⁷ BARATTA, Alessandro. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. Universidade de Saarland, Alemanha, 1993, p. 8.

²⁸ O sistema de justiça criminal aqui abordado entende-se como sistema de controle social, que em sentido lato aborda as formas como a sociedade responde aos delitos e seus delinquentes, e a maneira pela qual, seleciona, delimita, qualifica e estigmatiza o próprio desvio.

²⁹ BARATTA, A., op cit.

³⁰ Utilizaremos o termo delito e suas variantes como, crime, desvio, infração como sinônimas.

compensar uma violência anterior, uma violência institucional³¹ que acaba por reproduzir a violência estrutural.

O sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. Dessa forma, a sua legitimidade deve ser entendida como uma racionalização de decisões de forma a caracterizar o poder não como algo que se “tem” e sim algo que se “exerce”³²:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.

Para Zaffaroni, os órgãos deste sistema atribuem como certos determinados comportamentos e ainda generaliza exigindo que todos tenham a mesma visão. No pensamento de Baratta, a criminalidade se mostra como *status* atribuídos a determinados indivíduos por meio de duas seleções³³:

Em primeiro lugar, pela seleção de bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos.

Verifica-se ainda que o Direito Penal caminha cada vez mais no sentido de restringir-se aos interesses estatais como única forma legítima de solução da criminalidade.

Desse modo, como meio de satisfazer as necessidades que o sistema penal não logra corresponder, o caráter transformativo da justiça restaurativa envolve não só uma forma de resolver um crime e reparar o dano, mas uma transformação da sociedade como um todo para que comportamentos e atos destrutivos sejam evitados, agindo tanto no campo jurídico quanto no político, diminuindo a violência e aumentando as liberdades, aproximando-se assim do ideal de justiça.

³¹ Para Alessandro BARATTA a violência é institucional quando o agente é um órgão do Estado, um governo, o exército ou a polícia. (*Direitos humanos...*, op. cit., 1993, p. 6).

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15

³³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1999, p. 218.

5. REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- _____. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. Universidade de Saarland, Alemanha, 1993.
- CAMPBELL, D. **Writing Security: United States Foreign Policy and the Politics of Identity**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1992.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 11.
- JOHNSTONE, G. & VAN NESS, D. (Eds). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton (UK): Willan Publisher, 2011.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCrim, 2009.
- SANTOS, Claudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editoria, 2014.
- WALKER, R. B. J. "Ethics, modernity, community". **Inside/Outside: International Relations as Political Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2018.
- _____. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO DAS LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES

Reis Friede¹

Resumo: a noção primária do Poder Legislativo nasceu na Inglaterra, na Idade Média, antes mesmo da concepção da separação de Poderes, quando se ensaiaram os primeiros passos no sentido de limitar a autoridade absoluta dos reis. Contemporaneamente, o Poder Legislativo representa o órgão fundamental imbuído da missão de elaborar, revogar e alterar as leis e também, por expressa autorização constitucional, de desempenhar a função de Poder Constituinte de 2º Grau. A Constituição de 1988 alude ao processo legislativo, elencando um rol de espécies normativas a serem elaboradas segundo o rito básico nela contido: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (art. 59, I a VII, da CF). Assim, o presente texto tece breves considerações sobre o processo legislativo pertinente às leis ordinárias e complementares.

Palavras-chave: fontes do Direito; processo legislativo; lei.

CONSIDERATIONS REGARDING THE LEGISLATIVE PROCESS OF THE ORDINARY AND COMPLEMENTARY LAWS

Abstract: the primary notion of the Legislative Power was born in England, during the Middle Ages, even before the conception of the Separation of Powers, when the first steps in the sense of limiting the absolute authority of the kings was rehearsed. Contemporarily, the Legislative Power represents the fundamental body imbued with the mission of

¹ Reis Friede é Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

elaborating, revoking and altering the laws, and also, through express constitutional authorization, of working as a 2nd Constituent Power of Attorney. The Constitution of 1988 alludes to the legislative process, listing a role of normative species to be elaborated according to the basic rite in it: amendments to the Constitution, complementary laws, ordinary laws, delegated laws, provisional measures, legislative decrees and resolutions (article 59, I to VII, Brazilian Constitution of 1988). Therefore, the current text makes brief considerations about the legislative process pertinent to the ordinary and complementary laws.

Keywords: Legal Sources; Legislative Process; Law.

1. INTRODUÇÃO

A noção primária do Poder Legislativo nasceu na Inglaterra, na Idade Média, antes mesmo, portanto, da concepção da separação de Poderes, quando se ensaiaram, ainda sob a denominação de *Parlamento*, os primeiros passos, por iniciativa de representantes da nobreza e do próprio povo, no sentido de limitar a autoridade absoluta dos reis. Sob o ponto de vista estritamente acadêmico, a concepção básica do Poder Legislativo surgiu com a teoria de JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) sobre o tema *soberania*, quando o grande filósofo defendeu a tese segundo a qual a expressão *soberania popular*, titularizada pelo povo, seria retratada, em última análise, através da lei.

Contemporaneamente, o Poder Legislativo representa o órgão fundamental imbuído da missão básica de elaborar, revogar, alterar e emendar as leis (criação do Direito Positivo infraconstitucional) e também, por expressa autorização constitucional, de desempenhar a função de Poder Constituinte de 2º Grau (ou, em termos mais específicos, Poder Reformador), além de outras funções (secundárias ou não) expressamente estabelecidas pela própria Constituição.

O Poder Legislativo encontra-se organizado em todos os níveis estatais (federal, estadual, distrital e municipal), sendo certo que, no âmbito federal, a atividade legislativa é exercida pelo Congresso Nacional, de forma bicameral (Câmara dos Deputados e Senado Federal), conforme prevê o art. 44, *caput*, da Lei Maior.

2. PROCESSO LEGISLATIVO

Exatamente como fizeram todas as Constituições brasileiras, a Constituição de 1988 expressamente alude ao denominado *processo legislativo*, elencando um rol de espécies normativas a serem elaboradas segundo o rito básico nela contido: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (art. 59, I a VII). Tal regramento, conforme será visto, deve ser fielmente observado. Afinal, como bem pontuou o Min. JOAQUIM BARBOSA, a Constituição Federal, “ao dispor regras sobre processo legislativo, permite o controle judicial da regularidade do processo” (STF, Plenário, ADI nº 3.146/DF, julgamento em 11.05.2006).

2.1. Definição

Por definição, *processo legislativo* é o conjunto de fases estabelecidas na Constituição Federal (arts. 59 a 69), a serem fielmente percorridas pelas espécies normativas primárias. Conforme consignado pelo Min. CELSO DE MELLO, “a disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis” (STF, Plenário, Mandado de Segurança nº 22.690/CE, julgamento em 17.04.1997). No plano infraconstitucional, a Lei Complementar nº 95/98, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 107/2001, dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis e outros atos normativos, configurando, pois, um importante documento destinando à técnica legislativa.

LENZA (2012, p. 545) assevera que a “importância fundamental de estudarmos o processo legislativo de formação das espécies normativas é sabermos o correto trâmite a ser observado, sob pena de ser inconstitucional a futura espécie normativa”, do que se extrai a profunda relação que há entre o tema em exame e o chamado *controle de constitucionalidade*.

2.2. Espécies Normativas Primárias

Nos termos do art. 59, incisos I a VII, da Constituição, as espécies normativas primárias que integram o ordenamento jurídico brasileiro são: emendas à

Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, figuras detalhadas a seguir.

2.2.1. Emenda à Constituição

Trata-se de espécie normativa através da qual são promovidas alterações no Texto Constitucional. As emendas constitucionais, embora integrantes do processo legislativo, inserem-se no âmbito de atuação do Poder Constituinte Reformador (Derivado ou de 2º Grau), que é exercido, por expressa autorização constitucional, pelo legislador ordinário, ainda que sujeito a um conjunto de limitações de natureza *formal, circunstancial e material*. Como exemplo das primeiras, cumpre citar o disposto no art. 60, I, II e III, da Carta Federal, que versa sobre a iniciativa do processo legislativo destinado a promover alterações no Texto Constitucional. Em relação às *limitações circunstanciais*, cite-se o art. 60, § 1º, da Lei Magna, segundo o qual “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”. As *limitações materiais*, por sua vez, traduzem vedações materiais estabelecidas pelo próprio Poder Constituinte Originário, a configurar um autêntico *núcleo intangível*, reconhecido pela expressão *cláusulas pétreas*, temas que não poderão ser objeto de proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais”, na exata dicção do art. 60, § 4º, I a IV, da CF.

Não obstante a existência de alguma controvérsia doutrinária, SILVA NETO (2009, p. 22) esclarece que as *limitações temporais* já eram historicamente encontradas no art. 174 da Constituição Imperial (1824), cujo teor preceituava: “se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles”.

Além das referidas limitações, todas de natureza *expressa*, parte da doutrina constitucionalista admite a existência de *limites implícitos* ao Poder Reformador, tal como entende TEMER (1998, p. 145), para quem as *limitações implícitas* “dizem respeito à forma de criação de norma constitucional, bem como as que impedem a pura e simples supressão dos dispositivos atinentes à intocabilidade dos temas já elencados”, isto é, das cláusulas pétreas elencadas no art. 60, § 4º, da Lei Fundamental.

Com efeito, a tramitação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) deverá seguir fielmente os procedimentos elencados no art. 60 da Carta da República: no tocante ao *quorum*, precisará se discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 60, § 2º, da CF); uma vez promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 60, § 3º, da CF), a emenda constitucional insere-se no contexto amplo das normas constitucionais, constituindo-se, pois, em uma clássica exceção ao nível infraconstitucional (nível legal) das demais espécies normativas integrantes do processo legislativo. Ressalte-se, por fim, que a PEC rejeitada ou havida por prejudicada não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, consoante dispõe o art. 60, § 5º, da Lei Maior.

2.2.2. Lei Complementar

Cumpra registrar, de início, que a doutrina diverge a respeito da existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Um segmento doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, GERALDO DE ATALIBA e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, por exemplo) acena positivamente, concebendo a primeira como uma espécie de *tertium genus*, posto que estaria inserida entre o Texto Magno e a lei ordinária, notadamente diante da previsão contida no art. 69 da Lei Maior, regra que exige um *quorum* qualificado (maioria absoluta) para a aprovação de uma lei complementar, além de se tratar de espécie normativa cuja elaboração somente ocorre nas hipóteses taxativamente previstas na Constituição.

Uma segunda perspectiva teórica inadmita possa haver hierarquia entre as figuras em questão, sob o principal argumento de que “ambas encontram o seu fundamento de validade na Constituição”, existindo apenas, conforme observa TEMER, citado por LENZA (2012, p. 587), “âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas”. Como se vê, os adeptos deste entendimento apoiam-se em dois argumentos centrais: *a*) ambas (leis complementares e ordinárias) constituem-se em espécies normativas primárias, extraindo da própria Lei Maior o respectivo fundamento de validade; *b*) não há que se falar em hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas somente em campos de atuação distintos, sobretudo diante do quadro normativo estabelecido pela Lei Maior para cada uma delas.

A jurisprudência do STF inclina-se no sentido da inexistência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária (Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 419.629/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 23.06.2006). Ademais, conforme anotou o Min. JOAQUIM BARBOSA, “nem toda contraposição entre lei ordinária e lei complementar se resolve no plano constitucional”, ou seja, “a discussão será de alçada constitucional se o ponto a ser resolvido, direta ou incidentalmente, referir-se à existência ou inexistência de reserva de lei complementar para instituir o tributo ou estabelecer normas gerais em matéria tributária, pois é a Constituição que estabelece os campos materiais para o rito de processo legislativo adequado” (STF, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 228.339, julgamento em 20.04.2010).

Desta feita, nos termos da posição predominante na doutrina e na jurisprudência, a lei complementar traduz-se em espécie normativa primária caracterizada por dois atributos relevantes, vale dizer, pelo campo de atuação expressamente determinado na Constituição (reserva de lei complementar) e pelo *quorum* qualificado (maioria absoluta) demandado para efeito de sua aprovação. Significa dizer que as matérias a serem disciplinadas por meio de lei complementar estão expressa e taxativamente consignadas no Texto Magno, seja por obra do Poder Constituinte Originário, seja por interferência do Poder Reformador, tais como exigem os seguintes dispositivos constitucionais: arts. 7º, inciso I; 14, § 9º; 18, §§ 2º, 3º e 4º; 21, inciso IV; 22, § único; 23, parágrafo único; 25, § 3º; 45, § 1º; 59, parágrafo único; 62, § 1º, inciso III; 84, inciso XXII; 93, *caput*; 99, § 15; 121, *caput*; 128, § 4º; 129, *caput*, incisos VI e VII; 131, *caput*; 134, § 1º; 142, § 1º; 146, *caput*, e parágrafo único; 146-A; 153, *caput*, inciso VII; 154, inciso I; 155, § 1º, inciso III, e § 2º, inciso XII; 156, *caput*, inciso III; 156, § 3º; 161; 163; 165, § 9º; 166, § 6º, entre outros, todos da Constituição Federal.

Cumprido registrar, ainda, que as leis complementares, a exemplo de outras espécies normativas infraconstitucionais (as leis ordinárias), também estão sujeitas à sanção presidencial, como genérico instrumento de controle político, e incontestemente mecanismo de *checks and balances*. Por fim, quanto às leis complementares, decidiu a Suprema Corte que tal espécie normativa, de acordo com o Direito Positivo pátrio, só se afigura cabível “quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita” (STF, Plenário, ADI nº 789/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 26.05.1994).

2.2.3. Lei Ordinária

As leis ordinárias são consideradas atos legislativos típicos, com elevado âmbito de amplitude material e com *quorum* de aprovação por maioria simples (ou seja, maioria dos presentes, desde que existam, no plenário da Casa, metade mais um do total de seus membros). Em síntese, a lei ordinária possui um campo material caracterizado por sua natureza *residual*. Por conseguinte, a matéria que não for objeto de disciplina por meio de lei complementar, decreto legislativo e resolução será regulamentada através daquela espécie normativa.

2.2.4. Lei Delegada

Lei delegada é aquela em que o Poder Legislativo delega ao Chefe do Executivo a tarefa de elaborar o texto legal, configurando verdadeira exceção ao princípio da indelegabilidade (delegação *externa corporis*). Com efeito, a lei delegada, em termos objetivos, é elaborada, em situações especiais, pelo Presidente da República, que solicita tal delegação ao Congresso Nacional (fase da iniciativa solicitadora), indicando expressamente a matéria a ser por ele legislada. Nos termos do art. 68, § 2º, do Texto Fundamental, caso o Parlamento aquiesça quanto ao pedido presidencial, a delegação temporária concedida terá a forma de *resolução*, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. De qualquer modo, mesmo tendo recebido a delegação pleiteada, o Presidente da República, segundo o melhor entendimento, não pode ser compelido a produzir o respectivo texto legal.

Cumpre advertir, entretanto, que nem todas as matérias poderão ser objeto de delegação. O art. 68, § 1º, da Carta Federal consagra casos de indelegabilidade de atribuições. Por conseguinte, não poderão ser objeto de delegação: atos de competência exclusiva do Congresso Nacional; atos de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; matéria reservada à lei complementar; legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; legislação sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. Segundo doutrina praticamente unânime, as leis delegadas possuem idêntica força hierárquica das leis ordinárias (BASTOS, 1997, p. 362).

Ademais, caso o Presidente extrapole os limites da delegação recebida, o Congresso Nacional, através de decreto legislativo, poderá sustar o ato normativo exorbitante, na forma do art. 49, inciso V, da Constituição.

Tendo em vista o disposto no art. 68, § 3º, da Lei Magna, o qual prescreve que “se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda”, LENZA (2012, p. 588-589) classifica a presente delegação em *típica* (“não haverá apreciação pelo Congresso Nacional”) e *atípica* (“haverá apreciação pelo Congresso Nacional, em votação única e vedada qualquer emenda”), conforme o caso.

2.2.5. Medida Provisória

As medidas provisórias, originárias do sistema legislativo italiano, foram introduzidas no País a partir da promulgação da Constituição de 1988, objetivando, sobretudo, prover o Chefe do Executivo Federal de um instrumento legal apto a substituir o antigo *decreto-lei*, com a redação determinada pela EC nº 1/69), no que, por lamentável equívoco, acabou estigmatizado como “instrumento da ditadura”. Conforme demonstra o art. 62, *caput*, da CF, com a redação estabelecida pela EC nº 32/01, trata-se a medida provisória de um instrumento jurídico (dotado de força de lei) posto à decisão exclusiva do Presidente da República, que poderá editá-la e, em seguida, submetê-la imediatamente ao crivo do Poder Legislativo.

A despeito dos requisitos exigidos pela Constituição, notadamente a *relevância* e a *urgência*, fato é que houve, antes do advento da EC nº 32/01, um incontestável desvirtuamento da *mens* constituinte no que se refere ao manejo de medidas provisórias por parte do Chefe do Executivo. Tal problema acarretou a edição de cerca de 6.000 MPs durante o período compreendido entre 5 de outubro de 1988 (promulgação da Constituição) e 11 de setembro de 2001 (promulgação da EC nº 32/01), muitas das quais flagrantemente desprovidas daquelas condições requeridas pelo Lei Fundamental, realidade que nos aproximou, naquela quadra, de uma verdadeira “inflação legislativa” promovida pelo Executivo, consentida pelo Legislativo e sufragada pelo Judiciário, em uma indisfarçada “apropriação do poder de legislar”, a repercutir sobremaneira na própria essência do princípio da separação dos Poderes, problema muito bem

retratado pelo Min. CELSO DE MELLO (STF, Plenário, Medida Cautelar na ADI nº 2.213/DF, julgamento em 04.04.2002).

Não obstante tal “crescente apropriação institucional do poder de legislar”, a jurisprudência dominante na Corte Magna era no sentido da constitucionalidade da reedição de medidas provisórias, entendimento que, antes do advento da EC nº 32/2001, consolidou-se em diversos julgados proferidos pelo STF (Tribunal Pleno, ADI nº 2.150/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julgamento em 11.09.2002; Tribunal Pleno, Medida Cautelar na ADI nº 295/DF, Redator para o acórdão Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 22.06.1990; Tribunal Pleno, Medida Cautelar na ADI nº 295/DF, Redator para o acórdão o Min. MARCO AURÉLIO, voto do Min. NÉRI DA SILVEIRA, julgamento em 22.06.1990). Como se vê, de acordo com a antiga exegese do Supremo a respeito do tema, a medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC 32/01, ser reeditada dentro de seu prazo de eficácia de 30 dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição, entendimento que, inclusive, restou consubstanciado na Súmula nº 651, aprovada pela Corte Excelsa em Sessão Plenária de 24 de setembro de 2003, a qual foram conferidos, em 2016, efeitos vinculantes.

Enquanto efetiva espécie normativa primária, a edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos, com bem assinalou o Min. CELSO DE MELLO (STF, Plenário, Medida Cautelar na ADI nº 293/DF, julgamento em 06.06.1990): “o primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória, que possui vigência e eficácia imediatas, inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica”; o segundo é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei”. No que se refere ao rito a ser seguido por uma MP, e diante do que dispõe o art. 62 (com a redação estabelecida pela EC nº 32/01) da CF, é possível delinear a seguinte sistemática a respeito do processo de elaboração das medidas provisórias:

a) Em primeiro lugar, a edição de uma medida provisória constitui-se em atribuição indelegável do Presidente da República, nos moldes do art. 84, inciso XXVI, da CF. Uma vez editada, a MP será imediatamente submetida ao Parlamento. Tendo em vista o decidido pelo STF na ADI nº 4.029/AM, as medidas provisórias, antes de serem apreciadas em sessão dos plenários das duas Casas, devem ser examinadas por uma comissão mista de Deputados e Senadores (e não apenas pelo Relator, conforme previa o art. 6º da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso

Nacional, texto declarado inconstitucional no âmbito da citada ADI), o que avulta a importância analítica da referida comissão mista. Emitido o parecer pela comissão mista, o texto será apreciado pelo plenário de cada uma das Casas, cujo processo de votação terá início na Câmara dos Deputados (funcionando o Senado Federal, em seguida, como Casa Revisora), conforme estabelece o art. 62, § 8º, da Constituição.

Outrossim, preceitua o art. 62, § 6º, que “se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”.

Ademais, a deliberação da Câmara e do Senado sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais (art. 62, § 5º, da CF). Significa dizer, portanto, que se o plenário de uma das Casas entender (preliminarmente) pela não observância dos pressupostos constitucionais (relevância e urgência), e de adequação financeira e orçamentária, será o texto arquivado, sem análise de mérito, exatamente o ocorreu com a MP nº 704, de 23.12.2015.

b) Relevância e urgência são os pressupostos constitucionais exigidos pelo art. 62, *caput*, da CF, em relação aos quais o STF tem posição firmada no sentido de somente admitir “o exame jurisdicional de seu mérito em casos excepcionálíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente” (STF, Plenário, Medida Cautelar na ADI nº 2.527/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgamento em 16.08.2007).

c) No que se refere ao prazo (e respectiva possibilidade de prorrogação), preceitua o art. 62, § 7º, da CF: “prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional”. Donde se conclui que a MP, uma vez editada e submetida de imediato ao crivo do Parlamento, produzirá efeitos por 60 dias, contados da data de sua publicação. Todavia, encerrado tal período exordial, e uma vez não concluída a votação na Câmara e no Senado, o aludido prazo inicial será prorrogado (uma única vez) por igual período (60 dias), ensejando, pois, um lapso temporal total de 120 dias, cuja expiração, caso a medida provisória não seja convertida em lei, acarretará a perda de sua eficácia desde o momento de sua edição.

d) Quanto à perda de eficácia (denominada de rejeição tácita), dispõe o art. 62, § 3º, da CF, que “as medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”.

Desta feita, diferentemente da sistemática adotada quanto ao antigo *decreto-lei*, a nova ordem constitucional não admite a chamada aprovação por decurso de prazo, de modo que, transcorrido o prazo legal, o silêncio do Parlamento implicará em rejeição tácita da medida provisória, que perderá a eficácia desde a sua edição.

e) O art. 62, § 10, da CF, incluído pela EC nº 32/01, dispõe que é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada (rejeição expressa) ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo (rejeição tácita). Por *sessão legislativa*, entende-se o período definido no art. 57, *caput*, da CF: “o Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro”.

f) A aprovação (por maioria simples) de uma medida provisória pelo Congresso Nacional pode ocorrer de dois modos: *sem* ou *com* alteração. No primeiro caso, aprovado *sem* alteração de mérito, o texto será promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional, conforme prevê o art. 12 da Resolução nº 1, de 2002-CN. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a MP nº 763/16 (adotada pelo Presidente da República), e convertida sem alteração na Lei nº 13.446/17.

Entretanto, caso o Congresso Nacional aprove a MP *com* alteração de mérito, o projeto de lei de conversão será enviado, pela Casa onde houver sido concluída a votação, à sanção do Presidente da República (art. 13 da Resolução nº 1, de 2002-CN). Foi exatamente o que aconteceu com a MP nº 752/16, convertida na Lei nº 13.448/17.

Por oportuno, cumpre ressaltar que, segundo o STF, “viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, e LIV, da CF), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória” (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 5.127/DF, Rel.

Min. ROSA WEBER, Redator para o acórdão o Min. EDSON FACHIN, julgamento em 15.10.2015).

Por fim, cumpre observar que a MP não poderá ser editada nos seguintes casos (art. 62, § 1º, da CF): nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e Direito Eleitoral; Direito Penal, Processual Penal e Processual Civil; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º, da CF; matéria que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; matéria reservada a lei complementar; matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Não obstante a existência de controvérsia, o STF, em decisão anterior à edição da EC nº 32/01, entendeu que a “inadmissibilidade de edição de medida provisória em matéria penal não compreende a de normas penais benéficas”, tais como “as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade” (STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 254.818, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 08.11.2000). Todavia, atualmente, tendo em vista o disposto no art. 62, § 1º, alínea *b*, da CF, combinado com o art. 22, inciso I, da mesma Carta, a vedação constitucional, a nosso ver, abarca o Direito Penal como um todo, não podendo o Presidente da República editar medida provisória para *criar* (*novatio legis* incriminadora) ou *abolir* (*abolitio criminis*) infrações penais (crime ou contravenção penal).

2.2.6. Decreto Legislativo

Cuida-se de espécie normativa através da qual o Congresso Nacional trata das matérias elencadas no rol de sua competência exclusiva (art. 49, I a XVII), bem como daquela prevista no art. 62, § 3º, da CF.

Consoante adverte BASTOS (1997, p. 362), “o decreto legislativo é da competência exclusiva do Congresso Nacional, por isso não está sujeito à sanção [ou veto] presidencial”, versando, basicamente, sobre “as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional”, cuja promulgação compete ao Presidente

do Senado Federal, dispensando-se, pois, qualquer concordância por parte do Presidente da República.

Assim, a título de exemplo, através do Decreto Legislativo nº 186/08, o Congresso Nacional, nos termos do art. 49, I, da CF, aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30.03.2007.

Do mesmo modo, segundo prescreve o art. 62, § 3º, da CF, “as medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”.

Ademais, combinando-se o art. 68, *caput* (“as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”), e § 2º, (“a delegação ao Presidente da República terá a forma de *resolução* do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício”), com o art. 49, V (competete ao Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”), todos da CF, nota-se perfeitamente a relação existente entre as espécies normativas primárias previstas no art. 59, IV (lei delegada), VI (decreto legislativo) e VII (resolução).

2.2.7. Resolução

Resolução é a espécie normativa através da qual a Câmara dos Deputados (art. 51 da CF) e o Senado Federal (art. 52 da CF) regulamentam os assuntos de sua competência privativa, entre outros casos previstos na CF (art. 155, § 1º, inciso IV; art. 155, § 2º, inciso IV; art. 155, § 2º, inciso V, alíneas *a* e *b*) e nos respectivos regimentos internos. Conforme consignado anteriormente, é através de *resolução* que o Congresso Nacional confere competência ao Presidente da República para elaborar a lei delegada (art. 68, §§ 2º e 3º, da CF).

3. PROCESSO LEGISLATIVO

Dentro do propósito do presente texto, trataremos, em breves linhas, a respeito do processo legislativo pertinente às leis complementares e ordinárias, que abrange as fases da iniciativa, constitutiva (deliberação parlamentar – discussão e votação; deliberação executiva – sanção ou veto) e complementar (promulgação e publicação).

Por *iniciativa* entende-se o ato de deflagração do processo de criação da espécie normativa, conforme atribuído a alguém ou a um órgão, nos exatos termos da Lei Maior. Trata-se da fase inicial do processo legislativo, analisada sob a ótica da competência firmada na Constituição. A título de exemplo, “as leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais são de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça, a teor do que dispõem as alíneas *b* e *d* do inciso II do art. 96 da CF” (STF, Plenário, ADI nº 3.773/SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO, julgamento em 04.03.2009). Com efeito, nem mesmo a sanção presidencial terá o poder de convalidar eventual vício detectado na fase da iniciativa, conforme entendeu o STF (STF, Plenário, ADI nº 2.867/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 03.12.2003).

A próxima etapa, denominada pela doutrina de *fase constitutiva*, compreende a *deliberação parlamentar* (discussão e votação, própria do Poder Legislativo) e a *deliberação executiva* (sanção ou veto, pertinente ao Poder Executivo). Por *deliberação parlamentar* entende-se a fase na qual ocorre a discussão a respeito dos termos do projeto de lei, ocasião em que, nos termos regimentais, poderão ser apresentadas as chamadas *emendas parlamentares*. Após a *discussão*, segue-se a *votação*. Tal fase desenvolve-se em ambas as Casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), tendo em vista o bicameralismo que caracteriza o Poder Legislativo Federal brasileiro. Deste modo, discutido, votado e aprovado por uma Casa (iniciadora), o projeto seguirá para a outra (revisora).

Uma vez aprovado em ambas as Casas, será o projeto de lei enviado ao Chefe do Executivo – agora para efeito de *deliberação executiva* –, a quem cabe sancioná-lo ou vetá-lo, nos termos do art. 66 da CF, em uma nítida demonstração de deferência constitucional ao *sistema de freios e contrapesos*. Nesta fase, duas hipóteses podem surgir: sanção (total ou parcial) ou veto (total ou parcial).

Nos termos do art. 66, *caput*, da CF, sanção é o ato pelo qual o Chefe do Poder Executivo adere ao texto aprovado pelo Poder Legislativo, demonstrando aquiescência quanto aos seus termos, ocasião em que o projeto de lei efetivamente se transforma em lei.

Quanto às espécies, a sanção pode ser expressa ou tácita (implícita). A primeira ocorre quando o Chefe do Executivo expressamente concorda com os termos do projeto de lei e o sanciona. A sanção tácita acontece quando o Chefe do Executivo permanece inerte por um determinado lapso de tempo e não sanciona expressamente o projeto de lei que lhe foi submetido à apreciação. Neste caso, conforme prevê o art. 66, § 3º, da CF, decorrido o prazo de quinze dias úteis, contados do recebimento, o silêncio do Presidente da República implicará em sanção.

Ademais, a sanção pode ser total ou parcial. A primeira ocorre quando o Chefe do Executivo sanciona inteiramente o projeto de lei aprovado e enviado pelo Parlamento. Ao contrário, há sanção parcial quando o projeto de lei não é sancionado em sua integralidade. Neste caso, diz-se que houve veto.

A Constituição, no seu art. 84, inciso IV, confere ao Presidente da República o poder de vetar (total ou parcialmente) projetos de lei aprovados pelo Poder Legislativo, instrumento condizente com o sistema de *checks and balances*, por meio do qual cada Poder, nos termos rigidamente constitucionais, exerce controle sobre os demais. Por conseguinte, veto é a discordância do Chefe do Executivo quanto aos termos do projeto de lei aprovado pelo Legislativo e submetido à sua apreciação. Diferentemente do que eventualmente pode acontecer com a sanção, não se admite veto tácito. Em linhas gerais, a doutrina assevera que o veto é irretroatável e deve ser formalmente motivado (por escrito), podendo ser rejeitado pelo Poder Legislativo, mantendo-se, assim, o texto na forma como aprovado pelo Congresso.

Ao vetar (total ou parcialmente) um projeto de lei, deve o Chefe do Executivo explicitar as respectivas razões de veto, encaminhando-as ao Congresso Nacional, de modo que o Parlamento possa conhecer os motivos que o conduziram à discordância. Afinal, conforme adverte LENZA (2012, p. 574), “se o Presidente da República simplesmente vetar, sem explicar os motivos de seu ato, estaremos diante da inexistência do veto, portanto, o veto sem motivação expressa produzirá os mesmos efeitos da sanção (no caso, tácita)”.

Em termos classificatórios, o veto poderá ser: *a)* quanto ao motivo determinante, *veto jurídico* (por ser o projeto de lei inconstitucional), *veto político* (por ser contrário ao interesse público) e *veto político-jurídico* (por ser contrário ao interesse público e inconstitucional, simultaneamente); *b)* quanto à extensão, *veto total* (quando há rejeição total do projeto de lei) e *veto parcial* (no caso de haver rejeição parcial).

Ressalte-se, ainda, que o veto não poderá recair apenas sobre algumas palavras ou frases existentes em um determinado dispositivo do projeto de lei. Ao contrário, deve incidir sobre artigo, parágrafo, inciso, alínea ou item, sempre para suprimi-los em sua integralidade, jamais para promover qualquer adição ou alteração no texto. Ainda no que concerne às características, o veto reveste-se de uma natureza *relativa*, sendo perfeitamente superável, de modo que a parte vetada pelo Presidente da República poderá ser derrubada pelo Congresso Nacional, nos moldes do que preconiza o art. 66, §§ 4º e 5º da CF. Desta feita, é lícito concluir que o veto presidencial acarretará o prosseguimento do processo legislativo, particularmente no que se refere ao texto vetado.

Ademais, consoante lecionam PAULO e ALEXANDRINO (2003, p. 81) o veto “é insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, para efeito de controle judicial”, do que se depreende que as razões de veto são insuscetíveis de controle por parte do Poder Judiciário, sobretudo em face do princípio da separação dos poderes, podendo o Congresso Nacional, se assim entender pertinente, derrubá-lo.

Após as fases da *iniciativa* e *constitutiva*, o texto precisará percorrer a chamada *fase complementar*, que abrange as etapas da *promulgação* e da *publicação*.

Promulgação é o ato pelo qual o chefe do Executivo autentica a lei, ou seja, atesta a sua existência. É a declaração de “nascimento” da lei, embora ainda não esteja em vigor. Não obstante a existência de alguma controvérsia, e diante da redação prevista no art. 66, § 7º, da CF, a melhor exegese a respeito é a que entende que o ato de promulgação recai sobre a *lei* (que efetivamente já existe desde a sanção ou derrubada do veto por parte do Congresso Nacional), e não sobre o *projeto de lei*.

Nas hipóteses de sanção tácita e de rejeição de veto, se o Presidente da República não promulgar a lei em 48 horas, caberá ao Presidente do Senado fazê-lo; e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, §§ 3º ao 7º, da CF).

Uma vez promulgada, a lei precisa ser publicada. Assim, publicação é o ato pelo qual se presume que uma lei é conhecida por todos. Trata-se de condição essencial para a lei entrar em vigor e, conseqüentemente, exigir-se a sua observância. Afinal, de acordo com a regra do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Assevera REALE (2002, p. 158-159) que a “lei, cercada como está,

desde a sua origem, por tantas certezas e garantias, opera, por si mesma, *erga omnes*, é universal quanto à sua aplicação”, sendo, pois, de “execução imediata e geral, dispensando a prova de sua existência”, razão pela qual “ela é, de per si, o seu conteúdo normativo e a força de sua obrigatoriedade, se não houver elemento de ordem formal condicionando a sua executoriedade”.

4. CONCLUSÃO

O Poder Legislativo representa o órgão fundamental imbuído da missão básica de elaborar, revogar e alterar as leis (criação do Direito Positivo infraconstitucional) e também, por expressa autorização constitucional, de desempenhar a função de Poder Constituinte de 2º Grau, além de outras funções expressamente estabelecidas pela própria Constituição. Exatamente como fizeram todas as Constituições brasileiras, a de 1988 expressamente alude ao denominado *processo legislativo*, elencando um rol de espécies normativas a serem elaboradas segundo o rito básico nela contido: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (art. 59, I a VII), regramento que deve ser fielmente observado, “sob pena de ser inconstitucional a futura espécie normativa”, do que se extrai a profunda relação que há entre o tema em exame e o chamado *controle de constitucionalidade*” (LENZA, 2012, p. 545).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

BRASIL. STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6 jun. 1990.

_____. STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 295/DF, Tribunal Pleno, Redator para o Acórdão Min. Marco Aurélio, julgamento em 22 jun. 1990.

_____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 789, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26 mai. 1994.

_____. STF, Plenário, Mandado de Segurança nº 22.690/CE, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17.04.1997.

_____. STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 235.800/RS, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25.05.1999.

_____. STF. Recurso Extraordinário nº 254.818/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8 nov. 2000.

- _____. STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4 abr. 2002.
- _____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.150/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 11 abr. 2002.
- _____. STF, Plenário, ADI nº 2.867/ES, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03.12.2003.
- _____. STF, Plenário, ADI nº 3.146/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 11.05.2006.
- _____. STF. Recurso Extraordinário nº 419.629/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 23 jun. 2006.
- _____. STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.527/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16 ago. 2007.
- _____. STF, Plenário, ADI nº 3.773/SP, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 04.03.2009.
- _____. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 228.339/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20 abr. 2010.
- _____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8 mar. 2012.
- _____. STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 629.030/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 20.05.2014.
- _____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, Redator para o Acórdão Min. Edson Fachin, julgamento em 15 out. 2015.
- _____. STJ, Sexta Turma, Recurso Especial nº 1.444.537/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12.04.2016.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*, 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
- MELLO, Celso de. Nota publicada em *Notícias STF*, Brasília, 18.05.2017.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Processo Legislativo*, Rio de Janeiro, Impetus, 2003.
- RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das Fontes e o Novo Direito Internacional Privado*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 109, jan./dez. 2014.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.
- VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

DOS CRIMES DE GUERRA E SUAS CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS À LUZ DO SISTEMA REGIONAL AFRICANO DE DIREITOS HUMANOS

Sidney Guerra¹

Divo Augusto Cavadas²

Rafael Moura de Figueiredo Silva³

Resumo: Intenta-se neste artigo científico apresentar a sistemática de proteção dos direitos humanos no âmbito do Tribunal Penal Internacional sob um recorte cronológico que contemple os órgãos jurisdicionais criados ao longo do século XX para julgar crimes internacionais (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal). *Visiting Researcher* pela *Stetson University Law School* (Gulfport, Florida, EUA). Pós-Doutor em Cultura pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, Brasil). Professor Titular da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor Titular da Universidade do Grande Rio (Unigranrio/RJ). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (Doutorado e Mestrado) da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-FND/UFRJ). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Internacional (Doutorado e Mestrado) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ).

² Divo Augusto P. Alexandre Cavadas é Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP – São Paulo, Brasil), com parte dos estudos pela *Universidad de Salamanca* (Espanha). Mestre em História pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO – Goiás, Brasil). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ – Rio de Janeiro, Brasil). Especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela AVM Faculdade Integrada (AVM/RJ – Rio de Janeiro, Brasil). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), com parte dos estudos pela *Universidad de La Habana* (Cuba) e pela *Universität Wien* (Áustria). Professor Efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Procurador efetivo do Município de Goiânia (GO). Advogado e Parecerista.

³ Bacharelado em Relações Internacionais pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ – Rio de Janeiro, Brasil).

agressão internacional), bem como relacionar este arcabouço fático-normativo aos danos ambientais causados no entorno dos territórios em que foram praticados crimes internacionais, destacando-se o recorte geográfico dos conflitos étnicos centroafricanos e o papel da União Africana como organização internacional relevante para uma hermenêutica plural, universal e cosmopolita dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: direitos humanos, crimes internacionais, África, meio ambiente.

Abstract: The intention of this scientific article is to present the systematic for the protection of human rights within the scope of the International Criminal Court under a chronological outline that includes the jurisdictional bodies created throughout the 20th century to judge international crimes (genocide, crimes against humanity, war crimes and international aggression), as well as to relate this factual-normative framework to the environmental damage caused in the surroundings of the territories in which international crimes were committed, highlighting the geographical profile of the Central African ethnic conflicts and the role of the African Union as a relevant international organization for a plural, universal and cosmopolitan hermeneutics of Human Rights Law.

Keywords: human rights, international crimes, Africa, environment.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é disciplina jurídica construída sobre os escombros da II Grande Guerra (1939-1945), e embora dotado da pretensão de imparcialidade típica do pensamento científico, circunscreve-se pelo movimento intelectual pós-positivista, também fruto da segunda metade do século XX.

Ademais, a intrínseca característica de historicidade presente no Direito Internacional dos Direitos Humanos permite estabelecer relações com o Direito Internacional Humanitário e com o Direito Internacional dos Refugiados como antecedentes históricos significativos nos séculos XIX e primeira metade do século XX, respectivamente.

As graves violações de direitos humanos constituem-se em tema sensível aos sujeitos de Direito Internacional Público, entabulando-se a imperiosa necessidade do estabelecimento de cortes internacionais específicas para a matéria. Exemplos relevantes, nesse aspecto, são a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Todavia, determinadas condutas caracterizam-se como ilícitos qualificados, que não representam apenas graves violações aos direitos humanos, mas também legítimos crimes internacionais. A competência para seu julgamento transpassou o século XX em dois períodos: o dos tribunais *ad hoc* e o do estabelecimento de uma corte permanente internacional para julgamento destes crimes, intitulada Tribunal Penal Internacional, criada pelo Estatuto de Roma de 1998 (incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 4.388/2002).

Verifica-se também nas zonas de guerra, considerando sua dissociação com as normas firmadas nas Quatro Convenções de Genebra de 1949 (incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Federal n. 42.121/1957), profunda inobservância das normas de proteção ambiental com cariz internacional. Semelhante cenário revela outra face das guerras, pouco debatida no âmbito doutrinário internacionalista: a múltipla infringência das normas de proteção internacional dos direitos humanos, na medida em que se viola a dignidade humana no tocante à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos considerados como espécies de direitos humanos de primeira e de terceira dimensão segundo a teoria geracional ou dimensional do jurista italiano Norberto Bobbio (2004).

Ademais, considerando não apenas a natureza dimensional, mas também processual dos direitos humanos com esteio na perspectiva teórica de Flores (2009), o processo de implementação dos direitos humanos em sua óptica universal e cosmopolita resta vulnerado quando se interpreta a guerra não albergada pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados enquanto violadora de normas internacionais protetivas da dignidade humana não apenas no aspecto da vida e da incolumidade física e moral do indivíduo, mas também em seu contexto existencial a partir da clivagem do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O presente artigo científico abordará o tema das graves violações de direitos humanos no contexto dos crimes de guerra previstos no Estatuto de Roma de 1988 e de competência do Tribunal Penal Internacional, acrescentando ao estudo as consequências ambientais no entorno das zonas de conflito, a fim de se propor uma hermenêutica plural, universal e cosmopolita do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dada a múltipla violação de bens jurídicos que a guerra proporciona.

Além do recorte lógico acerca dos crimes de guerra e suas consequências ambientais, o recorte cronológico da pesquisa que subsidiou o presente estudo

diz respeito ao período que imediatamente antecedeu a criação do Tribunal Penal Internacional (com foco no Tribunal *Ad Hoc* de Ruanda), bem como as perspectivas a partir da entrada em vigor do Estatuto de Roma, ocorrida em 2002.

Enfim, o recorte geográfico da pesquisa realizada enfocou a realidade centroafricana, com especial destaque à participação da União Africana como organização internacional de relevo para o equilíbrio do poder e manutenção da paz na África, o que enseja breve incursão no estudo do Direito das Organizações Internacionais.

Logo, elabora-se este estudo sob uma abordagem multidisciplinar, interdisciplinar e com pretensão transdisciplinar, no espectro da teoria da complexidade do filósofo francês Edgar Morin (2015), com especial enfoque ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Penal, sem olvidar do Direito Internacional Ambiental e de um estudo sistemático do papel das organizações e tribunais internacionais na sociedade internacional, destacando-se o papel da União Africana e do Tribunal Penal Internacional na coibição dos crimes de guerra nos conflitos étnicos centroafricanos.

2. INTRODUÇÃO AO SISTEMA REGIONAL AFRICANO DE DIREITOS HUMANOS

O sistema africano foi concebido pela sua Carta, aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981.

A Organização da Unidade Africana teve seu nome modificado no ano de 2000 para União Africana e congrega todos os Estados africanos, com exceção de Marrocos, que se retirou no ano de 1985 da Organização por não reconhecer a soberania do Saara Ocidental. Apresenta como objetivos fundamentais a defesa da soberania dos Estados, bem como da integridade territorial e independência de seus membros, o desenvolvimento e a integração socioeconômica do continente africano e o respeito aos direitos humanos.

Além da Carta Africana sobre Direitos Humanos, o sistema africano de proteção aos direitos humanos apresenta outros documentos importantes e

que versam sobre temas específicos, como a Convenção para eliminação dos mercenários e a Carta Africana sobre os direitos e bem-estar da criança.

Como se sabe, o continente africano também foi palco de grandes atrocidades em relação aos direitos humanos, e o desenvolvimento desse sistema de proteção é igualmente importante para promover melhores condições para os povos africanos.

Entretanto, deve-se alertar que o texto produzido na África distingue-se em seus traços gerais dos documentos produzidos na Europa e na América, isso porque em vez de consagrar de forma preponderante os direitos civis, como os outros continentes, o aludido texto preconiza a proteção de direitos dos povos. Foi assim que os Estados africanos estabeleceram nesse documento internacional direitos relativos à afirmação da independência, da autonomia e do progresso dos referidos Estados.

Chama a atenção também para a livre disposição, em seu interesse exclusivo, de seus recursos naturais, o direito à autodeterminação e o direito ao desenvolvimento econômico, cultural e social.

A preocupação desses povos com os direitos supra indicados não poderia ser diferente por terem sido vítimas de um processo extremamente excludente ao longo de suas existências.

Com efeito, a consagração de um texto de proteção dos direitos humanos no continente africano é motivo de júbilo e alegria principalmente em razão da manifestação de vontade de “Estados novos” em promover o bemestar e a dignidade de sua população. Não se pode olvidar que o continente africano se apresentava como uma grande colônia e o processo de descolonização é extremamente recente.

Para que a Carta Africana produza os efeitos que são tão esperados, os Estados-partes devem adotar uma série de medidas legislativas para o alcance desses resultados.

Sem dúvida que há vários entraves, mas talvez o problema maior consista no fato de que muitos dos dispositivos previstos na Carta dependem do desenvolvimento do direito interno dos Estados, ou seja, existem pontos que remetem à leitura da lei estatal para o alcance da eficácia do documento internacional.

Em interessante obra que versa sobre os direitos humanos na África e que aborda questões muito particulares em vários Estados daquele continente (Etiópia, Gana, Moçambique, Nigéria, Ruanda, Sudão, Uganda etc.), podem ser identificados problemas sérios para que haja efetiva proteção aos direitos humanos na África, como nas palavras de Na'im (2003, p. 16):

The legal protection of human rights under the constitutions of present African states that are the product of arbitrary colonial histories and decolonization processes. By their very nature, these states have tended to continue the same authoritarian policies and to enhance their ability to oppress and control, rather than to protect and serve, their citizens. The constitutional systems by which these states rule were hurriedly assembled at independence, only to collapse or be emptied of all meaningful content within a few years. The legal systems these states rule were hurriedly assembled at independence, only to collapse or be emptied of all meaningful content within a few years. The legal systems these states continue to implement are usually poor copies of the colonial legal systems, lacking legitimacy and relevance to the lives of the population at large. Many African states also suffer from cycles of civil wars and severe civil strife that undermine any prospects of the stability and continuity needed for building traditions and institutions of government under the rule of law. Their economies are weak and totally vulnerable to global processes beyond their control.⁴

De toda sorte, é importante que sejam realizadas medidas efetivas de proteção aos direitos humanos naquele continente para que o texto idealizado não caia em um grande vazio.

A África apresenta vários problemas para que o referido texto possa ser efetivamente implementado, além dos já indicados: falta de recursos financeiros; de interesse político por alguns Estados; de maturidade política; de unidade; do

⁴ Tradução: "A proteção legal dos direitos humanos ao abrigo das constituições dos atuais Estados africanos que são produto de histórias coloniais arbitrárias e processos de descolonização. Por sua própria natureza, esses Estados tendem a continuar as mesmas políticas autoritárias e a aumentar sua capacidade de oprimir e controlar, em vez de proteger e servir seus cidadãos. Os sistemas constitucionais pelos quais esses Estados governam foram montados às pressas na independência, apenas para entrar em colapso ou serem esvaziados de todo o conteúdo significativo em poucos anos. Os sistemas jurídicos que esses Estados governam foram rapidamente montados na independência, apenas para entrar em colapso ou serem esvaziados de todo o conteúdo significativo dentro de alguns anos. Os sistemas jurídicos que esses Estados continuam a implementar são geralmente cópias precárias dos sistemas jurídicos coloniais, sem legitimidade e relevância para a vida da população em geral. Muitos Estados africanos também sofrem com ciclos de guerras civis e conflitos civis severos que minam quaisquer perspectivas de estabilidade e continuidade necessárias para a construção de tradições e instituições de governo sob o Estado de Direito. Suas economias são fracas e totalmente vulneráveis a processos globais além de seu controle".

desenvolvimento de maior cultura dos direitos humanos; de desenvolvimento econômico e social; outros fatores que comprometem o alcance de bons resultados nesse mister.

Ou seja, o continente africano, diferentemente do continente europeu e do continente americano, apresenta diversas dificuldades, mas não menos importância ao consagrar um texto que procura estabelecer proteção aos direitos da pessoa humana, conclamando aos Estados signatários do documento que observem um extenso compromisso relacionado ao bem-estar e à dignidade da população, à adoção de medidas legislativas concebidas no plano doméstico etc.

O Sistema Africano de Direitos Humanos, quando confrontado com os demais sistemas regionais, é o que mais destoa, pois possui feições próprias que espelham as particularidades históricas e culturais do continente, em especial os aspectos referentes à luta pela descolonização e direito à autodeterminação dos povos.

Como anteriormente mencionado, a Carta de Banjul, como é conhecida a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, entrou em vigor em 1986, e neste ano de 2019 completa 33 anos. Esse documento de suma importância foi ratificado por 53 Estados da União Africana, sendo o Sudão do Sul o único país que não a assinou e ratificou.

Após três décadas, ainda se pode constatar violações massivas e constantes dos direitos humanos nesse continente historicamente subjugado pelas potências ocidentais, tendo seu próprio território partilhado a esmo sem considerar suas particularidades culturais. O resultado não poderia ser diferente: o continente enfrenta até os dias atuais democracias frágeis e falta de coesão e homogeneidade política. Por isto, a Carta Africana denota dentre seus artigos a lógica coletivista e de autodeterminação dos povos para preservação da sua cultura. Os deveres quanto à coletividade são expressos, de forma que até mesmo os deveres quanto à família e a comunidade são convencionados formalmente, assim como o respeito à outrem.

Os longos séculos de exploração também tiveram seu saldo no que concerne à falta de recursos: não é tão produtivo falar em proteção de dignidade humana quando há dificuldade em garantia de um mínimo existencial em alguns Estados. Portanto, a Carta de Banjul assegura a garantia de direitos econômicos, sociais

e culturais, além dos civis e políticos já tradicionais em Tratados de Direitos Humanos. Vale salientar algumas lacunas nos artigos quanto aos direitos políticos, privacidade e vedação de trabalhos forçados, deixando informações implícitas para a interpretação da própria Comissão Africana. Por outro lado, o direito à habitação ou moradia é implícito nos direitos à saúde, vida em família e propriedade, e apesar de não convencionado na Carta é reconhecido jurisprudencialmente.

Atualmente, há cinco instrumentos vinculativos ainda não ratificados por todos os Estados, a saber: Carta Africana sobre a Democracia, Carta da Criança, Convenção dos Refugiados, Protocolo da Mulher e Protocolo sobre o Estabelecimento do Tribunal Africano. Na Carta de Banjul há a permissão para que, além do atores tradicionais, quais sejam, Estados e Organizações Internacionais, os atores não-estatais também possam demandar na Comissão.

Esse é um importante aspecto que permite que pessoas físicas, grupos de indivíduo e organizações não governamentais (ONGs) possam levar casos de abusos e violações de direitos humanos e casos de privação de liberdades à Comissão de Direitos Humanos do continente. Os requisitos para requerer na Comissão Africana são semelhantes aos da Americana: esgotamento interno de todas as vias recursais, não se tratar de caso amplamente difundido na mídia, nem tratar de caso já anteriormente discutido com os princípios da Carta da ONU ou da Carta de Banjul.

Dentre as Instituições de Garantia e de Controle da Carta Africana, as principais são a Comissão Africana, que busca promover e garantir a realização dos Direitos Humanos no continente, e a Corte Africana, que reforça a atuação da Comissão com seu caráter contencioso e consultivo. A Comissão é a primeira à analisar os casos, porém como não possui caráter vinculante, apenas pode fazer recomendações aos Estados. A Corte, por outro lado, tem força vinculante e pode até menos punir os Estados por sua negligência ou violação direta dos direitos humanos.

3. CRIMES DE GUERRA NOS CONFLITOS ÉTNICOS CENTROAFRICANOS E SUA COIBIÇÃO PELO SISTEMA REGIONAL AFRICANO DE DIREITOS HUMANOS E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Apesar do Sistema Regional Africano de Direitos Humanos ser voltado para as necessidades de suas nações, houve sequelas ocasionadas pelos Estados pós-coloniais, assim como aponta a definição do preâmbulo da Carta de Banjul de 1981.

Este foi o último sistema regional de proteção do indivíduo a ser criado, portanto, pode ser considerado menos robusto de todos os outros sistemas regionais, onde nas palavras de Flávia Piovesan (2006, p. 119):

Se o sistema regional europeu apresenta-se como o mais amadurecido e consolidado dos sistemas regionais, estando o sistema interamericano em posição intermediária, o sistema regional africano é o mais recente e incipiente, em pleno processo de consolidação e construção.

O ponto de partida elementar do Sistema Regional Africano de Direitos Humanos deu-se pela antiga Organização da Unidade Africana (atual União Africana), organização internacional criada para institucionalizar o sistema de proteção dos direitos humanos regional, nos termos da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul de 1981)⁵.

A Carta foi elaborada com um escopo que reconhecesse a realidade da África como um continente marcado pelo colonialismo e neocolonialismo assim como posta no preâmbulo da Carta de Banjul, visando a eliminar a marca causada pela perversidade da exploração decorrente do colonialismo quinhentista (em primeiro momento), bem como do imperialismo novecentista (em segundo momento), com a desestabilização da ordem social, das instituições e da própria geografia da África, uma vez que suas fronteiras políticas não correspondem às étnicas e socioculturais, o que serve como agente catalisador dos conflitos étnicos que ainda assolam o continente.

A Carta Africana foi publicada no seio da então Organização da Unidade Africana (atual União Africana) em 1981 e colocada em vigor somente em 1986, com pretensão de consolidação dos direitos e garantias nela previstos, originando-se desta forma o Sistema Regional Africano de Direitos Humanos.

Contudo, é cediço que há uma prevalência ideológica na Carta de Banjul para a questão da descolonização⁶ e da emergência de um sistema regional que tivesse o poder de intervenção contra graves violações dos direitos humanos

⁵ Ressalte-se que embora haja um Sistema Universal de Direitos Humanos criado na ONU especialmente com a publicação da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, a proposta deste estudo é explicitar a proteção que o Sistema Regional Africano de Direitos Humanos também empreendida sob uma óptica universalista e cosmopolita no contexto da história africana composta por séculos de exploração, o esforço da União Africana como organização internacional regional na busca por uma África mais harmoniosa.

⁶ Neste sentido, cite-se o Artigo 2 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos: “Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”.

como o racismo e o *apartheid*⁷ que grassaram na África do Sul, fluxos migratórios forçados, causas políticas, étnicas e religiosas que conduzam ao refúgio, bem como tudo aquilo que se relaciona à dignidade humana e à proteção do meio ambiente que circunscreve os povos africanos⁸.

Outrossim, salientam-se as falhas a serem colmatadas pelos Estados pós-coloniais nos terrenos da democracia e da economia, sendo possível reconhecer os empecilhos causados por motivos infraestruturais e de políticas ditatoriais, conforme explica Fabiana Gondinho (2006, p. 130):

A África sempre enfrentou um especial obstáculo para a promoção e o estabelecimento de um sistema regional efetivo de proteção aos direitos humanos: a falta de homogeneidade política. Não se pode negar que, na Europa e nas Américas, a existência de democracias fortes e consolidadas tem oferecido solo fértil para a concretização de ideais mais universais de proteção humana. A histórica escassez de recursos financeiros na África é o outro grande fator que dificulta enormemente o estabelecimento de um nível mínimo e real de proteção e de dignidade para as pessoas, ainda que se desenvolva a consciência em torno desses direitos. Essa dura realidade constitui o cenário em vista do qual os direitos e os deveres estabelecidos pela Carta Africana devem ser analisados.

A Corte e a Comissão do Sistema Regional Africano são os principais órgãos supranacionais de resguardo e fortalecimento às infrações de direitos humanos na África. De acordo com os Artigos 30⁹ e 31¹⁰ da Carta de Banjul, é possível afirmar que a Comissão é responsável pela promoção e proteção, sendo esta mesma composta por 11 membros que sejam reconhecidos e de notório saber

⁷ O preâmbulo da Carta de Banjul expõe: “Conscientes do seu dever de libertar totalmente a África cujos povos continuam a lutar pela sua verdadeira independência e pela sua dignidade, e comprometendo-se a eliminar o colonialismo, o neocolonialismo, o apartheid, o sionismo, as bases militares estrangeiras de agressão e quaisquer formas de discriminação, nomeadamente as que se baseiam na raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opinião política”.

⁸ Destaque-se o Artigo 24 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos: “Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento”.

⁹ “Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Artigo 30. É criada junto à Organização da Unidade Africana uma Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, doravante denominada ‘a Comissão’, encarregada de promover os direitos humanos e dos povos e de assegurar a respectiva proteção na África”.

¹⁰ “Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Artigo 31. 1. A Comissão é composta por onze membros que devem ser escolhidos entre personalidades africanas que gozem da mais alta consideração, conhecidas pela sua alta moralidade, sua integridade e sua imparcialidade, e que possuam competência em matéria dos direitos humanos e dos povos, devendo ser reconhecido um interesse particular na participação de pessoas possuidoras de experiência em matéria de direito. 2. Os membros da Comissão exercem funções a título pessoal”.

jurídico. Já a Corte tem um papel complementar à Comissão na proteção dos direitos humanos e dos povos¹¹.

Explicita-se o fato de que os conflitos étnicos se perduraram de tempos em tempos na África, principalmente na região da África Central, recorte geográfico da pesquisa.

Sobre o panorama do caso do genocídio de Ruanda, talvez um dos casos que mais tenha tido repercussão na década de 1990, é muito bem representado na obra cinematográfica “Hotel Ruanda” (2004), em que se observa de forma simples e direta a existência do embate direto de duas etnias ruandesas: tutsis e hutus.

Tutsis eram minoria, na qual dominou o país durante muito tempo enquanto Ruanda ainda estava sob domínio belga. Após os belgas terem deixado Ruanda, hutus subiram ao poder e assim poderiam finalmente se vingarem dos tutsis pelos anos de repressão. Neste contexto, explica em determinado momento da filmagem:

[...] Se alguém me pergunta, caros ouvintes, por que eu odeio os tutsis, eu digo: “Leia nossa história”. Os tutsis se aliaram aos colonos belgas. Roubaram as nossas terras hutus e nos açoítaram. Agora, esses rebeldes tutsis voltaram. São baratas. São assassinos. Ruanda é terra dos hutus. Somos a maioria. Eles são uma minoria de traidores e invasores. Acabaremos com os rebeldes da Frente Patriótica de Ruanda. Esta é a RTLM, a rádio do poder hutu. Fique alerta. Vigie seus vizinhos.

Apesar da semelhança étnica afrodescendente, existia uma confiscação documental identitária que dizia a etnia de cada pessoa, e assim a milícia Interahamwe (milícia de maioria étnica hutus, um dos grupos responsáveis pelo genocídio em Ruanda) continuava o então genocídio incentivada pelo governo Ruandês frente aos rebeldes da Frente Patriótica Ruandesa (grupo rebelde formado por ruandeses de maioria étnica tutsi no qual fazia embate direto contra as milícias hutus e suas alianças com exército ruandês) e civis, que para Luiz Augusto Modolo de Paula (2011), foi uma disputa pela centralização política, entretanto, a principal intenção do novo Estado hutu era uma forte frente armada organizada para impedir que a facção rebelde tutsi tivessem chances de governar novamente através do extermínio.

¹¹ Disponível em: <http://pt.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-africancourt#:~:text=O%20Tribunal%20Africano%20dos%20Direitos,Direitos%20Humanos%20e%20dos%20Povos>. Acesso em 19/11/2020.

Mesmo com o esforço histórico da formação do Sistema Regional Africano de proteção dos direitos humanos, fato este não cessou o genocídio ruandês. Nas palavras de Flávia Piovesan (2006, p. 119):

Embora os Estados africanos tenham ratificado os principais tratados de direitos humanos do sistema global, que se somam à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e à normatividade protetiva interna, violações graves e sistemáticas têm marcado a realidade africana na década de 90. Como afirma John Otieno Ouko: “Ao menos 800.000 tutsis e hutus foram brutalmente assassinados no genocídio ruandês em 1994.[...]”.

O caso do genocídio em Ruanda foi julgado no Tribunal *Ad Hoc* de Ruanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), no qual foi julgado como crime de genocídio, conforme a definição da Convenção de Genocídio de 1948 na resolução n. 260-A(III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, também adotada na atualidade pelo Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda, embora seja considerado órgão distinto e antecedente ao Tribunal Penal Internacional estabelecido pelo Estatuto de Roma de 1998, tem destacada relevância no estudo do Direito Internacional Penal. Neste sentido, relevante a opinião de José Cretella Neto acerca das justificativas para a criação de órgão jurisdicional internacional destinado a julgar os casos de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressões internacionais no conflito travado entre as etnias hutu e tutsi (CRETELLA NETO, 2008, pp. 197-198):

A favor da criação de um Tribunal Internacional militaram ponderáveis argumentos. Primeiramente, a magnitude dos atos criminosos fazia com que transcendessem as fronteiras do país, convertendo-se em motivo de viva preocupação de toda a comunidade internacional. Assim, parecia lógico que interviesse um órgão que expressasse a consciência jurídica da Humanidade. Em segundo lugar, os atos praticados não constituíam apenas crimes segundo o Direito de Ruanda, mas representavam condutas que violavam normas de Direito Internacional. E um tribunal internacional tem a necessária competência técnica para interpretar o Direito Internacional muito mais do que qualquer tribunal nacional. Em terceiro lugar, apenas um tribunal internacional poderia oferecer a máxima garantia de imparcialidade e independência absolutas. Sua composição e normas procedimentais poderiam alcançar elevado grau de credibilidade e avaliação, o que dificilmente seria conseguido por tribunais nacionais.

Outrossim, ressalte-se que também na República Democrática do Congo ocorreram conflitos entre as etnias tutsi e hutu. Mobutu, Presidente da República de 1965 até 1997 apoiava o regime hutu em Ruanda. Com a queda de Mobutu e ascensão do líder tutsi Laurent Kabila, dá-se início à chamada “Primeira Guerra do Congo”, em decorrência de um descontentamento da queda de Mobutu entre os Estados de Ruanda, Angola e Burundi. A guerra deflagrada resultou na morte de 200.000 pessoas (cf. CASTELLANO, 2011).

Enfim, mencione-se o caso de Thomas Lubanga, líder de grupo rebelde congolense denominado como União de Patriotas Congolenses, no qual foi levado ao Tribunal Penal Internacional e julgado por alicia-los, fornecer armamento de fuzis AK-47 a menores de idade entre 2002 e 2003, expô-los e os usar para o combate armado. Lubanga foi condenado nos termos dos Artigos 8¹² e 25¹³ do Estatuto de Roma de 1998, tendo sido o primeiro julgamento de mérito realizado pelo Tribunal Penal Internacional após sua efetiva criação, a partir de 2002 (cf. ANNONI e MENDONÇA, 2014).

4. EFEITOS DOS CONFLITOS ÉTNICOS NO MEIO AMBIENTE

Conforme supramencionado, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é abrangido no âmbito dos direitos humanos de terceira dimensão, classificação que abarca os direitos de natureza difusa, coletiva e individual homogênea¹⁴.

¹² O Artigo 8 do Estatuto de Roma de 1998 (incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Federal n. 4.388/2002) estatui uma série de atos ilícitos classificados sob a rubrica de “Crimes de Guerra”. O presente estudo sustenta a necessidade de adequação típica dos crimes de guerra sob maior amplitude, a fim de abranger não apenas os conflitos armados abusivos entre Estados distintos, mas também o que se conhece por “guerras civis”, atualmente subsumidas de forma mais evidente aos demais delitos tipificados no Estatuto de Roma de 1998 (genocídio, crimes contra a humanidade e agressão internacional).

¹³ O Artigo 25 do Estatuto de Roma de 1998 trata da “responsabilidade criminal individual”, uma vez que os sujeitos ativos dos crimes internacionais são chefes de Estado ou funcionários da Alta Administração Pública do local em que ocorre o delito. Nesse sentido, é possível classificar o crime internacional como próprio, na medida em que se exige especial qualidade de seu sujeito ativo. A classificação delitiva dos crimes próprios é didaticamente exposta por Fernando Galvão, nos termos que seguem: “Os crimes são denominados *próprios* quando a previsão típica traz, implícita ou explicitamente, exigências relativas à determinada qualidade ou condição especial do sujeito que realiza a conduta. Tais exigências restringem a possibilidade de imputação objetiva, já que a pessoa que não possui a qualidade ou condição exigida pelo tipo não pode violar a norma incriminadora que é subjacente ao tipo” (GALVÃO, 2013, p. 1.018).

¹⁴ No Direito Brasileiro, o Artigo 81, parágrafo único, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei Ordinária Federal n. 8.078/1990) apresenta definição legal relevante para os fins do presente estudo: “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Art. 81. Parágrafo Único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

Os crimes de guerra na forma do Artigo 8 do Estatuto de Roma de 1988, neste sentido, podem ser considerados atos jurídicos dotados de múltipla ilicitude, não apenas repercutindo em responsabilidade pela prática de crime internacional, mas também violam as normas de proteção internacional do meio ambiente.

Tendo por fim uma melhor cognição sobre os crimes de guerra para se fundamentar as vindouras considerações ligadas ao Direito Internacional Ambiental, crê-se prudente a integral transcrição do Item 2 do Artigo 8, que apresenta a definição legal de crimes de guerra nos termos do Estatuto de Roma de 1988:

Estatuto de Roma de 1988. Artigo 8. 2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crimes de guerra”: a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: i) Homicídio doloso; ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; viii) Tomada de reféns; b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados; iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter

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

civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; vi) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido; vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território; ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares; x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde; xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo; xii) Declarar que não será dado quartel; xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra; xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga; xv) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra; xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto; xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas; xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões; xx) Utilizar armas, projéteis, materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis,

materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123; xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2o do artigo 7o, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra; xxiii) Utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional; xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra; xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades; c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3o comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo: i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura; ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; iii) A tomada de reféns; iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis. d) A alínea c) do parágrafo 2o do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos: i) Dirigir

intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis; iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares; v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto; vi) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f do parágrafo 2o do artigo 7o; esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3o comum às quatro Convenções de Genebra; vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades; viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas; ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante; x) Declarar que não será dado quartel; xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo; xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam; f) A alínea e) do parágrafo 2o do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

Evidencia-se, pois, que o amplo espectro de adequação típica do crime descrito no Artigo 8, Item 2, do Estatuto de Roma de 1988 permite sustentar a hipótese de que o meio ambiente no entorno da zona de conflito fatalmente restará degradado, na medida em que não se perquirirá em estado de guerra, salvo melhor juízo, acerca da proteção do meio ambiente no território de conflito.

A referida hipótese torna-se grave quando transposta ao mundo fenomênico, uma vez que o Item 6 e os Princípios 24 e 26 da Declaração de Estocolmo¹⁵ sobre o Ambiente Humano de 1972 – marco na proteção internacional do meio ambiente, decorrente da Conferência de Estocolmo de 1972 –, são claros ao reafirmar a necessidade da manutenção da paz e respeito aos tratados internacionais de direitos humanos como meios de se resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Logo, infere-se que os crimes de guerra praticados no contexto histórico dos conflitos étnicos da África Central, além de se constituírem em ato ilícito nos termos das Quatro Convenções de Genebra de 1949 (incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 42.121/1957), bem como crimes de competência do Tribunal Penal Internacional na forma do Estatuto de Roma de 1988 (incorporado ao Brasil por meio do Decreto Federal n. 4.388/2002), também podem ser caracterizados como ato ilícito ambiental nos termos da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 1972 – que, embora não ostente natureza normativa, constitui-se no vetor interpretativo

¹⁵“Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 1972. [...] 6. Chegamos a um momento da história em que devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às consequências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar. Ao contrário, com um conhecimento mais profundo e uma ação mais prudente, podemos conseguir para nós mesmos e para nossa posteridade, condições melhores de vida, em um meio ambiente mais de acordo com as necessidades e aspirações do homem. As perspectivas de elevar a qualidade do meio ambiente e de criar uma vida satisfatória são grandes. É preciso entusiasmo, mas, por outro lado, serenidade de ânimo, trabalho duro e sistemático. Para chegar à plenitude de sua liberdade dentro da natureza, e, em harmonia com ela, o homem deve aplicar seus conhecimentos para criar um meio ambiente melhor. A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade, que se deve perseguir, ao mesmo tempo em que se mantém as metas fundamentais já estabelecidas, da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo, e em conformidade com elas. [...] Princípio 24. Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam Ter para o meio ambiente,, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados. [...] É preciso livrar o homem e seu meio ambiente dos efeitos das armas nucleares e de todos os demais meios de destruição em massa. Os Estados devem-se esforçar para chegar logo a um acordo – nos órgãos internacionais pertinentes– sobre a eliminação e a destruição completa de tais armas.

para todos os tratados que envolvam a matéria de Direito Internacional Ambiental, haja vista ter inaugurado os debates sobre a matéria no contexto da fragmentação do Direito Internacional Público ocorrida ao longo do século XX.

5. REFLEXÕES FINAIS

Sustentou-se ao longo do presente estudo que os danos ao meio ambiente no entorno das zonas de conflitos étnicos na África Central que resultem na prática de crimes de guerra qualificam semelhante espécie delitativa na forma de atos ilícitos pluriofensivos, por violarem a dignidade humana em seus valores vida, incolumidade física, incolumidade moral e, no que se refere ao objeto de pesquisa privilegiado deste estudo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. O vilipêndio a múltiplos valores intrínsecos ao conceito de dignidade humana contribui para a natureza pluriofensiva dos crimes de guerra, neste particular sob o recorte geográfico do Sistema Regional Africano de Direitos Humanos.

Semelhante natureza pluriofensiva permite firmar o suporte legal do fenômeno em diplomas a uma primeira vista diversos como o Estatuto de Roma de 1998, a Carta de Banjul de 1981 e a Declaração de Estocolmo de 1972. Todavia, dada a fragmentação do Direito Internacional Público ocorrida ao longo do século XX, bem como a natureza sistêmica dos estudos desta província da Ciência Jurídica em conjunto com outras áreas do conhecimento em regime de interdisciplinaridade – tais como a Teoria das Relações Internacionais e a História Política Internacional –, induzindo inclusive em parte dos teóricos a crença na existência de uma “Disciplina Internacional” enquanto matéria dotada de transdisciplinaridade na pesquisa em Humanidades (cf. CAVADAS, 2018), compreende-se a pertinência do estudo dos crimes de guerra à luz dos diplomas pesquisados ao longo deste estudo.

As guerras étnicas centroafricanas, nada obstante dotadas de repercussões no âmbito da Antropologia dadas as suas raízes socioculturais, relevam também a grave violação do princípio da vedação ao uso da força enquanto decorrência da não intervenção e corolário do equilíbrio do poder no tabuleiro da política internacional.

O princípio da vedação ao uso da força, histórico no Direito Internacional Público a partir da Sociedade Internacional estruturada em torno da Organização das Nações Unidas a partir de meados do século XX, deita suas raízes também

no universalismo ético cosmopolita como fundamento filosófico da proteção internacional dos direitos humanos, estabelecida sob bases semelhantes também ao fim da II Grande Guerra (1939-1945). Nesse desiderato, cabe o magistério de Marcelo Böhlke (2011, pp. 77-78) acerca da natureza jurídica das “guerras civis” para o Direito Internacional Público e a aplicação das Quatro Convenções de Genebra de 1949 em tais hipóteses:

A classificação a ser atribuída a cada situação de instabilidade interna e a autorização para eventual envolvimento de outros Estados dependem da intensidade das disputas. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, “o reconhecimento como insurgente ou ‘estado de insurgência’ ocorre em revoltas que não assumem a proporção de uma guerra civil”. Trata-se mais do reconhecimento de situação de fato, da qual emanam poucas consequências jurídicas, tais como a concessão de *status* de prisioneiro de guerra para os insurgentes, isenção do governo de direito quanto aos danos causados pelos insurgentes e possibilidade de que terceiros Estados declarem neutralidade. A guerra civil inicia-se com o aumento da violência. Não existem normas convencionais delimitando o momento em que o conflito assume a forma de guerra civil. O direito internacional humanitário contribui para o debate ao definir conflito armado não-internacional como aquele que ocorre no território de um Estado “entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a direção de comando responsável, exerçam sobre parte desse território controle tal que lhes permita realizar operações militares contínuas e concentradas”. Não são considerados conflitos armados não-internacionais “as situações de tensões internas e distúrbios internos, tais como os motins, os atos esporádicos e isolados de violência e outros atos análogos”. A principal consequência jurídica do reconhecimento de uma situação como conflito armado não-internacional é a incidência do direito internacional comunitário, tanto do artigo 3º comum das Convenções de Genebra de 1949 quanto do II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949.

Verifica-se, pois, que os conflitos armados não internacionais, categoria jurídica a que se subsumem a maioria das guerras étnicas centroafricanas, exigem uma hermenêutica heterodoxa no tocante à aplicação das normas de Direito Internacional Público, na medida em que haverá a imperiosa necessidade de se ponderá-las com as normas de proteção internacional dos direitos humanos, dotadas de alta carga valorativa no Direito Internacional Público contemporâneo.

Portanto, a atuação do Tribunal Penal Internacional far-se-á extremamente necessária, pois os conflitos armados não internacionais por vezes desbordam-se em guerras – fenômeno proscrito pelo Direito Internacional Público – o que ensejará o enquadramento típico do cenário de disputas daí decorrentes ao conceito de “crimes de guerra”, resultando na responsabilidade penal dos chefes de Estado e altos funcionários públicos que praticem crimes internacionais em tal contexto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANNONI, Danielle; MENDONÇA, Camila Dabrowski de Araújo. O Primeiro Julgamento do Tribunal Penal Internacional: o Caso Lubanga. In.: ANNONI, Danielle; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. (orgs.). *Cooperação e Conflitos Internacionais: globalização, regionalismo e atores*. Curitiba: Multideia, 2014, pp. 35-50.
- BÖHLKE, Marcelo. *A Proibição do Uso da Força no Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BRANT, L. N. C.; PEREIRA, L. D. D.; BARROS, M. A. E.. *Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007. Belo Horizonte: CONPEDI, 2007.
- CASTELLANO, Igor. *Guerra e Construção do Estado na República Democrática do Congo: a definição militar do conflito como pré-condição para a paz*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2011.
- CAVADAS, Divo Augusto. *Direito ao Desenvolvimento nos Estados Árabes: fundamentos para uma teoria da ocidentalização do Oriente Médio*. São Paulo: Agbook, 2018.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.
- FILME. *Hotel Ruanda*. Direção de Terry George. Reino Unido/Itália/África do Sul/Estados Unidos, 2004. 121 minutos. Color. Son.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONDINHO, Fabiana de Oliveira. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Col. Para Entender. Belo Horizonte: Edições Del Rey, 2006.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2015.
- NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Human Rights under African Constitutions*. Philadelphia: Pennsylvania Press, 2003.
- PAULA, Luiz Augusto Modolo de. *Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. Curitiba: Appris, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CESSÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÕES PÚBLICAS

Thaís Marçal¹

Caio Macêdo²

Resumo: O Supremo Tribunal Federal analisa a constitucionalidade da transferência de contratos de concessão, prevista no art. 27, da Lei nº 8.987/95. A doutrina diverge quanto à possibilidade de alterações de natureza subjetiva nos contratos. Sustenta-se que, por não se tratarem negócios jurídicos personalíssimos, os contratos administrativos podem ser transferidos. Os princípios da objetividade e da impessoalidade na atuação da Administração Pública são consagrados pela Constituição da República e devem nortear a opção hermenêutica sobre o tema. Fundamental que a Suprema Corte considere os possíveis impactos da decisão, em respeito à segurança jurídica.

Palavras-chave: Concessão Administrativa. Transferência. Constitucionalidade. Segurança Jurídica.

TRANSFER OF PUBLIC CONCESSION CONTRACTS

Abstract: The Brazilian Federal Supreme Court will analyze the constitutionality of the transference of administrative contracts, exposed in article 27, presented in Law nº 8.987/95. The majority of authors diverge on the possibility of subjective changes in the contract, since administrative contracts are not personal legal transactions and therefore they are able to be transferred. The principles of objectivity and impersonality are anchored by The Constitution of the Republic, and they must be taken into consideration

¹ Advogada. Presidente da Comissão de Improbidade Administrativa da OABRJ. Conselheira da Cidade do Rio de Janeiro. Coordenadora Acadêmica da Escola Superior de Advocacia da OABRJ. Mestre pela UERJ. E-mail: thais-marcal@hotmail.com

² Graduando em Direito pela FND-UFRJ. Membro da Liga Acadêmica de Direito Administrativo da FND-UFRJ. E-mail: caio.lopes.macedo@gmail.com

when selecting contracting parties. Thus it is essential that when examining the merit of the action, the possible impacts of this decision must be taken into account, specially due to the constitutional right of legal certainty and in view of the reality principle, which guides the state acting.

Keywords: Administrative concession. Transference. Constitutionality. Legal certainty.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal retomou este ano o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946, proposta pela Procuradoria-Geral da República em 2003, que contesta a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/95 – Lei das Concessões. O dispositivo questionado prevê a transferência do contrato de concessão pelo concessionário a terceiro ou do controle acionário da empresa concessionária titular da exploração do serviço público.

O relator, Ministro Dias Toffoli, proferiu voto no sentido de julgar inconstitucional a expressão “*da concessão*”, contida no *caput* do dispositivo impugnado, ao mesmo tempo em que se posicionou pela constitucionalidade da transferência do controle societário da empresa concessionária. O relator considerou que o art. 175 da Constituição da República vincula a concessão à licitação prévia e que, em razão do caráter personalíssimo dos contratos administrativos, a cessão do contrato de concessão representa burla ao princípio licitatório, extraído do texto constitucional.

Com o objetivo de supostamente reduzir os prejuízos dos usuários dos serviços que serão afetados pela decisão, o relator propôs a modulação de efeitos para permitir que a Administração realize, dentro do prazo de dois anos, a licitação de todas as concessões que tenham sido transferidas com base no dispositivo impugnado. Após o Ministro Alexandre de Moraes acompanhar o voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos, suspendendo o julgamento³.

Diante da interrupção da análise da ação e, principalmente, do sentido dos votos que foram até então proferidos, o debate em torno do tema se intensificou. Enquanto entidades ligadas ao setor de infraestrutura alertam para o impacto

³ O julgamento se encontra suspenso até a presente data: 21/9/2021.

negativo que o entendimento potencialmente gera para os usuários dos serviços e para o próprio mercado, parcela relevante de acadêmicos e operadores do direito se posicionam pela constitucionalidade integral do art. 27 da Lei nº 8.987/95.

Diante desse cenário de intensa discussão e de riscos à continuidade da prestação de serviços públicos, deve-se valorizar soluções que prezam pela segurança jurídica, a previsibilidade dos negócios que envolvem o Poder Público e o respeito a finalidade pública dos contratos firmados pela Administração. Nesse sentido, é importante posicionar-se pela constitucionalidade do art. 27 da Lei de Concessões.

2. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CESSÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Preliminarmente, é substancial o destaque de que as cessões podem ser entendidas como a transferência da execução, total ou parcial do objeto, e das obrigações contratuais. Dito isso, esclarece-se que parcela relevante da doutrina entende os contratos administrativos como personalíssimos, razão pela qual se justificaria a inviabilidade de cessão desses contratos. Para essa corrente, a leitura do art. 175 da Constituição Federal vincula os contratos às condições subjetivas previstas no certame. Nas hipóteses em que esse conteúdo sofra modificações, como é o caso da cessão contratual, se estaria diante de casos de burla à licitação.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os contratos administrativos possuem natureza *intuitu personae* porque “são firmados em razão das condições pessoais do contratado, apuradas no momento da licitação”.⁴ Desse modo, em razão da deferência ao procedimento que alçou o licitante vencedor à posição de concessionário, o inciso VI, do art. 78, da Lei nº 8.666/93, proíbe a cessão ou transferência, total ou parcial, do contrato, desde que não admitidas no edital e no contrato.

Por esse ângulo, argumenta-se que, em caso de o concessionário não conseguir manter a execução do contrato, é preciso que ocorra um novo procedimento licitatório para que se habilite outro particular, seguindo as condições específicas do novo edital e contrato.⁵

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. Ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 590.

⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Transferência das concessões e do controle acionário das concessionárias: cabimento, aprovação prévia e requisitos necessários. In: CARVALHO, André Castro; MORAES E CASTRO,

Entende-se, portanto, tratar-se um de posição extraída a partir de uma leitura restritiva do art. 175 da Constituição, que, ao falar sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos, utiliza a expressão “sempre por licitação”. Como adotado no voto do relator, Ministro Dias Toffoli, a transferência de concessão mediante somente a anuência da Administração e da verificação do enquadramento do particular nas condições de habilitação originais, burlam o princípio licitatório, razão pela qual defendem a inconstitucionalidade do dispositivo.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SÃO PERSONALÍSSIMOS?

Um dos argumentos levantados contra a previsão de cessão dos contratos de concessão é o suposto caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos. Ou seja, entende-se que o concessionário não pode repassar a execução do contrato a terceiro, com ou sem a concordância da Administração, em razão da vinculação ao procedimento licitatório que o habilitou e o consagrou vencedor.

Nesse sentido, a defesa dos que entendem os contratos administrativos como negócios jurídicos personalíssimos se funda na ideia de que a Administração, ao decidir celebrar o contrato com determinado particular, considera, de maneira decisiva, características pessoais e subjetivas do contratado. Em razão disso, a transferência do contrato ou mesmo do controle acionário da sociedade titular do serviço público conflitaria, em tese, com a própria natureza jurídica dos contratos firmados pelo Poder Público.

Retroagindo historicamente, Marçal Justen Filho⁶ ajuda a esclarecer a origem do entendimento de que os contratos administrativos são personalíssimos e sua inadequação para a atual realidade brasileira. Esse posicionamento surgiu na França, em meados do séc. XX, em um contexto em que a Administração Pública daquele país não estava vinculada ao procedimento licitatório prévio para realizar contratações. Em razão disso, valia-se de meios discricionários para a escolha do contratante, fazendo prevalecer características subjetivas dos particulares no momento da seleção.

Era fato, portanto, que o juízo na seleção de contraentes, por ser desvinculado

Leonardo Freitas de (Orgs.). *Manual do Project Finance no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, v. 1, p. 409-437.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1092.

e, diante disso, discricionário, considerava atributos subjetivos e pessoais do particular pelo Poder Público. Nesse contexto, justificava-se a noção de que a modificação do contratado ou mesmo as alterações subjetivas de suas qualidades desvirtuariam os critérios empregados pela Administração ao selecioná-lo. Nessas hipóteses, são justas as avaliações de que estariam quebrados os vínculos determinantes que motivaram a formação do contrato.

À vista disso, compreende-se que as circunstâncias que ensejaram a ideia de que os contratos administrativos são personalíssimos diferem totalmente da realidade do direito brasileiro atual. Nesse mesmo sentido, Rafael Wallbach Schwind acrescenta:⁷

“No Brasil, afirma-se que os contratos administrativos são *intuito personae* para indicar que são celebrados mediante a verificação de certas exigências que foram fundamentais na decisão da Administração por contratar ou não determinado particular. Entretanto, esses requisitos são definidos objetivamente, e em tese podem ser preenchidos por qualquer particular. Assim, não é possível afirmar que exista em nosso ordenamento alguma norma geral que vede a cessão da posição contratual nos contratos administrativos. A rigor, a identidade do contratado é irrelevante. O que importa é que ele atenda aos requisitos definidos objetivamente na licitação e dê cumprimento integral à avença que foi firmada. Logo, o entendimento de que os contratos administrativos no Brasil seriam personalíssimos advém de uma importação equivocada de certas concepções do direito francês, que não são condizentes com o ordenamento jurídico brasileiro.”

Soma-se à essa ideia o fato de que o art. 37 da Constituição da República consagra os princípios da impessoalidade e da objetividade como paradigmas da atuação da Administração, sobretudo no campo das contratações públicas.⁸ É contraditória, portanto, a definição de que os contratos administrativos não podem ser objeto de cessão justamente em razão de suas características pessoais e subjetivas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a obrigatoriedade de licitação prévia à formalização de contratos administrativos autoriza a interpretação de afastamento do caráter personalíssimo dos contratos. Nessa esteira, Jessé Torres Pereira Junior afirma que o “*regime jurídico que disciplina a Administração Pública, no Brasil, elimina a possibilidade de contratações intuito personae – ou,*

⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. Cit.*, p. 416.

⁸ *Ibidem*, p. 416.

mais precisamente, contratações dessa ordem são absolutamente excepcionais, recaindo no âmbito da inexigibilidade de licitação.”⁹

Além de balizarem a discricionariedade da Administração, as licitações públicas empregam a objetividade como princípio norteador de sua atuação. Por isso, desde que cumpridos os requisitos objetivos e pré-determinados no edital e no contrato, que devem ser suficientes para demonstrar a capacidade do licitante para execução do que foi objeto de contratação, pouco importa para a Administração Pública a identidade do particular. Como sustenta Marçal Justen Filho “o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo”.¹⁰

Dessa forma, a natureza *intuitu personae* do contrato administrativo corresponde, na realidade, a necessidade de preenchimento de requisitos objetivos constantes no edital do certame, que servirão para habilitar o licitante e permitir que a Administração escolha determinado particular para contratar. Não se deve confundir, entretanto, esse procedimento com as características particulares e subjetivas do licitante vencedor.¹¹

O Tribunal de Contas da União, inclusive, modificou sua jurisprudência, em 2003, por meio da Decisão nº 1108/2003, e passou a entender ser possível a manutenção dos contratos administrativos que foram objeto de cessão. O entendimento parte de uma interpretação menos restritiva do art. 78, VI, da Lei nº 8.666/93 e condiciona a manutenção do contrato a previsão dessa hipótese no edital e a necessidade de se observar as condições iniciais de habilitação e as condições contratuais.

Posteriormente, na Decisão nº 634/2007, o TCU alterou novamente sua orientação jurisprudencial para concluir que, no caso das cessões de contratos administrativos, a manutenção é possível mesmo que não haja previsão no edital de licitação. Mantiveram-se como requisitos para a operação da cessão, portanto, a concordância da Administração e a necessidade de comprovação e preservação das condições de habilitação e contratuais.

⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 785.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p.51.

¹¹ LAGO, Laone. Contrato administrativo, modificação subjetiva e controle das incertezas nas atividades estatais: possibilidades e limites na mensuração dos riscos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 28, p. 286-303, 2014.

Em que pese o posicionamento do TCU, o critério de previsão da cessão contratual no edital que deu origem à contratação é um ponto relevante. Calar-se diante de tema tão relevante pode gerar situações em que propostas econômicas apresentadas no certame desconsiderem tal possibilidade, que é um ativo relevante para a própria empresa licitante.

Cabe destacar, ainda, que modificações subjetivas do contrato administrativo podem partir tanto de possibilidades no mundo dos negócios quanto de uma verdadeira necessidade, apresentando-se como o melhor caminho para empresa do ponto de vista econômico. Esse benefício se estende também aos usuários, que terão assegurados os serviços prestados, exatamente nas mesmas condições.

Tão pouco é factível a alegação de que as alterações subjetivas no contrato representam burla ao princípio licitatório, estampado sobretudo no art. 175 da Constituição de 1988. Como bem apontado por Rafael Wallbach Schwind¹², a mutabilidade é uma das marcas dos contratos administrativos, reconhecida pelo próprio legislador. Desse modo, é inadequado tratar as características objetivas do contrato de maneira distinta das subjetivas. Explica-se: se é possível realizar alterações objetivas no contrato, por que as modificações subjetivas, em geral ligadas a identidade do particular, não são tratadas da mesma forma?

O relevante para a Administração, que está adstrita a efetivação do interesse público, é que o contrato seja executado nas mesmas condições do que foi licitado, preservando a vantajosidade da proposta vencedora. Pouco importa, portanto, o CNPJ da empresa.¹³

Ademais, como acrescenta Flavio Amaral Garcia¹⁴, a interferência indevida e desproporcional do Estado no mundo empresarial, na autonomia e nas perspectivas das empresas concessionárias é inconstitucional. Sendo assim, o instituto da cessão contratual deve ser valorizado como um verdadeiro ativo econômico, com o potencial de aumentar o interesse do mercado pelas operações que envolvem contratos de concessão e com potencial para gerar benefícios aos usuários dos serviços e ao interesse público em geral.

¹² SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. Cit., p. 419

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p.51.

¹⁴ GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos – casos e polêmicas*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 359.

3. CONSEQUENCIALISMO EM RELAÇÃO À CESSÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O julgamento da matéria será a ocasião para que o Supremo Tribunal Federal reforce sua posição de garantidor de valores constitucionais como a segurança jurídica e o respeito às legítimas posições tomadas pelo Legislativo. A Lei nº 13.655/18, que incluiu novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, reforça o compromisso com a segurança jurídica ao condicionar o ato judicial/administrativo a análise sobre as consequências práticas da decisão. Nessa esteira, aplica-se esse entendimento tanto no momento de interpretação hermenêutica pelos integrantes da Corte, quanto em eventual modulação de efeitos da decisão.¹⁵

A Corte precisará enfrentar os potenciais impactos que a eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/95 causará. É preciso ter em mente que a cessão de contratos de concessão vem ocorrendo há décadas no país e que as aquisições de contratos ocorridas ao longo desse período podem ser anuladas, implicando em prejuízos para diversos setores.

Outro fator relevante é que esses negócios foram firmados em consonância ao entendimento predominante no momento da celebração dos contratos de cessão. Além da jurisprudência favorável no âmbito do TCU, o Congresso Nacional reforçou sua posição ao incorporar o instituto da cessão ao art. 9º da Lei nº 11.079/04 – Lei das Parcerias Público-Privadas. Desse modo, os negócios foram legitimamente instituídos em um contexto de convergência entre as orientações do Tribunal de Contas e a evolução legislativa na área de licitações e contratos administrativos.

Diante do considerável risco de incertezas para o campo das concessões no país, a Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base – ABDIB, emitiu nota se posicionando contrariamente ao entendimento externado no voto do relator da ação no STF. A manifestação ressalta que o instituto tem sido utilizado em situações de crise das concessões vigentes e que, por isso, é um importante instrumento para evitar a extinção desses contratos, que inevitavelmente geraria prejuízo aos usuários dos serviços¹⁶. Ademais, a entidade acrescenta que

¹⁵ MARÇAL, Thais. *Concessões, segurança jurídica e o canto da sereia*. O Estado de S. Paulo, São Paulo. Blogs. 13 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/concessoes-seguranca-juridica-e-o-canto-da-sereia/>>

¹⁶ Disponível em: <<https://www.abdib.org.br/2021/08/17/abdib-busca-reverter-visao-do-stf-sobre-transferencia-de-concessoes/>>

considera a modulação de efeitos proposta pelo relator (dois anos para licitar todas concessões que foram transferidas) inadequada, tendo em vista o longo tempo transcorrido desde a edição da lei, em 1995, e a quantidade de negócios que foram estabelecidos nesse período.

Considerando os prejuízos que podem decorrer da decisão que será tomada pelo STF, como os relativos à segurança jurídica e à continuidade na prestação dos serviços públicos, que conseqüentemente tornam o mercado de concessões menos atrativo para investidores, a ABDIB propôs a participação dela e outras instituições como *amicus curiae* na ação. Trata-se de expressão legítima de diálogo e colaboração, visando o convencimento da Corte em sentido contrário ao adotado na minuta do voto do relator.

Outra manifestação relevante foi o do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI. Em nota, a instituição ressaltou que o sentido do voto do relator, Min. Dias Toffoli, enfraquece a segurança jurídica e a confiança do setor de infraestrutura. Caso o entendimento seja acolhido pelo restante do Tribunal, a entidade alerta para a instabilidade que esse fato provocará no mercado, com a desconfiança dos investidores nacionais e internacionais, que esperam estabilidade na interpretação das normas jurídicas.

Desse modo, é marcante a legítima apreensão que eventual decisão de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei de Concessões gera no setor de infraestrutura brasileiro e em seus investidores. São quase 30 anos que a lei está em vigor e, nesse período, como foi destacado, diversas concessões de contratos ocorreram, gerando ganhos econômicos para o mercado e garantindo a continuidade dos serviços prestados, na esteira do interesse público.

A interpretação das normas, sobretudo as de Direito Público, deve ser coerente com os acontecimentos que se operam na realidade cotidiana. É o que nos ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que assevera:

“Tanto as normas jurídicas quanto os seus desdobramentos de execução, administrativos e judiciais, não devem enveredar pela fantasia nem, tampouco, exigir o irrealizável, como bem se exprime do brocado *ad impossibilia nemo tenetur*. O Direito Público, em especial, por ter em seu campo de ação um expressivo contingente de interesses indisponíveis, não se pode perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque ademais estaria fugindo à sua finalidade, uma vez que sob este princípio da realidade, os

comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter todas as condições objetivas de serem efetivamente cumpridos para a obtenção de resultados para a sociedade a que se destinam.”¹⁷

Nesse sentido, o estágio atual de desenvolvimento da matéria no nosso ordenamento, é preciso decidir a questão com os olhares voltados para os critérios da *disciplina possível* da realidade da *convivência humana*¹⁸. Essa visão está umbilicalmente ligada ao princípio da razoabilidade. Por isso a relevância de se estar atento à realidade do mercado e da própria situação do Estado e da Administração brasileira, sobretudo ao, como já dito, consideramos as transferências licitamente realizadas, os efeitos das anulações dos negócios e o tipo de modulação proposto.

É crucial que o Supremo Tribunal Federal enfrente esses pontos ao deliberar sobre o mérito da ação. Para isso, é fundamental que o julgamento seja retirado do plenário virtual e que seja dado espaço para contribuições de entidades que possuem experiência e legitimidade para expor os riscos que envolvem a matéria. Outro ponto fulcral é que os votos dos ministros estejam alinhados às preocupações do legislador com a segurança jurídica e contenção dos impactos que as alterações jurisprudenciais podem causar na realidade dos fatos, que foi materializada na Lei nº 13.655/18, que alterou a LINDB.

5. CONDIÇÕES PARA ALTERAÇÕES SUBJETIVAS E CESSÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Estabelecida a tese de que as licitações públicas, em razão de seus atributos, como a objetividade e impessoalidade, dissipam a ideia de personalismo extremado nos contratos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro, cabe delimitar os critérios que balizam o procedimento de cessão contratual.

Destaque-se que o TCU orienta sua jurisprudência pela possibilidade de cessão de contratos administrativos ainda que sem previsão expressa no edital e no contrato. Contudo, parece que a exposição no edital é fundamental porque, por se tratar de possibilidade de cunho econômico, o silêncio da Administração sobre esse aspecto não pode prevalecer, uma vez que se corre o risco de que

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 88.

¹⁸ *Ibidem*, p. 88.

esse cenário não seja considerado por todos os licitantes. Nessas circunstâncias, é possível que as propostas apresentadas sejam impactadas e, eventualmente, impliquem perdas para a vantajosidade da disputa.

Além desse aspecto importante, Flávio Amaral Garcia¹⁹ indica outros requisitos, como a anuência da Administração para que o concessionário ceda sua posição a terceiro que não tenha participado do certame, bem como o enquadramento nas condições de habilitação previstas no edital e no contrato.

O próprio contrato, aliás, deve ser mantido em suas cláusulas e condições iniciais, que devem estar adimplidas pelo particular no momento de transferência do contrato. Além disso, a motivação do ato é um fator relevante para comprovação de que não há burla à licitação, uma vez que as justificativas serão verificadas pela Administração no momento de análise do negócio à luz do interesse público e eficiência.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Os contratos administrativos não são negócios jurídicos personalíssimos. A Constituição Federal consagrou a objetividade e a impessoalidade como pressupostos para as contratações públicas, razão pela qual restam afastados os critérios subjetivos e pessoais dos contratados na motivação da Administração no momento de seleção de seus contratantes.

2. A identidade do contratante não é fator fundamental nos contratos. Em tese, os requisitos objetivos estabelecidos no edital e no contrato podem ser preenchidos por qualquer particular. Demonstrada a motivação para a transferência do contrato do concessionário para terceiro e sendo aprovada pela Administração, que deverá verificar se os requisitos de habilitação e as condições contratuais iniciais se mantêm, o interesse público está mantido, razão pela qual a alteração na identidade dos contratantes é irrelevante. Em tal hipótese, trata-se de procedimento próprio da atividade empresarial, que não cabe ao Poder Público cercear.

3. O edital e o contrato de concessão devem prever a hipótese de cessão de contrato, sob o risco de que tal possibilidade não seja considerada por todos os

¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos – casos e polêmicas*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 446.

licitantes no momento de apresentação das propostas econômicas, exatamente como estabelece o inciso VI, do art. 78, da Lei nº 8.666/93.

4. A mutabilidade dos contratos administrativo é reconhecida. Não se pode distinguir as alterações objetivas das subjetivas nos contratos a ponto de afirmar que somente as últimas configuram burla à licitação. Deve-se tratar da mesma maneira as modificações objetivas, tão comuns na rotina administrativa, das subjetivas.

5. O julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal deve considerar a análise consequencialista dos potenciais impactos tanto no momento de interpretação hermenêutica pelos integrantes da Corte, quanto em eventual modulação de efeitos da decisão.

6. Como requisitos para que ocorra a cessão contratual, além da previsão no edital e no contrato, estão a manutenção das cláusulas e condições iniciais, além da motivação pelo particular e a anuência prévia da Administração Pública, sob pena de efetivamente burlar as regras que norteiam o processo licitatório.

7. BIBLIOGRAFIA / REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS / REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ZANCANER, WEIDA; SERRANO, PEDRO ESTEVAM; ZOCKUN, MAURÍCIO. *Transferência de concessão é inconstitucional*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/08/transferencia-de-concessao-e-inconstitucional.shtml>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. Ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos – casos e polêmicas*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAGO, Laone. Contrato administrativo, modificação subjetiva e controle das incertezas nas atividades estatais: possibilidades e limites na mensuração dos riscos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 28, p. 286-303, 2014.

MARÇAL, Thaís. Cessão dos Contratos Administrativos como Instrumento de Combate aos Efeitos do Covid-19. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; DE ARRUDA, Carmen Sílvia L.; ISSA, Rafael Hemze; SCWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito em Tempos de Crise*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2020.

- _____. Por um regime temporário de Direito Público Democrático no período de Covid-19. In: DAL POZZO, Augusto Neves e CAMMAROSANO, Márcio (Coord.). 1. Ed. *As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- _____. *Concessões, segurança jurídica e o canto da sereia*. O Estado de S. Paulo, São Paulo. Blogs. 13 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/concessoes-seguranca-juridica-e-o-canto-da-sereia/>> Acesso em: 08 set. 2021.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 641.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 12, out/dez 2005, p. 221-238.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. Transferência das concessões e do controle acionário das concessionárias: cabimento, aprovação prévia e requisitos necessários. In: CARVALHO, André Castro; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Orgs.). *Manual do Project Finance no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 409-437.

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/>

