

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM – Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor do UNIPAM
Milton Roberto de Castro Teixeira

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Fagner Oliveira de Deus

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças
Renato Borges Fernandes

Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas

Coordenador do curso de Direito
Guilherme Caixeta Borges

*A Jurisvox é uma publicação do curso de Direito,
do Centro Universitário de Patos de Minas.*

Impressão e acabamento

Grafipres: (34) 3822-1166

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do Unipam

J959j JURISVOX: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas. -
v. 1, n. 1 (ago. 1999) - Patos de Minas: UNIPAM, 2016.

Anual: **1999-2012**. Semestral: **2013-2015**. Anual: **2016-**.

ISSN 1516-778X

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário de Patos de Minas.

CDD: 340.05

Bibliotecária responsável: Dione Candido Aquino – CRB 1720

Centro Universitário de Patos de Minas | UNIPAM

Rua Major Gote, 808 – Caiçaras
38702-054 Patos de Minas-MG Brasil
Telefax: (34) 3823-0300
web: www.unipam.edu.br

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 1516-778X

ano 16 – n.º 16 – vols. 1 e 2 – julho e dezembro de 2015
Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, (16): 1-230, 2015



Centro Universitário de Patos de Minas

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

<http://jurisvox.unipam.edu.br/>

e-mail: jurisvox@unipam.edu.br

Editor responsável

Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)

Conselho administrativo

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)

Helen Solis (UNIPAM)

Leonardo Caixeta dos Santos (UNIPAM)

Luciana de Brito Freitas Leite (UNIPAM)

Morisa Martins Jajah (UNIPAM)

Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)

Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)

Edilton Meireles (UFBA)

Elpídio Donizetti (TJMG)

Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)

Fredie Didier Júnior (UFBA)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)

Humberto Theodoro Júnior (UFMG)

Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)

Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)

Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)

José Herval Sampaio Júnior (UERN)

Lígia Mori Madeira (PUC/RS)

Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)

Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)

Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)

Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)

Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)

Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)

Rogério Greco (MP/MG)

Roland Hasson (PUC/PR)

Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Revisão

Elizene Sebastiana de Oliveira Nunes

Paula Boaventura Veloso

Bibliotecária responsável

Dione Candido Aquino – CRB 1720

NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Coordenadora do Núcleo de Editoria e Publicações

Elizene Sebastiana de Oliveira Nunes

Consulte o site do NEP: <http://nep.unipam.edu.br>

Sumário

Volume 1

Seção Doutrina

- 10 | A Extrafiscalidade e o Estado Democrático de Direito Brasileiro: a Isenção Fiscal e a participação do Estado na construção de Estádios de Futebol
Extrafiscality and the democratic rule of Brazilian law: Tax Exemption and the state's participation in the construction of Soccer Stadiums
Cássio Schneider Bemvenuti
- 17 | Grupo Latam Airlines S.A.: qual a real natureza jurídica da operação que originou o Grupo Latam Airlines S.A.: fusão ou aquisição?
Latam Airlines Group S.A.: which is the real legal nature of the transaction that led to Latam Airlines Group S.A.: merger or acquisition?
Pedro Leopoldino Resende de Oliveira
- 33 | Responsabilidade civil pela perda do tempo livre
Civil liability for loss of free time
Renato de Souza Nunes
- 44 | Dever de proporcionalidade: limite à supremacia do interesse público
Duty of proportionality: limit to the supremacy of public interest
Tiago Nunes da Silva
Luiz Carlos Figueira de Melo

Seção Ensaio Jurídico

- 57 | A internação psiquiátrica compulsória de dependentes químicos, nos moldes da Lei. 10.216/2001, afronta o direito à liberdade?
Does the compulsory psychiatric hospitalization of drug addicts, according to Law. 10.216/2001 affront the right to freedom?
Lázaro Henrique Araújo Rocha
Luiz Henrique Borges Varela
- 78 | Personalidade jurídica dos grandes primatas
Law capacity of the great apes
Luciana Cecília Morato
- 92 | Criminalidade organizada e a reação do estado brasileiro
Organized crime and the reaction of the Brazilian State
Emanuelle Barbosa de Brito
Guilherme Caixeta Borges

Volume 2

Seção Doutrina

- 107 | A aplicação vinculante dos precedentes judiciais no novo código de processo civil
The binding application of judicial precedents in the new Code of Civil Procedure
Alexandre Máximo Oliveira
Bruna Naiara Morais
- 120 | O Princípio da Busca da Felicidade e sua repercussão na sociedade brasileira
The Principle of Happiness Search and its impact on Brazilian society
Daniela de Fátima Braga Porto
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães
- 134 | A função social da propriedade improdutiva, mas objeto de invasão por movimentos populares
The social function of unproductive property, object of invasion by popular movements
Helen Corrêa Solis Neves
- 144 | A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: aspectos sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais
The horizontal effectiveness of fundamental rights: aspects of specific individuals binding to fundamental rights
Rodrigo Luiz da Silva Versiani
- 166 | O Direito Fundamental de Propriedade e o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil
The Fundamental Right to Property and the institute of reverse disregard of legal personality in the new Civil Procedure Code
Samir Vaz Vieira Rocha

Seção Ensaio Jurídico

- 181 | A irreversibilidade dos efeitos da tutela provisória de urgência satisfativa em matéria ambiental: análise sistemática e relativização
The irreversibility of the effects of the provisional protection of satisfaction urgency on the environment: systematic analysis and relativization
Amanda Maria Martins
- 197 | O direito fundamental ao governo honesto e a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a corrupção
The fundamental right to the honest government and the United Nations International Convention on corruption
Murillo Ricardo Silva Canella
- 215 | Natureza jurídica da perda de uma chance
Legal status of loss of a chance
William Junio Godinho Queiroz

Editorial

É sempre um motivo de alegria renovada trazer a público a nova edição da Revista *Jurisvox*, publicação do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM. Especialmente diante da notícia de que o curso de Direito do UNIPAM recebeu o selo de qualidade “OAB Recomenda”, outorgado a apenas 10% dos mais de 1.300 cursos de Direito do país. A Revista *Jurisvox*, portanto, se orgulha de fazer parte da história do curso que, no ano de 2016, completará 20 anos. Sem dúvida, são muitos os motivos para festejar.

Cientificamente, a melhor forma de se festejar é apresentando à comunidade trabalhos de excelência, que contribuam com o aperfeiçoamento da Ciência Jurídica. É o que se propõe através dessa 16ª edição da Revista *Jurisvox*.

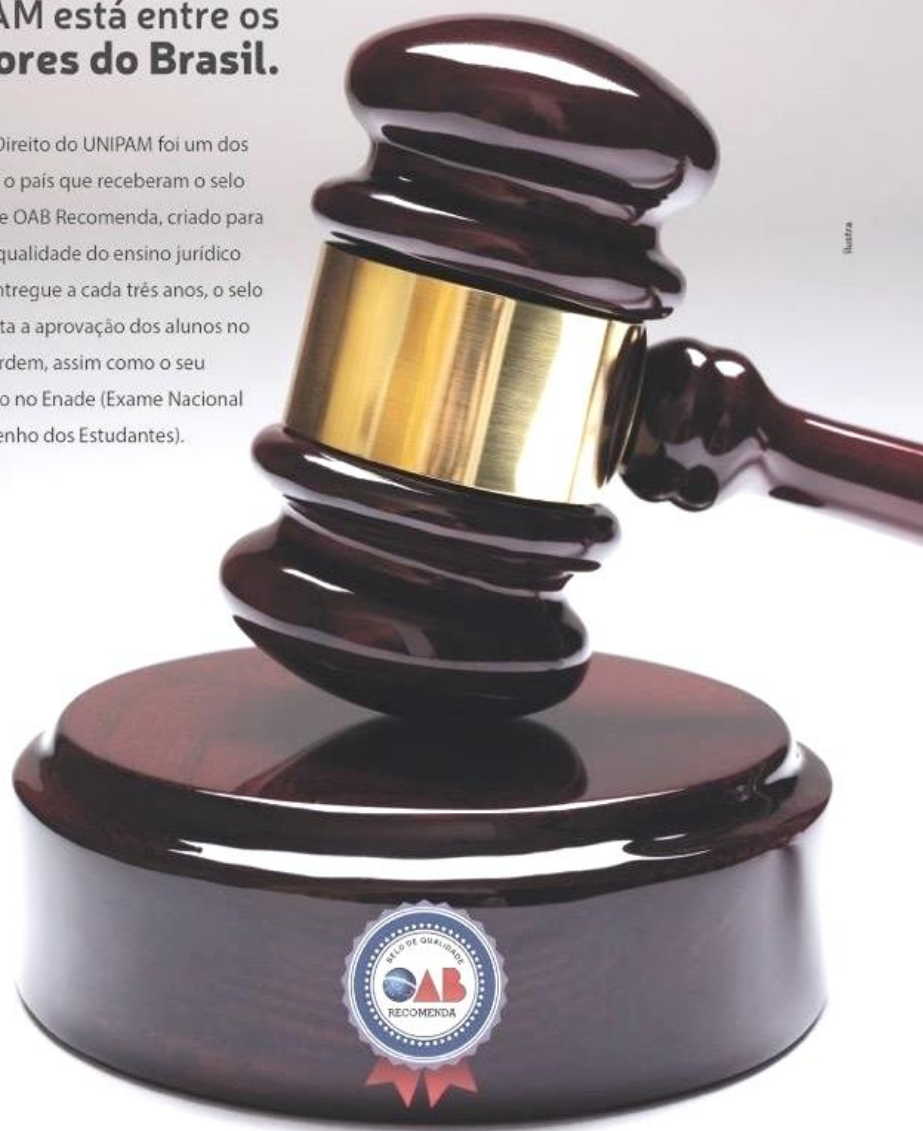
Mantendo os paradigmas editoriais dos números anteriores, a Revista se divide em duas seções: a seção Doutrina, destinada a divulgação de trabalhos científicos de pesquisadores graduados, especialistas, mestres e doutores, como forma de trazer à comunidade acadêmica as mais avançadas e modernas discussões da área jurídica; a seção Ensaio Jurídico, por sua vez, se volta ao objetivo de divulgar a pesquisa científica de acadêmicos de Direito que, ainda na graduação, especialmente por meio dos programas de iniciação científica, demonstram talento singular para o estudo do Direito, servindo, assim, como fomento à pesquisa ainda durante o curso de Direito.

Deste modo, a Revista *Jurisvox* cumpre seu papel de incentivar, reconhecer e divulgar a importância da pesquisa jurídica de alta qualidade, desejando aos leitores profícuas reflexões.

DESCULPE O TROCADILHO, MAS A GENTE FAZ DIREITO.

O curso de Direito do
UNIPAM está entre os
melhores do Brasil.

O curso de Direito do UNIPAM foi um dos 139 de todo o país que receberam o selo de qualidade OAB Recomenda, criado para estimular a qualidade do ensino jurídico brasileiro. Entregue a cada três anos, o selo leva em conta a aprovação dos alunos no Exame de Ordem, assim como o seu desempenho no Enade (Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes).



 **UNIPAM**
Educação que transforma



JURISVOX
N. 16, VOL. 1, JUL.2015
SEÇÃO DOCTRINA

A Extrafiscalidade e o Estado Democrático de Direito Brasileiro: a Isenção Fiscal e a participação do Estado na construção de Estádios de Futebol

Extrajiscality and the democratic rule of Brazilian law: Tax Exemption and the state's participation in the construction of Soccer Stadiums

Cássio Schneider Bemvenuti

Pós-Graduado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Bolsista Diplomado pela FESDEP (Fundação Escola Superior da Defensoria Publica/RS); Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Advogado.
E-mail: cassiobemvenuti@gmail.com

Resumo: A Extrafiscalidade é um instituto do direito tributário presente no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as diversas conceituações desse instituto, cumpre observar qual a fundamentação constitucional de sua utilização. A Constituição Federal de 1988 instituiu no Brasil o Estado Democrático de Direito, recepcionando uma série de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, principalmente em seu artigo 5º. Além disso, estipulou uma carga de tributos vinculados a garantir esses direitos por meio de serviços públicos financiados justamente pelo pagamento de impostos pelo cidadão. Nesse sentido, ao aplicar o instituto da Extrafiscalidade para isentar uma determinada empreiteira ou construtora do pagamento de tributos para construção de um determinado estádio de futebol para um evento esportivo, o Estado brasileiro deve(ria) estar financiando um instrumento que vise garantir um dos direitos fundamentais trazidos em nossa Constituição. O dever fundamental do cidadão de pagar impostos para garantir seu próprio direito fundamental pode ser isento somente quando para a realização desses direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito Tributário. Direitos fundamentais. Extrafiscalidade. Isenção de impostos.

Abstract: The “*Extrajiscality*” is an institute of the tax law present in the Brazilian legal system. Among various conceptualizations of this institute, it should be noted what is the constitutional basis for its use. The Constitution of 1988 established, in Brazil, the Democratic State of Law, which receives a series of fundamental rights and guarantees to the citizen, especially in its Article 5. In addition, it was stipulated a load of taxes to guarantee these rights, through funded public services. Accordingly, in applying the “*Extrajiscality institute*” to exempt a particular contractor or builder of tax payment for construction of a certain football stadium for a sporting event, the Brazilian government should be funding an instrument aimed at ensuring rights brought in our Constitution. The fundamental duty of the citizen to pay taxes to ensure his/her own fundamental right can only be free when in pursuit of these fundamental rights.

Keywords: Tax law. Fundamental rights. Extrajiscality. Tax-free.

1 Introdução

O Estado Democrático de Direito Brasileiro, promulgado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, detém uma organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou a partir de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal (voto direto e secreto).

Nas relações entre o Poder Estatal e o Cidadão, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também, e, sobretudo, direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 coloca diversos meios de atuação do Estado para a satisfação desses direitos e garantias constitucionais. Um dos principais institutos jurídicos (especificamente no âmbito do Direito Tributário e Constitucional) à disposição do Estado para que concretize essas garantias constitucionais é a Extrafiscalidade.

Em outubro de 2007, o Brasil é escolhido pela FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*) para sediar a Copa do Mundo de Futebol do ano de 2014. Para se habilitar como país sede de tal evento, o Brasil seguiu as exigências estabelecidas pelo órgão máximo do futebol mundial. Essas exigências se referem a obras de infraestrutura no país (aumento da capacidade hoteleira, aeroportuária, viária etc.) e à construção de novos Estádios de Futebol com o padrão exigido pela FIFA.

Para se adaptar às exigências impostas, o Estado brasileiro tomou uma série de providências. O Projeto de Lei que versa sobre a “Lei geral da Copa do Mundo”¹ (PL 2330/2011) é um exemplo desse movimento. Outra medida adotada pelo Estado foi isentar de impostos as empreiteiras e construtoras responsáveis pela construção de Estádios de Futebol. É exatamente aí que o instituto jurídico da *Extrafiscalidade* aparece como instrumento fundamental da realização da Copa do Mundo de 2014 no Brasil.

2 A Extrafiscalidade e a Constituição Federal de 1988

A Doutrina Jurídica brasileira há muito tem caracterizado a *Extrafiscalidade* com alguma divergência. Para alguns autores mais antigos como Ruy Barbosa Nogueira (1986, p. 187-188) e Fábio Fanucchi (1976, p. 54-55), ela se caracteriza de forma restritiva, pelo incentivo ou desincentivo da prática de condutas. Outros autores têm uma conceituação mais abrangente, como Ricardo Lobo Torres (2001, p. 187), que sustenta que a Extrafiscalidade se caracteriza pela “categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias”.

A divergência se faz presente, sobretudo, no âmbito de incidência da *Extrafiscalidade*. Enquanto a primeira corrente é restritiva, por entender como extrafiscal apenas as atuações do Estado no âmbito tributário que objetivarem disciplinar

¹ Disponível em: <http://www.copa2014.gov.br/sites/default/files/publicas/sobre-a-copa/biblioteca/pl_lei-geral-da-copa.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2012, às 10h31min.

condutas de contribuintes, a segunda corrente se apresenta mais ampla e caracteriza como extrafiscal todas as características dos tributos que diferem da sua característica principal, de arrecadar fundos aos cofres públicos.

O Estado Democrático de Direito tem o dever jurídico de assegurar os direitos e garantias fundamentais, e o faz, também, por meio da *Extrafiscalidade*, na qual a finalidade do tributo extrapola a necessidade de arrecadação do Poder Público. Nesse sentido, Marciano Buffon (2012, p. 3) afirma:

não seria possível sustentar que a Extrafiscalidade viesse a substituir, completamente, a fórmula da parafiscalidade, pois o Estado continuará a ter que arrecadar recursos para fazer frente ao ônus de sua própria razão de existir, sobretudo com a realização dos direitos sociais, de cunho prestacional. No entanto, paralelamente a isto, é possível que políticas públicas extrasfiscais cumpram um importante papel na realização dos objetivos constitucionalmente postos, em especial os direitos fundamentais.

Dois importantes instrumentos por meio dos quais esse Estado intervém na economia com o propósito de imprimir eficácia aos fins a que se propõe (como garantir a função social da propriedade, estruturar o desenvolvimento das cidades e assegurar o acesso da população aos bens de consumo essenciais) são a *Progressividade* e a *Seletividade*.

Sacha Calmon Navarro Coêlho (2006, p. 411) nos ensina que “a progressividade é instrumento técnico e também princípio, na dicção constitucional, que conduz à elevação das alíquotas à medida que cresce o montante tributável, indicativo de capacidade econômica do contribuinte”.

A *progressividade*, portanto, é um princípio pelo qual se permite a aplicação de alíquotas cada vez maiores em função do crescimento da base de cálculo prevista na hipótese de incidência do imposto, ou de fato tributável diverso, conforme veremos mais adiante.

A *progressividade* traduz-se em importante instrumento, capaz conferir maior efetividade a princípios constitucionais como o da capacidade contributiva (BRASIL, CF/88², art. 145, §1º), a redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, inciso III) e a função social da propriedade (CF/88, art. 5º, inciso XXIII).

Outro instrumento tributário utilizado para fins de *Extrafiscalidade* é o da *seletividade*. Tributo seletivo, como a própria designação sugere, é aquele que seleciona, diferencia, na sua forma de incidência. E, em nosso sistema tributário, de índole eminentemente constitucional, encontramos na Constituição os critérios para a seletividade.

Também se mostra importante a análise da aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva nessas situações em que o tributo, por meio da *seletividade* e da *progressividade*, é utilizado com finalidade extrafiscal.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

2.1 A *Extrafiscalidade* e o Dever Fundamental de pagar impostos

O Estado Democrático de Direito brasileiro tem o dever jurídico de atuar para atingir os fins a que se propõe por meio da Constituição Federal de 1988. No ramo do direito tributário, essa intervenção na economia para satisfação de valores constitucionais se denomina *Extrafiscalidade*, que se realiza pela disciplina de condutas de eventuais contribuintes para a efetivação dos demais valores constitucionais.

Como elemento conceitual e limitador, a *Extrafiscalidade* corresponde a todo objetivo que a Constituição Federal de 1988 elege para o Estado brasileiro, desde que alcançável mediante o manejo de tributos, isto é, pela política fiscal. José Casalta Nabais (1998, p. 629-630) identifica *Extrafiscalidade* nas normas tributárias que tem o “intuito de actuar directamente sobre os comportamentos económicos e sociais de seus destinatários”.

A *Extrafiscalidade*, quando relacionada ao incentivo mediante isenção da cobrança de tributos, deve estar intimamente relacionada aos valores constitucionais elencados pela Constituição Federal de 1988. O Estado Democrático de Direito brasileiro só pode abrir mão de cobrar o dever fundamental de seu cidadão de pagar impostos quando busca a concretização de valores e direitos fundamentais insculpidos em seu texto constitucional.

Se entendermos o Estado Democrático brasileiro como uma “evolução” em relação aos Estados de natureza liberal ou social, veremos que o Brasil estabelece uma série de tributos vinculados ao financiamento de instrumentos garantidores dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro (saúde, educação, saneamento básico etc.). Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2011, p. 26) ensina:

justamente em razão desses caracteres, os direitos fundamentais vêm de fato a se configurar, diversamente de outros direitos, como outros tantos vínculos substanciais normativamente impostos – a garantia de interesses e necessidades de todos estipulados como vitais, ou exatamente “fundamentais” (a vida, a liberdade, a sobrevivência...) – tantos as decisões de maioria quanto ao livre mercado. A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional desses direitos se revela, em outras palavras, como a técnica – ou garantia – apresentada para a tutela disso que no pacto constitucional vem configurado como fundamental: ou seja, daquelas necessidades substanciais cuja satisfação é condição de convivência civil, e tampem causa ou razão social daquele artifício que é o Estado.

A *Extrafiscalidade* surge como uma espécie de exceção na cobrança desses tributos, não perdendo a essência do Estado Democrático do direito que é justamente garantir direitos fundamentais. Portanto, a isenção direta da cobrança de um determinado tributo deve estar intimamente vinculada à conservação e implementação de um direito fundamental do cidadão. Somente assim se justifica tal medida.

3 A isenção de impostos e o Projeto de Lei 2330/2011

A atividade financeira que o Estado desempenha com o desígnio de ordenar as relações sociais e econômicas intervindo, por exemplo, no mercado, é cognominada

extrafiscal. Com efeito, essa atuação extrafiscal do Estado não visa alcançar recursos para o erário público, acarrear receitas para o fisco, mas apenas e tão-somente almeja atuar sobre o contexto econômico, modificando o cenário social por meio, por exemplo, da tributação em gastos seletivos ou sua retenção.

Como se sabe, as exigências fiscais são receitas derivadas, arrecadadas pelo Estado, para financiar a despesa pública. De acordo com Luciano Amaro (2006, p. 67), a distinção entre tributos com finalidade fiscal e tributos com finalidade extrafiscal reside, exatamente, “no objetivo visado pela lei de incidência”. Será fiscal se tiver em vista alcançar recursos para a entidade arrecadadora e será *extrafiscal* se o escopo for induzir comportamentos, regulando-os.

Assim, se um tributo for instituído, especialmente, para abastecer os cofres públicos, sua intenção será arrecadatória. O tributo terá finalidade regulatória se a arrecadação estiver em segundo plano, sendo mais importante dirigir sobre certas regras o comportamento social, por razões econômicas, sociais ou políticas. Tal função *extrafiscal* é expediente amplamente aceito na doutrina jurídica nacional.

De fato, quando há interesses em fomentar ou desestimular atividades consideradas apropriadas ou inapropriadas aos cidadãos, o governo pode empregar a tributação extrafiscal, visando alcançar os fins sociais por meio da maior ou menor tributação. Vê-se, portanto, que os tributos também são instrumentos regulatórios do Estado, quando utilizados para o incentivo ou coibição da conduta do particular.

Como já mencionado, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 2330/2011, que versa sobre as adequações legislativas às quais o Estado brasileiro se submeteu para sediar a Copa do Mundo de Futebol de 2014. O projeto de lei inclui medidas exigidas pela Federação Internacional de Futebol (Fifa) com as quais o governo se comprometeu para promover o torneio. Trata, entre outros assuntos, do preço dos ingressos, do uso de aeroportos, da venda de bebidas alcoólicas e das férias escolares.

Outra medida tomada pelo Estado brasileiro foi isentar a cobrança de impostos das empreiteiras e construtoras que trabalharam na construção dos Estádios de futebol para a realização da Copa do Mundo de 2014³. Essa medida fiscal, aprovada pelo congresso brasileiro, diminui os custos dessas empresas para a construção de estádios privados no Brasil.

Nesse sentido, cumpre questionar se tal medida extrafiscal se coaduna com a realização de direitos fundamentais insculpidos em nossa Constituição Federal de 1988.

³ Para o ex-secretário de Estado da Saúde de São Paulo e ex-ministro da Saúde, Adib Jatene, os R\$ 420 milhões que a prefeitura pretende dar de isenção fiscal ao Fielzão “farão falta para a cidade, que sofre com a falta de médicos e unidades de saúde.” Segundo ele, a verba poderia ser usada, por exemplo, para manter 700 equipes de saúde da família durante um ano. O número também seria suficiente para aumentar a abrangência do programa, que, atualmente, cobre apenas 43% da população. “Com R\$ 420 milhões dava pra colocar o programa Saúde da Família em todas as áreas de São Paulo” (Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/Esportes/?Noticia=307237>>. Acesso em: 9 jan. 2011).

3.1 A Construção de Estádios de Futebol e o contribuinte brasileiro – *Extrafiscalidade*, isenção e dever fundamental de pagar impostos

Para a realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014, campeonato em que o Brasil habilitou-se para sediar seguindo as normas e regulamentações impostas pela organizadora do campeonato (FIFA - *Fédération Internationale de Football Association*), o Estado brasileiro tomou uma série de medidas.

Como já referido, no campo legislativo, teve-se o Projeto de Lei 2330/2011 (“Lei geral da Copa”). Contudo, para a construção de Estádios de futebol nas cidades que serão sede de jogos no campeonato, o Estado brasileiro isentou de impostos as construtoras e empreiteiras responsáveis pela obra.

É exatamente aí que o instituto da *Extrafiscalidade* é utilizado como instrumento de realização dessas obras por meio de isenção fiscal. O dever fundamental do cidadão de pagar impostos é mitigado para as grandes empresas realizarem tais obras, sem rechaçar grandes lucros advindos das mesmas.

Nesse sentido, cumpre ressaltar o ensinamento de Marciano Buffon (2012, p. 77):

por outro lado, constata-se, que o ideário neoliberal deu desejo, também, ao surgimento de um modelo tributário que incrivelmente serve como instrumento de redistribuição de renda as avessas, ou seja, através da tributação tornou-se possível ampliar as já elásticas desigualdades. Por isso, é importante examinar o modelo tributário que está inserido dentro desse cenário de crise do Estado de bem-estar social, construído a partir do paradigma do neoliberalismo contemporâneo.

Assim, o instituto tributário da *Extrafiscalidade* desliga-se de sua relação umbilical com a realização de direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 e atinge somente grandes construtoras e empreiteiras capazes de habilitar-se para construção desses Estádios, auferindo grandes lucros com os mesmos.

4 Conclusão

Para a efetividade real da *Extrafiscalidade* e da progressividade, o Estado dispõe de dois importantes institutos, a *progressividade* e a *seletividade*, que são formas de se controlarem as alíquotas de determinados impostos. O primeiro se caracteriza por um aumento progressivo de alíquotas em função do aumento da base ou do fato tributável de um mesmo bem. O segundo é realizado a partir da seleção de alíquotas para produtos diversos destinados a contribuintes também diversos com base no critério da essencialidade.

As garantias fundamentais trazidas em nossa Constituição Federal de 1988 devem ser fomentadas pelo Estado brasileiro por meio de políticas públicas sustentadas pelo pagamento de impostos pelo cidadão. A realização desses direitos depende da atuação do Estado que, por sua vez, depende da arrecadação de dinheiro a partir dos tributos cobrados de seus cidadãos.

Medidas extrafiscais são extraordinárias e visam justamente o fomento e a realização daqueles direitos constitucionais. A isenção da cobrança de impostos como medida extrafiscal só se justifica para realizar esses direitos. O dever do cidadão de pagar impostos, portanto, só pode ser mitigado quando o Estado fundamenta sua atitude na realização e fomento de direitos e garantias fundamentais.

Referências

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

BUFFON, Marciano. *A tributação como instrumento de densificação da dignidade da pessoa humana*. Tese de Doutorado do Professor Marciano Buffon. Disponível em: Banco de Dados do PPGD Unisinos: Fevereiro 2012. (Arquivo Protegido de Cópia)

BUFFON, Marciano. *A tributação como instrumento de concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: < www.revista.fadir.ufu.br>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2012.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – sistema tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Junior e Sérgio Cadermatori.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1986.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Grupo Latam Airlines S.A.: qual a real natureza jurídica da operação que originou o Grupo Latam Airlines S.A.: fusão ou aquisição?

Latam Airlines Group S.A.: which is the real legal nature of the transaction that led to Latam Airlines Group S.A.: merger or acquisition?

Pedro Leopoldino Resende de Oliveira

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
E-mail: pedro_lro@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo determinar qual a real natureza jurídica da operação que originou o Grupo Latam Airlines S.A., operação esta que as empresas envolvidas realizaram visando acompanhar a competitividade mundial exigida no setor aéreo. O estudo tem como foco analisar três acontecimentos advindos da operação, sendo eles as condições estipuladas pelos Órgãos Reguladores dos países para a aprovação da concentração, a movimentação das ações ocasionadas para o cumprimento da exigência da legislação brasileira e o efeito que essa operação empresarial terá sobre o mercado consumidor, especificamente sobre os consumidores diretos desse setor. Ao final do trabalho, se almeja compreender a razão das empresas envolvidas classificarem a operação como fusão empresarial, além de sentenciar se essa classificação está correta; se não, determinar a correta real natureza jurídica.

Palavras-chave: Concentração Empresarial. Mercado Consumidor. Proteção ao Consumidor.

Abstract: This study aims to establish the true legal nature of the operation that led to the Latam Airlines Group SA, an operation that the companies involved performed to monitor the global competitiveness required in the airline industry. The study focuses on analyzing three events arising from the operation, namely, the conditions set by regulatory bodies of the countries for approval of concentration, the change in stocks caused to the requirement of Brazilian legislation and the effect that this business operation will have on the consumer market, specifically on the direct customers of this sector. At the end of the work, we aim to understand why the companies involved classify the operation as a corporate merger, besides sentencing if that classification is correct; and if not, determine its correct legal nature.

Keywords: Corporate Concentration. Consumer market. Consumer protection.

1 Introdução

Face à nova ordem econômica mundial, em que as sociedades empresariais se veem obrigadas a adotar novas estratégias em busca de se manterem cada vez mais competitivas no setor em que atuam, determina-se que, no caso a ser analisado por este trabalho, o setor de atuação é o setor aéreo, a adoção das estratégias pode partir de “[...] três principais eixos de atuação estratégica: a busca por competitividade em custos, a busca por aumento da taxa de ocupação, que se manifesta, quase sempre, por meio de redução de tarifa, e uma tendência de homogeneização de serviços” (GUSMÃO, 2011, p. 4).

Em diversas oportunidades, os processos de fusão e de cooperação dentro do setor aéreo estão relacionados com a intermitente necessidade de reverter quadros de crises econômico-financeiras decorrentes de eventuais ineficiências regulatórias, períodos de recessão econômica, ou mesmo de má administração gerencial, tendo em vista diversos fatores conjunturais. É notório que fusões e acordos de cooperação freqüentemente surgem em períodos específicos, notadamente quando a indústria se encontra em situação precária [...] (RAGAZZO, 2006, p. 18).

Visando à adoção dessa nova estratégia, as companhias aéreas brasileira TAM S.A. e chilena LAN S.A. concretizaram um processo, ato de concentração, para criar a maior companhia aérea da América Latina, o Grupo Latam *Airlines* S.A.. Os atos de concentração, em casos semelhantes a esse, são as estratégias adotadas para cumprir com os possíveis objetivos elencados anteriormente. Os modelos de atos de concentração mais próximos a esse caso são a fusão e a aquisição.

Fusão é a operação societária por meio da qual duas ou mais sociedades comerciais juntam seus patrimônios a fim de formarem uma nova sociedade comercial, consequentemente deixando de existir individualmente. Ela ocorre quando duas empresas combinam para formar uma empresa totalmente nova, e nenhuma das empresas anteriores sobrevive de forma independente. Uma aquisição é a compra de um negócio ou empresa por outra empresa ou entidade comercial. (SOUZA; COUTINHO, 2013, p. 1)

Essa concentração empresarial, que atende à super-competitividade exigida pelos negócios cada vez mais globais, pode trazer aspectos negativos em que a presença desse monopólio na América Latina pode distorcer o funcionamento concorrencial perfeito do sistema, com prejuízos aos consumidores de seus serviços.

Parte-se, também, da premissa de que o monopólio só seria ocasionado devido a lacunas na legislação, que não consegue acompanhar o ritmo acelerado do mundo dos negócios empresariais. Dessa forma, “[...] os Estados passaram a intervir no mercado para a proteção da livre concorrência, controlando tais práticas, as quais devem atender aos ditames da livre concorrência e do bem estar social” (SOUZA; COUTINHO, 2013, p. 5).

A análise do caso a ser discutido por este trabalho poderá tornar mais perceptível a atuação do Estado, por meio de seus órgãos reguladores, frente a essa concentração a nível internacional, as lacunas e os pontos falhos da atual legislação e o reflexo de operações como essa perante o mercado consumidor.

2 Os órgãos reguladores

2.1 Contexto histórico

Recorremos a José Matias-Pereira para uma breve análise do cenário funcional e histórico dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil.

Brault (1995, *apud* MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 58) explica que

[...] a economia e a prática antitruste no mundo, nas duas últimas décadas, passaram por uma série de transformações que introduziram, de forma crescente, argumentos de eficiência econômica, sobretudo de caráter produtivo, como justificativa para atos de concentração e determinadas condutas empresariais (KWOKA & WHITE, 1999). Como resultado, os órgãos de defesa da concorrência em diversos países passaram a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos, como na antiga tradição, mas também os potenciais impactos em termos de ganhos de eficiência econômica no julgamento de condutas horizontais e verticais, fusões, aquisições e joint ventures entre empresas.

Na tentativa de justificar a atividade de regulação das concentrações empresariais, buscou-se, nas teorias, a ideia de monopólio econômico natural. Nesse sentido, Matias-Pereira (2006, p. 53-54) completa dizendo que “[...] o objetivo maior da defesa da concorrência é definir se determinada operação entre agentes econômicos ou a prática restritiva à concorrência estão produzindo efeitos indesejáveis ao mercado relevante analisado”. Assim, destaca-se que a prática da regulação econômica e da defesa da concorrência deve ser cuidadosamente desempenhada para que não afete o mercado em questão e, conseqüentemente, não afete o crescimento e o desenvolvimento econômico do país.

Observa-se que as decisões da defesa da concorrência têm influência e relação direta com o mercado, o que pode ser comprovado na conceituação de mercado dada por Matias-Pereira (2006, p.53), quando diz que mercado são “[...] instituições humanas que funcionam apoiadas num conjunto de regras sociais que variam no tempo e no espaço [...]”. Observa-se, ainda, que o mercado necessita da preservação de determinadas normas para cumprir sua função, da mesma forma que as demais instituições humanas.

Nesse contexto, o Estado como Regulador de Mercado centra sua função em diversas áreas, estabelecendo normas de comportamento e concentração das empresas, tanto no andamento processual, quanto na seleção dos critérios, definindo quais atos de concentração empresarial serão submetidos ao crivo dos órgãos de defesa da concorrência, com o objetivo de evitar a concorrência desleal no desenvolvimento do mercado.

Ao discutirmos as estratégias empresariais no setor de transporte aéreo, destacamos que o setor de transporte aéreo exige que as empresas adotem estratégias e vantagens competitivas que criem e sustentem um desempenho superior, mesmo que momentâneo, impondo, com isso, práticas concorrenciais e, ao mesmo tempo, cooperativas entre as empresas. Nesse mérito, destacamos, neste artigo, como a dinâmica empresarial do setor de transporte aéreo funciona mediante a atuação das companhias aéreas do setor, considerando, para isso, as estratégias empresarias adotadas pelas mesmas e as implicações para o mercado.

De acordo com Porter (1989, *apud* PEREIRA, 2012, p.3),

compreender a dinâmica empresarial do setor de transporte aéreo corresponde a identificar a latente importância de duas grandes companhias aéreas que vem desenvolvendo estratégias diversas e tem se consolidado no mercado, por meio

fusões, aquisições, acordos etc., enfim, estratégias empresariais que se constituem como vantagens competitivas, ainda que momentâneas.

A dinâmica empresarial do setor de transporte aéreo na América Latina e no Brasil, principalmente no que tange às estratégias de fusão e de concentração empresarial, exige por parte do Estado medidas no sentido de minimizar os efeitos dessa concentração empresarial sobre a livre concorrência no setor aéreo, brasileiro e chileno.

Essa preocupação já é manifestada por Rossana Malta de Souza Gusmão (2011, [s.p.]), no artigo intitulado “Regulação e defesa da concorrência no setor aéreo”, explicando de forma clara que

[...] a política regulatória no setor aéreo brasileiro foi marcada por diferentes formas de intervenção, partindo de uma regulação estrita, passando por um regime de flexibilização até a instituição de uma agência reguladora destinada a fiscalizar as atividades da aviação civil e a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

No intuito de exemplificar as considerações da autora destacadas no parágrafo anterior, o quadro 1 a seguir contempla, por meio de descrição literal da autora Renata Rivelli Martins Santos (2006, [s.p]), os dispositivos jurídicos que normatizaram a defesa da concorrência, enfatizando sua importância e contribuição para a questão abordada:

QUADRO 1: Dispositivos Jurídicos que normatizaram a Defesa da Concorrência

Legislação	Importância
Decreto-lei 7.666/1945	Criou o CADE, com atribuição de viabilizar acordos em casos potencialmente danosos da concorrência.
Constituição Federal de 1946	Dispunha que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, que tinham por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando arbitrariamente os lucros.
Lei 4.137/62	Conceitua as formas de abuso, atribui competência ao CADE, regulamenta seu procedimento administrativo e o processo judicial.
Constituição Federal de 1988	Previsão, em capítulo próprio, dos princípios da atividade econômica, consoante artigo 170. Verifica-se, assim, evidente conteúdo de predominância neoliberal, vez que exalta a livre iniciativa e a propriedade privada.
Decreto 99.2444	Instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico, cuja competência é zelar pelos direitos do consumidor, apurar, prevenir e reprimir abusos do poder econômico por meio do CADE.
Lei 8.137/90	Tipificou criminalmente condutas contrárias à ordem econômica.

Lei 8.884/94	Delimita conceitos, atos que afrontam a livre concorrência, modifica a competência administrativa do CADE, atribuindo-lhe poder de decisões sobre prevenção e repressão às infrações sobre a ordem econômica, da SDE e da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Justiça).
Lei 12.259/11	Introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de análise prévia dos atos de concentração. Revogou a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999, os arts. 5o e 6º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e os arts. 1o a 85 e 88 a 93 da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994.

Fonte: Santos (2006, [s.p.]).

2.2 Condições estabelecidas para aprovação da concentração empresarial

Um dos objetivos deste trabalho é analisar como os órgãos de defesa da concorrência brasileiro (CADE) e chileno (Tribunal de Livre Concorrência Chileno) entenderam essa concentração empresarial, que culminou por resultar na criação do Grupo Latam SA.

Em agosto de 2010, as empresas aéreas Tam Linhas Aéreas S.A. e Lan Chile S.A., em busca de se tornarem mais competitivas no mercado aéreo, formularam e implementaram estratégias de fusão, que lhes permitiram ampliar ou conservar, de forma duradoura, uma posição sustentável nos mercados em que atuam.

A operação realizada entre as sociedades empresárias TAM S.A. e Lan Chile S.A., quando analisada pelos órgãos regulamentadores dos países Brasil e Chile, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Tribunal de Livre Concorrência Chileno (TLCC), respectivamente, provocou o entendimento de que essa concentração empresarial traria risco eminente de surgimento de um monopólio no mercado aéreo do continente latino-americano, devido à participação das duas companhias no mercado aéreo dessa macrorregião. Intencionando o sucesso da operação, ao mesmo tempo evitando que essa concentração não resultasse em maiores riscos ao mercado e, conseqüentemente, às outras empresas aéreas, os referidos órgãos, CADE e TLCC, anteriormente à aprovação, impuseram algumas condições e restrições a serem adotadas pelas empresas.

A adoção dessas condicionantes visava aumentar, independentemente do surgimento do Grupo Latam S.A., a competitividade e a concorrência justa e nivelada do mercado aéreo. As condicionantes e restrições determinadas demonstraram a preocupação dos órgãos regulamentadores em criar meios para que as demais companhias aéreas pudessem acompanhar ou, no mínimo, diminuir a diferença entre as companhias pertencentes ao Grupo Latam.

O Tribunal chileno se mostrou mais rígido que o órgão brasileiro, impondo onze medidas ao novo grupo empresarial, enquanto que o CADE impôs apenas duas. Essa rigidez do órgão chileno pode ser justificada pela mesma nacionalidade do Tribunal e a Lan Chile S.A, além da companhia aérea chilena ter se posicionado como dominante na operação de fusão. A maioria das medidas do tribunal se concentraram

na ideia de transferir, compartilhar rotas, horários e benefícios com outras empresas aéreas, e também alcançaram outros aspectos, importantes até mesmo para o país, como um auxílio na infraestrutura aeroportuária e opinião favorável à abertura do unilateral do céu chileno.

O Conselho brasileiro impôs apenas duas restrições, já cumpridas, que, coincidentemente, também foram adotadas pelo órgão chileno.

A primeira condicionante determina que o grupo está obrigado a transferir horários de pouso e decolagem diários na rota São Paulo – Santiago (para a empresa brasileira) / Santiago – São Paulo (para a empresa chilena), que anteriormente à operação eram pertencentes às companhias do grupo, a outras companhias interessadas em iniciar ou ampliar serviços nessas rotas. Por meio de informativo nos sites das companhias aéreas e do Grupo Latam *Airlines*, já foi comunicado, conforme informe transcrito a seguir, sobre a permuta dos *slots* de aterrissagem e decolagem, até quatro para cada, sendo que essa transferência está condicionada ao cumprimento de algumas especificações presentes no informe, entre elas que as empresas interessadas utilizem os *slots* em voos diretos, sem escala ou conexão na rota São Paulo – Santiago – São Paulo e com as quais a Latam não tenha qualquer vínculo societário ou de outra natureza.

Em cumprimento à decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), no Ato de Concentração n. 08012.009497/2010-84, e à decisão do Tribunal de Defesa da Livre Concorrência do Chile ("TDLC"), na Resolução n. 37/2011 do TDLC (em conjunto, as "Resoluções"), LATAM *Airlines* Group S.A. ("LATAM") informa que permutará até 04 (quatro) slots de aterrissagem e até 04 (quatro) slots de decolagem no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro, localizado na Cidade de Guarulhos, Estado de São Paulo, Brasil ("GRU") (adiante referida "Permuta"), obedecidas ao menos as seguintes condições:

4. Somente serão permutados slots em GRU com empresas (a) interessadas em utilizá-los em vôos diretos, sem escala ou conexão ("non-stop") na rota São Paulo – Santiago – São Paulo; e (b) com as quais LATAM não tenha qualquer vínculo societário ou de outra natureza que lhe permita exercício de influência relevante.
5. As empresas interessadas na Permuta deverão solicitá-la por escrito à LATAM, indicando os horários de sua preferência.
6. Os slots entregues por LATAM em virtude da Permuta poderão ter uma diferença máxima de 30 (trinta) minutos do horário indicado pelas empresas interessadas em suas respectivas solicitações.
7. Os slots permutados somente poderão ser utilizados pela empresa que os adquirir para operar a rota São Paulo – Santiago – São Paulo em vôos non-stop. Eventual descumprimento deste requisito, ou de outros aspectos relativos à legislação aplicável, poderá importar na reversão da Permuta.
8. A Permuta não poderá envolver qualquer tipo de remuneração ou compensação em favor de LATAM. (TAM S.A., 2013)

A segunda condicionante determinou que a nova empresa aérea integre a uma só aliança global, já que, antes da fusão, a Tam S.A. pertencia à Star Alliance e a Lan Chile S.A. à One World.

Em recente comunicado, o Grupo Latam *Airlines* (2013), por meio de seu diretor executivo, o Sr. Enrique Cueto, anunciou que “avaliamos todas as possibilidades e escolhemos a **oneworld**”.

Objetivando ocupar uma posição privilegiada no seu continente sede e nos principais centros de negócios da macrorregião de sua atuação, o diretor do Grupo Latam *Airlines* (2013) afirmou que “[...] o Grupo LATAM não só decidiu manter a LAN na **oneworld**, mas também incluir a TAM, assim com as outras companhias do Grupo, como a LAN Colombia e a TAM *Airlines*, na aliança”.

Nota-se que, em ambos os casos, os órgãos reguladores, dada a importância que as empresas têm no mercado aéreo latino-americano, visaram à manutenção da concorrência com as demais empresas, ordenando, inclusive, o repasse de alguns meios de obtenção de lucro (*slots de decolagem e pouso*), além de visar o auxílio ao desenvolvimento dos países e do próprio continente, ordenando às empresas a auxiliarem na adequação e modernização da infraestrutura aeroportuária dos países envolvidos.

3 Cota para capital votante pertencente a estrangeiro

3.1 Modelos de gestão

Buscando tornar mais clara a análise da adaptação da cota para capital votante pertencente a estrangeiros devido à exigência do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), será feita uma análise prévia de dois termos que explicam modelos de gestão empresarial, os termos *shareholders* e *stakeholders*. O primeiro termo citado, o *shareholders*, representa os acionistas, assim, nesse modelo, a gestão empresarial visa, somente, o retorno econômico aos acionistas, aos que detêm as ações da empresa.

Esse modelo de gestão que visa os *shareholders*, adotado por empresas mais antigas, consiste na dispersão do capital da empresa para um grande número de acionistas que investem seus capitais na empresa que trabalham, com a função de manter o valor investido e gerar mais para cada acionista, variando apenas de acordo com as deliberações de cada. Assim, nota-se que, nesse modelo, há uma troca de funções recíprocas e dependentes, mas que se concentram em torno do capital do acionista.

Essa troca de funções rende uma maior parte aos administradores/gestores das empresas que têm a responsabilidade de maximizar o investimento. Essa maximização do investimento, devido à pressão e responsabilidade, é calculada de modo que, por meio de estratégias de negócio, satisfaçam todas as necessidades, tanto as dos investidores, quanto as da empresa.

Essa composição moderna de uma sociedade empresária colabora com o entendimento do segundo termo que explica o segundo modelo de gestão, o termo *Stakeholders*. Esse termo representa, segundo Freeman (1984, p. 25), “[...] qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou é afetado pela realização dos objetivos da empresa”.

Podemos extrair do conceito dado por Freeman que *stakeholders* é qualquer pessoa ou grupo que mantenha relação com a empresa, podendo ser público interno,

fornecedor, consumidor, cliente, instituição pública, comunidade, proprietários, banqueiros, sindicatos, órgãos governamentais etc. Dessa forma, a sociedade empresária recebe responsabilidade de cunho social, visto a influência que ela tem sobre um grande número de pessoas/grupos.

Dessa forma, as estratégias a serem adotadas em algum objetivo sofrerão influências direta e indiretamente originadas da relação *stakeholder*-empresa. Uadson Ulisses Marques Martins (2012, p.3) compreende “que o comportamento estratégico das organizações é afetado por diversos grupos situados em seu ambiente e as estratégias da organização devem buscar satisfazê-los da melhor maneira possível, sob pena de fracasso na implementação de suas políticas e diretrizes”.

Assim, como dito anteriormente, os *shareholders* não conseguem se sustentar como antigamente, tornando o *stakeholders* o modelo mais adequado para o cenário do mercado atual. Ocorre que, apesar de não se sustentar, o modelo dos acionistas não foi extinto do cenário, devido ao seu caráter imediatista, com foco no lucro empresarial.

Desse modo, apesar de todo o exposto, devido às influências que têm sobre as deliberações das empresas, estas ainda vivem uma relação de dependência com os seus acionistas, sobretudo com os acionistas controladores.

3.2 Adaptação da cota para capital votante pertencente a estrangeiro

Com total ligação ao que foi exposto, os diretores executivos das empresas TAM S.A. e LAN CHILE S.A., durante o processo de criação do Grupo Latam Airlines S.A., realizaram algumas movimentações em suas ações visando à adaptação da cota para capital votante pertencente a estrangeiros. Essa adaptação teve fundamental importância na operação, visto que o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), nos arts. 180 ao 183, regula a concessão ou autorização para serviços aéreos públicos. E um dos requisitos previstos nesses dispositivos é que, no mínimo, 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto pertença a brasileiros.

Além disso, para que as pessoas estrangeiras possam adquirir ações do aumento de capital, é necessário que a soma final de ações pertencentes a estrangeiros não ultrapasse 1/5 (um quinto) do capital. Assim sendo, a conclusão da operação que daria origem ao grupo dependia de um plano que garantisse o alinhamento de interesse de acionistas minoritários e controladores com o preenchimento dos requisitos estipulados na Lei 7.565/86.

Em seu site, a sociedade empresária TAM S.A, controlada pela Família Amaro, informou que

[...] a transação baseada em troca de ações pretende consolidar interesses econômicos dos grupos acionistas em uma única entidade atendendo a restrições à participação do capital estrangeiro em cada país. Em linha com a transação, a LAN Airlines S.A. passará a se chamar LATAM Airlines Group S. A. (LATAM) e será a empresa holding que alinhará as atividades de todas as holdings do grupo. Aos acionistas da TAM seriam oferecidas 0,90 ações ordinárias da LATAM para cada ação da TAM. (TAM S.A., 2010, [s.p])

Apesar disso, visando, também, evitar algum risco de ordem econômica ou na participação do grupo nas empresas em um futuro próximo e, também, possibilitar o preenchimento dos requisitos previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica e, conseqüentemente, concluir a operação, a *holding* Latam S.A. adotou uma estratégia inteligente.

A estratégia inteligente foi a seguinte: a TAM Empreendimentos e Participações (TEP), empresa que também pertence à família Amaro, passa a deter participação nas ações do Grupo por meio de uma nova *holding*. A criação de uma segunda *holding*, a *HoldCo*, permitiu que as ações fossem divididas em duas classes, A e B. A primeira permite o voto, mas não dá ao acionista o poder econômico, já a segunda tem característica inversa, não permite o voto, mas garante poder econômico.

Além disso, a criação de duas classes possibilitou que a Classe B pudesse ser convertida em ações da Latam ou em recibos de ações negociadas nas bolsas do Brasil e de Nova York. Desse modo, empresa aérea brasileira, em seu site, informou que a “[...] LATAM permanecerá listada na Bolsa de Valores de Santiago, assim como na Bolsa de Valores de Nova Iorque (NYSE) e planeja listar suas ações, via BDRs, na BOVESPA em São Paulo” (TAM S.A., 2010, [s.p]).

De acordo com Fernando Torres (2010 [s.p]), redator do site Valor Econômico,

é isso que permitirá que a família Amaro, por meio da TEP, possua 13,5% das ações da Latam, ao fim da transação. Se fossem convertidas apenas as ações ON além dos 80% e também as preferenciais detidas pelos controladores (equivalentes a 24,7% do total), a fatia no capital da controladora seria menor, em torno de 7%.

Essa estruturação das ações permitiu que a Tam S.A. não mantivesse suas ligações com o direito econômico, o que poderia causar graves problemas futuros para o grupo, visto que a sociedade empresária brasileira terá seu registro brasileiro cancelado. “Na hipótese de a TAM ter lucro e a Latam prejuízo, a família Amaro poderia receber dividendos mesmo que os sócios da controladora não tivessem esse direito. O mesmo valeria para o caso contrário” (TORRES, 2010, [s.p]). Além disso, Torres (2010, [s.p]) afirmou que “essa estrutura também impede que haja um futuro prêmio extra apenas para a família Amaro, em detrimento dos minoritários, caso a legislação permita que estrangeiros detenham mais de 20% do capital votante de uma companhia aérea”. Esses são dois tipos de problemas futuros que Torres lista e que as empresas, com essa estruturação, pretendem evitar.

Outro fator importante a ser destacado é que mesmo com toda essa estratégia e com as mudanças internas, em comunicado, por meio de seu site, a empresa TAM S.A. tornou público que

[...] dentro do grupo, TAM Airlines S.A. continuará operando como uma empresa brasileira com sua própria estrutura. A *holding* atual da LAN Airlines S.A. operará como uma unidade de negócio independente dentro do grupo (e será referida como LAN Airlines). Ambas as companhias do grupo manterão suas sedes e estruturas de governança atuais (TAM S.A., 2010, [s.p]).

Esse comunicado demonstra que durante a operação não haverá alteração estrutural externa. Assim, a não alteração estrutural externa contribui para manter a imagem de referências no mercado aéreo sul-americano e seus papéis de líderes, visto que, para seus clientes, desconhecedores das alterações estruturais internas, tem maior grau de importância.

Após a concretização da operação, era esperado que as trocas de ações entre os controladores e minoritários das duas empresas resultassem em 29,3% dos papéis com direito a voto da Latam ficassem com os controladores e os 70,7% restantes seriam negociados no mercado. Assim, os requisitos da Lei estariam preenchidos e a operação teria sucesso, com o grupo podendo atuar perfeitamente.

Dessa forma, a TAM S.A.(2010, [s.p]) informou que

os acionistas controladores de ambas as empresas concordaram com a criação de um modelo de governança único que gerenciará todas as decisões estratégicas relacionadas à coordenação e alinhamento de atividades das holdings do grupo LATAM.

E Torres (2010, [s.p]) demonstrou que, ao final da operação,

a TAM fatura mais que a LAN e vai contribuir com 58% da receita líquida da nova empresa, que totalizará US\$ 8,5 bilhões. Mas a chilena, mais eficiente e rentável, tinha um valor em bolsa equivalente a mais do que o triplo do da brasileira - US\$ 9,2 bilhões, a LAN, e US\$ 3 bilhões, a TAM. Foi isso que determinou que em termos econômicos o conjunto de acionistas da LAN tenha 71% da Latam, enquanto todos os acionistas da TAM terão apenas 29%.

Portanto, é possível compreender que a movimentação se mostrou inteligente e bem sucedida, tendo em vista que a nova estruturação das ações do grupo estaria, no final de todo o processo, adequada às exigências legislativas brasileiras e, de acordo com o informe no site da empresa aérea brasileira, os acionistas de ambas as empresas se mostraram satisfeitos com a proposta de criação de um novo modelo de governança apresentada pelos CEO's das sociedades empresarias envolvidas na operação.

4 O mercado consumidor e a concentração empresarial

4.1 Contexto histórico

A fusão empresarial consiste em um processo em que seus efeitos não atingem apenas as empresas envolvidas, atingem, também, todo o mercado consumidor em que elas estão envolvidas. Assim sendo, esses efeitos o atingem de tal forma que podem acarretar severas mudanças na sua estrutura ou no seu funcionamento.

Diante disso, é de fundamental importância analisar quais os possíveis efeitos que a criação do Grupo Latam S.A. causará ao mercador consumidor que é pertencente.

Antes de iniciar a análise, é prudente explicar o termo mercado consumidor. Do termo mercado consumidor, é possível entender como parte implícita “a intrínseca

relação quanto às empresas concorrentes, que participam deste mercado como ofertantes e, principalmente quanto ao destinatário da oferta, ambos que serão fortemente afetados [...]” (RIBEIRO, 2010, p. 20).

Além disso, Bruno Ribeiro (2010, p. 20) esclarece que

[...] o termo consumidor apostado após o substantivo mercado deverá ser entendido como um adjetivo a tal mercado, ou seja, representará todo o mercado que efetivamente consome, independentemente, a princípio, da característica jurídica deste consumidor em sentido lato.

Apesar de esclarecida qual a abrangência do mercado consumidor, isso não torna a análise dos efeitos mais simples, visto que também deve ser analisado a qual mercado relevante as empresas, tanto as envolvidas na fusão quanto concorrentes, estão ligadas. Vicente Bagnoli (2005, *apud* RIBEIRO, 2010, p. 20) define mercado relevante como “[...] o palco onde as relações concorrenciais são travadas e o local de atuação do agente econômico, cuja conduta, ainda que potencial, é analisada”.

Visto que o consumidor é parte integrante do mercado consumidor e, assim como ele, sofre os efeitos das concentrações empresariais, é importante analisarmos o seu conceito de acordo com a legislação brasileira e qual é o seu papel no mercado.

A Lei 8.078/90 nos permite estabelecer quatro conceitos diferentes para os consumidores. O primeiro deles é visto no art. 2º, *caput*, no qual o consumidor é tido como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Ocorre que existem divergências doutrinárias, advindas das teorias dos finalistas e dos maximalistas, no tocante à interpretação da expressão “destinatário final”. A primeira teoria defende que o consumidor seria aquele que adquire ou utiliza o produto para uso próprio ou de sua família, não podendo adquiri-lo para revenda ou como meio de produção de renda, caracterizando, assim, como não-profissional e preenchendo o requisito do destinatário final.

Já a segunda teoria, a teoria dos maximalistas, é favorável à aplicação da proteção do consumidor de forma mais abrangente, de modo que o Código de Defesa do Consumidor protegesse tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, desde que preenchessem o critério da obtenção do produto ou serviço como “destinatário final”.

Apesar dessa discussão doutrinária, nenhuma delas é adotada, no Brasil, de forma majoritária. A teoria adotada no território é a teoria do finalismo aprofundado que se baseia na ideia da vulnerabilidade do consumidor, que será estudada no próximo tópico.

O finalismo aprofundado se concentra na ideia de consumidor final imediato e de vulnerabilidade, em que, se provada a condição de vulnerável, haverá a proteção pelo direito do consumidor.

4.2 A vulnerabilidade do consumidor

O direito do consumidor, como qualquer área do direito, procura se basear em alguma peça chave para nortear sua aplicação. Essa peça fundamental adotada,

principalmente com o modelo de mercado atual, é a vulnerabilidade do consumidor que, segundo Benjamin, Marques e Bessa (2010, p. 87), “é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”.

[...] a conduta das firmas participantes da indústria é a de promover inovações, para modificar as condições de concorrência, visando obter poder de mercado. O desempenho desse processo no decorrer do tempo altera a estrutura original do mercado. Assim, algumas firmas, objetivando alcançar vantagem competitiva, utilizam-se de F&A para fortalecerem-se ao ponto de impedir a entrada de novos agentes na indústria e controlarem os preços de mercado. Entretanto, as estratégias de barreira de entrada de novos agentes no mercado para a obtenção de vantagem competitiva é prejudicial para a livre concorrência, e, conseqüentemente para os consumidores, que devem sujeitar-se aos preços e condições impostos pelas firmas estabelecidas no mercado (SENHORAS, 2003, *apud* SOUZA; COUTINHO, 2013, [s.p.]).

Essa sujeição aos preços e condições impostas pelas firmas estabelecidas no mercado que Senhoras ditou é um dos fatos que nos levam a afirmar que os consumidores ocupam o posto vulnerável das relações do mercado.

Dessa forma, se viu a necessidade da adoção da proteção do Consumidor pelo legislativo, visto que anteriormente à Constituição Federal de 1988 apenas os doutrinadores defendiam a proteção sistemática ao consumidor, enquanto que os magistrados utilizavam os Códigos Civil e Comercial para a solução de litígios que envolviam relações de consumo. Assim, na promulgação da Constituição Federal de 1988, nos arts. 5º, XXXII e 170, V, houve a decretação de que o ordenamento jurídico brasileiro adotava como um de seus princípios fundamentais o princípio da proteção do consumidor.

Sobre isso, Adolfo Nishiyama (2002, p. 195) diz que

o Texto Constitucional de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao tutelar os interesses dos consumidores consagrando direitos e garantias, algumas explícitas e outras implícitas. Dessa forma, todo o sistema jurídico brasileiro deverá ser interpretado de acordo com o princípio da proteção do consumidor, sob pena de inconstitucionalidade.

Sendo assim, apesar da existência do Código de Defesa do Consumidor, em que pese se tratar de lei ordinária, podendo ser revogada, “as normas que protegem os consumidores não podem ser abolidas da Constituição por tratar-se de cláusulas pétreas. Dessa forma, o Poder Constituinte derivado deverá preservar esse principal fundamental consagrado no bojo da Constituição” (NISHIYAMA, 2002, p. 196). Assim, fica determinado que os consumidores sempre estarão protegidos nas relações de consumo em que forem participantes.

4.3 O mercado consumidor e os efeitos da concentração

Visto isso, é possível dar início aos efeitos que a criação do Grupo Latam Airlines S.A. pode ocasionar ao mercado consumidor.

As empresas Tam S.A. e Lan Chile S.A., por meio da criação do Grupo Latam Airlines S.A., almejavam conquistar alguns objetivos próprios para se manterem como imagem de referência e líderes de mercado no continente. Ocorre que esses objetivos não afetam apenas as sociedades empresárias, afetam, também, o mercado consumidor, podendo até colaborar, impulsionando alguns setores do país.

Ainda, tem-se que a união das empresas pode provocar um avanço tecnológico do país, fortalecendo a economia, especialmente no que concerne à concorrência internacional. Verifica-se, assim, que há um paradoxo: a concentração de capitais é essencial ao progresso e à eficiência do sistema produtivo e acarreta instabilidade desse próprio sistema (SANTOS, 2006, p. 4).

Esse avanço em algum setor específico do país pode ser visto no caso em tela quando o Tribunal de Livre Concorrência estipulou as condições as empresas Tam S.A. e Lan Chile S.A. Mais especificamente em duas delas, que são a manifestação com opinião favorável à abertura unilateral do céu do Chile a empresas aéreas de outros países, sem exigências de reciprocidade e o comprometimento à promoção do crescimento e da operação normal dos aeroportos de Guarulhos/SP e Arturo Merino Benítez, em Santiago, a fim de facilitar o acesso de outras companhias aéreas.

Observa-se que, na primeira condição citada, a abertura unilateral do céu chileno colabora com o desenvolvimento do mercado aéreo no país, de modo que será necessária uma melhor infraestrutura para melhor receber as possíveis outras empresas aéreas. E, na segunda, a promoção do crescimento e comprometimento com a operação normal dos aeroportos das cidades sedes das empresas auxilia a manutenção desses aeroportos, não só para melhor receber outras empresas, mas também melhor receber os passageiros, sejam eles turistas ou não.

Em relação a outras empresas, a condição que, identicamente imposta pelos dois órgãos reguladores, pode auxiliar no crescimento e manutenção da concorrência por parte das outras empresas foi a cessão de *slots* de pouso e decolagem. Visto que a disparidade entre as empresas aéreas é maior no Chile, o Tribunal Chileno estabeleceu mais uma condição, intencionando diminuir essa disparidade, determinando à Lan Chile S.A. que abra mão de quatro frequências para Lima, sendo que essas deveriam ser entregues às outras companhias aéreas chilenas e que restringisse a sua participação em licitações de novas frequências.

Em relação aos consumidores, todas as condições impostas irão beneficiar o consumidor de certo modo, mas existem outros benefícios aos consumidores que estão mais ligados às questões práticas da operação.

Por meio de informe em seu site, a Lan Chile S.A. (2013) destaca que

as companhias aéreas do LATAM Airlines Group oferecerão a seus passageiros mais voos, para mais destinos, que qualquer outro grupo de aviação da América do Sul, chegando a aproximadamente 150 destinos, em 22 países e transportando

cargas para 169 destinos em 27 países.

O LATAM Airlines Group formará a melhor malha aérea da América do Sul e, paulatinamente, beneficiará aos passageiros da LAN e da TAM com uma maior conectividade, melhores itinerários e frequências, e com a diminuição no tempo de conexão.

Analisando esse informe, é possível perceber que a união das sociedades empresárias em um único grupo irá proporcionar uma vasta quantidade de benefícios praticados, que serão melhor aproveitados pelos consumidores.

Assim, conclui-se que a fusão empresarial que originou o grupo *Latam Airlines S.A.*, se cumpridas todas as condições estabelecidas, traz um vasto leque de benefícios ao mercado consumidor.

5 Conclusão

Diante do que foi explanado pelo trabalho, a operação que originou o grupo *Latam Airlines S.A.* preenche o requisito básico de uma fusão empresarial, qual seja, a união de duas ou mais empresas para a formação de uma. Ocorre que, diferentemente do que normalmente acontece em uma fusão, as empresas bases da fusão, *Tam S.A.* e *Lan Chile S.A.*, não se extinguíram, sendo assim o grupo criado tem seu corpo diretor e seus cargos de gerência, porém as sociedades empresárias originárias do grupo mantiveram toda a sua estrutura funcional.

Além disso, algumas peculiaridades corroboram com as contestações sobre a real natureza jurídica dessa operação. Inicialmente, observa-se que enquanto o CADE estabeleceu apenas duas condições para a concretização do processo, o Tribunal de Livre Concorrência Chileno, por sua vez, impôs onze restrições, o que nos faz questionar sobre tamanha diferença entre o número de restrições impostas e, conseqüentemente, nos leva a crer que a *Lan Chile S.A.* deve ser considerada como a empresa majoritária do processo.

Não obstante, no capítulo referente às cotas para capital votante, nota-se que a empresa *Tam S.A.* não terá ligação com o direito econômico e deixará de ser registrada como companhia brasileira de capital aberto, subentendendo a ligação, em sua totalidade, com a empresa *Lan Chile S.A.* Além disso, a empresa chilena será a que terá suas ações abertas ao mercado de ações.

Outra peculiaridade notável, mas em relação ao mercado consumidor, é a de que a ocorrência explícita da operação de compra tornaria mais perceptível o monopólio do setor, de modo que a empresa teria controle dos preços e das rotas e as concorrentes não conseguiriam alcançá-la. Essas conseqüências do monopólio causariam extremo prejuízo aos consumidores.

Portanto, apesar de possuir semelhanças com a forma de concentração denominada fusão, esta é apenas a imagem externa da operação. Desse modo, conclui-se que, na prática e internamente, a real natureza jurídica da operação que originou o grupo *Latam Airlines S.A.* está mais próxima de ser aquisição ou compra.

Referências

AVISO sobre permuta de slots no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos. In: *LATAM AIRLINES GROUP*. Disponível em:

<<http://www.latamairlinesgroup.net/phoenix.zhtml?c=251290&p=irol-slotsGRU>>.

Acesso em: 22 set. 2013.

BENJAMIN, A. H. V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. Regulação e defesa da concorrência no setor aéreo. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2904, 14 jun. 2011. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/19333>>. Acesso em: 22 set. 2013.

Grupo LATAM Airlines seleciona a oneworld como sua aliança global. In: *LATAM AIRLINES GROUP*. Disponível em:

<<http://www.latamairlinesgroup.net/phoenix.zhtml?c=251290&p=irol-newsArticleMedia&ID=1793636&highlight=>> Acesso em: 22 set. 2013

LAN E TAM anunciam intenção de se unirem. In: *TAM LINHAS AÉREAS S.A. – PAIXÃO POR VOAR E SERVIR*. Disponível em:

<<http://www.tam.com.br/b2c/vgn/v/index.jsp?vgnextoid=8a191a8884d6a210VgnVCM1000009508020aRCRD>>. Acesso em: 22 set. 2013.

MARTINS, Uadson Ulisses Marques Martins. *Stakeholders e as organizações*. Disponível em:

<http://www.fiescnet.com.br/senai/conhecimento/arquivos/anais/DraAline/STAKEHOLDERSEASORGANIZACOES.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2013.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 10, n. 2, jun. 2006. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552006000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2013.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 01. 209 p.

PEREIRA, Ana Paula Camilo (2012). *Dinâmica Empresarial no setor de transporte aéreo brasileiro: criando e sustentando estratégias competitivas*. Disponível em:

<<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/13-A-Camilo.pdf>> Acesso em: 22 set. 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. O Processo de Flexibilização e as Fusões e os Acordos de Cooperação no Mercado de Transporte Aéreo de Passageiros In: *Secretaria*

de Acompanhamento Econômico//MF – Documento de Trabalho n. 32. Fev. 2006.

RIBEIRO, Bruno Servello. As fusões e incorporações: Consequências e soluções diante do mercado consumidor, da concorrência e do mercado de valores mobiliários. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7144>. Acesso em: 22 set. 2013.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. A concentração empresarial. Caracterização das operações de concentração. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 989, 17 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8103>>. Acesso em: 22 set. 2013.

SOUZA, Ana Gabriella Reis de; COUTINHO, Amanda Luise Veloso. A atuação do CADE no controle das fusões e aquisições de empresas. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3669, 18 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24960>>. Acesso em: 22 set. 2013.

TORRES, Fernando. Acordo prevê ações classe A e B na Tam. In: *Valor Econômico*, Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/842191/acordo-preve-acoes-classe-e-b-na-tam>> Acesso em: 22 set. 2013.

Responsabilidade civil pela perda do tempo livre

Civil liability for loss of free time

Renato de Souza Nunes

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM); Advogado; Especialista em Direito Civil e Direito Penal.
E-mail: renattonunes@hotmail.com

Resumo: Na atual concepção do mundo moderno, o tempo do cidadão tornou-se um de seus bens mais valiosos. O presente trabalho objetiva fazer uma análise jurídico-ontológica das situações em que o ser humano fica vulnerável ao comportamento de terceiros que sugam o seu tempo livre. Analisa, ainda, as hipóteses em que tais situações excedem o mero aborrecimento e se tornam passíveis de gerar um dano indenizável à vítima do evento danoso, no caso, causado pelo desperdício do seu tempo precioso. A responsabilidade civil será focada sob a ótica do Direito Civil Constitucional, analisando os princípios inerentes ao caso.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Perda do Tempo. Consumidor.

Abstract: In the current design of the modern world, the time of the citizen became one of his/her most valuable assets. The present work aims to make a legal and ontological analysis of situations in which the human being is vulnerable to the actions of third parties that suck his/her free time. It also analyzes the assumptions on which such situations exceed the mere annoyance and become capable of generating a compensable harm to the victim of the damaging event, in this case, caused by the waste of his/her precious time. The liability will be focused from the perspective of Constitutional Law Civil, analyzing the principles involved in the case.

Keywords: Liability. Loss of Time. Consumer.

1 Introdução

Quanto vale o seu tempo? A sociedade contemporânea, diante do nosso sistema capitalista cada dia mais agressivo e cruel, impõe ao cidadão o dever do trabalho para obter sua fonte de renda.

Não é novidade que é o dinheiro que garante a sobrevivência digna das pessoas. Com isso, o ser humano tende a valorar todos os tipos de bens das mais variadas formas.

Não se discute que a vida é o bem mais importante de qualquer cidadão, pois sem ela todos os demais bens, sejam materiais, sejam imateriais, perdem a importância.

Mas e o tempo, o tempo é um bem jurídico? Não temos dúvidas da relevância do tempo para o direito, principalmente o seu decurso, que afeta os fatos ordinários da vida, que é capaz de provocar a aquisição de direitos por usucapião, como também a extinção de algum direito ou mesmo o exercício de um algum direito potestativo, como nos casos de prescrição e decadência.

A dúvida surge em considerar o tempo como um bem jurídico, passível de indenização. É possível valorar o tempo de uma pessoa?

Efetivamente, o tempo produtivo do trabalhador é perfeitamente valorado, sendo fácil e compreensível chegar a um valor de hora por trabalho do cidadão. Mas e o tempo livre? O tempo livre tem valor? O tempo livre é bem jurídico que merece proteção?

O presente trabalho objetiva responder a essas indagações, tendo como base a Tese do Desvio Produtivo do Consumidor, de Marcos Dassune, e pretende, também, ir além da restrição da presente teoria à aplicação apenas às relações de consumo.

2 Responsabilidade Civil

Inicialmente, antes de se analisar sobre a possibilidade ou não de indenização pela perda do tempo livre, deve-se entender o que é a responsabilidade civil, quais são suas espécies e seus pressupostos gerais.

Embora a doutrina apresente diversos conceitos sobre responsabilidade civil, pode-se resumi-la na reparação de danos injustos, resultantes de violação de um dever geral de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2005, p. 40) afirma que

responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal.

A noção de responsabilidade civil está intimamente ligada ao Princípio *Neminem Ledere*⁴, bem como à vedação do enriquecimento sem causa.

Trata-se, portanto, de uma consequência patrimonial e jurídica de uma violação de uma norma já preexistente que impõe ao infrator a obrigação de reparar o dano.

Existem diversas teorias a respeito da responsabilidade civil, em diversas áreas do direito, inclusive, no Direito de Família (v.g. Responsabilidade pelo Abandono Efetivo). Contudo, a responsabilidade civil divide-se em espécies, como veremos a seguir.

2.1 Espécies e Pressupostos Gerais

Por não ser o objetivo do presente trabalho tratar de forma exaustiva o tema da Responsabilidade Civil, limitaremos apenas a indicar as espécies e os pressupostos gerais.

A depender da norma jurídica que se viola, a responsabilidade civil poderá ser **contratual** (tratada nos arts. 389 e ss. e 395 e ss. do Código Civil), **extracontratual** ou **aquiliana** (tratada nos arts. 186 a 188 e 927 e ss. do Código Civil).

⁴ “A ninguém é dado causar prejuízo a outrem”.

A responsabilidade civil extracontratual está pautada no ato ilícito e no abuso de direito e viola diretamente a lei. É essa espécie de responsabilidade que interessa ao tema em questão.

O dispositivo legal no Código Civil quanto ao tema é claro ao remeter o assunto ao ato ilícito e ao abuso de poder:

Art. 927/CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado à repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ainda no que tange às espécies de responsabilidade civil, a mesma pode ser dividida em **objetiva** e **subjativa**.

A responsabilidade civil subjativa baseia-se na culpa. Pablo de Paula Paul Santos (2014, [s.p.]) assim a conceitua:

Denomina-se responsabilidade civil subjativa aquela causada por conduta culposa *lato sensu*, que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa (*stricto sensu*) caracteriza-se quando o agente causador do dano praticar o ato com negligencia ou imprudência. Já o dolo é a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

Já a responsabilidade civil objetiva dispensa a culpa e baseia-se na teoria do risco. Lado outro, ainda assim exige um dano e um nexo causal para que a conduta seja passível de indenização.

O Código Civil dispõe que haverá responsabilidade objetiva quando a lei previr ou quando a atividade desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, riscos a outrem. Observa-se a aplicação da responsabilidade objetiva com maior clareza nas demandas consumeristas e ambientais.

Por fim, visto as espécies de responsabilidade civil, deve-se atentar para os pressupostos gerais.

São elementos da responsabilidade civil: **a) a conduta humana; b) o nexo de causalidade** e **c) o dano**.

Observa-se, contudo, que o ato ilícito não é elemento obrigatório, mas a doutrina, excepcionalmente, admite a responsabilidade civil por ato lícito, nos casos de desapropriação e de passagem forçada (art. 1.285/CC).

Considera-se conduta humana todo comportamento praticado por uma pessoa, seja ele positivo ou negativo, desde que seja consciente e voluntário e capaz de produzir um dano.

O nexo de causalidade é o elo que liga o agente ao resultado/dano e é explicado por três teorias: a) *conditio sine qua non*; b) causalidade adequada e c) causalidade direta ou imediata.

O dano, por sua vez, é o prejuízo sofrido pela vítima, consistente na violação do interesse jurídico tutelado. Tal dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial (dano moral).

Destaca-se, por fim, que esses três elementos são obrigatórios para que haja qualquer espécie de responsabilidade civil. Havendo apenas os três, estamos diante da responsabilidade civil objetiva. A subjetiva, como já falamos, tem mais um elemento: a **culpa**.

3 Dano Material x Dano Moral x Tempo Livre

Conforme já mencionado, para que haja reparação civil, é obrigatório que se tenha um dano, seja ele material ou moral.

O Dano Material é aquele que provém de um prejuízo efetivo sofrido pela vítima, sendo de fácil constatação e quantificação.

O Dano Moral é uma lesão ao direito da personalidade da pessoa humana. Ele atinge a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou a psicofísica. Só existe dano moral quando a dignidade é atingida (art. 5º, V e X, CF).

Nosso trabalho se pautará, principalmente, na possibilidade de haver lesão à moral do sujeito em razão do desperdício do seu tempo, o que passará a ser analisado a seguir.

4 Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo Livre

Não é tão recente o processo de massificação do consumo que nossa sociedade vive. Embora, atualmente, esse conteúdo seja percebido com maior facilidade, desde o fim da década de 90, com a internet, esse processo já era visível.

Entretanto, como as relações de consumo estão hoje mais facilitadas, seja pela popularização do acesso à internet, com milhões de compras virtuais sendo realizadas a cada dia, seja também pela facilidade de cada pessoa ter acesso a um telefone celular, o fato é que, junto com tudo isso, vieram os problemas pelos defeitos dos produtos e dos serviços, inundando o Poder Judiciário com novas demandas a cada dia.

O legislador brasileiro, contudo, protegeu o vulnerável com o Código de Defesa do Consumidor, que trata da Responsabilidade pelo Fato e pelo Vício do Produto ou Serviço.

Lado outro, não se pode ignorar que no mundo moderno, com a grande quantidade de informações e com a falta de tempo do cidadão, o fator “tempo” passou a ser de extrema importância na vida de qualquer pessoa.

Com base nessa preocupação, surgiu a “Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo Livre”, com ideia original na obra de Marcos Dessaune (2011), intitulada “Desvio Produtivo do Consumidor”.

4.1 A Natureza Jurídica do “Tempo”

A natureza jurídica do tempo pode se dar sob dois diferentes aspectos: dinâmico e estático.

A classificação adotada é da doutrina especializada (GAGLIANO, 2014), que entende por dinâmica a natureza jurídica do tempo quando o mesmo é considerado como um fato jurídico em sentido estrito ordinário, ou seja, um acontecimento natural apto a interferir na esfera jurídica, como a prescrição, por exemplo.

Sobre o tema, ainda é asseverado:

Considera-se fato jurídico em sentido estrito todo acontecimento natural, determinante de efeitos na órbita jurídica.

Mas nem todos os acontecimentos alheios à atuação humana merecem este qualificativo.

Uma chuva em alto mar, por exemplo, é fato da natureza estranho para o Direito.

Todavia, se a precipitação ocorre em zona urbana, causando graves prejuízos a uma determinada construção, objeto de um contrato de seguro, deixa de ser um simples fato natural, e passa a ser um fato jurídico, qualificado pelo Direito.

Isso porque determinará a ocorrência de importantes efeitos obrigacionais entre o proprietário e a companhia seguradora, que passou a ser devedora da indenização estipulada simplesmente pelo advento de um fato da natureza.

[...]

Os fatos jurídicos ordinários são fatos da natureza de ocorrência comum, costumeira, cotidiana: o nascimento, a morte, o decurso do tempo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 345-346)

Lado outro, o que interessa ao presente trabalho é o tempo visto como um bem jurídico passível de proteção. Nesse caso, diz-se que sua natureza jurídica é estática.

O legislador brasileiro nunca se preocupou em dar o merecido tratamento ao tempo sob o ponto de vista estático. Já sob o aspecto dinâmico, conforme citado, são inúmeras situações que tanto a lei quanto a doutrina descrevem.

Embora o próprio Dessaune (2011) afirme que o tempo não pode ser considerado bem jurídico autônomo, pelo fato do mesmo não estar previsto na Constituição, não é esse o entendimento que prevalece.

Entretanto, desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, o “tempo” passou a ser considerado pelo legislador que, embora não tenha previsto de maneira expressa qualquer tipo de reparação civil pelo seu “desperdício”, admitiu margem para a interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Ademais, mesmo antes do Código de Defesa do Consumidor, pode-se observar que a proteção ao tempo, como bem jurídico autônomo, está prevista implicitamente na Constituição Federal.

Podemos citar como exemplo o art. 1º, III da Magna Carta que elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Submeter-se qualquer pessoa à perda de tempo excessiva, principalmente em seus momentos de descanso, sem dúvidas, impossibilita a dignidade plena a qualquer pessoa.

Ainda na Constituição Federal, no art. 5º, LXXVIII, verifica-se outra forma de proteção implícita ao tempo, que é o direito à razoável duração do processo. Tem-se, portanto, nesses casos, a Constitucionalização do Direito Civil, que embasa ainda mais a teoria.

Corroborando com essa ideia, está o posicionamento de Vitor Guglinski (2012, [s.p.]), em seu artigo “Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade”:

A importância do tempo, no entanto, não se limita à ideia que cada um de nós tem sobre suas implicações, isto é, à subjetividade que envolve a análise de sua influência em nosso cotidiano. Na seara jurídica, o tempo é parâmetro objetivo utilizado para criar e extinguir direitos. No direito pátrio, encontra-se presente na própria Constituição Federal, como direito fundamental implícito na norma que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo (art. 5º, LXXVIII). Foi com vistas nesse direito fundamental que o CNJ criou a campanha chamada “Meta 2: bater recordes é garantir direitos”, cujo objetivo é o de “assegurar o direito constitucional à ‘razoável duração do processo judicial’, o fortalecimento da democracia, além de eliminar os estoques de processos responsáveis pelas altas taxas de congestionamento”.

4.2 Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo Livre

Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo Livre, Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo Útil ou Responsabilidade Civil pela Usurpação Indevida do Tempo Útil são alguns dos sinônimos da Teoria que tem por base o “Desvio Produtivo do Consumidor”.

O foco inicial da teoria busca a reparação civil em situações consumeristas, nas quais o consumidor é vítima de um excesso praticado pelo fornecedor. Tal excesso consiste em um abuso que possa gerar o desperdício do tempo do consumidor.

Sob a ótica da teoria, o “tempo” passa a ser um bem jurídico protegido pelo Estado e sua violação indevida, excessiva e desnecessária pode ser objeto de reparação civil.

Considerando a proteção constitucional da dignidade humana, é certo que as situações indenizáveis não se limitam somente aos atos ilícitos.

Nesse sentido, Luciana Kuguimiya (2013, [s.p.]) assevera:

Esclareça-se que a cláusula geral de proteção dos direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, permite a ampliação das hipóteses de danos indenizáveis, de forma que o dano injusto decorre não somente de atos ilícitos, mas também de condutas lícitas capazes de afetar a dignidade.

Desse modo, pode-se considerar que as mais diversas situações podem ensejar a reparação civil pela perda do tempo livre.

Dessaune (2011, p. 47-48), em sua obra citada, exemplifica algumas situações nas quais se pode observar o desvio produtivo do consumidor.

[...] - Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;
- Ter que retornar à loja (quando ao se é direcionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;

- Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo pra pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado;
- Levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício recorrente, um veículo que freqüentemente sai de lá não só com o problema original intacto, mas também com outro problema que não existia antes;
- Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome – sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete [...].

Entretanto, não se pode generalizar ao ponto de todo e qualquer aborrecimento ensejar a reparação civil. Hoje, o Estado mal consegue prestar a função jurisdicional com eficiência. Ao imaginarmos uma hipótese de que toda e qualquer situação pudesse gerar na responsabilidade civil pela perda do tempo livre, teríamos demandas infinitas que iriam estancar ainda mais o Poder Judiciário.

Com essa preocupação, a jurisprudência é uníssona no sentido de que o mero aborrecimento não constitui fato suficiente para que, por si só, possa ensejar na reparação civil.

O “desperdício” do tempo tem que ser injustificado e abusivo, de modo que cause ao consumidor uma dor interna, uma perturbação capaz de gerar qualquer tipo de indenização.

Embora o percussor da teoria no Brasil entenda que a aplicação da mesma não possa se dar maneira imediata, ante à falta de previsão legal, entendemos que esse não é o melhor posicionamento.

Não há nenhum óbice para que a Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo Livre possa ser aplicada imediatamente, mormente pela implícita proteção do “tempo” no texto constitucional.

Se a vida é considerada como bem jurídico de importância transcendental para a Carta Magna, o “tempo” não pode ser ignorado. Até mesmo porque, nas palavras de Guglinski (2012, [s.p.]), se “para o empreendedor, tempo é dinheiro; para o consumidor, tempo é vida”.

A perda do tempo está intimamente ligada à falta de qualidade de vida, razão pela qual o mesmo merece toda proteção jurídica.

Entendendo que a proteção do tempo está diretamente ligada aos Princípios previstos na Constituição Federal, é evidente que os mesmos não precisam de regulamentação jurídica, já que princípio também tem caráter normativo.

Por fim, não se pode deixar de consignar que a aplicação dessa teoria não se limita às relações de consumo, embora, nesses casos, a teoria se torne mais compreensível.

Nada impede, contudo, a aplicação da Teoria no Direito Civil e até mesmo no próprio Direito Administrativo.

Adaptando-se o exemplo da fila em determinada agência bancária, podemos imaginar a seguinte situação: um segurado da Previdência Social dirige-se a uma agência do Instituto Nacional do Segurado Social – INSS, com a finalidade de requerer seu tão sonhado benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição. Embora com horário devidamente agendado, tem que aguardar 2 horas para ser atendido, sendo certo que na agência tinham 30 guichês, mas havia somente 3 servidores trabalhando.

Verifica-se, no exemplo citado, um abuso excessivo do Estado, uma vez que é desproporcional exigir a espera por duas horas de um cidadão em uma fila para conseguir a prestação de um serviço público.

Observa-se que nesse caso exemplificativo é perfeitamente possível a aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo Livre para que o Estado indenize o sujeito que perdeu horas do seu dia para ser atendido.

Entende-se, portanto, que essa teoria só tem a ganhar espaço, pois se trata de um instrumento para garantia da dignidade da pessoa humana.

4.3 A Aplicação da Teoria na Jurisprudência

Atualmente, já se pode notar uma grande quantidade de decisões envolvendo a Teoria da Perda do Tempo Livre. Alguns Tribunais a aplicam expressamente, considerando-a como agravador do dano moral sofrido (em alguns casos, até dano moral *in re ipsa*).

Todavia, em outras decisões, nota-se a aplicação da teoria de modo implícito, quando se trata do dano moral nas relações de consumo que excederam o mero aborrecimento.

Vejamos os principais julgados:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANOS MORAIS. COBRANÇA INDEVIDA. PERDA DO TEMPO LIVRE. Considerando que a autora suportou muito mais que meros transtornos, tem ela direito a ressarcimento por danos morais, que, consoante precedentes desta Câmara e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, merecem ser fixados um pouco acima do valor arbitrado na sentença, devendo ser majorados para o valor de R\$10.000,00, pois não só as rés não cancelaram o serviço conforme o solicitado, como ainda realizaram cobranças indevidas. Conforme narrado na inicial, a autora efetuou, no mínimo 12 protocolos de atendimento, para requerer a retirada do aparelho e o cancelamento das faturas que continuavam a ser debitadas indevidamente. **Teoria da Indenização pela perda do Tempo Livre que deve ser considerada no arbitramento do dano moral, no caso concreto.** Dá-se provimento à apelação. (TJRJ – Apelação Cível n. 0400326-67.2012.8.19.0001 - DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 29/07/2014 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL) (g.n.)

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE SEGURO PARA REPARO DE AUTOMÓVEL. RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA E DEMORA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÃO COM PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA EM QUE É NÍTIDO O ACOLHIMENTO DO

PLEITO INDENIZATÓRIO POR DANOS MATERIAIS, CONTRA A QUAL A RÉ NÃO SE INSURGIU. PRECLUSÃO IMPUGNATIVA EM RELAÇÃO AO AUTOR, QUE DEDUZIU ACLARATÓRIOS MAS NADA OBJETOU QUANTO A OMISSÕES DA SENTENÇA. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. MATÉRIA DE FATO INCONTROVERSA. DEMORA INJUSTIFICADA NA ENTREGA DE VEÍCULO, SOMANDO CERCA DE DOIS MESES QUANDO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. DEVER DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS A TEMPO, SOB PENA DE ESFUMAR-SE O LIMITE ENTRE MORA E INADIMPLEMENTO. **DANO MORAL QUE RESULTA DA INDISPONIBILIDADE DO VEÍCULO DE TRANSPORTE PESSOAL E A PERDA DO TEMPO LIVRE.** APELO PROVIDO PARA CONDENAR A RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$6 MIL, COM CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO PRESENTE, PELOS ÍNDICES ADOTADOS PELA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA, E JUROS À TAXA DE 1% A.M. DESDE A CITAÇÃO. (TJRJ – *Apelação Cível n. 0034220-05.2013.8.19.0021 - DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - Julgamento: 26/02/2014 - TERCEIRA CAMARA CIVEL*) (g.n.)

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - CABIMENTO - DEMORA INJUSTIFICADA - LIBERAÇÃO DO GRAVAME HIPOTECÁRIO - CULPA EXCLUSIVA DO VÍTIMA - INEXISTÊNCIA - ENTENDIMENTO OBTIDO PELA ANÁLISE DAS PROVAS - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - APLICABILIDADE DO ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DESTA CORTE - INDENIZAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO NOS LIMITES DA RAZOABILIDADE - RECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO.

I - A demora injustificada na liberação do gravame hipotecário dá ensejo a condenação por dano moral, não se tratando de mero descumprimento contratual.

II -A questão relativa à existência de culpa exclusiva das vítimas foi resolvida com base no conteúdo probatório, vedando-se, por consequência, seu reexame pelo Superior Tribunal, por óbice da Súmula 7/STJ.

III - Esta Corte Superior somente deve intervir para diminuir o valor arbitrado a título de danos morais quando se evidenciar manifesto excesso do quantum, o que não ocorre in casu. Precedentes.

IV - Recurso especial improvido. (STJ - REsp 966416/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010)

Apelação Cível. 1. A parte autora alega que contratou serviço de internet banda larga, mas a velocidade da conexão sequer atinge 30% da velocidade contratada. Requer o reparo do serviço e indenização por danos morais. 2. Por sentença, foi reconhecida a precariedade do serviço, sendo a parte ré condenada a efetuar o reparo. Julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais. 3. Apelação da parte autora. Requer a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais. 4. A hipótese não trata de mero aborrecimento, porquanto revela frustrações, **chateações e perda de tempo útil do consumidor, que no caso efetuou diversas reclamações administrativas (protocolos indicados na petição inicial), mas ainda assim não teve o serviço reparado em tempo oportuno.** 5. Entendo que a quantia de R\$5.000,00, é necessária e suficiente para compensar o abalo moral sofrido, bem como indicar ao fornecedor que no

futuro deve agir com respeito ao consumidor e as suas legítimas expectativas.
6.PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO (TJRJ - *Apelação Cível n. 0031807-24.2010.8.19.0021, Rel. Des. Peterson Barroso Simão, 2013*) (g.n.)

5 Conclusão

O “tempo”, do ponto de vista estático, é bem jurídico relevante, cuja proteção está implicitamente colocada na Constituição Federal.

Considerando o atual modelo capitalista no qual vivemos, o tempo livre de cada pessoa é bem jurídico de extremo valor, principalmente porque a demanda no mercado de trabalho exige cada vez mais e mais do ser humano, tornando raros os momentos de lazer.

A proteção do “tempo” não pode ser afastada sob o argumento da falta de previsão legal, já que a vida é bem jurídico de importância transcendental para a Carta Magna e, juntamente como Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, toda pessoa precisa de tempo livre para ter uma vida digna.

Embora a aplicação de forma expressa ainda esteja em fase embrionária, restrita, principalmente, aos Tribunais do Rio Grande do Sul e do Rio Janeiro, a indenização pelo dano moral pelo aborrecimento excessivo já é pacífica na jurisprudência.

Verifica-se, ainda, que a aplicação da Teoria não se resume às relações de consumo (nesse caso, responsabilidade civil objetiva), mas também às relações civis propriamente ditas e, até mesmo, às relações regidas pelo Direito Administrativo. Destaca-se que o caso concreto, nesses dois últimos casos, irá demonstrar se será caso de responsabilidade objetiva ou subjetiva. Ressalta-se, ainda, que, nas relações de Direito Administrativo, a responsabilidade civil do Estado decorrente de omissão será sempre subjetiva.

Embora a Teoria ainda não tenha muitos julgados, já foi possível ver o posicionamento do TJRJ de que o dano moral decorrente da aplicação da Teoria da Perda do Tempo Livre é *in re ipsa*, ou seja, dispensa a comprovação do dano, que passa a ser presumido.

Conclui-se, portanto, que, embora a Teoria seja nova, ela se trata de um aperfeiçoamento da indenização por dano moral pelo aborrecimento excessivo. Não se vislumbra óbices para a aplicação imediata dessa teoria, já que a mesma se trata de uma forma para tentar garantir a dignidade da pessoa humana.

Referências

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – responsabilidade civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo*. Jus

Navegandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral – Volume 1*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 20 ago. 2014

KUGUIMIYA, Luciana Lie. Responsabilidade civil pela usurpação indevida do tempo útil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3805, 1 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25939>>. Acesso em: 19 ago. 2014

SANTOS, Pablo de Paula Saul. *Responsabilidade Civil: origem e pressupostos gerais*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875 > Acesso em: 24 jun. 2014.

Dever de proporcionalidade: limite à supremacia do interesse público

Duty of proportionality: limit to the supremacy of public interest

Tiago Nunes da Silva

Advogado. Pós-graduado em Direito Público.

E-mail: adv.tiagonunes@yahoo.com.br

Luiz Carlos Figueira de Melo

Professor na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutor pela UFMG.

E-mail: figueiramelouol.com.br

Resumo: O presente trabalho versa sobre o princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade, a fim de demonstrar se as decisões da Administração Pública estão delineadas em ponderação, ou seja, valorando o princípio da proporcionalidade, de forma a superar as regras estáticas culminadas pelo paradigma da supremacia do interesse público, que há tempos advêm de uma medida de prevalência. Hodiernamente, face ao Estado Democrático de Direito, não há como conciliar no ordenamento jurídico brasileiro um princípio que já se preestabeleça que a melhor solução no caso concreto consubstancia-se na vitória do interesse público, o que de plano seria ostentar o mesmo caráter normativo de um paradigma autoritário o qual não se coaduna com Estado Democrático. Nesse sentido, demonstrar-se-á a necessidade do princípio da proporcionalidade frente às normas que outorgam privilégios à Administração Pública, apontando, ao final, a pertinência da justa medida, já divorciado do ranço de prevalência.

Palavras-chave: Interesse Público. Presunção de veracidade. Proporcionalidade.

Abstract: The present work deals with the principle of the supremacy of the public interest to the duty of proportionality, in order to demonstrate if the decisions of the Public Administration are set in consideration, in other words, valuing the proportionality principle, in order to overcome the static rules comminated by the paradigm of the supremacy of the public interest, which has long come from a prevalence measure. Nowadays, compared to democratic rule of law, there is no way to reconcile the Brazilian legal system a principle that establishes that the best solution in this case it is embodied in the victory of the public interest, and the plan would bear the same normative character of an authoritarian paradigm which is not consistent with Democratic State. In this sense, it will be demonstrated that there is a need for proportionality principle against standards which grant privileges to the Public Administration, pointing, at the end, the relevance of fair measure, already divorced from the rancidity prevalence.

Keywords: Public Interest. Presumption of truthfulness. Proporcionality.

1 Introdução

O Estado, para perseguir suas finalidades, sempre se estribou no princípio da supremacia do interesse público, princípio este que sempre foi tema de calorosas

discussões e polêmicas, por incorrer em abuso de poder pela forma desenfreada de agir.

O princípio ora em estudo se aloja em um edifício construído por inúmeros institutos jurídicos. Dentre eles, a proposta deste trabalho, por questão didática, é a análise de dois institutos tidos como alicerces fundamentais para a manutenção da supremacia do interesse público: interesse público e presunção de veracidade.

Acerca de sua prevalência sobre o interesse privado, as dúvidas se proliferaram no que concerne ao seu modo imperativo de agir, chegando a ser chamado pela doutrina clássica de “princípio supremo”. É importante registrar também que o direito moderno vincula-se às fontes de integração social, visando desrespeitar o mínimo dos interesses (público *versus* particular), valorando ambos os interesses.

A supremacia do interesse público não pode ser entendida como postulado normativo revestido de total imperatividade, tendo como esteio institutos que expressam conceitos vagos, ensejando, assim, total insegurança jurídica para a sociedade.

Por outro lado, a proporcionalidade é a medida correta para atingir a melhor decisão como um todo na Constituição quando em colisão estão os interesses nela garantidos. Desse modo, como postulado que é, a proporcionalidade objetiva moldar os interesses contrapostos sem afastar um em detrimento da efetivação do outro.

Nesse sentido, é preciso consignar que a exigência de proporcionalidade é, mormente, utilizada como dever jurídico-positivo, e não obstante revela que sua utilização determina distintos resultados como se sinônimos fossem (racionalidade; limitação à violação do direito fundamental; proibição de excesso etc.).

Adota-se, neste trabalho, o método dedutivo com base em pesquisas bibliográficas. O estudo pretende trazer contribuições valorosas para a ciência do Direito Público e, em especial, a melhor forma para a aplicação com justo equilíbrio do princípio da supremacia do interesse público de forma mais Democrática.

2 A supremacia do interesse público

A temática da supremacia do interesse público teve sua discussão reavivada na literatura jurídica nacional em trabalhos recentes, tendo como principal objetivo relativizar a concepção ultrapassada e autoritária de que a supremacia do interesse público deve ser tida como “base fundamental” do Direito Administrativo.

A doutrina clássica de Direito Administrativo sempre afirmou que o princípio da supremacia do interesse público encontra-se na posição de um princípio geral “supremo”, possibilitando imposições pela Administração Pública de condutas vantajosas em relação aos particulares em razão das muitas prevalências que resguardam os diversos atos ora considerados nocivos.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 60), um dos mais ferrenhos defensores do princípio em questão, define esse princípio como

um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste

último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

Na tessitura dessas noções, veja-se que o princípio em comento é tido como fundamento para dar sustento aos atos da Administração Pública, a qual se estriba pela então supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público, que se encontram assentados em um elevadíssimo grau de prevalência.

Não é difícil perceber que tal princípio sempre fora empregado com o escopo de justificar uma vasta gama de prerrogativas associadas à Administração Pública, a qual defende ser necessário atuar de tal modo para tutelar os interesses da coletividade, mas o faz mediante atos de imperatividade, ensejando desequilíbrio que sempre tem pendido em favor do Estado.

O debate teórico acerca do princípio da supremacia do interesse público está pautado por inúmeras indagações. Dentre estas, a doutrina tem buscado esclarecer o fundamento da posição privilegiada da Administração Pública nas relações com os particulares. O paradigma culminado pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado relembra os moldes de um governo autoritário, revestido de um poder desenfreado “para manter o controle dos seus súditos”.

O que se percebe pelos atos da Administração Pública é tão somente a mitigação de conquistas importantíssimas para a sociedade, a exemplo da conquista dos direitos fundamentais inseridos na Constituição da República de 1988. Nesse sentido, não há como conciliar no ordenamento jurídico brasileiro um princípio que, de plano, já se preestabeleça que a melhor solução no caso concreto consubstancia-se na “vitória” do interesse público, sacrificando em todo tempo o interesse privado.

Nesse prisma, é o entendimento de Gustavo Binenbojm (2008, p. 95):

na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o "princípio da supremacia do interesse público" também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo "princípio"; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.

A despeito da legalidade do princípio da supremacia do interesse público, os conceitos esposados pela doutrina e pela jurisprudência versam sobre dois aspectos: para a sua própria sobrevivência e para a manutenção da ordem social a fim de manter esta sempre estável.

Segundo Fábio Medina Osório (2000, p. 84), “evidentemente que a superioridade do interesse público sobre o privado não pode ser deduzida de princípios exclusivamente morais ou políticos, pois carece de uma recondução à normatividade própria da Constituição Federal”. Dessa forma, não é difícil constatar porque a ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (do público sobre o privado) é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Outro ponto a destacar é que em algumas situações a supremacia do interesse público afronta outros princípios da Carta Democrática de 1988, até mesmo aqueles

expressos no rol dos direitos fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa, face à enorme dificuldade existente em se produzir provas em demandas das quais a Administração Pública seja parte.

Logo, o que se percebe é que, em relação à Administração Pública, os princípios constitucionais e processuais mencionados existem somente no plano formal da lei e nos ensinamentos das faculdades de Direito, ensejando uma crise formal da lei.

Como bem lembra Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 83),

não existe norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderam os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público (por exemplo, nas desapropriações e nas requisições administrativas). Nessas hipóteses, foi a lei ou a Constituição que preestabeleceram a preponderância do interesse público sobre o interesse do particular, preponderância que não pode ser *a priori* estendida automaticamente a circunstância para as quais não houve esta "pré-ponderação" constitucional ou legal.

Independentemente do que seja o conceito do princípio da supremacia do interesse público, não é aceitável afirmar que nos casos concretos este sempre prevalecerá sobre o interesse privado. Ora, um princípio que se presta a afirmar que o interesse público sempre prevalecerá sobre o interesse privado fere letalmente o Estado Democrático de Direito, representando nítido regresso ao autoritarismo, em que há uma nova roupagem de legalidade com curvas de ousadia.

Portanto, resta frisar que, em um Estado Constitucional, o ideal é que a ordem jurídica não aplique o princípio da supremacia de forma desenfreadamente, estribando-se em critérios subjetivos, com ampla discricionariedade do agente que desempenha a função estatal, pois, dessa forma, disseminará arbitrariedades tamanhas que nem sempre são estampadas.

3 Conceito de interesse público

A literatura do Direito Administrativo tem evoluído constantemente com o passar dos anos. Além das monografias concebidas nos cursos de pós-graduação, têm sido publicadas obras de grande relevo acerca da disciplina, tentando romper os paradigmas culminados pelo interesse público.

Mas, afinal, o que constitui exatamente o tão polêmico e invocado "interesse público", cujo papel se mostra tão relevante?

Alice Maria Gonzales Borges (2004, p. 198) assim o define:

1. O interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.
2. Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o

mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, pelos menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.

Conceituar o que realmente seja interesse público não é tarefa fácil. Veja-se que a doutrina clássica do Direito Administrativo, na figura de Bandeira de Mello (2003, p. 50), já afirmava a dificuldade acerca do conceito de “interesse público”:

Ninguém duvida da importância da noção jurídica de interesse público. Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo dele se desencontre será necessariamente inválido. Sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos. Convém, pois, expor aquilo que nos parece seja o interesse público propriamente dito. (Grifo nosso).

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em categoria *contraposta a de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, *do próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender o que é interesse público.

A partir do conceito exposto, depreende-se que ainda se encontra distante a possibilidade de se determinar com clareza e firmeza o que seja interesse público. Nesse ponto se aloja um problema sério, porquanto os atos da Administração Pública encontram-se amparados na tese que as doutrinas clássica e contemporânea defendem de que o interesse público é algo totalmente abstrato e subjetivo.

Ademais, o interesse público seria, então, o que a doutrina chama de “conceito indeterminado”? Para Eros Roberto Grau (1988, p. 72),

são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos - especialmente imprecisos, - razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade.

[...] os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais.

É próprio das leis que suprimem institutos jurídicos, ou que lhes mudam a substância, prescrever-lhes novo regime ou novos efeitos. Ora, é intuitivo crer que, por conta do grau de abstração e pelo fato de ser indeterminado, o interesse público “deságua” ao alvedrio da Administração Pública para ser aplicado, surgindo uma emblemática que, ao que parece, está longe de ser dirimida.

Deveras, numerosos são os postulados que regem a atividade impositiva do Estado. Do ponto de vista legislativo, o que se vislumbra é a imprecisão no que tange a inúmeros conceitos abertos e plurissignificativos, como as expressões “interesse público”, “utilidade pública”, “ordem pública” e “segurança nacional”.

Dois aspectos merecem ser destacados, pois é de grande relevo sublinhá-los. É de bom alvitre salientar que persiste a preocupação acerca da interpretação teórica de conceitos indeterminados tidos como postulados pela Administração Pública, pois dependendo da interpretação adotada se torna possível, ou não, conter atos pautados em excesso e abuso.

Fixados esses pontos, é fácil perceber que a natureza do interesse público alcança uma amplitude que não se consegue mensurar, o que logo resulta num descompasso entre atos praticados pela Administração Pública que atendem a interesses estranhos aos interesses realmente públicos, divorciando-se cada vez mais do efetivo atendimento à coletividade. Nesse sentido, Robertônio Pessoa (2000, p. 88) salienta que,

em termos concretos, um interesse passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma coletividade determinada (bairro, distrito, região metropolitana, município, Estado, região, União), que o mesmo passa a ser identificado como interesse de toda comunidade, qualquer que seja sua dimensão.

Hoje, em um Estado Democrático de Direito, o conceito de “interesse público” não pode mais suscitar dúvidas quanto ao seu conteúdo e aplicabilidade, visto que se encontra entrelaçado aos direitos fundamentais. É imperioso notar que, havendo dúvidas, esse ônus deve recair ao Poder Judiciário, que tem enfrentado tormentoso trabalho com o escopo de conter os atos descompassados da Administração Pública, que, ao que parece, estão longe de se pautar nos mandamentos dos direitos fundamentais.

As considerações expostas realçam a importância e a necessidade inexorável de se fixar o conteúdo do que realmente seja interesse público. Decididamente, é insustentável defender a tese de que o interesse da Administração Pública sempre há de prevalecer.

Feitos esses esclarecimentos, pode-se perceber que, muitas vezes, os atos ora praticados pela Administração Pública derivam de diversas prerrogativas por conta da abstração e indeterminabilidade do conceito de “interesse público”, pelo qual se deveria estabelecer a justa medida de prevalência, fato este que, obviamente, tem causado imenso desconforto e insegurança para os administrados.

4 As prerrogativas da administração pública: a presunção de veracidade

Dentre as prerrogativas inerentes à Administração Pública, a proposta deste tópico é o estudo da presunção de veracidade. A temática dos meios utilizados pela Administração Pública para a realização dos seus fins há de ser sobrepensada. A essencialidade das prerrogativas em prol do interesse público parece um tanto quanto utópica, visando a fins contrários do que realmente seja interesse público.

Vê-se, assim, que a Administração Pública ostenta uma gama de prerrogativas e poderes que se dizem inerentes à boa administração para o desempenho das

atribuições que lhe são conferidas. Acerca das prerrogativas da Administração Pública, Di Pietro e Ribeiro (2010, p. 64) assim definem:

isso significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos (grifos do original).

Do panorama traçado, veja-se que dessas prerrogativas a Administração Pública detém um “edifício” de vantagens em relação ao particular, sendo importante destacar que estão delineadas em critérios que possibilitam diversas interpretações, ensejando, assim, uma “avalanche” de inseguranças jurídicas em relação ao cidadão.

Feitos esses esclarecimentos, a grande questão consigna-se em se definir sobre quem recai o ônus da prova em relação ao atributo da presunção de veracidade do ato administrativo executório, que impõe ao administrado uma obrigação a ser cumprida que, na maioria das vezes, é de caráter pecuniário. No que concerne ao ônus da prova da presunção de veracidade dos atos administrativos, Carvalho Filho (2009, p. 212-213) entende que,

entretanto, o ônus atribuído ao interessado de provar suas alegações não exige a Administração do dever de providenciar a comprovação de outros fatos que, de algum modo, contravenham aos que o interessado alegou, ou até mesmo que os confirmem. No processo administrativo é aplicável o princípio da oficialidade, segundo o qual a Administração deve perseguir a vontade real, e não meramente a vontade formal.

Em muitos casos, o modelo de distribuição do ônus da prova é contrário ao entendimento de Carvalho Filho, isso pelo fato de tal modelo reverter ao cidadão a necessidade de produção de prova negativa, o que majora, e muito, a dificuldade do cidadão de atender tal reversão colocando-o em um “labirinto sem saída”.

A título de exemplo, para maior esclarecimento da problemática do ônus da prova, imagine-se que um cidadão recebe uma notificação de trânsito por estar dirigindo sem o cinto de segurança. Após o recebimento dessa notificação, lhe é dado um prazo para apresentar defesa. Aceita a defesa, ocorre a extinção da multa pecuniária.

Desse exemplo surgem alguns questionamentos: que condição terá o cidadão de produzir provas para sua defesa de um fato que lhe foi imputado por um *agente de trânsito ocorrido há 30 (trinta) dias e que*, sequer, o cidadão tomou conhecimento na hora da autuação? Poderia o cidadão fazer voltar o tempo e a hora em que cometeu tal ato contrário ao Código de Trânsito Brasileiro? O óbvio não carece de resposta!

Cumpra, pois, registrar que o insucesso do cidadão em não conseguir produzir provas para atestar a sua inocência não exige a Administração da devida obrigação de

provar suas alegações, pois, no caso concreto, veja-se que o princípio do devido processo legal de nada expurgou sua garantia em prol do administrado, prevalecendo o autoritarismo do Poder Público.

Nessa altura não é mais aceitável, em pleno regime de Estado Democrático, que a Administração se valha tão somente da confiança atribuída ao agente estatal para imputar ao administrado a obrigação de atender a um comando imperativo.

Enfim, importa ressaltar que, mormente, é preciso garantir não apenas o controle da legalidade dos atos administrativos imperativos, mas, antes disso, mecanismos que, conseqüentemente, evitem o cometimento de tais ilegalidades.

5 A releitura da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade

Sem embargo, é importante destacar que o princípio da proporcionalidade constitui-se instrumento de grande relevância para conter atos estatais agasalhados pela nocividade, tendo como crucial dever a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, sob uma visão ampliada, o princípio da proporcionalidade é a regra a que devem obedecer tanto os que exercem o poder quanto os que dele padecem, ou seja, governantes e governados, administradores e administrados, para que haja a devida segurança jurídica, com o escopo crucial de valorar o Estado Democrático de Direito, apartado das “sombras” do inquisitório.

É de se ver, por outro lado, que o princípio da proporcionalidade alcançou status de princípio utilizado para interpretação constitucional. Outrossim, não se pode olvidar que a proporcionalidade deve ser tida como elemento indissociável para a ponderação de valores, com o fiel intento de dirimir eventuais tensões entre princípios previstos na Carta Magna.

Procede, ainda, a problemática da previsão legal do princípio da proporcionalidade. A doutrina contemporânea, comumente, tem compartilhado no sentido de que tal princípio é decorrência lógica de outros princípios plasmados na atual Constituição. A título de exemplo, não seria por demais afirmar que a proporcionalidade é elemento ínsito ao princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, CF.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2010, p. 305) ressalta que

o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, termos empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Ademais, não é difícil perceber que o princípio da proporcionalidade trata-se de um mecanismo de controle dos atos do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, primordialmente na esfera administrativa. Por intermédio dele, o exegeta elimina as

distorções, as anomalias e os absurdos provenientes do arbítrio e do uso desregulado de poder por parte dos administradores e legisladores.

Passemos à análise da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em relação ao princípio da supremacia do interesse público. A convicção de que o princípio da supremacia do interesse público deve ser reconstruído sob a ótica da proporcionalidade é reforçada pelo meio utilizado para a desapropriação, relativizando sua prevalência absoluta.

É interessante observar que o próprio constituinte antecipou o juízo de ponderação acerca da desapropriação que, mormente, é tido como um direito fundamental, conforme dispõe o art. 5º, XXII, CF/88.

Veja-se que os meios ora utilizados para a desapropriação parecem abarcar a satisfação tanto do interesse público, quanto do interesse privado, mecanismo este pelo qual ambos os interesses são preservados, sem que haja a sobreposição total de qualquer um dos interesses.

Vejamos outro exemplo de proporcionalidade *versus* supremacia do interesse público: o fornecimento de serviço público de água deve ser prestado de forma contínua, eficiente e segura, só podendo ser interrompido em caso de emergência, desde que motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações.

A possibilidade de interrupção no fornecimento de água não pode ser adotada quando ensejar lesão a direito ao usuário à saúde e à dignidade, devendo a norma da Lei 11.445 de 2007 ser interpretada de forma contextualizada e finalística, observadas as diretrizes da universalidade e da integralidade, bem como os princípios e garantias constitucionais.

A Lei 11.445 de 2007 estabeleceu medidas específicas de proteção aos usuários de baixa renda, que devem direcionar a interpretação dos demais dispositivos do diploma com relação a essas situações peculiares, de modo a lhes possibilitar o acesso a serviços de saneamento básico, entre os quais se inclui o abastecimento de água potável.

Deve a concessionária adotar as vias próprias para obter o pagamento dos débitos antigos, não podendo os respectivos valores ser somados às faturas atuais para embasar o corte do abastecimento. O aviso prévio do corte, com antecedência de 30 (trinta) dias, como sabido, é exigência inarredável para legitimar a interrupção do fornecimento, incumbindo à concessionária a prova de sua realização. O prazo de 30 (trinta) dias clarifica a importância tamanha do princípio da proporcionalidade, no entanto, não é o bastante.

A proporcionalidade aqui tratada deve ser aplicada no sentido de que, sobre os interesses particulares da concessionária, de natureza econômica, consubstanciado no pagamento do preço público, tais interesses não devem se sobrepor às necessidades vitais do cidadão, sendo a água um bem essencial à sobrevivência da pessoa humana.

Não se nega o legítimo interesse da concessionária em receber a contraprestação devida pelos serviços dispensados, mas, em contrapartida, há o direito da pessoa à dignidade, à vida e à saúde, e à proteção ao consumidor contra cobranças abusivas, também merecedoras de proteção. Os direitos e interesses em conflito podem e devem ser harmonizados, devendo-se sopesar, nesse sentido, a existência de outros meios adequados para se proceder ao pagamento forçado da dívida.

Nesse sentido, aplicando a proporcionalidade no caso concreto, os serviços poderão (não se trata de uma medida imperativa) ser interrompidos pelo prestador nas hipóteses de inadimplemento do usuário, mas com relação ao usuário de baixa renda devem ser observados prazos e critérios especiais que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas (art. 40, §3º, da Lei 11.445/07).

Firmados esses pontos, impende observar que a concessionária deve se guiar pelo postulado da proporcionalidade, avaliando os meios utilizados para melhor adequação à promoção do resultado fim, visando desrespeitar o mínimo possível os interesses particulares.

Cuida-se, portanto, definir que a proporcionalidade deve ser prestigiada nos atos que envolvam a atividade administrativa, sendo compreendida como método essencial a estabelecer não mais prerrogativas absolutas, mas relativas.

Note-se bem: não se nega a relevância do princípio da supremacia do interesse público enquanto instrumento essencial para alcançar interesses essenciais a toda a sociedade, que devem ser tutelados pelo próprio Estado, já que este fora instituído como administrador da coisa pública e representante do povo. O que se está a afirmar é que o interesse público deve ser aplicado com a máxima cautela e prudência, e crucialmente sob o mandamento da proporcionalidade, pois não raras vezes o interesse público se depara com interesses individuais e até mesmo coletivos.

Oportuno dizer que não deve haver a prevalência descompassada e antecipada de um interesse sobre o outro, pois em cada caso concreto o melhor caminho será filtrar os interesses opostos, se valendo do princípio da proporcionalidade.

Enfim, distante da pretensão de ser exaustivo, o princípio da supremacia do interesse público tem sido reconhecido desde os primórdios como exigência para a manutenção da vida em sociedade, visando o bem-estar de todos.

O fato é que, com o advento do Estado Democrático de Direito, a vantajosidade que outrora fora concedida à Administração Pública e que ainda permanece em relação ao particular, já não pode mais ser vista e aceita de forma absoluta, o que logo implica na relativização das “vontades do Estado” segundo a ótica da proporcionalidade.

6 Considerações finais

Conforme fora demonstrado, o princípio da supremacia do interesse público lastimavelmente vem se perpetuando por meio de atos desrespeitosos, por conta do interesse público, impondo restrições arbitrárias e abusivas por parte da Administração Pública e seus agentes, que nem sempre visam atender ao interesse público.

Convém acentuar, caso ocorra conflito entre o interesse público *versus* particular, é de suma relevância consignar que ambos os interesses são igualmente amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro. É importante salientar que concordar com a prevalência do interesse “que se diz ser público a todo e qualquer tempo” seria dizer que não há, no Direito, respaldo e tutela para o interesse privado quando este se depara com o interesse público.

É importante frisar que o interesse público deve ser aplicado com a máxima cautela, pois não são raras as vezes em que nos deparamos com a atividade estatal

beneficiando determinadas classes políticas para atingir interesses particulares sob o manto falso de interesse público.

A despeito à presunção, importa ressaltar que, mormente, é preciso garantir não apenas o controle da legalidade dos atos administrativos imperativos, mas, antes disso, mecanismos que, conseqüentemente, evitem o cometimento de tais ilegalidades.

À Administração Pública cumpre sempre atuar com reservas de que lhe cabe precipuamente a demonstração dos fatos que ensejaram sua atuação, isso porque os seus agentes devem atentar-se a adotar o melhor procedimento possível para registrá-los em homenagem ao princípio da publicidade.

Ao fixar diretrizes sob a ótica de ponderação, no que concerne à supremacia do interesse público, a Administração Pública passa a atuar de forma a valorizar os direitos fundamentais, os quais são valores primordiais da ordem constitucional interna do Estado, inerentes à ideia de dignidade da pessoa humana, evitando, assim, os desmandos e privilégios da Administração Pública.

Diante de todo o exposto, ressoa evidente que, no Estado Democrático de Direito, nem tudo é possível e nem tudo deve ser aceitável em nome do interesse público, até porque, se tudo fosse possível, obviamente que os maiores de todos os interesses públicos, aqueles insculpados no rol dos direitos e garantias individuais, estariam em situação de risco.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Maria Gonzales. *Temas do Direito Administrativo Atual (Estudos e Pareceres)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784 de 29/01/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 220, abril/junho. 2000.

PESSOA, Robertônio. *Curso de Direito Administrativo*. Brasília: Consulex, 2000.

ROBERTO GRAU, Eros. Direito, conceitos e normas jurídicas. *Revista dos Tribunais*, 1988.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.



JURISVOX
N. 16, VOL. 1, JUL. 2015
SEÇÃO ENSAIO JURÍDICO

A internação psiquiátrica compulsória de dependentes químicos, nos moldes da Lei. 10.216/2001, afronta o direito à liberdade?

Does the compulsory psychiatric hospitalization of drug addicts, according to Law. 10.216/2001 affront the right to freedom?

Lázaro Henrique Araújo Rocha

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
E-mail: lazaruspinkfloyd@hotmail.com

Luiz Henrique Borges Varella

Professor orientador (UNIPAM).
E-mail: luizhbv@unipam.edu.br

Resumo: Historicamente, a internação psiquiátrica compulsória violou frontalmente os Direitos Humanos dos internados. Buscando uma virada copérnica no assunto, ou seja, salvaguardar os Direitos Fundamentais dos pacientes e tratá-los com qualidade e dignidade, o legislador brasileiro, em 06 de abril de 2001, procedeu à Reforma Psiquiátrica Brasileira, estabelecendo um burocrático e rígido procedimento para que a internação compulsória se consuma. A despeito de tal empenho em sintonizar a medida controversa aos ditames da Constituição Cidadã, há aqueles que a acusam de ser violadora do Direito Fundamental à liberdade. Por outro lado, em síntese, sob o argumento de que cabe ao Estado zelar pela saúde de seus cidadãos, há os que a defendem como sendo uma medida pertinente a ser tomada por parte do Poder Público. Sobre a divergência exposta, certo é que quanto mais subsídio científico houver para dar suporte à discussão, mais construtivo será o diálogo entre as duas partes; cada qual contribuindo para que a internação psiquiátrica compulsória de dependentes químicos se aproxime, ao máximo, do fundamento da dignidade da pessoa humana. Tomando por base tais considerações e buscando contribuir para com o avanço científico da matéria em testilha, elaborou-se o presente estudo, o qual tem como objetivo analisar se a internação psiquiátrica compulsória de dependentes químicos, nos moldes da Lei. 10.216/01, afronta o direito à liberdade.

Palavras-chave: Internação Psiquiátrica Compulsória de Dependentes Químicos. Toxicomania. Direito à Liberdade. Direito à Vida. Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Harmonização ou da Concórdia Prática. *Habeas-corpus*.

Abstract: Historically, the compulsory psychiatric hospitalization directly violated the human rights of the hospitalized. Seeking a Copernican turn in the matter, that is, to safeguard the fundamental rights of patients and treating them with quality and dignity, the Brazilian legislators on April 6, 2001, preceded the Brazilian Psychiatric Reform, establishing a bureaucratic and rigid procedure for the compulsory hospitalization to happen. Despite such efforts to harmonize the subject matter with the dictates of the Constitution, there are those who accuse it to be violating the fundamental right to freedom. On the other hand, under the argument that it is the state responsibility to ensure the health of its citizens, there are those who defend it as a relevant providence to be taken by the Government. On the exposed divergence, it is certain that the more scientific study there is to support the discussion, the

more constructive will be the dialogue between the two points of view; each one of them contributing to compulsory psychiatric hospitalization of drug addicts to get as close as possible to the fundamental right to dignity. Based on these considerations, and in order to contribute towards the scientific advancement of matter, the present work was elaborated, aiming to analyze if the compulsory psychiatric hospitalization of drug addicts, according to Brazilian Law number 10.216/01, violates the right to freedom.

Keywords: Compulsory Psychiatric Hospitalization of Drug Addicts. Drug Addiction. Right to Freedom. Right to Life. Dignity of the Human Being. Principle of Harmonization. Habeas-corpus.

1 Introdução

Há determinados assuntos que, instintivamente, aguçam a curiosidade humana, despertando discussões homéricas, o que leva, de maneira inevitável, a uma cisão entre o grupo dos que são favoráveis e o dos que são contrários, sustentando, cada qual, na maioria das vezes, seus argumentos pertinentes, bem arquitetados lógica e estruturalmente.

Não é outra a situação do tema deste trabalho. A internação psiquiátrica compulsória, muito embora talhada em lei, é alvo de toda sorte de críticas e, ao mesmo tempo, é digna de um sem número de elogios.

Os que a repudiam, fazem-no sob o argumento de que tal medida tem caráter historicamente higienista e segregacionista, sendo vocacionada a violar os Direitos Humanos dos pacientes, mais notadamente o Direito Fundamental à liberdade.

Por sua via, os que a aplaudem, fazem-no à alegação de que é responsabilidade do Estado prover o acesso dos seus cidadãos à saúde de qualidade, sendo que o drogadito corre, até mesmo, risco de morte; de que a pessoa imersa no mundo das drogas tem a sua capacidade de autodeterminação seriamente cerceada, afastando-se, inclusive, da condição de dignidade que é ínsita a todo e qualquer ser humano e de que o uso reiterado da droga suplanta a liberdade plena do indivíduo, deixando, tão somente, em seu lugar, uma falsa impressão de liberdade efetiva, mascarada ao se manter intato o direito de ir, vir e permanecer do viciado.

O presente tema foi selecionado devido a sua relevância prática, já que o consumo de substâncias entorpecentes é um dos maiores problemas de saúde e segurança públicas; a sua universalidade, posto que o consumo de drogas ignora fatores como a nacionalidade, a classe social, a etnia, o sexo, o credo, a convicção filosófica, dentre outros, e a sua atualidade, já que essa é uma questão que está aqui e agora, entre nós, não sendo incomum o fato de muitos cidadãos terem algum parente ou amigo próximo sofrendo de toxicod dependência.

Ademais, delimitou-se a investigação ao campo do Direito Civil e Constitucional. Outrossim, preocupou-se em abordar mais profundamente a internação psiquiátrica compulsória, em função da drogadição, não a voluntária e a involuntária.

Empreendeu-se a pesquisa, a que se propôs, de forma teórica, a partir do levantamento da bibliografia existente acerca do assunto em comento e, de igual modo, por intermédio da pesquisa documental de precedentes jurisprudenciais pertinentes.

Ao final, com o intuito de contribuir para a discussão científica deste tema, buscou-se uma solução adequada, sem a pretensão de esgotá-lo, à indagação presente na seguinte problemática: o procedimento adotado, no Brasil, para a internação compulsória de dependentes químicos vai ao encontro dos Direitos à dignidade da pessoa humana e/ou à vida ou viola o direito à liberdade?

2 Noções preliminares

A história humana é tecida pela árdua luta travada entre classes distintas, cada qual possuidora de interesses e ideologias antagônicas. Desde os tempos mais remotos, guerras, escravidão, sistema jurídico, político e econômico se estruturam a partir da sobreposição do interesse de alguns, notadamente mais fortes econômica e politicamente, sobre os interesses de muitos, geralmente débeis de toda natureza.

Diversa não é a história da internação compulsória, empreendimento muitas das vezes utilizado como instrumento de higienização social destinado a remover da comunidade vadios, libertinos, prostitutas, doentes mentais, ébrios habituais, integrantes de minorias étnicas e sexuais, dependentes de substâncias entorpecentes e outro sem número de pessoas inconvenientes ao sistema político e econômico vigentes.

Ao olhar para o passado próximo, mais especificamente a idade média, percebe-se que os institutos de internação se destinaram, inicialmente, a enclausurar os leprosos, isolando-os, assim, da parcela saudável da população. Superada a epidemia do mal de Lázaro, progressivamente, ao final do século XV, os leprosários, mais de 2.000 (dois mil) só na França, começam a confinar, desta vez, os enfermos acometidos de doenças venéreas. Contudo, somente no século XVII, eclodiu um novo agente causador de internações em massa, qual seja, a loucura (FOUCAULT, 1972).

Ilustrando com profusão de detalhes o fato de que, nos nosocômios de internação, perpetrou-se uma série de violações aos direitos fundamentais mais básicos à pessoa humana, sendo esses ambientes vocacionados a promover a exclusão social da parcela indesejada da população, Michel Foucault dispôs o seguinte:

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Frequentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e “cabeças alienadas” assumirão o papel abandonado pelo lazarento, e veremos que salvação se espera dessa exclusão, para eles e para aqueles que os excluem (FOUCAUT, 1972, p. 06).

No Brasil, as coisas não se deram de forma diversa. Em Holocausto Brasileiro, Daniela Arbex trouxe à tona algumas das atrocidades ocorridas no século XX, no Colônia, maior hospício já existente no Brasil, situado na cidade de Barbacena – MG. A autora é enfática ao afirmar que pelo menos 60.000 (sessenta mil) pessoas morreram entre os muros do Colônia. Segundo apurou a escritora, cerca de 70% (setenta por cento) dos internados não tinha diagnóstico de doença mental, sendo eles alcoolistas, epiléticos, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava, gente que se tornava incômoda para alguém com mais poder. Ademais, a jornalista desvela que os

pacientes, às vezes, comiam ratos, bebiam urina ou esgoto, dormiam sobre o capim, eram espancados e violados; eles morriam de frio, de fome, de doença e, nesse processo, sempre havia lucro, já que, entre 1969 e 1980, 1.853 (mil oitocentos e cinquenta e três) corpos de pacientes do manicômio foram vendidos a dezessete universidades de medicina de todo o país, sem nenhuma forma de questionamento ou contestação (ARBERX, 2013).

Apesar do panorama desolador exposto acerca da internação compulsória, o Brasil possui regulamentação legal a respeito do assunto desde o ano de 1903, quando foi expedido o Decreto 1.132, responsável por introduzir o primeiro modelo de tratamento de doentes mentais do nosso país. Muito embora tenha se afigurado uma inovação importante no assunto, o referido decreto, em grande parte devido ao espírito individualista e patrimonialista do direito civil à época de sua gênese, preocupou-se mais em manter a vida segura em sociedade e a ordem pública, em detrimento da saúde e bem-estar do doente. Por exemplo, o laudo médico era desnecessário à internação, que ocorria sem o aval de profissionais da área.

Trinta e um anos depois, em 1934, editou-se o Decreto 24.559, o qual revogou o Decreto 1.132, de 1903. Aquele, diferentemente deste, pela primeira vez, voltou-se para a condição de saúde do doente mental, tratando, por exemplo, do acompanhamento médico e social do paciente. Outrossim, essa norma foi responsável pela criação de um Conselho para a prevenção e proteção de psicopatas e pela instituição da possibilidade de tratamento domiciliar, cuja realização poderia se dar no seio da sua própria família ou em família diversa.

Posteriormente, no dia 25 de novembro de 1938, entrou em vigor o Decreto-lei nº 891, o qual vige até hoje, devendo ser aplicado em sintonia e em conjunto com os ditames da Lei. 10.216/2001 e da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não se pode olvidar que o supracitado Decreto-lei foi elaborado com o fito de servir a uma sociedade de 1938, com princípios e valores diversos da atual. Por isso, com o escopo de nortear a internação compulsória ao encontro dos preceitos estampados na Constituição da República, de 1988, o legislador pátrio elaborou a Lei Federal 10.216/2001, a chamada Reforma Psiquiátrica Brasileira, que será estudada mais detalhadamente no próximo capítulo deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Superadas as breves noções preliminares acerca do histórico fenomênico e legal da internação compulsória, faz-se necessário destacar que, depois de certo período em esquecimento, esse assunto permaneceu em estado de latência, retornando ao centro de discussões quando o Estado de São Paulo, no ano de 2013, em parceria com o Poder Judiciário, Médicos especialistas, Juízes e Advogados, colocou em prática a política pública de internação compulsória de dependentes químicos, tema do presente estudo. Por isso, neste momento, afigura-se relevante abordar o conceito de dependência química e alguns dos seus efeitos sobre o organismo humano.

A dependência química consiste numa enfermidade crônica, gerada, via de regra, pelo consumo de substâncias psicoativas que atuam no sistema nervoso do organismo, causando sensações inebriantes de satisfação e prazer absoluto. Com o passar do tempo, o consumo excessivo gera alterações comportamentais, conduzindo a uma forte vontade de usar a substância, dificuldade em controlar o seu consumo, presença de efeitos terríveis, na sua falta, necessidade de elevar a dose para conseguir

igual efeito, abandono de outros interesses em prol do uso da substância e insistência no seu uso, apesar das consequências maléficas (BALLONE, 2008).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), imbuída em prevenir a dependência química e em tratar as pessoas que já se encontram em tal condição, definiu o que seja esse mal, por intermédio do Código Internacional de Doenças (CID – 10 F19).

Conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após repetido consumo de uma substância psicoativa, tipicamente associada ao desejo poderoso de tomar a droga, à dificuldade de controlar o consumo, à utilização persistente apesar das suas consequências nefastas, a uma maior prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações, a um aumento da tolerância pela droga e por vezes, a um estado de abstinência física [...] (*apud* BALLONE, 2008, [s.p.]).

Como se pode depreender do exposto, a dependência química gera alterações consideráveis e relevantes na personalidade do drogadito. Acarreta, na pessoa viciada, o emprego de mentiras repetidas, o comportamento impulsivo, a perda ou o abandono do senso ético, a dificuldade de manutenção de relacionamentos afetivos, a alteração no padrão de sono, a mudança da rotina de alimentação, o agir arrogante, o comportamento irritadiço e agressivo, dentre outras consequências excruciantes (BALLONE, 2008). Como conseqüência dessa série de alterações, a pessoa dependente de substâncias psicoativas, na quase unanimidade dos casos, divorcia-se da sua dignidade e, em situações mais graves, corre sério risco de morte.

3 A Lei. 10.216/01: espécies de internação e procedimentos previstos

Em resposta a várias denúncias das condições deploráveis nas quais se encontravam os pacientes dos manicômios, surgidas por parte de profissionais da área de saúde, mormente durante as décadas de 70 e 80, ocorreu uma mobilização da sociedade acerca da questão, propiciando uma maior discussão a respeito da violação de Direitos Fundamentais das pessoas acometidas com enfermidades mentais (SILVA, 2013).

Nesse cenário histórico, surge o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), cujo “objetivo é constituir-se em um espaço de luta não institucional, em um *locus* de debate e encaminhamento de propostas de transformação da assistência psiquiátrica” (AMANTE, 2003, p. 52). Esse Movimento se deu por parte de profissionais que lidavam diariamente com as condições precárias dos nosocômios, com o fim de transmitir à população em geral o que ficava, até então, acobertado entre os muros dos manicômios.

O Poder Legislativo não se alheou ao cenário mórbido existente no modelo de tratamento de drogaditos. Por isso, em 1989, o então Deputado Federal, Paulo Delgado, fez o Projeto de Lei 3.653. Em síntese, o legislador pretendia extirpar os manicômios, implantando, em seus lugares, formas de tratamento extra-hospitalares. Sem dúvidas, o projeto de lei trazia uma evolução relevante a respeito do tratamento psiquiátrico,

contudo, interesses econômicos do setor privado da saúde embargaram a sua rápida aprovação (SILVA, 2013).

Depois de tramitar na Câmara dos Deputados e no Senado Federal por doze anos, o Projeto de Lei 3.653 deu origem à Lei Federal 10.216, de 06 de abril de 2001, que tem por escopo dispor sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redirecionar o modelo assistencial em saúde mental existente no Brasil (SILVA, 2013).

Muito devido ao grande lapso temporal demandado para a sua deliberação e aprovação, o texto final da Lei. 10.216/01 sofreu consideráveis alterações, sendo a supressão da previsão legal do fim progressivo dos manicômios a principal delas. Em seus 13 (treze) artigos, o referido ato normativo instituiu a denominada Reforma Psiquiátrica Brasileira, com o fito de elencar em texto de lei os direitos das pessoas que sofrem de transtornos mentais e reformar o modelo assistencial psiquiátrico que lhes é prestado (SILVA, 2013).

Logo em seu primeiro artigo, a Lei da Reforma Psiquiátrica (BRASIL, 2001), em harmonia com o artigo 5º da Carta Magna, deixa entrever que sua aplicação se dá de forma ampla, de modo a atingir todo o continente das pessoas acometidas com transtornos mentais, sem que haja, para a sua incidência, qualquer forma de discriminação em relação à raça, sexo, cor, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno. Ademais, este artigo se mostra antenado ao princípio da Universalidade, um dos pilares do Sistema Único de Saúde (SUS).

Por sua vez, o artigo segundo (BRASIL, 2001) deixa ver que o princípio da informação norteia os tratamentos psiquiátricos, devendo ser o paciente, os seus familiares ou os seus responsáveis formalmente cientificados dos direitos elencados nos nove incisos do seu parágrafo único. Dentre os principais direitos ali arrolados estão o do acesso ao melhor tratamento, o do tratamento com humanidade e respeito, o da proteção de abusos, o do sigilo, o da menor invasividade, o da liberdade de acesso aos meios de comunicação, o da *ultima ratio* da internação, dentre outros demasiadamente relevantes.

Já o artigo terceiro (BRASIL, 2001) estabelece como sendo dever do Estado engendrar a política pública de saúde mental, com a participação da sociedade e da família, a ser prestada em estabelecimentos de internação psiquiátrica – aqui se percebe que o legislador de 2001 não pretendeu extinguir os manicômios.

Por sua via, o *caput* do artigo quarto (BRASIL, 2001) demonstra com clareza solar o fato de que a internação é a *ultima ratio*, preferindo-se os meios extra-hospitalares. O parágrafo primeiro desse artigo estatui que o tratamento sempre visará a reinserção social do paciente, mostrando o seu fim precípua voltado a recuperar o transtornado mental e não a garantir, tão somente, a manutenção da ordem pública. O parágrafo segundo concretiza o princípio da assistência integral, com serviços de assistência social, psicológica e médica, além de lazer, dentre outros. Por fim, o parágrafo terceiro veda a internação em instituições que possuam caráter asilar.

Não se pode olvidar o fato de que o legislador da Reforma Psiquiátrica Brasileira abordou, inclusive, no bojo da Lei 10.216/01, o fenômeno da institucionalização hospitalar, processo pelo qual o paciente perde, progressivamente,

a sua identidade em função da longa permanência em ambientes capazes de lhe impor uma rígida rotina. Não é por outro motivo que, no artigo quinto da referida lei (BRASIL, 2001), há a previsão da necessidade de adoção de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida ao internado que tenha desenvolvido formas mais graves de institucionalização hospitalar; sendo-lhe garantido, ainda, quando necessário, a continuidade do tratamento.

A partir do artigo sexto, o diploma legal em foco (BRASIL, 2001), de forma demasiadamente relevante, começa a tratar da definição, dos tipos e dos requisitos procedimentais da internação de pessoas com alguma forma de debilidade mental. No *caput* desse artigo, está concretizada uma condição indispensável à internação psiquiátrica, qual seja, a existência de um laudo médico, o qual deve ser necessariamente circunstanciado com a devida caracterização pormenorizada dos seus motivos.

Essa regra está encarnada de uma imensa relevância, tendo em vista que não foi pouco corriqueiro, na história nefasta dos manicômios, a internação psiquiátrica de pessoas as quais sequer eram submetidas à análise de um profissional habilitado da área da saúde. Essa determinação legal constitui um filtro de considerável valia, posto evitar que homens e mulheres, cujo transtorno psiquiátrico possa ser tratado em ambiente extra-hospitalar, sejam submetidos à internação psiquiátrica compulsória (SILVA; REINTGES; ACIOLE, 2012).

O parágrafo único do artigo em comento elenca, nos seus três incisos, de maneira bastante autoexplicativa, as modalidades de internação psiquiátrica, *ipsis litteris*:

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça (BRASIL, 2001).

Como se pode depreender do texto de lei transcrito, a internação psiquiátrica, no Brasil, pode se dar de três maneiras diversas, quais sejam, voluntária, involuntária e compulsória. Sendo que “a tipologia apresentada nos faz refletir sobre o poder do Estado e outros (terceiros) de limitar o direito de ir e vir destas pessoas, uma vez que existem duas possibilidades desta internação incidir sobre as mesmas independentemente de sua vontade” (SILVA; REINTGES; ACIOLE, 2012, p. 9).

A primeira espécie de internação psiquiátrica consiste naquela em que o próprio paciente solicita que a medida lhe seja aplicada, havendo, portanto, o seu nítido consentimento em ser submetido a uma situação de privação momentânea da liberdade.

A segunda espécie de internação psiquiátrica, por seu lado, é aquela que se dá a contragosto do paciente, sendo solicitada, comumente, por seus familiares, por amigos, por pessoas mais próximas de forma geral ou, como a lei define, por pedido de terceiros.

Por fim, a terceira espécie de internação psiquiátrica constitui naquela denominada de compulsória, cuja implementação ocorre por meio de uma decisão emitida pelo Poder Judiciário, podendo contrariar a vontade do paciente. Essa modalidade de internação gera grande polêmica entre profissionais da saúde, entre juristas e entre a população de forma geral, sendo, por isso, objeto de estudo deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Já o sétimo artigo da lei em análise (BRASIL, 2001) tem por fim precípuo regulamentar a internação psiquiátrica voluntária, estatuidando que a pessoa que opta por essa modalidade de tratamento deve assinar uma declaração na qual vaza o seu desejo. No que concerne ao fim dessa forma de internação, o parágrafo único do artigo em foco estampa que se dará com o requerimento escrito do paciente ou por meio de comando de médico assistente.

Nos termos do artigo oitavo (BRASIL, 2001), para que a internação voluntária ou involuntária possa ser determinada, é imprescindível que o médico seja inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM) do mesmo Estado da Federação em que esteja localizado o estabelecimento. Havendo internação involuntária, é imperativo que o responsável técnico comunique o Ministério Público Estadual em setenta e duas horas, devendo-se adotar as mesmas medidas quando da alta. Para que se dê o término da internação involuntária, é preciso um requerimento do familiar, ou responsável legal ou que a medida tenha sido definida pelo profissional responsável pelo tratamento.

A regulamentação da internação psiquiátrica compulsória está estampada no artigo nono, da Lei de Reforma Psiquiátrica (BRASIL, 2001), cujo texto destaca caber ao juiz competente determinar a internação, levando em consideração a segurança do instituto, a salvaguarda do paciente, dos demais internados e dos funcionários.

Reafirmando o princípio da informação, o artigo dez da lei em estudo (BRASIL, 2001) aduz que algumas situações ocorridas no interior do estabelecimento devem ser informadas pela administração do instituto de saúde mental aos familiares ou ao representante legal do internado; ademais, deve-se comunicar tais situações à autoridade sanitária responsável, no prazo de vinte e quatro horas do ocorrido. A evasão, a transferência, o acidente, a intercorrência clínica grave e o falecimento são as situações sobre as quais se deve dar ciência aos interessados supramencionados.

Visando proteger os pacientes psiquiátricos de toda forma de violação de seus direitos, o artigo onze, da Lei. 10.216, de 2001 (BRASIL, 2001) proíbe que se proceda pesquisas científicas sem o assentimento do paciente ou de seu responsável legal e sem que se comunique aos conselhos profissionais que sejam habilitados e ao Conselho Nacional de Saúde.

4 Leitura Constitucional da Lei. 10.216/01, sob a luz dos direitos à vida, à dignidade da pessoa humana e à liberdade

Como resultado do que foi amplamente apurado até o presente patamar deste Trabalho de Conclusão de Curso, depreende-se que, nos ambientes de internação compulsória, levou-se a efeito uma série de violação aos Direitos Fundamentais dos internados ali existentes. Eletrochoques; sovas constantes; estupros; pesquisas científicas feitas à surdina; péssimas condições de sobrevivência; alimentação escassa -

às vezes inexistente; falta de auxílio psiquiátrico, médico e social são alguns dos vilipêndios cometidos em atentado à dignidade das pessoas acolhidas nos estabelecimentos manicomiais (ARBERX, 2013).

Oportunamente, o legislador de então, visivelmente sensibilizado com a situação deletéria desses ambientes de internação psiquiátrica, procedeu no sentido de engendrar normas jurídicas bastantes a regulamentar o assunto e a reformar o modelo de tratamento mental adotado na República Federativa do Brasil. No entanto, não podemos perder de vista o fato de que a Lei. 10.216/01 é oriunda de um projeto de Lei de 1989, tendo esse projeto tramitado nas casas do Congresso Nacional durante doze anos, até ser aprovado. Tomando por fundamento esse fato, poder-se-ia afirmar que tal ato normativo nasceu velho, devendo buscar sua renovação e revigoramento nas normas e princípios esculpidos na Carta Magna, de 1988.

Essa Lei, em face do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, não pode ser lida senão à luz dos preceitos talhados na Constituição, norma rígida, suprema e fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Segundo Dirley da Cunha Júnior, “a Constituição [...] é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material)” (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 32).

O neoconstitucionalismo representou a quebra de determinados paradigmas histórico, teórico, filosófico e hermenêutico, realocando a Constituição Federal ao centro do ordenamento jurídico, como o seu fundamento de validade e exigindo de todo e qualquer exegeta a interpretação dos preceitos ordinários a partir das regras e princípios constitucionais, os quais possuem, indubitavelmente, força normativa.

Conceituando o que seja a constitucionalização do direito, Luís Roberto Barroso delinea com felicidade ímpar a virada interpretativa ocorrida em decorrência da quebra de determinados paradigmas, perpetrada pelo neoconstitucionalismo.

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares (BARROSO, 2005, p. 16).

Com foco no panorama atual de desenvolvimento da Ciência Jurídica, empreende-se, a partir de agora, a uma leitura da Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira à luz de alguns preceitos de sobremaneira relevância constitucional. Nessa empreitada, busca-se colacionar posicionamentos favoráveis e contrários à internação compulsória de dependentes químicos, alertando para o fato de que o primeiro grupo de pessoas, geralmente, se escora no direito à dignidade da pessoa humana e/ou no direito à vida para defender as suas teses – motivo pelo qual serão estudados em

conjunto; enquanto o segundo grupo busca suporte no direito à liberdade para sustentar os seus entendimentos sobre a questão controvertida.

Antes de se iniciar um estudo pormenorizado de cada um daqueles direitos insculpidos na Magna Carta, alerta-se o leitor para o fato de que o tema deste Trabalho de Conclusão de Curso desborda os limites do universo jurídico, sendo, de igual modo, afeto a outras áreas do saber humano, pelo que reputa-se relevante trazer à liça as opiniões e posicionamentos de profissionais dessas áreas correlatas ao Direito.

Cumpra, portanto, a partir de agora, elencar os argumentos antagônicos que giram em torno do presente assunto, suficientes a satisfazer a indagação palpitante, ponto central desse trabalho, qual seja: o procedimento adotado, no Brasil, para a internação compulsória de dependentes químicos vai ao encontro dos Direitos à dignidade da pessoa humana e/ou à vida ou viola o direito à liberdade?

4.1 Do Direito à Dignidade da Pessoa Humana e do Direito à Vida

Aqueles que defendem a adoção da internação compulsória como medida eficiente e legítima a recuperar os dependentes químicos desse mal, geralmente, fazem-no alicerçados no direito à dignidade da pessoa humana e no direito à vida. Por isso, faz-se necessário tecer breves noções básicas a respeito desses institutos constitucionais, elencando algumas pessoas atuantes na área da saúde e do direito que defendem a adoção da internação compulsória e os argumentos que justificam as suas aderências a tal posicionamento.

A dignidade da pessoa humana é compreendida como sendo o núcleo essencial do constitucionalismo moderno, um princípio de valor pré-constituente e supraconstitucional, no qual se fundamenta a República Federativa do Brasil. Tão grande a sua importância, entende-se que, em caso de colisões de preceitos constitucionais, lança-se mão desse princípio para nortear o intérprete a encontrar a solução mais adequada. Definindo o que seja a dignidade da pessoa humana, Uadi Lammêgo Bulos leciona no seguinte sentido, *in verbis*:

Este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.) (BULOS, 2011, p. 502).

Por sua vez, o direito à vida, exposto no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna constitui o direito de não ser abatido e o direito de gozar da vida com dignidade. “O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 441).

Com supedâneo nos preceitos basilares do nosso direito constitucional analisados, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a vida, os que militam favoravelmente à adoção da internação compulsória de dependentes químicos tecem seus argumentos para embasar o seu posicionamento em relação ao assunto.

O então Ministro da Saúde, à época da fervorosa polêmica a respeito da internação psiquiátrica compulsória, Alexandre Padilha, mostrou-se favorável à medida, desde que se identificassem condições específicas, sendo elas, a existência do risco de vida e a devida avaliação por parte de profissionais qualificados (*apud* MARQUES, 2012).

É intuitivo perceber que o Ministro da Saúde embasou a sua vertente de pensamento no direito à vida, até mesmo porque o vício em drogas é um dos mais graves problemas de saúde pública, gerando gastos enormes por parte do erário. Em levantamento feito pela Organização das Nações Unidas (*apud* BESSA, s.d.), no ano de 1998, apurou-se o fato de que ocorrem entre 100 a 200 mil mortes por ano, causadas tão somente pelo consumo de substâncias ministradas de forma intravenosa. Além do mais, em pesquisa levada a efeito pelo Grupo UN (*apud* FERRAZ; BROSS; DINIZ, 2012), concluiu-se que, no Brasil, cerca de 56,12% dos homicídios possuem ligação com o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Outra importante figura da área da saúde, o Dr. Dráuzio Varella, demonstrou-se adepto à corrente de pensamento daqueles que creem na eficácia da internação compulsória dos dependentes químicos. O renomado médico salientou a importância do tratamento psiquiátrico como sendo o meio de dar uma chance ao viciado de recuperar a sua autonomia e, em última análise, proteger a sua integridade física e a sua vida (VARELLA, 2011).

Com efeito, o Dr. Varella escorou a sua defesa da implementação da internação compulsória na dignidade da pessoa humana. Não é preciso muito esforço de raciocínio para se imaginar que os dependentes químicos não têm a muitos lugares para recorrer, sendo a internação por meio de ordem judicial, muitas das vezes, o único meio capaz de lhes dar uma perspectiva de recuperação e, até mesmo, de cura. Em pesquisa realizada pela UNIFESP (*apud* CRIMINAIS, s.d.), entre 170 usuários de crack, 62,3% gostariam de cessar o consumo da substância, enquanto 34% deles afirmaram que se sujeitariam, se necessário fosse, a uma internação.

Seguindo a mesma trilha de entendimento dos dois profissionais da área da saúde supracitados, o psicólogo Arthur Guerra de Andrade dá a visão médica acerca do tema em estudo.

De forma geral, a internação involuntária é um procedimento médico realizada no mundo todo há muitos anos, que obedece a critérios super objetivos. A visão médica não vai deixar esse paciente se matar. O médico, no mundo todo, não acha que é um direito do ser humano se matar, pois entende que esse paciente está doente e tem de ser internado. Depois daquele momento de fissura e excesso, quando estiver recuperado, o paciente vai dizer: 'Obrigado, doutor' (ANDRADE, 2013, s.p.).

Corroborando os argumentos já colacionados até o presente momento, o Ministro Luiz Fux (*apud* RIO247, 2012) entendeu que não há nenhuma forma de inconstitucionalidade nos regulamentos legais sobre a questão, sendo plenamente aplicável a medida de internação compulsória em razão de ser dever do Poder Público zelar pela integridade dos seus cidadãos.

Não é por outro motivo que se lança mão do argumento de que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece como sendo responsabilidade do Estado proteger a saúde, bem como a integridade física dos seus cidadãos, tendo por base o que dispõe o seu artigo 196. Sendo assim, ao implementar políticas públicas de internação compulsória de dependentes químicos, o Governo somente estaria a cumprir o seu desiderato constitucional.

Outro jurista que ratifica a necessidade da adoção da medida de internação psiquiátrica compulsória, o magistrado Manuel Clístenes de Façanha e Gonçalves (*apud* SILVA, 2013) entende que a internação contra a vontade do viciado deve ser a medida a ser empregada em última hipótese, só se justificando se embasada em um devido diagnóstico, capaz de indicar o tratamento necessário a ser ministrado a determinado tipo de paciente.

Não discordando dos demais argumentos favoráveis jungidos ao presente trabalho, o festejado doutrinador Fernando Capez mostra como se desenha a questão sob o ponto de vista jurídico. Confira-se, *ipsis litteris*:

A internação involuntária do dependente que perdeu sua capacidade de autodeterminação está autorizada pelo art. 6º, inciso II, da lei nº 10.216/2001 como meio de afastá-lo do ambiente nocivo e deletério em que convive. Tal internação é importante instrumento para sua reabilitação. Na rua, jamais se libertará da escravidão do vício. As alterações nos elementos cognitivo e volitivo retiram o livre-arbítrio. O dependente necessita de socorro, não de uma consulta à sua opinião. A internação compulsória por ordem judicial pressupõe uma ação efetiva e decidida do Estado no sentido de aumentar as vagas em clínicas públicas criadas para esse fim, sob pena de o comando legal inserto na lei nº 10.216/2001 tornar-se letra morta. Espera-se que o poder público não se porte como um mero espectador, sob o cômodo argumento do respeito ao direito de ir e vir dos dependentes químicos, mas, antes, faça prevalecer seu direito à vida (CAPEZ, 2011, s.p.).

Como amplamente demonstrado, para parte dos profissionais da área jurídica e da saúde, a internação psiquiátrica compulsória é a medida mais adequada a ser adotada para o enfrentamento do vício em substâncias entorpecentes. Esses especialistas fundamentam o seu posicionamento ora no direito à dignidade da pessoa humana ora no direito à vida, sendo que, em dados momentos, baseiam-se em ambos.

Visto como pensam algumas das pessoas que lidam diretamente com o assunto, é relevante ressaltar que o povo, de quem todo o poder emana, coaduna com a adoção da internação psiquiátrica compulsória para o tratamento de toxicodependentes. Comprovando esse fato, a pesquisa do Datafolha (*apud* SETTI, 2012), realizada nos dias 18 e 19 de janeiro de 2012, apontou que 90% dos brasileiros apoiam a internação forçada dos drogaditos.

4.2 Do Direito à Liberdade

Por outro lado, os que repelem a internação involuntária, reputando-a ineficaz e violadora da Carta Maior, geralmente, fazem-no alicerçados no direito à liberdade. Por essa razão, tecem-se, doravante, breves noções sobre esse instituto constitucional, colacionando algumas pessoas atuantes na área da saúde e do direito que defendem a não adoção da internação compulsória e os argumentos que justificam as suas aderências a tal posicionamento.

Quando se fala em liberdade, é intuitivo que se atenha à liberdade de locomoção, estampada no artigo 5º, XV e LXI da Constituição Federal, contudo, não se pode ser tão simplista e reducionista, de modo a apequenar a amplitude de tal preceito de enorme relevância constitucional. No presente momento, o termo “liberdade” deve ser lido no plural, tendo em vista que o constituinte erigiu ao centro do nosso ordenamento jurídico uma série de liberdades, sendo a de locomoção somente uma de suas vertentes (SARAPU, 2006).

Não é por outro motivo que temos no rol dos direitos fundamentais, como liberdades, a de livre locomoção; a de expressão; a de consciência, de religião e de convicção; a de manifestação do pensamento; a de informação; a de reunião e associação, dentre outras de notável relevo. Referidas liberdades “são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 450).

Escorados no direito à liberdade de locomoção, aqueles que repudiam a internação psiquiátrica compulsória lançam os seus argumentos.

Dartiu Xavier da Silveira (*apud* SILVA, 2013), coordenador do Programa de Orientação e Assistência a Dependentes da Universidade Federal de São Paulo – Unifesp, põe-se contra as internações compulsórias, sob o argumento de que essa medida é vocacionada a violar direitos fundamentais, é um disfarce para interesses econômicos e políticos de higienização social e que não existe comprovação científica de que o tratamento em regime de internação seja eficaz. Segundo o professor, 98% dos pacientes submetidos a esse tratamento estão fadados ao fracasso, reincidindo, posteriormente, no uso de drogas.

Fazendo oposição à política de internação compulsória, o Conselho Federal de Psicologia (*apud* SILVA, 2013) vê a medida como sendo um vilipêndio à cidadania e uma afronta à reforma psiquiátrica e aos princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde – SUS.

Na mesma trilha, a professora da Universidade Federal Fluminense - UFF, Cristina Brites (*apud* OLIVEIRA, s.d.), falando em nome do Conselho Federal de Serviço Social - CFESS, afirmou ser peremptoriamente contrária à internação forçada. A professora sustenta que o problema social de uso de drogas é extremamente complexo, sendo que o cárcere dos usuários ignoraria uma série de cuidados intersetoriais a serem tomados com a questão.

Enfrentando o tema sob o viés jurídico, em entrevista concedida ao G1, em 07/12/11, o professor de direito Leonardo Pantaleão e o jurista Walter Fanganiello (*apud* STOCHEIRO, 2011) mostraram-se inarredavelmente aversos à implementação da

internação compulsória como política pública de combate ao uso de drogas. O primeiro asseverou ser contrário a qualquer forma de privação de liberdade, excepcionados os casos de transgressões criminais. Por sua vez, o segundo justificou o seu posicionamento nos seguintes termos:

a autolesão não é punível pelo direito brasileiro. Tanto a interdição involuntária (quando o médico ou a família pedem a internação) ou a compulsória (com determinação judicial) podem ser consideradas inconstitucionais se não houver um processo que prove que a pessoa não tem condições de discernimento, em que se determine sua interdição e seja determinado um curador. Se a pessoa, por vontade própria, quiser só fazer uso de drogas, não podemos impedir (*apud* STOCHERO, 2011, s.p.).

Não se pode perder de vista, outrossim, a despeito dos argumentos contrários lançados, um terceiro entendimento acerca da questão, o qual é favorável à internação psiquiátrica compulsória, estritamente nos casos em que ela atenda aos ditames postos em lei, com base no princípio da liberdade. Para os que assim pensam, como o professor Luis Flávio Saporì (*apud* SILVA, 2013), a liberdade do drogadito está sensivelmente comprometida, sendo que o temporário cerceamento do seu direito de ir e vir estaria instrumentalizado ao fim de devolver-lhe o seu poder de autodeterminação, ou seja, a sua liberdade plena. Nesse diapasão, não há se falar em colisão entre os princípios da liberdade e da vida, mas sim em uma verdadeira harmonização ou concordância prática a ser perpetrada por meio dos instrumentos de exegese constitucional.

Nessa vertente de pensamento, a internação compulsória não conflitaria com o princípio da liberdade, muito pelo contrário, dar-se-ia para garanti-lo e, em última análise, reafirmar o fundamento da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a “liberdade e a igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 450).

4.2 Do Princípio da Harmonização ou da Concordância Prática

O princípio da concordância prática ou da harmonização está umbilicalmente ligado ao princípio da unidade da Constituição. Consiste num vetor hermenêutico, cuja função é orientar o aplicador das normas constitucionais, estando ele diante de casos de concorrência entre bens constitucionalmente assegurados, a lançar mão da solução que não sacrifique nenhum deles, harmonizando-os, em situações práticas (LENZA, 2014, p. 172).

Entende-se que cabe ao exegeta “[...] primeiramente, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, pelo princípio da concordância prática. Somente depois, caso não seja possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita” (*apud* LOPES, s.d., s.p.), processo pelo qual um Direito Fundamental prevalece, em detrimento de outro.

A *primo ictu oculi*, a internação psiquiátrica compulsória de dependentes químicos geraria a colisão entre dois valores constitucionalmente garantidos, quais sejam, a vida e a liberdade. Contudo, é forçoso concluir que tal antagonismo não é nada mais do que aparente, bastando ao exegeta lançar mão das ferramentas de hermenêutica constitucional, para harmonizar tais preceitos fundamentais de igual relevância. A partir de tal exercício interpretativo, ao encontrar o resultado prático mais adequado, o intérprete estará conformando a medida de internação involuntário ao vetor axiológico e fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. Mostrando a dimensão e a profundidade desse processo interpretativo, Morais leciona que,

quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (*apud* LOPES, s.d., s.p.).

A Lei. 10.216/01 foi editada com o fito de reformar o *modus operandi* do tratamento psiquiátrico brasileiro; representou, sem sombra de dúvidas, um grande avanço no assunto, aproximando o tema às normas e garantias fundamentais da Constituição Cidadã. Em seu bojo, elegeu a internação involuntária como sendo a *ultima ratio*, preferindo-se os meios extra-hospitalares. Além do mais, ao exigir um laudo médico circunstanciado e uma decisão judicial fundamentada, o legislador pátrio condicionou tal medida a um rígido crivo de dois profissionais diretamente envolvidos no enfrentamento aos efeitos deletérios das drogas na sociedade, quais sejam, o médico e a Autoridade Judiciária (SILVA, 2013).

É de se observar que, de igual modo, o diploma normativo citado disciplinou de maneira minuciosa os direitos e os deveres do internado, as condições de salubridade a que devem se submeter os institutos de internação, vedando, inclusive, os de natureza asilar. Todo esse cuidado procedimental e técnico é voltado, como se pode perceber, a salvaguardar os Direitos e Garantias Fundamentais dos pacientes de qualquer forma de política pública eventualmente equivocada, com fins higienistas e isolacionistas.

Não se pode esquecer de que, por vocação constitucional, o Estado deve zelar pela vida, não é por outro motivo que falamos de um Estado de bem-estar social. Consabido, aqueles que possuem reserva econômica recorrem, a partir dos seus meios, ao tratamento que lhe seja adequado; agora, os que moram nas ruas, nos morros, nos subúrbios não têm a quem recorrer, senão ao Estado. O que violaria frontalmente a Constituição seria se o Poder Público se quedasse inerte diante do grito de socorro que ecoa dessa parcela do povo historicamente excluída dos recursos de saúde (CAPEZ, 2011).

O princípio da liberdade não pode ser concebido como sendo tão somente o direito de ir e vir; essa, em verdade, é somente uma faceta desse preceito constitucional amplo, expansivo e complexo. Sobre o princípio da liberdade, Sarapu dispõe que

a liberdade formal está ligada à garantia do exercício autônomo da vontade, sem que haja uma interferência externa direta na manifestação da subjetividade de cada um. A liberdade material consiste em ter acesso a meios que possibilitam que o exercício da vontade não seja constringido pelas circunstâncias concretas (SARAPU, 2006, s.p.).

Não há como negar que o drogadito, quando imerso no uso das drogas, tem a sua liberdade, enxergada de forma ampla, consideravelmente limitada. Não são raros os casos de pessoas que abandonam a família e perambulam pelas ruas das cidades, sem nenhuma perspectiva de soerguimento e de recuperação; na maioria das vezes, divorciadas, inclusive, da dignidade que é inerente ao ser humano.

A possível privação transitória da liberdade de locomoção do internado, portanto, harmoniza-se com a proteção do direito à vida e com o progressivo e posterior gozo da liberdade plena, fazendo aflorar, no indivíduo, a dignidade que lhe é arraigada.

Com efeito, a internação involuntária, nos moldes da Lei. 10.216/01, é completamente voltada ao tratamento e bem estar do paciente, distanciando tal instituto do seu histórico nefasto e obscuro, voltado, em muitas das vezes, a satisfazer fins escusos.

Seguindo à risca o procedimento arquitetado pela Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira, a temporária privação da locomoção do paciente não ceifa a sua liberdade; por outro lado, obra no sentido de potencializá-la, otimizá-la, torná-la concreta, fruível, digna de gozo e plena.

Pelo exposto, compreendendo a liberdade de forma não simplista, de modo a não reduzi-la tão somente à ambulatorial e considerando o fato de que há critérios sérios e rígidos para que se leve a efeito a internação compulsória, entende-se que o emprego do princípio da concordância prática é bastante para harmonizar os preceitos constitucionais aparentemente colidentes, de modo a fazer concluir que o procedimento adotado pela Lei. 10.216/01 não viola o direito à liberdade, mas, pelo contrário, preserva-o em sua completude, tudo com os olhos voltados a reafirmar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

5 Meios de Tutela da Liberdade Ambulatorial em Casos de Internação Compulsória ao Arrepio do Procedimento da Lei. 10.216/01

Como anteriormente disposto, com base no estudo operado, *data maxima venia* aos que pensam em sentido contrário, o procedimento rígido e burocrático, trazido pela Lei 10.216/01, para a implementação da internação psiquiátrica compulsória, não viola o Direito Fundamental à liberdade. Contudo, não se pode perder de vista as situações em que tal procedimento não é observado ou que, sendo, algum dos profissionais envolvidos nele tenha agido em erro, dolo ou, até mesmo, fraude. Pelo

que se indaga: qual é o instrumento processual adequado a reverter a situação de privação de liberdade de locomoção, levado a efeito em afronta ao devido procedimento legal da Lei 10.216/01?

Por se tratar, a liberdade, de um Direito Fundamental, de imediato, parte-se para a averiguação das garantias, mais especificamente, para os remédios constitucionais. Estes nada mais são do que “determinadas garantias que consubstanciam meios colocados à disposição do indivíduo para salvaguardar seus direitos diante de ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo Poder Público” (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 187).

De antemão, percebe-se a inadequação do emprego do Mandado de Segurança, posto que esse remédio constitucional se destina a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*.

Em havendo cerceamento da liberdade ambulatorial do paciente, entende-se que o *habeas-corpus* seja o remédio constitucional a ser impetrado, em caso de internação compulsória, divorciada do devido procedimento legal, talhado na Lei. 10.216/01. O remédio heroico se destina “a ser utilizado contra ilegalidade ou abuso de poder no tocante ao direito de locomoção, que alberga o direito de ir, vir e permanecer do indivíduo” (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 187).

Ademais, enxerga-se a possibilidade de tal remédio ser adotado de forma repressiva – liberatório, quando o direito de locomoção já foi violado – ou de forma preventiva – salvo-conduto, quando o sujeito está na iminência de ter sua liberdade ambulatorial privada.

Sendo a internação involuntária efetuada ao arrepio da indispensável decisão judicial, há a possibilidade de o remédio heroico ser impetrado perante o Juiz de Direito da Vara Cível de Primeiro Grau, em desfavor do responsável pela clínica na qual está indevidamente recolhido. Por outro lado, havendo a necessária decisão judicial, no sentido de determinar a realização da internação psiquiátrica compulsória, a autoridade coatora será o Juiz de Direito, devendo a ação ser proposta no Tribunal de Justiça ao qual ele integre.

Analisando a impetração de *habeas-corpus*, em decorrência da internação psiquiátrica compulsória, embora não diga respeito especificamente a de dependentes químicos, o STJ os têm conhecido, conquanto negue provimento em alguns. Assim foi no HC 35.301/2004 (BRASIL, 2004), no HC 169.172/2010 (BRASIL, 2013) e no HC 130.155/2010 (BRASIL, 2010).

6 Conclusão

A internação psiquiátrica compulsória, em decorrência da toxicomania, permaneceu por um bom período de tempo longe dos holofotes, tendo ocupado posição de maior destaque a partir de 2013, ano em que o Estado de São Paulo implementou a política pública de internação compulsória de drogaditos.

A partir daí, o assunto foi rodeado por uma grande polêmica, sendo objeto de discussões fervorosas. Contudo, muitas vezes, as conclusões sobre esse tema são precipitadas, dotadas de senso comum e sensacionalismo. Isso, em parte, devido à falta de subsídio científico sobre a questão.

O presente tema foi selecionado com o intuito de enriquecer o aparato científico sobre a medida de internação compulsória de drogaditos. Por óbvio, em momento algum teve-se a pretensão de esgotá-lo, tendo em vista a sua amplitude, interdisciplinaridade e complexidade.

Em um primeiro momento, examinou-se o fato de que o instituto da internação psiquiátrica compulsória tem a sua história enegrecida por toda espécie de violações aos Direitos Humanos dos internados. Posteriormente, constatou-se que o legislador brasileiro, progressivamente, promoveu uma importante reforma no modelo de internação, culminando na Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira – Lei 10.216/01.

Esse diploma legal representou um relevantíssimo avanço na questão, sintonizando a internação psiquiátrica aos Direitos e Garantias Fundamentais insculpidos na Constituição Cidadã. Elencou, no seu bojo, os direitos e os deveres dos internados, enfatizou a internação como sendo a *ultima ratio*, devendo ser adotada só depois de esgotados os meios extra-hospitalares de tratamento, disciplinou as condições de salubridade das clínicas de recolhimento e traçou, com rigor, o procedimento a ser indispensavelmente observado nas diferentes espécies de internação.

Depois de uma minuciosa análise dos procedimentos e das espécies de internações insculpidas na Lei 10.216/01, com base na bibliografia levantada, percebe-se a existência de pessoas favoráveis e contrárias à internação psiquiátrica compulsória.

As primeiras, ancoradas no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, sustentam, em síntese, que o drogadito necessita de ter acesso à saúde de qualidade, posto que o seu Direito Fundamental à vida está seriamente ameaçado e, além do mais, encontra-se visivelmente distanciado da sua condição humana de dignidade e de liberdade plena.

As segundas, por seu lado, escoradas no direito à liberdade, arvoram no sentido de que a internação psiquiátrica compulsória visa promover o isolamento das pessoas que são socialmente indesejadas, violando, desta feita, a sua liberdade ambulatorial.

Analisando a controvérsia sob o crivo do princípio da concordância prática, conclui-se que ela não passa de uma colisão aparente. Assim entende-se devido ao fato de que o direito à liberdade é potencializado e otimizado com a internação do drogadito. Muito embora o internado tenha a sua liberdade ambulatorial transitoriamente restringida, ao final do tratamento, terá a sua vida salvaguardada e a sua liberdade efetivada de forma plena.

Nesse diapasão, com fundamento no estudo realizado, *data maxima venia* aos que se posicionam de forma diversa, a internação psiquiátrica compulsória, nos termos da Lei 10.216/2001, não viola o direito à liberdade, pelo contrário, efetiva-o e, ainda, salvaguarda o direito à vida, reafirmando, ademais, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Referências

AMANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. 132 p.

A internação psiquiátrica compulsória de dependentes químicos, nos moldes da Lei. 10.216/2001, afronta o direito à liberdade?

ANDRADE, Arthur Guerra. *Internação involuntária para dependentes químicos divide opiniões*. 2013. Disponível em:

<<http://www.reporterdiario.com.br/Noticia/381210/internacao-involuntaria-para-dependentes-quimicos-divide-opinioes/>>. Acesso em: 06 set. 2015.

ARBERX, Daniela. *Holocausto Brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013. 230 p. Disponível em:

<<file:///C:/Users/cliente/Downloads/Holocausto Brasileiro - Daniela Arbex.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2015.

BALLONE, G. J. *Drogadição e personalidade*. 2008. Disponível em: <

<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=352>>. Acesso em: 06 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível

em <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 4 out. 2015.

BESSA, Marco Antônio. *Custos sociais do uso da cocaína*. Disponível em:

<http://www.uniad.org.br/desenvolvimento/images/stories/publicacoes/texto/selecoes/Custos_Sociais_do_Uso_da_Cocaina.pdf>. Acesso em: 06 set. 2015.

BRASIL. Lei Federal nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Lei*. Brasília, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35301. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, 03 de janeiro de 2004. *Diário Oficial*. Brasília, 13 set. 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19400167/habeas-corpus-hc-35301-rj-2004-0063013-3>>. Acesso em: 06 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 130.155. Relator: Ministro MASSAMI UYEDA. Brasília, DF, 04 de janeiro de 2010. *Diário Oficial*. Brasília, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272263/habeas-corpus-hc-130155-sp-2009-0037260-7/inteiro-teor-14304144>>. Acesso em: 06 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 169.172. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2013. *Diário Oficial*. Brasília, 05 fev. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24876561/habeas-corpus-hc-169172-sp-2010-0067246-5-stj/inteiro-teor-24876562>>. Acesso em: 06 set. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1665p.

CAPEZ, Fernando. *Drogas: internação compulsória e educação*. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1907201108.htm#_=_>. Acesso em: 06 set. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 359 p.

FERRAZ, William; BROSS, Hugo; DINIZ, Caio. *56,12% dos homicídios no Brasil têm ligação direta com o tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: Cultura Verde, ago. 2012. disponível em: <<http://culturaverde.org/>> Acesso em: 06 set. 2015.

FOUCAULT, Michel. *A história da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1972. 551 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo). *As internações dos usuários de drogas*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13945-As-internaes-dos-usurios-de-drogas>>. Acesso em: 06 set. 2015.

JORNAL DIGITAL RIO247 (Rio de Janeiro). *Internação compulsória de adultos dependentes de drogas é defendida por autoridades*. 2012. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/rio247/53780/Interna%C3%A7%C3%A3o-compuls%C3%B3ria-de-adultos-dependentes-de-drogas-%C3%A9-defendida-por-autoridades.htm>>. Acesso em: 06 set. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1452 p.

LOPES, Lorena Duarte Santos. *Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 10 out. 2015.

MARQUES, Douglas. *Polêmica: a internação compulsória para viciados em drogas*. 2012. Disponível em: <<https://jusweek.wordpress.com/2012/03/02/polemica-a-internacao-compulsoria-para-viciados-em-drogas/>>. Acesso em: 06 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

OLIVEIRA, Keila Stephanie Vilhena de. *Visões alternativas do serviço social na internação compulsória de dependentes químicos*. Disponível em: <http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/visoes_alternativas_do_servico_social_a_internacao_compulsoria_de_dependentes_quimicos.pdf>. Acesso em: 06 set. 2015.

A internação psiquiátrica compulsória de dependentes químicos, nos moldes da Lei. 10.216/2001, afronta o direito à liberdade?

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. 982 p.

SARAPU, Daniel Vieira. *As facetas da liberdade no pensamento liberal clássico*.

2006. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_da_justica_daniel_vieira_sarapu.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

SETTI, Ricardo. *Enquete: você é a favor ou contra a internação – mesmo contra a vontade – de usuários de crack, inclusive adultos?* 2012. Disponível em:

<<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/enquete-voce-e-a-favor-ou-contra-a-internacao-mesmo-contra-a-vontade-de-usuarios-de-crack-inclusive-adultos/>>. Acesso em: 06 set. 2015.

SILVA, João de Deus Gomes da; REINTGES, Chris H.; ACIOLE, Giovanni Gurgel. *Discurso e Poder na Reforma Psiquiátrica Brasileira: uma análise sociocognitiva da Lei Federal nº 10.216/2001*. 2012. Disponível em:

<http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/GOMES_DA_SILVA_JOAO_DE_DEUS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2015.

SILVA, Ana Cristina Ferreira. *Reflexões sobre a proposta de internação compulsória de dependentes químicos*. 2013. Disponível em: <[file:///C:/Users/cliente/Downloads/9218-38286-1-PB \(1\).pdf](file:///C:/Users/cliente/Downloads/9218-38286-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 06 set. 2015.

STOCHERO, Tahiane. *Juristas e médicos divergem sobre internação involuntária de viciados*. 2011. Elaborado por G1, Brasil.. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/juristas-e-medicos-divergem-sobre-internacao-involuntaria-de-viciados.html>>. Acesso em: 06 set. 2015.

VARELLA, Drauzio. *Um pouco menos de hipocrisia: é primária a ideia de que o craqueiro pode decidir em sua consciência o melhor caminho para a sua vida*. 2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/saude/um-pouco-menos-de-hipocrisia>>. Acesso em: 06 set. 2015.

Personalidade jurídica dos grandes primatas

Law capacity of the great apes

Luciana Cecília Morato

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
E-mail: lucianaceciliamorato@hotmail.com

Resumo: O presente ensaio investiga acerca da possibilidade ou não do reconhecimento da personalidade jurídica aos grandes primatas. Foram analisadas as teorias desfavoráveis e favoráveis ao reconhecimento dessa personalidade aos símios-mor. De tal modo, concluiu-se que a esses animais deve ser atribuída a capacidade de gozo bem como a concessão aos mesmos da personalidade jurídica mínima ou animal, para que possam fruir dos direitos fundamentais inatos a qualquer ser vivo, como o direito à vida, à liberdade, à integridade, entre outros.

Palavras-chave: Direito Animal. Direitos Fundamentais Inatos. Grandes Primatas. Personalidade Jurídica.

Abstract: The present study investigates about the possibility to apply legal personality to the great apes. Unfavorable and favorable theories in recognition to this personality to the great apes were analyzed. So, it was concluded that to these animals must be given the capacity to exercise their rights as well as a concession of the Minimum or Animal Juridical Personality, so that they can have the essential rights, innate of any living being, like the right to live, to have freedom, integrity, among others.

Keywords: Animal Right. Innate Fundamental Rights. Great Apes. Legal Personality.

1 Introdução

É temática concernente do presente ensaio a (im)possibilidade do reconhecimento da personalidade jurídica aos grandes primatas, sendo esses, orangotango, gorila, bonobo e chimpanzé (CHUECCO, 2015).

O tema foi delimitado apenas quanto aos grandes símios, vez que estes são os seres terrestres que possuem maior identidade genética – física e psicológica – para com os seres humanos. O reconhecimento da personalidade jurídica dos grandes primatas é o primeiro passo para posterior outorga de direitos a outros animais.

A temática do presente estudo foi delimitada apenas na esfera cível, vez que, antes de responsabilizar penalmente os grandes símios por seus atos, é imprescindível, antes disso, que a eles seja atribuído o status de sujeitos de direitos e deveres. Caso este não seja reconhecido, de nada adianta abrir a discussão acerca da imputabilidade ou não dos mesmos.

Faz-se relevante o tema, pois, atualmente, o animal possui status de bem móvel. É necessária a presente pesquisa, pois caso seja possível o reconhecimento da personalidade jurídica dos grandes primatas, estes poderão ser legítimos exercedores dos atos da vida civil, ainda que de modo *stricto sensu*.

Mas por que mudar? Na atual conjuntura, a situação jurídica desses símios encontra guarida em legislação específica. A legislação ambiental brasileira é vangloriada mundialmente. Então, conclui-se, *a priori*, que é prescindível a mudança normativa, vez que os direitos desses animais já se encontram resguardados pela legislação pertinente. Sucintamente, seria necessária apenas uma mudança quanto à efetivação do que foi positivado para garantir a eficácia dos minguados direitos que esses animais já possuem.

Todavia, argumenta o Dr. Alfredo Domingues Barbosa Migliore (2012) que, assim como os humanos fizeram com seus próprios congêneres, submetendo-os à escravidão, fazem-no hoje com os grandes primatas. Em uma época não tão remota, senzalas, navios negreiros e açoites eram lotados com seres-humanos que eram considerados objetos.

A situação mudou e foi reconhecido aos escravos o mesmo status jurídico que seus senhores possuíam: sujeitos de direitos e deveres e legítimos exerceedores dos atos da vida civil. De tal modo, o presente artigo científico tem como escopo a análise da verdadeira situação jurídica em que os grandes símios se encontram e se é necessária a expedição de uma “Carta de Alforria” em prol desses animais.

Para atingir os objetivos propostos, o estudo adotou como metodologia a pesquisa teórica, pautando-se no método dedutivo e utilizando como técnica de pesquisa principal a revisão bibliográfica de monografias, manuais acadêmicos, artigos científicos, Habeas Corpus, dentre outras fontes correlatas.

2 Pessoa, capacidade de gozo e de exercício

O termo pessoa não é explorado detalhadamente pela doutrina civilista brasileira. A maioria dos doutrinadores restringe-se a afirmar que pessoa é ser dotado de personalidade jurídica⁵. A contrario sensu, o Professor Washington Barros Monteiro explana vastamente acerca do termo pessoa, conforme restará demonstrado a seguir. O vocábulo *pessoa* é originário da palavra *persona*, do latim. Em seus primórdios, significava *máscara*.

Os atores da Antiga Roma utilizavam máscaras para dar eco às suas vozes, de tal modo, a *máscara* acabou sendo vista com uma *persona*, vez que ressoava a voz da *pessoa*. Ocorre que, com o passar do tempo, o vocábulo passou a ser compreendido como o personagem que aquele ator representava e, posteriormente, “a palavra passou a expressar o próprio indivíduo que representa esses papéis. Nesse sentido que empregamos atualmente” (MONTEIRO, 2007, p. 55).

Não se pode olvidar, claro, que pessoa não é necessariamente sinônimo de ser humano. Tal distinção se faz devido à análise da palavra pessoa de acordo com três acepções.

Para Monteiro (2007), na acepção vulgar do vocábulo, pessoa é sinônimo de ente humano, porém, essa acepção não se adapta à técnica jurídica. Para o mesmo

⁵ Nesse sentido, discorrem Silvio Venosa, Flávio Tartuce, Arnold Wald, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, Maria Helena Diniz.

autor, se analisarmos o termo pessoa de acordo em sua acepção filosófica, perceber-se-á que pessoa é o ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Já na acepção jurídica, entende Monteiro (2007) que pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direito ou sujeito de relação jurídica.

De tal forma, resta claro que é inadmissível a adoção da corrente que prega pela igualdade dos termos pessoa-humano, vez que a concordância para com tal acepção importaria em entendimento vulgar, equivocado e impericioso (por falta de técnica jurídica).

Resta concluso que, se há o direito, é imprescindível que haja um sujeito titular do mesmo. Porém, para Monteiro (2007), esse direito é constituído *hominum causa*, ou seja, existe apenas entre os homens, entre pessoas. O autor afirma que, embora existam leis que protejam os animais, nem por isso eles se tornam sujeitos de direitos.

A contrario sensu, Fábio Ulhoa Coelho (2003, p.131) elucida que “sujeito de direito é o centro de imputação de direitos e obrigações referidos em normas jurídicas”. Para ele, é errônea a afirmação de que toda pessoa é ser humano, vez que em nosso ordenamento jurídico, nem todos os sujeitos de direitos são homo sapiens.

Pontes de Miranda (*apud* FREITAS, 2014, p. 101) afirma que “por isto, pessoa é quem colocar a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico, tornando-se apto a desempenhar o papel de sujeito de direito”.

Agora, resta imprescindível analisar os institutos da capacidade de gozo e de exercício, pois a capacidade é elemento da personalidade, que é expressa pela ideia de pessoa, sujeito de direitos e obrigações (MONTEIRO, 2007).

A capacidade de gozo é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil (MONTEIRO, 2007). A capacidade de exercício pressupõe a de gozo, e é aquela por meio da qual a pessoa pode exercer seus direitos previamente assegurados.

Acerca da capacidade, Roberto de Ruggiero (1971, p. 303) elucida que “onde falta só a capacidade de agir, deve pressupor-se existente a capacidade jurídica; se é que esta falta, faltarão necessariamente também a capacidade de agir, não se podendo falar em representação”.

A capacidade de gozo é também aquela regulada pelo art. 1º do CC/02 que afirma a personalidade a toda pessoa. Ocorre que o dispositivo é omissivo quanto à conceituação de quem é pessoa. Portanto, a partir de simples interpretação analógica, conclui-se que, se a capacidade de gozo prescinde de um sujeito de direitos que deve ser pessoa, os grandes primatas podem ter essa espécie de capacidade vez que se encaixam no conceito de pessoa, conforme explanação anteriormente realizada.

3 Teorias desfavoráveis ao reconhecimento da personalidade jurídica aos grandes primatas

Mesmo diante da possibilidade de reconhecimento do status pessoa aos grandes primatas, – como restou comprovado – existem teorias que são contrárias ao reconhecimento da personalidade jurídica a esses animais.

A primeira delas diz respeito ao positivismo ou normativismo, e, para essa corrente, o homem tem direitos porque a lei os cria ou estatui e eles existem em razão

da discricionariedade do legislador ou do *jus imperium* de um tirano. Para os positivistas clássicos, pouco importa se a concepção tem origem no fator sociocultural ou em mera opção legislativa (MIGLIORI, 2012, p. 37).

De tal modo, percebe-se que a opção de adotar o positivismo a qualquer custo não é a mais acertada, vez que a falta de interpretação da “letra da lei”, quando esta for omissa, acarreta prejuízos àqueles que dela dependam. Por exemplo, o Código Civil Brasileiro, ao não conceituar o termo pessoa, carece de hermenêutica extensiva em benefício dos grandes primatas, em face de sua omissão.

A segunda corrente desfavorável diz respeito ao antropocentrismo e elucida que o homem tem direitos porque ele é superior aos outros seres e/ou foi escolhido por Deus (MIGLIORI, 2012).

Collin MCGinn (*apud* MIGLIORE, 2007, p. 38) afirma brilhantemente que

o argumento da superioridade humana é mesmo aparente. Ele não convence e sucumbe quando se percebe que a filosofia antropocentrista é um ode do homem para si mesmo e a negação de toda igualdade e valor entre vidas de outros animais que povoam o planeta. A vida do homem vale mais porque ele é simplesmente é o homem, como valeria mais a dos porcos, se o mundo fosse por eles dominado.⁶

Ademais, a visão antropocentrista cai por terra quando é atualmente consagrado o chamado biocentrismo, amparado numa concepção de que o homem não é um ser superior aos demais, nem mesmo é apartado dos mesmos na escala evolutiva (MIGLIORI, 2012).

Igualmente, se fosse possível acreditar no antropocentrismo absoluto, justificaria também “a estratificação moral dentre os de nossa própria espécie, absurdo só concebido pelos repugnantes ideais nazistas” (MIGLIORI, 2012, p. 38)

Tom Regan (*apud* MIGLIORI, 2012, p. 38) afirma que,

moralmente, um gênio capaz de tocar os Estudos de Chopin com uma mão amarrada nas costas tem status superior ao de uma criança com grave deficiência mental que nunca venha a saber o que é um piano ou quem foi Chopin. Moralmente, não é assim que dividimos o mundo, colocando os Einsteins na categoria ‘superior’ acima dos ‘inferiores’ Homer Simpsons da vida. As pessoas menos capacitadas não existem para servir os interesses dos mais hábeis, nem são meras coisas para serem usadas como meios para os fins deles. Do ponto de vista moral, cada um de nós é igual porque cada um de nós é igualmente ‘um alguém’ e não uma coisa.

O primatólogo Frans de Waal (2007) também questiona o antropocentrismo ao lembrar que,

⁶ MCGINN, Colin. Apes, humans, aliens, vampires and robots. In: CAVALIERI, Paola; SINGER, Peter. The great Ape Project: equality beyond humanity. New York, 1995, *apud* MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 38.

quando as pessoas cometem genocídio, nós as chamamos de animais. Mas quando fazem caridade, nós as elogiamos por serem humanas. Gostamos de considerar nosso esse segundo comportamento Só quando um gorila salvou um membro de nossa espécie as pessoas despertaram em massa para a possibilidade de haver humanidade em não-humanos.

De tal modo, a (im)possibilidade do reconhecimento da personalidade jurídica aos grandes primatas não pode ser embasada no antropocentrismo, diante da consagração mundial do biocentrismo e do devido tratamento isonômico a todos os seres vivos, não se diferenciando, por isso, a espécie *homo sapiens*.

Outra corrente que sustenta pelo não reconhecimento dos direitos animais afirma que temos direitos porque somos seres humanos. Não se trata de antropocentrismo, mas sim de enaltecer a natureza humana, o *homo sapiens*. Essa teoria justificaria a existência de direitos somente ao homem, e nunca aos grandes primatas, pois estes são substancialmente similares ou limítrofes. Trata-se de clara dicotomia entre humanidade e animalidade (MIGLIORI, 2012).

Porém, o que é humanidade? A humanidade é mesmo condição *sine qua non* da personalidade jurídica? Pois não há um só autor, biólogo, cientista ou pesquisador que conseguisse conceituar tal preceito nem mesmo isolar, restringindo à espécie *homo sapiens* o componente exclusivo humano, seja genético, social ou psíquico (MIGLIORI, 2012).

Existem também os defensores da tese que afirmam que nós temos direitos porque a lei reconhece como válidas as nossas vontades. Como diria Kelsen, “é o poder jurídico conferido ao indivíduo pela ordem jurídica” (2009, p. 150).

Porém, é notório que, apesar de a vontade humana – não conflitante ou em acordo com lei – legitimar os atos da vida civil, nem as teorias da vontade explicam o “direito do nascituro de receber indenização por dano moral pela morte do pai durante a gestação” (MIGLIORI, 2012, p. 48). Ora, um feto não pode exprimir sua vontade, se é que tem uma (MIGLIORI, 2012). E o incapaz? E o espólio? E a pessoa jurídica?

Conclui Migliore (2012, p. 48) afirmando que,

em resumo, a teoria da vontade não pode explicar a razão de ser da personalidade jurídica e do reconhecimento de direitos subjetivos, o que resulta favorável à tese ora defendida, já que, sob esse prisma, os grandes primatas, por se equipararem aos comatosos ou incomunicáveis quanto à impossibilidade de manifestação e transmissão da vontade, jamais poderiam mesmo ter sua vontade considerada ou validada juridicamente pelo ordenamento.

De tal modo, resta conclusivo que não há nenhuma teoria forte o bastante que justifique a atribuição de sujeito de direitos apenas aos seres humanos, vez que todas as teorias nesse sentido podem ser rechaçadas por meio de uma visão isonômica e biocentrista para com todos os seres vivos.

4 Teorias que justificam a personalidade jurídica dos grandes primatas

4.1 Semelhanças físico-psicológicas

É sabido que os seres humanos e os grandes primatas (sendo eles, gorila, chimpanzé, orangotango e bonobo) possuem características incrivelmente semelhantes, sejam elas físicas ou psicológicas (CHUECCO, 2015).

Segundo estudos liderados pelo biólogo Morris Goodman, na Universidade Estadual de Wayne, em Detroit (EUA), nós – *homo sapiens* – compartilhamos 99,4% do DNA dos grandes primatas (CHUECCO, 2015).

Pesquisas realizadas pelos cientistas Charles Sibley e Jon Ahlquist chegaram à conclusão de que os homens e os grandes símios são mais próximos entre si do que com outros macacos.⁷

Acerca dessa proximidade, Jared Diamond (1991) afirma com clareza que

a nossa distância dos chimpanzés e bonobos (1,6 %) é aproximadamente o dobro da distância entre eles (0,7%), embora seja menor do que a distância que separa as duas espécies de gibões (2,2%). De acordo com evidências fósseis os macacos se separaram dos grandes primatas entre 25 a 30 milhões de anos atrás, dos quais diferem geneticamente quase 7,3%, enquanto os orangotangos se separaram dos chimpanzés e dos gorilas entre 12 e 16 milhões de anos atrás, dos quais diferem geneticamente em 3,6%.⁸

Fisicamente, os grandes primatas e os seres humanos possuem características extremamente similares. São algumas:

[...] pentadactilidade (cinco dedos nas extremidades dos membros anteriores e posteriores); [...] a frontalidade dos olhos, que se situam na mesma linha, na parte anterior da face; [...] estruturas esqueléticas faciais curtas e uma maior capacidade

⁷ DIAMOND, Jared. The rise and fall of the third chimpanzee. 1991. In: BRASIL. 5ª Vara Criminal de Niterói/r. Habeas Corpus nº 0063717-63.2009.8.19.0002. Impetrante: Heron José de Santana Gordilho e outro(s). Impetrado: Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal de Niterói/RJ, Dr. Carlos Eduardo Freire Roboredo. Rio de Janeiro, 19 de janeiro de 2010.

⁸ Idem. No original: For example, the common and pygmy chimps share about 0.7% of their DNA and diverged about three million years ago; we share 1.6% of our DNA with both chimps and diverged from their common ancestor about seven million years ago; gorillas share about 2.3% of their DNA with us or with chimps and diverged from the common ancestor leading to us and the two chimps about ten million years ago expressed in a big DNA melting point lowering, is between monkey DNA and the DNA of humans or of any ape. This simply puts a number on what everybody has agreed ever since apes first became known to science: that humans and apes are more closely related to each other than either are to monkeys. The actual statistic is that monkeys share ninety-three per cent of their DNA structure with humans and apes, and differ in seven per cent. Equally unsurprising is the next biggest difference, one of five per cent between gibbon DNA and the DNA of other apes or humans.

craniana; [...] encéfalo tem maior volume e massa, o que implica maior complexidade neurológica e de coordenação; [...] visão estereoscópica.⁹

Adaptação a uma alimentação omnívora; [...] articulação do "ombro" – a maioria dos mamíferos perdeu a capacidade de rodar o braço para o lado a nível do "ombro", apenas conseguem rodar para a frente e para trás mas os primatas conseguem-no o que é fundamental para quem salta de ramo em ramo com segurança; [...] articulações com grande mobilidade – as articulações do punho, cotovelo, ombro, anca e pescoço são particularmente móveis, o que torna os primatas animais muito ágeis; [...] unhas - os dedos não apresentam garras, o que facilita a protecção das polpas tácteis das pontas dos dedos e facilita o acto de agarrar.¹⁰

Psicologicamente, os grandes primatas são animais dotados de uma complexa vida mental e emocional. Possuem habilidades lógicas e matemáticas que lhes permitem construir representações mentais de fatos e objetos, comunicam-se por meio de linguagens simbólicas, utilizam ferramentas, são capazes até de mentir de forma dissimulada, podendo até demonstrar empatia, imitam um comportamento observado e até mesmo ensiná-lo aos demais.¹¹

Fátima Chuecco (2015) cita alguns símios maiores que possuem habilidades incrivelmente similares a de seres humanos, são eles:

All, uma chimpanzé que vive num centro de pesquisas japonesas, tem talento notável para os números. Coloca-os em ordem crescente e decrescente, memoriza seqüências e acerta 90% dos testes que, em geral, as pessoas só acertam de 40 a 70%. [...] Koko, a primeira gorila “falante”, que passou mais de 30 anos entre humanos e recentemente ganhou um santuário, não só aprendeu a linguagem dos sinais, como também criou novas palavras para expressar o que sente e dar nome a coisas que não lhe tinham sido ensinadas na linguagem humana.¹² [...] Kanzi, um bonobo criado para pesquisa comportamental, entende 5 mil palavras em inglês, inclusive sentenças. Ele também joga games no computador.

Os grandes primatas, assim como faziam os homens das cavernas, possuem habilidades incríveis, como a de fazer ferramentas com galhos, pedras e folhas.

⁹ Grandes Primatas. Disponível em: <http://www.biomania.com.br/bio/conteudo.asp?cod=3418>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁰ Evolução do Homem. Disponível em: <<http://simbiotica.org/evolucaohomem.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹¹ WISE, Steven. Rattling the cage: toward legal rights for animals. Cambridge and Massachusetts: Perseus Books, 2000. p. 179-237 In: BRASIL. 5ª Vara Criminal de Niterói/r. Habeas Corpus nº 0063717-63.2009.8.19.0002. Impetrante: Heron José de Santana Gordilho e outro(s). Impetrado: Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal de Niterói/RJ, Dr. Carlos Eduardo Freire Roboredo. Rio de Janeiro, 19 de janeiro de 2010.

¹² Segundo o Dr. Alfredo Domingues Barbosa Migliore, a gorila Koko foi a primeira grande primata a inventar a palavra anel por meio de sinais. Palavra inventada a partir da fusão das palavras bracelete e dedo, que a gorila já conhecia.

Organizam-se em sociedades complexas, utilizam-se da linguagem dos sinais para comunicarem-se (CHUECCO, 2015) – desmistificando a teoria de que apenas os seres humanos são detentores do uso da linguagem (MIGLIORI, 2012) – “reconhecem-se no espelho ou em fotos, e são capazes de utilizar o computador com o raciocínio símile ao de uma criança de sete anos” (CHUECCO, 2015).

Ora, se ao analisarmos suas capacidades físicas e psicológicas chegamos à conclusão de que o grande primata possui o intelecto de uma criança de sete anos e se a esse infante possui capacidade jurídica, por que não teriam os grandes primatas?

4.2 Da individualização dos direitos subjetivos dos objetivos

Há uma teoria que prega pela individualização ou preexistência dos direitos subjetivos dos direitos objetivos e que serve de embasamento para a concessão dos direitos fundamentais – cumulada com a outorga de personalidade jurídica – aos grandes primatas.

Migliore (2012) faz interessante indagação em sua tese de doutorado ao questionar se é a lei que cria o direito ou se, em outras palavras, é o direito objetivo que determina o direito subjetivo. O autor questiona, ainda, se os índios não aculturados [...] têm direitos apenas porque a Constituição Federal assim determina e também o Código Civil ou, independentemente dessa prescrição, eles teriam direitos subjetivos.

Acerca do questionamento, o mesmo doutor afirma que,

se os índios têm direitos porque a lei os cobre com o invisível manto da personalidade jurídica e lhes reconhece expressa capacidade de direito, ou porque ela garante a eles todos os direitos inalienáveis comuns aos seres humanos, quais sejam os direitos fundamentais (direito público) ou da personalidade (direito privado), então o problema da filosofia do direito está absolutamente resolvido nesse raciocínio simplista: temos direitos porque o Estado quer, e, afinal, temos os direitos que o Estado quer. E, pior, quando o Estado quer (MIGLIORI, 2012, p.329).

De tal modo, resta imprescindível concluirmos que, se entendermos pela acepção que prega pela criação de direitos fundamentais a partir da positivação dos mesmos, estaremos vivendo em um Estado tirano – oposto ao Estado de Direito – que pode instituir direitos, mas pode também cerceá-los (MIGLIORI, 2012).

Roberto de Ruggiero (1971), sucintamente, distingue o direito subjetivo do objetivo, afirmando que o primeiro é a faculdade do sujeito de agir e o segundo é a tutela do ordenamento jurídico a essa faculdade.

Outrossim, rechaçada a corrente que afirma pela necessidade de positivação dos direitos para que estes sejam criados, vez que poderiam cercear direitos além de criá-los e por serem aspectos típicos do positivismo extremado e do Estado tirano, prega-se aqui pela outorga de direitos fundamentais aos grandes primatas, diante da prescindibilidade de positivação do direito positivo para sua existência.

4.3 Da (in)aplicabilidade do art. 82 do CC/02

É sabido que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, os animais são considerados como coisas. Uma mesa, um livro e um chimpanzé possuem a mesma natureza jurídica: bens móveis.

Essa natureza jurídica tem vigência por força normativa do art. 82 do Código Civil Brasileiro que prega que “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (BRASIL, 2002).

Acerca da temática, João Baptista Villela (*apud* FRANCO, 2014) elucida que o Código Civil de 2002 perdeu uma grande oportunidade ao não corrigir a distorção que é o fato de os animais – doutrinariamente chamados de semoventes – serem ainda considerados como coisas.

Sob essa mesma égide, é interessante o apontamento de Danielle Rodrigues (*apud* LEITE, 2013) ao afirmar que os animais devem ser considerados sujeitos de direitos, pois, se realmente fossem apenas “coisas”, o Ministério Público não seria a instituição legítima para substituí-los em juízo.

Ademais, tamanha é a evolução social mundial que os legisladores estrangeiros vêm positivando mudanças normativas significativas no que diz respeito à natureza jurídica dos animais.

Acerca dessas mudanças legislativas adventícias, Roberto Macedo (2015) cita alguns Estados Estrangeiros que modificaram suas legislações no sentido supracitado. Segundo o autor, na Suíça e na Áustria, por força dos arts. 641¹³ e 285 de seus respectivos Códigos Cíveis, os animais não são coisas, de modo que as disposições que regulam as coisas serão aplicadas aos animais apenas em caráter subsidiário e frente à lacuna normativa; o código Civil Alemão, por sua vez, desde 1990, reconhece um status intermediário aos animais, estando os mesmos entre coisas e pessoas; já a França foi o país que legislou a mudança mais significativa. Em positividade recentíssima, em 28 de janeiro de 2015, a legislação francesa introduziu uma proteção afirmativa, fazendo constar do texto legal que os animais são seres vivos e, ainda, dotados de sensibilidade.¹⁴

Inclusive, no Brasil, foi proposto um Projeto de Lei, de iniciativa do Deputado Ricardo Izar, que pleiteia pela modificação do art. 82 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2013). O art. 4º do Projeto de Lei de nº 6799/13 estabelece a inaplicabilidade da natureza jurídica de coisa aos animais e propõe, *verbis*:

Art. 4º - O artigo 82 do Código Civil passa a vigorar com a seguinte redação:
Art. 82.....

¹³ Ibidem. No original: Art. 641a (nouveau) I. Animaux 1 Les animaux ne sont pas des choses. 4 Sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux.

¹⁴ Ibidem.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos animais domésticos e silvestres (BRASIL, 2013).

Ademais, o Projeto de Lei supramencionado traz esclarecimentos importantes acerca do “novo” status jurídico dos animais, senão vejamos:

Art. 1º - Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais domésticos e silvestres.

Art. 2º - Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

- I. Afirmação dos direitos dos animais e sua respectiva proteção;
- II. Construção de uma sociedade mais consciente e solidária;
- III. Reconhecimento de que os animais possuem personalidade própria oriunda de sua natureza biológica e emocional, sendo seres sensíveis e capazes de sofrimento.

Art. 3º - Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa (BRASIL, 2013).

Vale ressaltar, ainda, o elemento histórico da escravidão, quando, naquela conjuntura, “os escravos eram adquiridos individualmente pelo dono que fazia deles aquilo que muito bem entendia, considerados bens móveis que podiam ser comprados, vendidos ou hipotecados” (GOMES, 2015, [s.p]). Situação aquela em que considerávamos como coisas, animais – ou devo dizer seres humanos – semelhantes a nós, assim como fazemos atualmente com os grandes primatas.

Igualmente, percebe-se a deficiência na hermenêutica sistemática no que tange à atribuição de personalidade a outras entidades, que efetivamente atuam como sujeitos de direitos e não são consideradas meramente coisas¹⁵, e a não personificação dos grandes primatas (MIGLIORI, 2012).

De tal modo, percebemos a incoerência da atribuição do status jurídico de coisa/bens móveis aos grandes primatas, vez que, mais do que os outros animais, são dotados de capacidades (físico-psicológicas) extremamente símiles àquelas dos seres humanos e seus direitos devem ser atribuídos e respeitados individualmente em consonância com o capítulo do Código Civil Brasileiro concernente às pessoas, e não às coisas.

4.4 Personalidade jurídica mínima e a necessária equiparação aos incapazes

Partindo da premissa que os grandes primatas não são considerados bens móveis e possuem o *status* de pessoa, atribuir-se-á a eles a personalidade jurídica.

Ocorre que, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, essa personalidade não pode (nem deve) ser plena, vez que, por mais que os grandes primatas e os seres-humanos sejam semelhantes, ambos não possuem os mesmos direitos. É certo que a ambos devem ser assegurados o direito à vida, à liberdade, à

¹⁵ Um exemplo seria o Condomínio.

integridade e outros, porém, não é o escopo do presente trabalho atribuir aos grandes primatas a faculdade de se casarem, firmarem contratos ou constituírem família. Outrora fosse, viveríamos no filme Planeta dos Macacos como o chimpanzé *General Thade* (MIGLIORI, 2012).

O Dr. Alfredo Migliore (2012) afirma que aos grandes primatas deve ser atribuída a personalidade jurídica mínima/animal. O mesmo elucida isso dizendo:

Luta-se pelo bem estar individual dentro de cada comunidade, perseguem-se os interesses essenciais às condições de existência digna. Chamemos essa luta, protegida e reconhecida como justa pelo direito, de direitos subjetivos.¹⁶ Essa é a substância da personalidade jurídica ou mínima, porque nela estão inseridos apenas os direitos inatos, os direitos mais elementares de personalidade comuns à nossa espécie (como o direito à vida e o direito à integridade física, mas não, por exemplo, o direito ao nome ou à imagem, que são atributos peculiares do homem) (p. 368).

Sob a égide do reconhecimento da personalidade jurídica animal/mínima é que se pretende solicitar que a ONU aprove a Declaração Universal dos Direitos dos Grandes Primatas.

O Presidente do GAP (Grupo de Apoio aos Primatas), Dr. Pedro A. Ynterian (2014), afirma que essa declaração “tem o objetivo de reconhecer os Grandes Símios como Pessoas Não-Humanas, o mínimo aceitável para que possam sobreviver após serem levados à beira da extinção pelos próprios humanos”.

O GAP propõe a concessão de direitos de forma isonômica a todos os grandes primatas: homem, chimpanzé, gorila, bonobo e orangotango.¹⁷

Os princípios norteadores da Declaração Universal dos Direitos dos Grandes Primatas são, *verbis*:

1. O direito a Vida - A vida de todos os grandes primatas deve ser protegida. Seus membros não podem ser mortos exceto em circunstâncias estritamente definidas, como, por exemplo, legítima defesa.
2. A Proteção da Liberdade Individual - Os grandes primatas não podem ser privados arbitrariamente da sua liberdade. Tem o direito de viver em liberdade em seu habitat. Os grandes primatas que já vivem em cativeiro tem o direito de viver com dignidade, em locais espaçosos, conviver com os de sua espécie, formar famílias e serem protegidos da exploração comercial.
3. A Proibição de Tortura - A imposição deliberada de dor intensa, física ou psíquica, a um grande primata, sem motivo ou por um suposto benefício de outros, é considerada uma tortura e é uma ofensa da qual eles devem ser protegidos.¹⁸

¹⁶ Vale lembrar que, conforme elucidado no item 4.2, independentemente da preexistência do direito objetivo, podem ser atribuídos aos grandes primatas o status de sujeitos de direitos.

¹⁷ Declaração Universal dos Direitos dos Grandes Primatas. Disponível em: <<http://www.projetogap.org.br/declaracao-mundial-dos-direitos-dos-grandes-primatas/>>. Acesso em: 05 out. 2015.

¹⁸ Idem.

De tal modo, uma vez reconhecida a personalidade jurídica aos grandes primatas, como esta será mínima, carecerá o símio de um tutor ou representante legal – assim como se exercitam as pretensões e direitos dos incapazes – para que, em seu nome, sejam defendidos seus interesses (MIGLIORI, 2012).

Uma vez reconhecido o status de sujeitos de direitos aos grandes símios, estes serão equiparados aos incapazes e, de tal maneira, será necessária a adequada representação para que os mesmos possam estar cobertos pela capacidade de exercício. Essa representação se dará por meio de nomeação de tutor ou representante legal ao primata, e este deverá agir de acordo com os interesses do tutelado/ representado, podendo até ser a associação cuidadora do mesmo.¹⁹

5 Conclusão

Tendo em vista todo o conteúdo apresentado, o presente artigo entende pela possibilidade do reconhecimento da personalidade jurídica aos grandes primatas.

Em face da omissão do art. 1º do Código Civil Brasileiro, é notório que os símios-mor enquadram-se na categoria de pessoas e, de tal modo, são capazes de adquirir a capacidade de gozo, devendo ser equiparados aos incapazes, vez que, como restou comprovado, os direitos subjetivos possuem certa independência para com os objetivos.

Ademais, os grandes primatas mostraram possuir semelhanças físico-psicológicas extremamente símile para com o *homo sapiens*, sendo seres possuidores de estruturas sociais complexas, bem como significativo desenvolvimento mental, equiparando-se a uma criança de sete anos de idade.

De tal modo, é imprescindível que aos grandes primatas seja reconhecida a personalidade jurídica mínima/animal, e sejam estes equiparados aos incapazes – rechaçando o atual *status* animal de bem móvel – bem como seja aprovada na ONU a Declaração Universal dos Direitos dos Grandes Primatas, a fim de que esses animais possam ter uma vida digna, como seres vivos que são, e não como meros objetos destinados a satisfazer os interesses antropológicos.

Referências

BRASIL. 5ª Vara Criminal de Niterói/r. *Habeas Corpus* nº 0063717-63.2009.8.19.0002. Impetrante: Heron José de Santana Gordilho e outro(s). Impetrado: Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal de Niterói/RJ, Dr. Carlos Eduardo Freire Roboredo. Rio de Janeiro, 19 de janeiro de 2010.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.799, de 2013. *Projeto de Lei 6799*. Disponível em:

¹⁹ Entendimento adotado por David Favre, Daniel Lourenço e Alfredo Migliore.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filenome=PL+6799/2013>. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

CHUECCO, Fátima. *Os grandes primatas*. 2015. Disponível em: <<http://www.projetogap.org.br/primata/os-cinco-grandes-primatas/>>. Acesso em: 29 set. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Volume 1*. Saraiva, 2003.

Declaração Universal dos Direitos dos Grandes Primatas. Disponível em: <<http://www.projetogap.org.br/declaracao-mundial-dos-direitos-dos-grandes-primatas/>>. Acesso em: 05 out. 2015.

Evolução do Homem. Disponível em: <<http://simbiotica.org/evolucaohomem.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

FRANCO, Denis. Animais não são Coisas. *Revista Ética e Filosofia Política*, v. 2, p. 86-99, dez. 2014. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/17_2_rodrigues.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. Animais Não Humanos: Os Novos Sujeitos De Direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 8, n. 14, p. 101-129, 203. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/9142/6589>>. Acesso em: 05 out. 2015.

GOMES, Carlos. *Antecedentes ao capitalismo: estrutura escravista*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2008a/372/#indice>>. Acesso em: 05 out. 2015.

Grandes Primatas. Disponível em: <<http://www.biomania.com.br/bio/conteudo.asp?cod=3418>>. Acesso em: 30 set. 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 150.

LEITE, Ana. *Sujeitos ou coisas: os animais segundo o Código Civil*. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11923> Acesso em: 30 set. 2015

MACEDO, Roberto. *Proposta de mudança no Código Civil estabelece que animais não são coisas*. Disponível em: <<http://ferreiramacedo>>.

jusbrasil.com.br/noticias/198657308/proposta-de-mudanca-no-codigo-civil-estabelece-que-os-animais-nao-sao-coisas>. Acesso em: 29 set. 2015.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade jurídica dos grandes primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 465 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 41. ed. Saraiva, 2007.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: Introdução e Parte Geral Direito das Pessoas*. v.1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. p. 303.

WAAL, Frans de. *Eu, primata*. Tradução: Laura Teixeira Mota. Cia das Letras. 2007.

YNTERIAN, Pedro. *Uma Declaração Universal dos Direitos dos Grandes Primatas*. 2014. Disponível em: <<http://www.projetogap.org.br/noticia/uma-declaracao-universal-dos-direitos-dos-grandes-simios/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

Criminalidade organizada e a reação do estado brasileiro

Organized crime and the reaction of the Brazilian State

Emanuelle Barbosa de Brito

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
E-mail: emanuellebbrito@hotmail.com

Guilherme Caixeta Borges

Orientador do trabalho e professor coordenador do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
E-mail: guilhermecb@unipam.edu.br

Resumo: O presente trabalho realiza uma abordagem acerca da criminalidade organizada, analisando a maneira que o Brasil reage a esse problema. Essa pesquisa científica tem como objetivo principal analisar se Estado tem combatido a criminalidade organizada. E tem como finalidade específica avaliar se o Estado está garantindo a ordem pública, bem como verificar a proeminência do poder do crime organizado e, por fim, ponderar a eficácia do Programa das Upps no Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Criminalidade Organizada. Reação do Estado. Controle Social.

Abstract: This work investigates about organized crime by analyzing the way that Brazil reacts to this problem. This scientific study is meant to examine whether the State has been fighting against organized crime. And it has the specific purpose of assessing whether the State is ensuring public order, and check the prominence of organized crime power and, finally, consider the effectiveness of the Upps Program in Rio de Janeiro.

Keywords: Organized Crime. State Reaction. Social Control.

1 Introdução

A presente pesquisa mostra-se de grande importância, pois em meio à repercussão dos altos índices de criminalidade no Brasil e sua organização na prática de atos delituosos, a sociedade é castigada pela insegurança e sofre cada vez mais com a ineficiência do Estado. Por conseguinte, é importante refletir sobre esse contexto para compreender a dimensão do problema no país e também para analisar o comportamento do Estado perante a manutenção da ordem pública e da paz social.

O crime organizado está infiltrado na sociedade e afronta o Estado Democrático de Direito. Desse modo, o estudo atentou-se a abordar o tema em conformidade com atual realidade social em que se encontra o país.

Partindo dessa premissa, analisou-se que o crime organizado não se trata de um fenômeno recente e que já se desenvolve no país desde o século XX. Devido ao objetivo do trabalho não ser esgotar a história do crime organizado, outros comandos de menores repercussões não serão contextualizados.

A partir da Lei de Organização Criminosa (12.850/2013), que trouxe o conceito mais claro sobre crime organizado, percebe-se que o crime de formação de milícias e de associações criminosas se difere daquele, portanto o estudo em tela não fará menção a estes.

Para uma melhor compreensão de como o crime organizado atua no Brasil, destacaram-se as principais modalidades atuantes no cenário nacional, bem como a maneira de que desempenham suas atividades. Nesse sentido, verificou-se que a criminalidade organizada exerce um poder expressivo dentro da sociedade.

A investigação do tema analisa a postura do Estado Brasileiro no combate à criminalidade organizada e revela se o mesmo vem garantido a ordem social. Por fim, para avaliar a implementação de políticas públicas de segurança, ponderou-se a eficácia do programa das Unidades de Polícia Pacificadoras no Estado do Rio de Janeiro.

A fim de delinear sobre o tema, foi empregada metodologia teórica com a realização de pesquisa bibliográfica, assim como apreciação de artigos e noticiários.

2 O Estado

2.1 Conceito e evolução histórica de Estado

A origem do Estado é matéria de grande discussão, pois várias teorias tentam explicar o seu surgimento. As teorias basilares responsáveis por explicar a origem do Estado foram: a patriarcalista, a teocrática, a contratualista, a patrimonialista e a da força. Na oportunidade, de acordo com Acquaviva (2010), será feita uma breve síntese das teorias supracitadas.

A teoria patriarcalista foi idealizada por Bossuet e Robert Filmer, os quais partem do pressuposto de que o Estado é como o pai de todos, ou seja, aquele que coordena tudo na sociedade, o Estado seria uma ampliação da família patriarcal, doutrina, portanto deu fundamento à Monarquia. A doutrina teocrática, que teve como seus principais pensadores Demóstenes, Luís XIV, Bossuet e J. F. Stahl, preconiza que o Estado foi instituído por Deus, assim sendo, sua criação era uma inspiração divina.

Os estudiosos que fundaram a teoria patrimonialista, dos quais se destacam John Locke e Adam Smith, dizem que o Estado se originou para proteger a propriedade e regularizar as relações patrimoniais. Já a teoria da força, também conhecida como Darwinismo Social, teve como maior fundador Charles Darwin, que alega que a existência do Estado provém do poder dos mais fortes, ou seja, os fracos devem se submeter às ordens dos mais fortes.

Possuindo maior proeminência com filósofos Hobbes e Rousseau, a teoria contratualista afirma que o Estado decorre da formação de um contrato social, firmado entre os homens. Para Hobbes, a sociedade deve se submeter ao poder e às regras do Estado, para este assegurar a paz social; e, para Rousseau, por meio do contrato, os indivíduos abdicam de sua vontade individual para priorizar uma vontade coletiva, exteriorizada por um poder político.

Desenvolveram a ideia de que o Estado resulta de um contrato, um acordo entre os homens. A tese do contrato social surgiu de pontos de vista diversos e, muitas vezes, conflitantes, ora para explicar a origem do Estado (Hobbes), ora para justificar o poder do príncipe, como ocorreu na Idade Média, período em que era usual reconhecer a existência de um contrato entre o governante e o povo, pelo qual este se comprometia a obedecer àquele (*pacta sunt servanda*). Seja para garantir um mínimo de liberdade (Rousseau), ou para evitar a guerra de todos contra todos (Hobbes), os homens, tangidos pela razão, foram paulatinamente se congregando e abdicando de uma liberdade natural perigosa e irrealizável, para adotar uma liberdade civil que, embora limitada, garantiria a liberdade (Rousseau), a paz (Hobbes) (ACQUAVIVA, 2010, p. 15).

Ressalte-se que de todas as teorias mencionadas, o contratualismo é a teoria mais relevante para os dias atuais, pois gerou a concepção de Estado moderno. O Estado deixou de ser uma simples causa natural de formação das sociedades e passou a se originar de uma ideologia racional e voluntária. Os indivíduos passam a compreender que existe a necessidade de formar uma corporação política para existir um ente controlador e organizador da sociedade.

Nessa ordem de ideias, um único conceito de Estado não é capaz de abranger toda a sua amplitude, mas a definição moderna de Estado oferecida por Giddens merece ser lembrada.

Um estado existe quando há um aparelho político de governo (instituições como um parlamento ou congresso, mais funcionários públicos), que governa um dado território, cuja autoridade é apoiada por um sistema legal e pela capacidade de usar a força militar para implementar as suas políticas (GIDDENS, 2005, p. 342).

Assim sendo, para a permanência de um Estado, é necessário ter um governo amparado em normas legais que coordene o país, usando de força, de poder e de soberania.

2.2 Estado Democrático de Direito

No primeiro momento, é válido conceituar o que é um Estado de Direito. O Estado de Direito surgiu em meados do século XIX na Alemanha, consubstanciando o entendimento de que o Estado tem suas ações regularizadas e limitadas por normas jurídicas.

Assim, o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica, mas, também a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição (STREK, 2003, p. 88).

O Estado Democrático de Direito, segundo Alexandre Moraes (2014), se respalda no respeito às garantias e direitos fundamentais dos indivíduos e consagra como seu principal escopo a participação popular na vida política do país.

O Estado Democrático foi instituído no Brasil pela Constituição da República de 1988. Dessa maneira, preconiza-se que o Estado brasileiro deve se orientar por normas democráticas que respeitem os direitos e garantias fundamentais e que garantam a participação do povo no poder do Estado, a partir da escolha de seus representantes, bem como a participação em audiências públicas e também em projetos de leis de iniciativa popular.

2.3 A ideia de Estado do Bem Estar Social

Durante o século XIX, na Europa, vigorava o pensamento das escolas econômicas que intitulavam a mínima intervenção do Estado no mercado, defendendo a tese de que não havia necessidade das relações econômicas serem regulamentadas por aquele - esse processo foi conhecido como liberalismo. Contudo, esse modelo estatal fracassou com a Primeira Guerra Mundial, pois intensificaram as disputas de mercado, gerando crises aos países envolvidos. Nesse momento, foi indispensável a intervenção do Estado nas relações econômicas para regularizar a situação. A partir dessa necessidade, observou-se que o modelo liberal não mais atendia a conjuntura da realidade que os países viviam.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, surge o Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), que, por meio de uma parceria público e privado, estrutura-se no modelo de Estado que garante à população assistências consideradas indispensáveis à existência da promoção social, assegurando educação, saúde, emprego, segurança, dentre outras. De acordo com Renato Cancian (2007), o *Welfare State* parece uma realidade distante dos países, ficando difícil sua concretização devido ao conflito de interesses do Estado e da população.

No Brasil, a intervenção estatal teve início no Governo de Vargas (1930-1945) e seu ápice na ditadura militar (1964-1985), contudo não proporcionou vantagens expressivas à sociedade, beneficiando diretamente apenas uma classe, gerando, especialmente, o fortalecimento dos empresários. No governo do ex-presidente Lula, foram delineados programas de políticas públicas, reacendendo a ideia de Estado do bem estar social. Mas, no atual momento, a população brasileira está exausta em saber que sua proposta não era bem essa.

2.4 O Ius Puniendi do Estado

As regras são indispensáveis para manter o convívio social. A norma penal tem como escopo principal a proteção dos bens jurídicos, caso esses sejam desrespeitados, o Estado impõe ao agente a sanção vinculada ao delito praticado, exercendo seu direito de punir.

Do ponto de vista objetivo, o Direito penal (*ius poenale*) significa não mais do que um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando, também sua aplicação. Já em sentido subjetivo (*ius puniendi*), diz respeito ao direito de punir do estado (princípio da soberania),

correspondente à sua exclusiva faculdade de impor a sanção criminal diante da prática do delito (PRADO, 2014, p. 66).

O Direito Penal não pode ser visto apenas no seu caráter opressor, mas também deve ser lembrado em seu modo preventivo, capaz de evitar reiteradas ações delituosas. Não se pode esquecer que o direito de punir do Estado só se legitima para garantir a ordem social, portanto essa finalidade também deve ser observada. Ressalte-se que o direito penal não deve ser aplicado de maneira hipócrita, mas deve ser efetivado, analisando seu cunho social.

O Direito Penal é muito mais que um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e refreando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir, com método e ciência, o justo anseio social (CAPEZ, 2014, p. 25).

Nessa perspectiva, é salutar recorrer ao ramo das ciências sociais, especificadamente à Sociologia, para analisar algumas teorias centrais que auxiliam nos estudos da criminalidade. Dentre elas destacam-se as positivistas, as funcionalistas, as interacionistas, a teoria do controle e a teoria do conflito. No ensejo, é válido ressaltar a teoria do controle.

A teoria do controle dita que a conduta criminosa está ligada à falta de controle social.

A teoria do controle postula que o crime ocorre como resultado de um desequilíbrio entre os impulsos em direção à atividade criminosa e os controles sociais ou físicos que detém. Interessa-se menos pelas motivações que os indivíduos possuem para executar crimes; supõe em lugar disso, que as pessoas ajam racionalmente e que, dada a oportunidade, qualquer um se envolveria em atos desviantes (GIDDENS, 2005, p. 177).

Dentro da teoria do controle encontra-se a “teoria das janelas quebradas”, que consiste na ideia de que se uma janela quebrada não for consertada, supostamente dará margem para indivíduos desviantes entenderem tal fato como um ensejo para praticarem crimes. Isso porque nem a polícia, nem mesmo os moradores se preocuparam com a conservação. Desse modo, enquanto estiver existindo ensejos para a prática criminosa, a tendência é que ele não cesse. Note-se que não basta ter um Estado que pune o infrator, é necessário oferecer oportunidades que proporcionem a ressocialização.

3 Criminalidade organizada

3.1 Antecedentes históricos no Brasil

A criminalidade organizada no Brasil não é “prodígio contemporâneo”. Estudar sua origem demandaria uma análise mais aprofundada. Em breve síntese, o trabalho propõe a ressaltar as organizações de maior expressão no âmbito nacional. De acordo com os estudiosos do assunto, o crime organizado teve sua estirpe no século XX, com o movimento do cangaço no nordeste. Os cangaceiros não satisfeitos com as condições sociais que se submetiam se dividiram em três grupos: os latifundiários, os fazendeiros e os políticos, e um grupo autônomo, que não se vinculava a nenhuma classe, para aterrorizar o agreste nordestino.

Logo em seguida, intensificaram-se a prática do “jogo do bicho” que ficou marcado pelo envolvimento de políticos e empresários, sendo estes os financiadores e organizadores da prática ilegal. Mas a ascendência do crime organizado se deu com os comandos apontados a seguir.

Na década de 70, segundo Carlos Amorim (1993), surgiu uma das mais importantes organizações criminosas do Brasil, o chamado Comando Vermelho (CV), oriundo da Falange Vermelha, implantado no Estado do Rio de Janeiro, no presídio de Ilha Grande em Angra dos Reis. Essa facção decorreu do contato entre presos comuns policiais e políticos corruptos, na época da ditadura militar, que se uniram para melhorarem suas condições dentro do presídio. A partir do convívio, criaram várias articulações de enfrentamento ao Estado, sendo a principal atividade o empreendimento de fugas sob o ideal de paz, justiça e liberdade. Mas, com o passar do tempo, o CV ampliou seu poder de mando, tendo como seu chefe Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar, que promoveu uma aliança com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARCs), passando a ser o fornecedor oficial de drogas ao comando. O CV se tornou o maior polo de tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Além do tráfico de drogas, desencadeou o tráfico de armas, resultando em um armamento pesado nas mãos de criminosos. Os traficantes governavam as favelas e os moradores ficavam a mercê de suas vontades. Atualmente, o Comando Vermelho atenuou seu poder de mando, já que seus principais integrantes estão presos.

Na década de 90, de acordo com Roberto Porto (2008), surgiu o Primeiro Comando da Capital (PCC), criado no Estado de São Paulo por presidiários do Anexo da Casa de Custódia de Taubaté. O que era para ser algo restrito ao presídio, por não ser contido em sua primazia, permitiu disseminação do poder em território nacional, se transformando na maior organização criminosa já existente no país. O PCC tem como líder máximo Marco Willians Herbas Camacho, o Marcola. A organização criminosa se destaca por sua estrutura organizacional consubstanciada em normas estabelecidas por um estatuto e também por possuir uma hierarquia entre os componentes, que se subdividem em tarefas criminosas específicas. As principais atividades são narcotráfico, rebeliões, sequestros, homicídios e assaltos a bancos. No ano de 2006, o Brasil viveu cenas de grande pavor e violência, centenas de pessoas incluindo criminosos e policiais morreram decorrente à ação criminosa, os ataques fizeram a maior cidade da América Latina “parar”. Os ataques cessaram mediante a “um

acordo” estabelecido entre o chefe do PCC e o Estado. Mas o comando ainda continua com suas articulações nos presídios e também fora deles.

3.2 Conceito e características do Crime Organizado

No século passado, diante à proporção que a criminalidade organizada se desenvolvia, os juristas clamavam por uma definição legal da mesma. A lei 9.034/1995, anterior à vigente, sequer trazia uma conceituação a respeito. O Brasil, por omissão da lei, no ano de 2004 (dois mil e quatro), para seguir um conceito prévio, ficou signatário da Convenção de Palermo, uma Convenção das Nações Unidas realizada na Itália contra o Crime Organizado Transnacional. Mas foi com o Advento da Lei de 12.850/13 que ficou tipificado um conceito pátrio nacional. Assim sendo, a lei estabeleceu em seu artigo 1º§1º a seguinte definição:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O dispositivo preceitua na sua parte final a prática de infrações penais que sejam de caráter transnacional, e nessa oportunidade é importante esclarecer o significado de delito transnacional. Segundo Mendroni (2015, p. 25), “são aqueles que se caracterizam pela sua natureza multifuncional de impacto além das fronteiras de um determinado país, atingindo ou gerando efeitos diretos ou indiretos em dois ou mais Países, como o tráfico de drogas”.

Por uma melhor compreensão do que seja criminalidade organizada, atente-se ao conceito adotado por Flávio Cardoso Pereira (2015, p. 31):

por esta razão, de forma perfunctória e ao mesmo tempo objetiva, poderíamos afirmar que a atuação de uma organização criminosa se refere ao agrupamento de um número considerável de pessoas com caráter de habitualidade, as quais, baseadas no respeito ao princípio da organização hierárquica, e contando com uma estrutura logística e estrutural, próprias de uma corporação empresarial, buscam através da prática de delitos graves e com destacada repercussão social a obtenção de vantagens econômicas com alta margem de lucratividade.

O crime organizado, além de ser uma estrutura organizada estabelecida na divisão de tarefas e territórios e de ser marcado por uma hierarquia entre seus membros, possui outras características que merecem ser lembradas. De acordo com Luís Flávio Gomes (2013, [s.p.]) são: “oferta de prestações sociais para determinados seguimentos da sociedade; emprego de recursos tecnológicos avançados; capacitação para a fraude difusa e conexão local, regional, nacional ou internacional”. Logo, para identificar uma organização criminosa, é importante vislumbrar suas peculiaridades.

3.3 Principais modalidades no Cenário Nacional

Além de conceituar criminalidade organizada, é imprescindível conhecer suas modalidades. Segundo Mendroni (2015, p. 29-30), há quatro modalidades mais expressivas, que se decompõem em: Tradicional, que funciona como uma empresa voltada às práticas de crime de qualquer natureza; Rede, que atua pela globalização, ou seja, verificando o território de maior promiscuidade de lucro; Empresarial, que é aquela praticada por empresários que se valem de suas atividades lícitas para praticar fins ilícitos, como crimes ambientais e fraudes; e, por fim, a Endógena, que se configura pelos crimes praticados pelos representantes do Estado, no âmbito dos três poderes, se apropriando de dinheiro público.

Mais restrito à esfera nacional, Luis Flávio Gomes (2012) também divide o crime organizado em três principais grupos que atuam na criminalidade organizada, quais sejam: a praticada pelo poder público, pelos poderes econômicos e por organizações privadas (recrutamento de delinquentes).

Todas as modalidades supracitadas possuem o mesmo o objetivo: a lucratividade e o poder de mando. A partir de suas atividades ilegais, como extorsões, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro, homicídios, assaltos a bancos dentre outras, sustentam um mercado de grande poder financeiro.

É evidente que a modalidade que vem se destacando no país é a criminalidade realizada pelo poder público juntamente com organizações privadas, se tornando uma aliança resolúvel que articula suas ações para um crescimento econômico, consubstanciados na lavagem de capitais. Note-se a exposição a seguir que reflete o atual momento no Brasil.

Neste último escândalo (tanto quanto nos mensalões do PT e do PSDB), estamos diante de uma criminalidade organizada P8 (Parceria Público-Privada entre Poderosos para a Pilhagem do Patrimônio e do Poder Públicos), porque envolve a conquista ou preservação do poder político, econômico e financeiro. Trata-se de um crime organizado cleptocrata porque envolve os que governam o país (os que mandam no poder e no Estado). No caso Petrobras a organização criminosa se estruturou sobre quatro pilares (administrativo, político, financeiro e econômico). Pela primeira vez no Brasil institucionalizou-se o uso do dinheiro público para a preservação do grupo hegemônico atual (PT, PMDB, PP etc.) no poder. Pelo que indicam os primeiros indícios, deu-se a mesma coisa (em proporção menor, no entanto) nos casos do trensão e do metrô SP (ou seja, o dinheiro da corrupção também teria servido para a preservação do PSDB no comando do poder político). Sob o formato P2, P6 ou P8, o certo é que o crime organizado tomou conta do país. É preciso que o Poder Jurídico de controle atue fortemente, pois do contrário os ladrões cleptocratas (sobretudo) não nos deixarão sair do subdesenvolvimento jamais (GOMES, 2015, [s.p.]).

É notável que o crime organizado está infiltrado nas camadas sociais e que possui um poder econômico eloquente, capaz de subornar as classes mais elevadas da sociedade.

4 Realidade brasileira

4.1 Crime Organizado e a Reação do Estado Oficial

Como o mencionado anteriormente, na década de 80 a 90, o tráfico de drogas começou a comandar as favelas do Rio de Janeiro. Os criminosos, percebendo que as comunidades tinham sido esquecidas pelo Estado, expandiram seu domínio, passando a exercer um controle expressivo sobre os habitantes das favelas.

Os traficantes passaram a ditar as regras, fazendo com que tudo funcionasse conforme seus comandos. Na troca de recrutamento de delinquentes e de favores, ofereciam à população trabalho, remédios e uma falsa proteção. Dessa maneira, faziam as vezes do Estado Oficial e, nesse momento, surge a expressão “poder paralelo”, conhecida também como “Estado Paralelo”.

Nessa oportunidade, imperioso se faz o entendimento sobre como se intitula um poder.

Tal relação torna-se possível apenas com base em uma ordem por meio do qual um seja investido de poder e outro seja obrigado a obedecer. O poder social é essencialmente correlato à obrigação social, e a obrigação social pressupõem a ordem social ou, o que redundando no mesmo, a organização social. O poder social é sempre um poder que, de modo ou de outro é organizado. O poder do estado é o poder organizado pelo Direito positivo- é o poder do direito, ou seja, a eficácia do direito positivo (KELSEN, 2000, p. 274).

Desse modo, a autoridade do Estado oficial ficou em segundo plano, instaurando-se, portanto, um poder estruturado no crime capaz de controlar as comunidades.

Na opinião de Luís Flávio Gomes (2013), apesar do poder paralelo afrontar os princípios de democracia, existe um poder central que regula toda a dimensão do crime organizado, o chamado poder transversal. Esse poder atravessa os poderes constituídos por meio da corrupção, mal que alcança todo o país. Assim sendo, o poder transversal suplanta o poder paralelo, pois este se limita a territórios demarcados.

De qualquer maneira, o Estado pré-constituído admite o crescimento do crime organizado, seja quando é omissivo, deixando o poder paralelo atuar, ou quando o mesmo pertence à organização criminosa.

4.2 Direito à segurança pública

A Constituição de 1988 consagra em seu preâmbulo que o Estado Democrático de Direito será destinado a assegurar os direitos individuais, e dentre os mencionados está o direito à segurança. O constituinte ainda preceitua, no artigo 5º, que será garantida a segurança a todos os brasileiros e estrangeiros. E, para finalizar, a Carta Maior informa em seu artigo 144 que o Estado tem o dever de garantir a segurança pública por meio dos órgãos policiais.

O direito à segurança pública não está sendo concretizado de maneira satisfatória, pois medidas aplicadas pelo governo não têm demonstrado sucesso. Hoje, o Brasil é o 12º país mais violento do mundo. O trecho a seguir explicita a indignação:

Essa política nefasta e infértil (os resultados estão aí para comprovar sua ineficácia) já teria sido extirpada do solo brasileiro se as massas rebeladas (objetivamente indignadas) não caíssem esporádica ou frequentemente na tolice de acreditar no *mito da segurança grátis*. O Brasil não tem conseguido sair do atoleiro do semi-desenvolvimento (continua na vergonhosa posição 69ª no ranking mundial do IDH – Índice de Desenvolvimento Humano). Um dos termômetros desse sub ou semi-desenvolvimento é a questão da insegurança pública, que é alimentada por uma trágica criminalidade galopante (mais violenta nos criminosos das classes populares e mais corrupta e fraudulenta nos criminosos das classes dominantes) (GOMES, 2015, [s.p.]).

Infelizmente, enquanto os governantes fazem mau uso dos recursos públicos, os brasileiros seguem suas vidas circundadas pelo medo.

4.3 A Política das UPPs no Rio de Janeiro

Salienta-se que, por muitos anos, o Estado deixou as favelas do Rio de Janeiro a mercê dos criminosos, consentindo com a atuação do Estado Paralelo. Os traficantes, com a omissão do Estado, impuseram nas comunidades um poder ilegítimo de controle social, fazendo com que os habitantes dos territórios dominados submergissem as suas vontades.

Em decorrência da atuação de traficantes e da falta de controle exercido pelo Estado, foi instaurada, nas comunidades do Rio, uma guerra entre criminosos, policiais honestos e policiais corruptos, resultando em uma intranquilidade social. Certamente, necessitava-se de uma atitude do governo para conter a atuação dos criminosos. Assim sendo, no ano de 2008 (dois mil de oito), o Governo do Rio de Janeiro implantou um programa de segurança pública, conhecido por Unidade de Polícia Pacificadora (UPP). E para o secretário de Segurança, José Mariano Beltrame (2013, [s.p.]), o programa das UPPs “não é só um projeto de segurança, é uma política de Estado, de valorização da vida e de geração de esperança para o povo carioca e fluminense”.

Segundo o governo do Rio de Janeiro, o programa tem como objetivo pacificar as favelas, oferecendo desenvolvimento social e econômico das comunidades, pois potencializa a entrada de serviços públicos, a infraestrutura, os projetos sociais, esportivos e culturais, os investimentos privados e oportunidades.

As unidades de polícia pacificadoras possuem 38 (trinta e oito) instalações distribuídas nas favelas, e, segundo a Secretaria de Segurança do Rio de Janeiro, as UPPs vêm demonstrando êxito na atenuação dos homicídios, mas, por outro lado, o tráfico de drogas continua a manifestar alta incidência.

Na comparação com 2007, ano que antecedeu a instalação de UPPs, a quantidade de homicídios dolosos nas comunidades pacificadas caiu 76%. Os crimes dessa natureza reduziram de 167 para 40 nas comunidades pacificadas. [...]. O principal

objetivo da política de pacificação é diminuir a violência e, sobretudo, os crimes contra a vida. [...]. Por outro lado, a apreensão de drogas subiu 173,6% e as ocorrências com flagrante cresceram 255% (MERGULHÃO, 2015, [s.p.]).

Apesar de o Governo carioca afirmar o sucesso das UPPs, notícias repercutem no país que o programa passa por um momento de crise. De acordo com dados do jornal G1 do Rio de Janeiro, desde 2014, a cada 40 dias morre um policial nas UPPs (COELHO, 2015). Em contrapartida, as mortes causadas por policiais também crescem.

A três meses do fim do ano, o Rio de Janeiro já possui mais casos de mortes causadas por policiais, os chamados "autos de resistência", do que o acumulado em todo o ano de 2013, segundo dados do ISP (Instituto de Segurança Pública do Rio). De janeiro a agosto desse ano, a Polícia Civil registrou 459 ocorrências do tipo nas delegacias do Estado. Em 2013, de janeiro a dezembro, o mesmo indicador foi de 416 vítimas (ANDRADE, 2015, [s.p.]).

Em 2015, uma cena flagrada pelo celular de um dos moradores do Morro da Providência incitou um momento delicado das UPPs.

São Paulo – O porta-voz das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) da Polícia Militar (PM) do Rio de Janeiro, major Ivan Blaz, disse nesta terça-feira (29) que a imagem desse projeto da segurança pública foi abalada pelas cenas gravadas em um celular e divulgadas nas redes sociais, em que quatro policiais militares, depois de balearem um rapaz de 17 anos, modificam a cena do crime para forjar um auto de resistência, no Morro da Providência, na região central do Rio (Redação Rede Brasil Atual, 2015).

Note-se, portanto, que o programa passa por um período não agradável, há quem diga que o programa está falido. Os moradores já não se sentem motivados a participar dos projetos sociais. Alguns policiais reclamam do mau treinamento e outros preferem tornar-se criminosos. Em decorrência a esses fatos, o 7º (sétimo) ano da política das UPPs não demonstra a mesma eficácia dos primeiros anos de instalação.

Na oportunidade, destaca-se que o poder dos traficantes nas favelas do Rio de Janeiro foi restringido não apenas em razão das instalações das UPPs, mas também em decorrência de uma modalidade criminosa praticada por milícias. Estas se caracterizam por grupos formados por policiais, ex-policiais e cidadãos comuns que atuam em territórios demarcados a fim de manterem um sustento econômico, financiado pelos próprios moradores. Esses grupos proporcionam assistência às comunidades de maneira ilegal, oferecem segurança ilusória, controlam serviços de transporte, de energia, de acessos à internet, dentre outras. Observe que as milícias também exercem um poder paralelo ao do Estado Oficial, adverte-se, portanto, que suas ações devem ser combatidas.

Ressalte-se que presença do Estado a partir das UPPs não é o suficiente para cessar a atuação dos criminosos, pois o governo se esqueceu de que, para ter êxito na efetivação de políticas de segurança, é necessário assumir seu poder oficial de controle.

As informações demonstram que a estrutura do programa é frágil, e mais uma vez o Estado mostra-se ineficiente ao controle da criminalidade.

5 Conclusão

Em conformidade com o arrolado neste trabalho, o Estado é o ente responsável por gerir a sociedade, impondo regras e exercendo o controle social. Na concepção de democracia, os governantes, integrantes do poder Estatal, devem atender às necessidades e a vontade da população. O Brasil, infelizmente, se constitui como um país democrático apenas nos planos da Constituição, pois o governo é marcado pela corrupção, diariamente informações chegam aos brasileiros sobre o envolvimento do poder público com o crime organizado. Conclui-se que o Brasil não há de ser um Estado do bem estar social enquanto for um país subdesenvolvido, marcado pela desigualdade e por uma política desordenada.

Constata-se que o *ius puniendi* do Estado por si só não cumpre seu cunho social, pois os infratores, depois que cumprem a pena imposta pelo Estado, encontram uma sociedade desestruturada, sem bases para oferecer uma mudança de comportamento.

Não se sabe o futuro da política das UPPs no Rio de Janeiro. O governo carioca mostra a redução do número de homicídios nas favelas, mas não traz informações satisfatórias sobre a atenuação do tráfico de drogas, ou seja, o crime protagonista das favelas continua sendo mantido. A polícia pacificadora está manchada por policiais criminosos que cometem abusos incitando a violência e que matam suspeitos sem nenhuma chance de defesa. O tempo dirá se realmente houve uma pacificação ou se não passou de uma ilusão que durou alguns anos.

A criminalidade organizada funciona como “instituição” do crime, suas ações atentam contra a segurança pública e a ordem social democrática, levando constante perigo à população e à estabilidade estatal. Urgentemente, é necessário cessar o crescimento da delinquência organizada, e o primeiro passo é paralisar as ações do poder transversal, punindo os agentes criminosos infiltrados no poder público, pois estes são os principais responsáveis pela manutenção do crime organizado.

Os representantes do Estado mantêm-se tranquilos, pois a sociedade brasileira está preocupada em reduzir a maioria penal e em aumentar a rigorosidade das leis penais, esquecendo-se que, atualmente, o principal inimigo da sociedade é próprio Estado.

Enfim, a política governamental do Brasil não se organiza para prover as necessidades da população, não efetivando políticas públicas para a promoção social, porque lamentavelmente está preocupada em organizar a criminalidade, e não o Estado. Por evidente, o Estado Oficial não detém o controle social, conseqüentemente, não garante a ordem pública e gera uma intranquilidade social.

Referências

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Barueri: Manole, 2010. 372 p.

AMORIM, Carlos. *Comando Vermelho: a história secreta do crime organizado*. Record, 1993. 277 p.

ANDRADE, Hanrrikson de. *RJ já tem em 2015 mais mortos por policiais do que em todo o ano de 2013*. 2015. Disponível em: <www.uol.com.br/>. Acesso em: 01 out. 2015.

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

BRASIL. Lei nº 12850, de 02 de agosto de 2013. *Organização Criminosa*. Brasília, DF.

BELTRAME, José Mariano. *As Upps*. Disponível em: <<http://www.upprj.com/>>. Acesso em: 26 maio 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral* 01. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 639p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial* 04. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://portal.unipam.edu.br/leitor.editorasaraiva.com.br/biblioteca#/>>. Acesso em: 26 maio 2015.

CANCIAN, Renato. *Estado do bem-estar social: história e crise do welfare state*. 2007. Disponível em: <www.uol.com.br/>. Acesso em: 08 set. 2015.

COELHO, Henrique. *Um policial morre a cada 40 dias em UPPs do Rio desde 2014*. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. 600 p.

GOMES, Luis Flavio. *Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. *Brasil: 12º mais violento do planeta*. 2015. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 26 de maio 2015.

_____. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 - Criminalidade Organizada*. 2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. *PCC, Carf e Petrobras: criminalidade organizada* P2, P6 e P8. 2015. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 11 ago. 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637p. Tradução de Luís Carlos Borges.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos gerais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 580p. Disponível em: <<https://portal.unipam.edu.br/http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 15 set. 2015.

PORTO, Roberto. *Crime organizado e sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2008. 112p. Disponível em: <<https://portal.unipam.edu.br/http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 14 set. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 946p.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. 173p. Disponível em: <<https://alunos.unipam.edu.br/http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 1564 p.

REDAÇÃO DA RBA. *Novo flagrante de crime cometido por PMs abala política de UPPs no Rio*. 2015. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

RIO DE JANEIRO. Alfredo Mergulhão. Secretaria de Segurança do Estado (Ed.). *Estatísticas mostram que áreas pacificadas mantêm indicadores positivos de criminalidade*. Disponível em: <<http://www.upprj.com/>>. Acesso em: 25 set. 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 195 p.



JURISVOX
N. 16, VOL. 2, DEZ. 2015
SEÇÃO DOCTRINA

A aplicação vinculante dos precedentes judiciais no novo código de processo civil

The binding application of judicial precedents in the new Code of Civil Procedure

Alexandre Máximo Oliveira

Mestrando pela Universidade de Itaúna (UIT/MG), área de concentração Proteção dos Direitos Fundamentais, linha de pesquisa Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Professor em Direito Processual Civil no Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM/MG). Advogado. E-mail: alexandremo@unipam.edu.br

Bruna Naiara Morais

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). E-mail: brunanaiaramorais@outlook.com

Resumo: O presente artigo tem o propósito de discorrer sobre as tradições de *civil law* e *common law*, bem como a eficaz aplicação dos precedentes judiciais na Lei 13.105/2015 com o objetivo de uniformizar a jurisprudência. Analisar-se-á como pode ser feita a aplicação dos precedentes e do impacto da não aplicação perante o Poder Judiciário e a sociedade. São abordados, também, os deveres dos magistrados perante os precedentes, a possibilidade de revogação ou afastamento dos mesmos, mostrando que o instituto não tem o objetivo de afastar o livre convencimento motivado dos magistrados. Em continuidade, será apresentado que os precedentes judiciais trarão eficiência, segurança jurídica, celeridade processual, igualdade e uniformização na aplicação da lei.

Palavras-chave: *Civil law*. *Common law*. Precedentes judiciais. Segurança jurídica.

Abstract: This article aims to discuss the traditions of civil law and common law, and the effective application of judicial precedents in Law 13,105 / 2015 in order to standardize the law. It will be analyzed how the precedent application can be done and the impact of non-application before the Judiciary and society. It is also discussed the duties of judges before the precedents, the possibility of revocation or withdrawal of the same, showing that the Institute is not intended to remove the magistrates free motivated conviction. In continuity, it will be presented that the judicial precedents will bring efficiency, legal certainty, promptness, equality and uniformity in the application of the law.

Keywords: Civil Law. Common Law. Judicial Precedents. Legal Certainty.

1 Considerações iniciais

O ordenamento jurídico pátrio é filiado à tradição de *civil law*, a qual considera a lei como fonte primária para a solução das controvérsias levadas ao Poder Judiciário. Porém, com o transcorrer do tempo, pode-se observar uma crescente aproximação da

tradição de *common law*, que utiliza como fonte primária a adoção dos costumes para solução das controvérsias jurídicas.

A Lei 13.105/2015 disciplina a força vinculante dos precedentes judiciais, verificando, assim, a notável aproximação da tradição de *common law*, sendo este o objetivo do presente artigo: mostrar como esse instituto será eficaz no ordenamento processual civil brasileiro.

O conjunto de normas supracitado trata-se de inovação no sistema processual civil, tornando-se um sistema motivador para sociedade, pois, com a adoção dos precedentes judiciais, a sociedade terá previsibilidade das consequências que podem ser aplicadas à prática dos seus atos.

A aplicação dos precedentes judiciais veio para solucionar o problema de que conflitos idênticos tenham soluções diferentes, diante do livre convencimento motivado do magistrado para interpretar as normas, pois a variação das decisões traz insegurança à sociedade.

Em que pese o sistema brasileiro ser essencialmente legalista, impossível se pensar em um ordenamento no qual os magistrados interpretem a lei de maneiras diferentes em casos idênticos, por isso se torna essencial a aproximação da tradição de *common law*, que utiliza os costumes como fonte primária, para consolidar uma decisão tomada a luz de um caso concreto, e que sirva de aplicação para casos análogos futuramente.

Este artigo possui o objetivo de antecipar algumas das dificuldades, teóricas e práticas, sobre a utilização da máxima da proporcionalidade na forma em que foi positivada no novo Código de Processo Civil, buscando delinear sua utilização não somente para as situações de colisão de princípios, mas sua eventual compatibilidade para também solução de conflito de regras.

O objetivo proposto exige uma busca pelos fundamentos que foram adotados pelo legislador na positivação do sistema de precedentes judiciais. É necessário verificar se o instituto é compatível com o modelo democrático de processo e, ainda, se ele não engessar a atividade interpretativa dos magistrados. O artigo também identificará as características de aplicação dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil e a sua função perante o ordenamento.

O baixo número de trabalhos ou de doutrina sobre o tema, no âmbito do novo Código de Processo Civil, realça a necessidade de se estudar melhor o assunto, que está relacionado com a promessa constitucional de razoável duração do processo e de segurança jurídica.

No desenvolvimento do estudo, para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o meio dedutivo, com a pesquisa teórica, com compilação e revisão de material bibliográfico. Paralelamente, adotou-se a pesquisa documental com análise em profundidade da legislação pertinente e jurisprudência.

2 As tradições de civil law e common law e os precedentes judiciais

Na atualidade, existem como principais sistemas jurídicos as tradições de *civil law* e *common law*. A tradição de *common law* leva em consideração os costumes, de

forma que os juízes se espelham nas decisões anteriores dos tribunais, enquanto a tradição de *civil law* considera os atos legislativos.

O sistema jurídico brasileiro é filiado à tradição de *civil law*, que considera a lei como fonte apta a solucionar as controvérsias levadas ao judiciário. Porém, podemos observar uma crescente aproximação da tradição de *common law*, com a adoção dos precedentes judiciais na Lei 13.105/2015.

Mesmo que o sistema brasileiro seja legalista, conforme previsto no artigo 5º, II da Constituição da República de 1988, não é razoável que essa posição se mantenha, pois ao mesmo tempo em que é aplicado o princípio da legalidade, o *civil law* também se preocupa em assegurar o princípio da liberdade e da igualdade. Nesse posicionamento, temos Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 301) que aduz que “a teoria dos precedentes aplica-se à atividade de interpretação/aplicação do direito, que é atividade principal dos juízes e tribunais, não implicando ofensa aos princípios da legalidade, separação de Poderes e submissão do juiz somente à lei”.

Assim, partindo dessas premissas, é possível observar a modernização do ordenamento brasileiro, que cada vez mais se aproxima do *common law*, espelhando-se nos costumes e no que já foi decidido anteriormente, sendo que nesse contexto supracitado é que estão os precedentes judiciais, ou seja, aquilo que já foi decidido anteriormente poderá servir como parâmetro para decisões futuras, que possuam casos similares.

O núcleo essencial que deverá ser observado são os fundamentos jurídicos que levaram aquela decisão no caso usado como análogo. Assim sendo, o precedente traz os fundamentos que servirão de estrutura em uma decisão, podendo ser útil em casos posteriores.

Segundo Dierle Nunes (2015), a formação de um precedente dificilmente ocorrerá com apenas um único julgado sobre o caso, sendo necessário observar todo o contexto histórico de aplicação da tese que foi usado pelo Tribunal Superior, e este é vinculado a suas decisões, bem como os tribunais inferiores. O precedente só poderá deixar de ser invocado se for um caso diferente ou se determinado precedente estiver superado.

Conforme foi delineado, pode-se perceber que o objetivo central da lei 13.105/2015, ao trazer o uso dos precedentes judiciais, é fazer com que a jurisprudência se torne uniforme, íntegra e coerente, conforme preconiza o artigo 926 em seu *caput*, da lei supracitada, garantindo a efetividade do processo e preservando as garantias constitucionais.

3 Precedentes judiciais

O número de decisões divergentes acerca de situações semelhantes é significativamente expressivo, o que traz insegurança para a sociedade e descrédito para o Poder Judiciário, sendo que a técnica utilizada no precedente judicial é capaz de dar resposta única para as controvérsias que apresentem os mesmos fatos, alcançando, assim, a unidade do direito.

Até o momento atual não havia uma inquietação tão explícita por parte dos juristas brasileiros no que diz respeito à aplicação dos precedentes judiciais. O

instituto, na verdade, já existia muito antes do novo Código de Processo Civil, porém este se sobressaiu, trazendo um caráter esclarecedor e coerente com a aplicação do instituto como forma de acabar com a alta instabilidade jurisdicional.

Nenhum cidadão quer ter sua sorte lançada perante o Judiciário, por isso deve ser conferida devida atenção aos precedentes judiciais, como forma de uniformizar a jurisprudência, caso contrário, se os Tribunais não se vincularem aos fundamentos das suas decisões anteriores e for aplicado o direito de modo singular, levando em consideração a opinião de apenas um único julgador, estar-se-á diante de uma extensa imprevisibilidade das normas que podem ser interpretadas de diversas maneiras, a depender do órgão que o julga.

Marinoni (2014, p. 113-114) comenta sobre os benefícios de um ordenamento baseado em um sistema seguro de precedentes judiciais:

uma vida pautada no direito, em que o sujeito se sente responsável por suas condutas, pressupõe um direito identificável, que não deixe margem para dúvidas e, portanto, a justificativas pessoais absolutórias. Decisões contraditórias destituem o direito de autoridade, ou seja, negam ao direito a sua força intrínseca de estimular e evitar condutas e, dessa forma, a sua capacidade de fazer com que os homens se sintam responsáveis. [...]

O conceito de precedente é entendido como uma decisão que foi tomada em um caso anterior e que serve de orientação para decisões futuras que possuam o mesmo fundamento, com caráter vinculante.

O caráter vinculante dos precedentes judiciais será apenas sobre fundamentos confiáveis, conforme explana Nunes e Bahia (2015, [s.p.]):

os juízes, assim, devem estar vinculados somente por fundamentos confiáveis sobre questões jurídicas que aparecem nas decisões, não podendo haver o contentamento do sistema apenas com o dispositivo ou a ementa das decisões judiciais: citar ementa não é trabalhar com precedentes, da mesma forma que citar Súmula diz pouco sobre a “ratio decidendi” ali contida, se não são trazidos os casos e o debate que lhe deram origem.

Mesmo que a aplicação dos precedentes judiciais seja vinculante, não se pode invocá-los em qualquer situação. É necessário fazer uma análise do caso em julgamento com o caso análogo. Às vezes eles não possuem relação de semelhança, mas necessitam da mesma compreensão jurídica, ou pode ocorrer o contrário, às vezes há relação de semelhança, porém não podem ter a mesma compreensão jurídica devido às particularidades do caso.

Não são todas as decisões que podem ser consideradas precedentes. É necessário fazer a distinção entre jurisprudência, súmula e precedente para facilitar a compreensão do instituto.

A jurisprudência tem como alicerce indispensável um conjunto de decisões aplicadas reiteradamente. Já as súmulas funcionam como um método de orientação dominante em um respectivo Tribunal para facilitar a atividade judicante, sendo a *ratio decidendi* do entendimento jurisprudencial acolhido pelo órgão jurisdicional,

consagrando uma norma geral. No caso dos precedentes judiciais, eles podem possuir apenas uma decisão judicial como alicerce, com fatos considerados juridicamente relevantes para sua construção e aplicação em caso análogo e emana puramente das Cortes Supremas, por isso seu caráter racionalmente vinculante.

Nesse posicionamento, temos Nunes e Horta (2014, [s.p.]), que consideram que “a ideia central do precedente é a de que as lições do passado podem ser aplicadas ao presente, como um romance em cadeia (segundo Dworkin) e ele consiste, em essência, em decisão anterior que funciona como um modelo para decisões posteriores”.

É necessário destacar que os precedentes judiciais não têm a função de acabar com o livre convencimento motivado do juiz, pois essa liberdade que ele possuiu refere-se à valoração das provas e não à interpretação do direito, e, caso o juiz não observe, sem fundamentação adequada, os precedentes dos tribunais superiores, que no mínimo ele seja repreendido, pois ele irá retardar a prestação jurisdicional. Nesse sentido, é a orientação de Silva (2014, p. 350):

ademais, cada ente jurisdicional inferior ficará vinculado à decisão do órgão superior respectivo. Assim, não haverá espaço para a discricionariedade do julgador, salvo os casos que se revelem distintos das decisões elencadas como paradigmas.

O juiz deverá ater-se ao compromisso de fundamentar os precedentes judiciais sempre que entender que ele não se aplica ao caso em análise ou que o mesmo encontra-se em desconformidade com o cenário atual que a sociedade está vivendo.

Ao se falar em fundamentação, não basta que ele faça a simples menção de trechos ou julgados, repetindo ementas, é necessário que ele mostre minuciosamente o motivo pelo qual deixou de aplicar determinado precedente naquele caso concreto.

3.1 Noções fundamentais

É importante frisar que os precedentes judiciais são fundamentados na teoria do *stare decisis* pelo qual é dotado de eficácia vinculante, não apenas para o Tribunal que o criou, mas também para os demais juízos inferiores.

O elemento do precedente, que traz seu caráter de vinculante, é a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos jurídicos que levaram à determinada decisão, sendo o seu núcleo essencial.

Nunes e Bahia (2015, [s.p.]) verificam que o elemento normativo vinculante do precedente judicial é um tema controvertido no âmbito da doutrina, que deverá ser compreendido pelos operadores do direito.

[...] Por isso é que os juristas familiarizados com a doutrina do precedente judicial preocupam-se em descrever com considerável grau de precisão quais são os fatos materiais das decisões passadas, dada sua influência no discurso jurídico e na solução de outros casos a partir do direito jurisprudencial. Esses fatos materiais guardam estreita relação com a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes, para se valer da expressão do CPC-2015), cujo conceito, por sua vez, constitui um dos mais controvertidos conceitos na doutrina do precedente judicial. Essa importância

que lhe é atribuível decorre da constatação de que o elemento normativo do precedente reside nela própria, *ratio decidendi*, e as pessoas (cidadãos comuns ou autoridades) debaterão intensamente sobre quais direitos e obrigações jurídicas decorrem do que foi dito no precedente. Por isso, definir a *ratio decidendi* de um precedente não se resume a uma simples tarefa de categorização científica de partes de uma decisão; pelo contrário, pois tais fundamentos guardam aptidão não apenas para contribuir para a solução de outros casos mas para incrementar o histórico institucional do Direito.

Para se afastar a aplicação de um precedente, necessário faz-se mostrar o *distinguishing*, afirmando a aplicação da distinção normativa ao caso, se pode ou não ser considerado semelhante ao paradigma, tratando de uma exceção ao precedente.

Para haver a revogação do precedente, utiliza-se a técnica do *overruling*, mostrando que as mudanças culturais fizeram determinado precedente se tornar superado, e o órgão julgador deverá mostrar uma nova sistematização daquele precedente para que sirva de respaldo à sociedade.

Já no caso do *obiter dictum*, ele é um elemento que não possui força vinculante e refere-se a questões complementares da lide, que não alteram o deslinde processual, ou seja, são os argumentos ditos com a finalidade de complementar o raciocínio.

Segundo Didier Júnior, Oliveira e Braga (2015, p. 444), o *obiter dictum* “trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão [...]”.

Nesse contexto, pode ser entendido que, embora o *obiter dictum* não sirva como precedente, poderá servir como um sinal para uma futura orientação ou pode ter relevância na fase de interposição de recursos, como também pode servir como parâmetro para a revogação futura de um precedente.

4 Princípios aplicáveis aos precedentes judiciais

Alguns princípios merecem uma análise com maior relevância em face dos precedentes judiciais que são considerados fonte de direito e têm como objetivo resolver os conflitos levados ao judiciário. Resumidamente, alguns pontos precisam ser destacados nos tópicos a seguir.

4.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade declara que o órgão julgador deverá resolver as controvérsias existentes perante o Poder Judiciário de forma igualitária. O que é exatamente condizente com os precedentes judiciais, que trazem igualdade perante o direito, sendo compatível com o que está disposto no artigo 926 do Código de Processo Civil quando declara que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O Poder Judiciário deve ser uniforme, de modo a apresentar unidade das suas decisões para aqueles conflitos que apresentam os mesmos fatos.

A unidade do direito traz previsibilidade, conforme aduz Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 103):

a unidade do direito é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares. O precedente, portanto, é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito.

Portanto, a aplicação dos precedentes judiciais na Lei 13.105/2015 visa beneficiar as partes litigantes, pressupondo um direito identificável, sem decisões contraditórias que possam deixar a sociedade em dúvida, em relação se elas possuem ou não determinado direito. A previsibilidade mostra a confiança nos direitos, pois, diante de uma situação idêntica, não poderá ser contestado o direito, promovendo, assim, a igualdade.

4.2 Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica está previsto no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, que diz que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Segundo Didier Júnior, Oliveira e Braga (2015, p. 469), esse princípio traz a garantia que nenhum ato normativo poderá alcançar situações que já foram firmadas no passado, assegurando que essas decisões devem ser respeitadas no presente e no futuro.

O princípio da segurança jurídica tem como elemento nuclear a proteção da confiança. O comportamento de uma pessoa gera expectativas legítimas capazes de conduzir o comportamento alheio. Essas expectativas não podem ser frustradas de maneira volúvel, porquanto fundadas na boa-fé.

Pode-se concluir que os precedentes judiciais são totalmente compatíveis com esse princípio, de modo que a controvérsia que já foi solucionada e consolidada deverá ser respeitada, trazendo uniformidade à jurisprudência e segurança àqueles que procuram solucionar seus conflitos perante o judiciário.

4.3 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório existe para assegurar igualdade entre as partes que tentam solucionar suas controvérsias no judiciário. É visto como a garantia que as partes possuem de participar efetivamente do processo.

Mesmo que seja em um conflito individual, é possível identificar a sua *ratio decidendi*, ou seja, a sua tese jurídica na qual alcançou a sua decisão final, que poderá se tornar uma norma geral e que ajudará na decisão de conflitos futuros, daí pode-se perceber a sua relação com os precedentes judiciais. Esse é o pensamento dos processualistas Didier Júnior, Oliveira e Braga (2015, p. 471-472).

Nesse posicionamento, também discorrem Nunes e Bahia (2015).

O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos. ([s.p])

Pode-se concluir que, para a formação de um precedente, são usados apenas fundamentos que foram submetidos ao contraditório e que sejam confiáveis.

4.4 Princípio da celeridade

O princípio da celeridade se destaca pelo fato do órgão julgador ter o dever de oferecer uma resposta tempestiva de acesso à justiça. Tem previsão expressa no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal, que aduz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Mostra-se que se trata de um princípio inteiramente compatível com o instituto em estudo, pois os precedentes judiciais irão fazer com que o Judiciário não tenha que fazer análises tão aprofundadas em casos análogos, pois já terá um padrão definido a seguir, tornando o Poder Judiciário mais eficiente e célere.

Fica claro que a aplicação dos precedentes judiciais visa reduzir o tempo de tramitação do processo, pois a sociedade terá previsibilidade acerca das consequências jurídicas das suas condutas, sabendo que a probabilidade de se ter determinada decisão favorável é “x” e desfavorável é “y”, ante as situações jurídicas já decididas anteriormente.

É importante ressaltar que, nesse mesmo contexto citado, pode-se destacar o princípio da economia processual e da razoável duração do processo.

5 Necessidade de fundamentação dos precedentes judiciais e sua força vinculativa

A aplicação dos precedentes judiciais na lei 13.105/2015 dar-se-á sempre que for compatível com um caso que já fora decidido anteriormente, porém é necessário haver uma fundamentação adequada quando o órgão julgador deixar de seguir determinado precedente, conforme aduz o artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil:

Art. 489. [...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A regra prevista no artigo supracitado não poderá ser desrespeitada, sob pena de nulidade da decisão por falta de fundamentação adequada. Sendo assim, a fundamentação constitui elemento essencial para a utilização ou não do precedente, segundo Narda Roberta da Silva (2014).

Os precedentes judiciais não podem ser considerados como um meio de resolver conflitos demasiadamente, pois o Judiciário deverá analisar profundamente os casos que lhe são submetidos, aplicando ou deixando de aplicar os precedentes.

Observa-se que a fundamentação está voltada para a sociedade e não para o caso individual, para o caso concreto, pois futuramente essa fundamentação poderá servir como *ratio decidendi*, conforme dito pelo processualista Bruno Garcia Redondo (2015).

Necessária é a fixação de uma tese jurídica, mesmo quando for uma decisão sem resolução do mérito ou uma decisão com resolução do mérito que não teve julgamento, para ficar explícita a *ratio decidendi* que servirá como paradigma para soluções futuras.

No caso de modificação ou *overruling* de precedente, este deverá ser adequadamente fundamentado, trazendo argumentos que ainda não foram questionados.

Observa-se que o instituto em estudo possui força vinculativa e trata-se de uma regra que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade de quem o pratica.

O artigo 927 do Código de Processo Civil estabelece quais são os precedentes que deverão obrigatoriamente ser observados, sendo eles: a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A leitura desse dispositivo citado em conjunto com o artigo 926 do mesmo diploma, que contém em sua essência que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, traz os deveres gerais dos Tribunais na observância do sistema de precedentes judiciais.

O dever de uniformização da jurisprudência pressupõe que não poderá haver divergência entre os órgãos do tribunal, que deverão uniformizar seu entendimento de acordo com as circunstâncias que motivaram a sua criação com o objetivo de esclarecer o correto exercício do direito que se constrói. Sendo esse o entendimento dos processualistas Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 474).

Já em relação ao dever de manter a jurisprudência estável, verifica-se que a jurisprudência deverá ser mantida sem mudanças, e, caso estas ocorram, é necessária a sua devida fundamentação, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Há também o dever de dar publicidade aos precedentes, ou seja, é necessário que os precedentes judiciais sejam dotados de publicidade para ter força jurídica, tornando-se acessíveis à sociedade e aos juízes para que possam vincular suas decisões ou afastarem as mesmas, neste caso, fundamentando-as.

É necessário deixar claro também o dever de coerência e integridade, podendo ser considerado o ponto mais importante dos precedentes judiciais. Conforme aduzem Didier Júnior, Oliveira e Braga (2015, p. 476-486), o dever de coerência impõe que o precedente seja preciso, coerente, claro. Já o de integridade traz a ideia de unidade do direito, fazendo com que o tribunal decida em conformidade com o direito, respeitando a Constituição Federal e o sistema de normas, bem como as relações necessárias entre o direito processual e o direito material.

Os deveres de integridade e coerência servem como instrumentos para o desenvolvimento do microsistema de precedentes obrigatórios, trazendo consistência e igualdade nas decisões, que servirão de parâmetro para outros Tribunais, impondo uma só conduta a ser adotada pelo Poder Judiciário.

Sendo assim, adotando as premissas supracitadas, casos iguais deverão ser tratados igualmente e o próprio Tribunal que fixou determinado entendimento não pode simplesmente contradizê-lo sem explicar os motivos que determinaram sua superação.

É necessário esclarecer que, diante desses deveres, os Tribunais têm a função de dialogar uns com os outros para impor o dever de coerência entre suas decisões que não poderão ser feitas de forma contraditória.

Define-se, assim, que a relação de justificação imposta entre os deveres dos Tribunais é justamente para trazer homogeneidade nas decisões que respeitarão o direito, a Constituição Federal e os princípios aplicáveis ao caso concreto, enfrentando todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese jurídica.

6 Revogação dos precedentes judiciais

Vivemos um cenário jurídico atual de imprevisibilidade e generalidade da lei, no qual a sociedade não sente estabilidade e segurança ao procurar o Poder Judiciário para solucionar seus conflitos, sendo que o poder discricionário do juiz não pode trazer prejuízos às partes, de modo que, em determinada controvérsia, o magistrado decida de uma forma e, em outro conflito análogo àquele, ele dê outra decisão, pois a sociedade busca a previsão do seu direito não apenas no texto legal, mas também nos precedentes judiciais dos Tribunais.

Partindo da ideia de que os precedentes judiciais delimitam o direito atual, a alteração de determinado precedente pressupõe a alteração do direito, passando a sociedade a ser regida por normas distintas.

Sempre que o Tribunal verificar que determinado precedente se tornou superado e que não atende mais aos anseios da sociedade, ele deverá ser substituído ou revogado, devidamente acompanhado de fundamentação.

Para Marinoni (2014, p. 112), se alguém pratica determinado ato tendo convicção amparada por um precedente, ele não pode ter seus atos invalidados, se na época da prática a Corte Suprema não havia feito crítica ou teria sinalizado a sua fragilidade, pois o precedente orienta a sociedade acerca de suas condutas.

A revogação ou a substituição (*overruling*) de um precedente pode ocorrer por diversos fatores. A mudança cultural na sociedade é o que mais influencia, pois quando determinado precedente é fixado, ele está acompanhando o cenário atual

daquela sociedade que, com o transcorrer do tempo, pode ter suas prioridades sociais, políticas e morais alteradas.

Não só a mudança cultural, como também a superveniência de lei nova incompatível com o precedente judicial acarretará a não aplicação do mesmo.

É necessário observar que, se existirem causas pendentes de julgamento, o precedente que foi substituído não poderá ser invocado para fatores anteriores a sua superação. Os precedentes não poderão, dessa forma, atingir a coisa julgada, situações já consolidadas.

Em geral, para os processos que ainda não operaram a coisa julgada, prevalece a regra da retroatividade; para os que já possuem eficácia de coisa julgada, opera a regra da irretroatividade.

Os precedentes não têm a função de engessar o Poder Judiciário, conforme pode-se extrair do contexto supracitado, pois eles não serão aplicados perpetuamente.

Se a definição jurisprudencial proporciona um impacto no ordenamento jurídico, a sua modificação, por meio da superação dos precedentes, também o faz e de maneira muito mais evidente. Quando se afirma que os precedentes judiciais devem ser respeitados, porquanto informam à sociedade qual o sentido do Direito, não se pretende fazer com que eles jamais sejam revisitados e repensados. Ninguém discorda que a jurisprudência deva ser estável, embora não se deseje que ela seja estática. Ao contrário, um sistema de precedentes só funcionará corretamente se junto com ele houver previsão de mecanismos de revisão jurisprudencial, a fim de possibilitar a correção de erros e viabilizar a oxigenação do ordenamento, essencial para sua evolução. (OLIVEIRA, 2015, p. 189)

No sistema de precedentes judiciais é indispensável que haja mecanismos necessários para revisar os precedentes judiciais, pois tornar o sistema imutável é algo intolerável que deverá ser aplicado harmoniosamente com a estabilidade que a sociedade deseja, ambos os instrumentos precedidos de fundamentação.

Não restam dúvidas de que o sistema de precedentes judiciais adotado pela Lei 13.105/2015 veio para aprimorar o sistema, trazendo segurança jurídica, celeridade processual, uniformização das decisões para casos análogos e estabilidade, por meio de suas decisões íntegras e coerentes.

7 Considerações finais

O estudo apresentado neste trabalho aborda o novo sistema processual civil brasileiro, com a Lei 13.105/2015 que trouxe inúmeras inovações ao ordenamento jurídico. Uma delas foi a aplicação dos precedentes judiciais de forma vinculativa, sendo possível observar uma aproximação da tradição de *common law*.

Trata-se de uma inovação que trará celeridade, economia processual, segurança jurídica e uniformização da jurisprudência de forma íntegra e coerente, pois um sistema de precedentes se justifica para evitar que se tenham decisões controvertidas sobre o mesmo fato, trazendo previsibilidade à sociedade que busca solucionar seus conflitos perante o Poder Judiciário.

Ademais, restou demonstrada a regra de padronização imposta pela *ratio decidendi*, sendo o núcleo essencial do precedente que demonstra os fundamentos que levarão à determinada decisão.

Ficou constatado também que o instituto em estudo trata-se de um modelo com a resolução de casos anteriores usados como paradigma para resolver controvérsias futuras que sejam análogas.

Um sistema de precedentes se justifica como um meio de viabilizar a vida em sociedade, trazendo previsibilidade com a uniformização das decisões que serão aplicadas de modo igualitário.

A adoção desse instituto no ordenamento processual civil traz uma homogeneidade na solução de conflitos, sendo que a sociedade saberá qual a norma jurídica que rege seu direito. Fica claro, porém, que, se tratar de uma decisão com fundamento diferente do precedente invocado, este poderá ser afastado, contendo a devida fundamentação.

A indeterminação do direito traz descrédito ao Poder Judiciário. Ficou evidenciado que não admitir no ordenamento jurídico a aplicação dos precedentes judiciais é trabalhar contra o princípio da segurança jurídica e da razoável duração do processo, que traz múltiplos benefícios à sociedade e ao Poder Judiciário.

Referências

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

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de janeiro de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Precedente Judicial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2, Cap. 11. p. 441-511.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Dierle. *Alguns requisitos democráticos da aplicação dos precedentes E Novo CPC*. 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/alguns-requisitos-democraticos-da-aplicacao-dos-precedentes-e-novo-cpc/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/12103940/Precedentes_no_CPC-

2015_por_uma_compreensão_constitucionalmente_adequada_do_seu_uso_no_Brasil>. Acesso em: 28 ago. 2015.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Precedentes? Significados e possibilidade de aplicação "self service"*. 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/30/precedentes-significados-e-impossibilidade-de-aplicacao-self-service/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157-192.

REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/11774023/Precedente_judicial_no_Direito_Processual_Civil_brasileiro>. Acesso em: 28 ago. 2015.

SILVA, Narda Roberta da. A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da teoria de Michele Taruffo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 228, p. 343-354, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (Treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 235, p. 293-349, 2014.

O Princípio da Busca da Felicidade e sua repercussão na sociedade brasileira

The Principle of Happiness Search and its impact on Brazilian society

Daniela de Fátima Braga Porto

Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas/UNIPAM.
E-mail: danibraga_porto@hotmail.com

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

Advogado. Mestre em Direito Público/UFU. Professor das disciplinas Introdução do Estudo do Direito, Direito Processual Civil e Direito Constitucional do Centro Universitário de Patos de Minas/UNIPAM.
E-mail: gabrielgomesdir@yahoo.com.br

Resumo: Os direitos do homem modernamente constituídos são o resultado da evolução histórica vivida pelas sociedades. O direito brasileiro ainda é vago, ou seja, é um direito moderno, porém não é efetivamente aplicado na realidade social. O termo felicidade não é apenas uma palavra, mas um modo de pensamento, estudado há vários séculos por filósofos, sociólogos e operadores do Direito. Modernamente, o Princípio da Busca da Felicidade visa uma modificação nos direitos sociais constitucionalmente previstos. Em grandes decisões judiciais, já há a aplicabilidade desse princípio como embasamento da satisfação do indivíduo em seu intento jurídico. Diversas organizações nacionais e internacionais já usam o preceito da felicidade para buscar o bem-estar social, por meio de medidas inovadoras na gestão pública e no convívio social. A pesquisa científica foi desenvolvida utilizando-se o método dedutivo-bibliográfico, sendo realizada na biblioteca do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM, onde foram consultadas obras jurídicas nacionais, clássicas ou não, da área do Direito Constitucional. E, como se trata de um tema atual, pesquisas jurisprudenciais foram feitas em sites de credibilidade. O estudo mostrou que o Princípio da Busca da Felicidade é uma possível solução das mazelas sociais, construindo uma nova linha de pensamento para a concretização dos anseios do ser humano, tanto na forma individual como na coletiva.

Palavras-chave: Constituição. Direitos fundamentais. Felicidade. Bem-estar. Sociedade.

Abstract: Human rights constituted modernly are the result of historical evolution experienced by societies. Brazilian law is still vague, that is, it is a modern law, but it is not effectively applied in social reality. The term happiness is not just a word, but a way of thinking, studied for centuries by philosophers, sociologists and legal professionals. Nowadays, the Pursuit of Happiness Principle seeks a change in the constitutionally provided social rights. In large judgments, there is already the applicability of this principle as a basis of the individual's satisfaction in its legal attempt. Several national and international organizations already use the precept of happiness to seek the welfare through innovative measures in public administration and social life. For this reason, this scientific research has been developed using the deductive-bibliographic method, being held in the library of UNIPAM, where national legal works, classic or not have been used, as well as the Constitutional Law. And as it is a current theme, jurisprudential research has been done on credible sites. The study showed that the

Pursuit of Happiness Principle is one possible solution for social problems, building a new line of thinking to achieve the aspirations of the human being, both individually and collectively.

Keywords: Constitution. Fundamental rights. Happiness. Welfare. Society.

1 Introdução

A felicidade, numa perspectiva jurídico-constitucional, é um modo de conquista do equilíbrio. Trata-se de um ideal de plenitude individual e também consiste em um ideal coletivo. Já em outra perspectiva, é um estado de espírito no qual são satisfeitos os anseios de quem a busca. Essa busca, no molde jurídico, se dá pelas mais diversas maneiras e nos mais variados fatos.

É o Princípio da Felicidade uma nova forma de política pública, de administração, de gestão da normatividade. Os gestores públicos já olham para o princípio da busca da felicidade como um norte a seguir para bem governarem. E, também, os ministros do STF utilizam tal princípio como fundamento para bem respaldarem decisões de repercussão nacional.

A essência jusnaturalista, formada pela Escola do Direito Natural, no século XVII, concebe que ao lado de um direito positivista sempre estará um direito natural. Conforme afirmado, o princípio ocuparia o lugar da norma positivista, o que seria de extrema valia, visto que aquele é mais abrangente, mais eficaz. Porém, não se pode deixar a essência positivista de lado, pois regulamenta o mundo jurídico da mesma forma. O que se procura é aplicar as normas de forma que gerem consequências efetivas dentro da sociedade.

O Princípio da Busca da Felicidade é a vanguarda para o pensamento jurídico no Brasil. Ele fundamenta tantas situações que integrá-lo no pensamento filosófico-social brasileiro é explorar uma perspectiva futura, compatível com um ordenamento jurídico no qual o que prevalece é o bem comum, alcançado com celeridade e funcionalidade. Afinal, a base principiológica representa a essência de qualquer ordenamento e por meio dela a verdadeira justiça pode ser alcançada.

O presente trabalho foi elaborado tendo como marco teórico a tese de Doutorado do estudioso Saul Tourinho Leal. O autor trouxe o fator felicidade à tona, estudando sua história, sua aplicação e suas consequências nos Estados Unidos, na Coreia do Sul e no Brasil. A pesquisa virtual demonstrou a aplicabilidade da busca da felicidade como instrumento modificador do meio social brasileiro, a partir de exemplos como o Movimento Mais Feliz e as ecovilas do Instituto Visão Futuro. O Princípio da Busca da Felicidade já é fundamentação para diversos julgamentos no Supremo Tribunal Federal. Dentre eles se destacam a Emenda Constitucional 66/2010 que modificou o artigo 260, §6º da Constituição Federal e, também, o reconhecimento das uniões homoafetivas, os quais são temas abordados neste artigo.

2 A felicidade

O conceito de felicidade colocado pelo dicionário é o seguinte: “1. Grande contentamento da alma que, gozando os mais deliciosos prazeres, não é inquietada de

novos desejos. 2. Boa sorte. 3. Bom êxito; sucesso. 4. Precisão; exatidão. 5. Congratulações” (SACCONI, 2010, p. 322).

Como se compreende, a palavra felicidade tem inúmeros significados. E, além desses elencados, a felicidade pode ter um significado pessoal, uma forma íntima de interpretação para cada indivíduo. Então, como saber realmente do que se trata o sentimento de ser/estar feliz?

A felicidade foi, durante séculos, estudada por diversas escolas filosóficas. Dentre vários filósofos, Epicuro, Aristóteles, Platão e Sócrates postularam sobre o que seria na realidade a felicidade.

A filosofia muitas vezes se confunde com a própria busca pela felicidade, razão pela qual teríamos de estudar todos os filósofos para que esgotássemos o assunto nessa perspectiva. [...] No debate sobre a felicidade surge a indagação quanto à possibilidade de estabelecer uma medida para definir quando se é muito, ou pouco, feliz ou, até mesmo, quando a felicidade estaria num nível desejado. Platão e Epicuro caminharam nessa trilha (LEAL, 2013, p. 11).

Epicuro afirmava que a felicidade era a ausência consciente de dor e perturbação. A dor deveria ser evitada a todo custo para se ter uma vida feliz. Não que a busca pelo prazer seria sem limites, mas sim uma reflexão sobre a vida. Desvincula-se e critica a religião grega tradicional que pregava dogmas de “tirania” como o pecado, a vingança e a culpa.

Aristóteles já acreditava que, para alcançar a felicidade, existiam fatores constitutivos e coadjuvantes. Os fatores constitutivos seriam os bens da alma, a coragem, a moderação e a justiça, a inteligência, a arte, a prudência e o prazer (quando concebido na ideia de atividades virtuosas). Já os bens coadjuvantes são os fatores extrínsecos, tais como amigos leais e recursos materiais. A felicidade da coletividade é bem colocada por esse filósofo, interpretado por Saul Tourinho Leal em sua tese de doutorado.

O bem do Estado é visivelmente um bem maior e mais perfeito, tanto para ser alcançado como para ser preservado. [...] Assegurar o bem de um indivíduo é apenas melhor do que nada; porém assegurar o bem de uma nação ou de um Estado é uma realização mais nobre e mais divina (LEAL, 2013, p. 21).

O autor, citando o grande filósofo, ainda complementa:

no que consiste a felicidade é uma matéria polêmica, e o que entende por ela a multidão não corresponde ao entendimento do sábio e sua avaliação. [...] as pessoas ordinárias a identificam com algum bem óbvio e visível, tais como prazer, ou a riqueza ou a honra. [...] o mesmo indivíduo diz coisas diferentes em ocasiões diferentes, quando fica doente, pensa ser a saúde a felicidade; quando é pobre, julga ser a riqueza a felicidade (ARISTÓTELES *apud* LEAL, 2013, p. 11).

O filósofo Platão postulava que a única forma de se ter a verdadeira felicidade é descobrir o que é a virtude e praticá-la. E essa virtude seria a harmonia dos objetivos

de cada um. Só era feliz quem conseguisse harmonizar a sua personalidade e transformá-la em algo único, estabelecendo controle de si, formando um só homem ao invés de vários.

Platão inicia um debate clássico, que será refinado por quase todas as doutrinas filosóficas seguintes, permitindo que hoje tenhamos elementos teóricos suficientes a serem testados nesse desafio de resgatar os ideais primeiros das grandes revoluções constitucionais voltadas para a felicidade da sociedade. Ao tecer considerações sobre os governantes-filósofos, Platão indagava se o nosso objetivo no estabelecimento dos nossos guardiões deveria ser dar-lhes a maior felicidade ou se, nesta questão, deveríamos atentar para a cidade inteira e ver como a sua maior felicidade deve ser assegurada. Persuadindo auxiliares e guardiões a serem excelentes na execução de suas tarefas, Platão entendia que uma vez que a cidade inteira cresce e é bem governada, o correto seria permitir à natureza fornecer a cada grupo a sua parcela de felicidade (LEAL, 2013, p. 20).

A reflexão de Platão, apesar de ter sido feita há inúmeros anos, é extremamente contemporânea. A questão da promoção da felicidade individual *versus* o bem da coletividade é no que governantes e operadores do Direito mais sucumbem. Por vezes, o bem coletivo prevalece, pois, como mesmo defende Platão, quando a coletividade é bem administrada, cada indivíduo recebe sua parcela de bonança.

Por fim, para Sócrates, a vida feliz é a vida virtuosa. Ele fez com que a felicidade passasse a ser tratada filosoficamente como um bem soberano, além de delimitar seu escopo: determinar o significado de vida boa. “A vida boa é a mais feliz e mais virtuosa” (LEAL, 2013, p. 15). Esse filósofo acreditava que, para se alcançar a verdadeira felicidade, a vida do cidadão deveria ser uma vida de reflexão, colocando os prazeres disponíveis em busca da real felicidade para cada um.

Já no século XVII, Thomas Hobbes coloca que a busca da felicidade é a própria felicidade, pois a felicidade por si só, sem a sua busca incessante, simplesmente não existe. O homem realiza atos sucessivos, motivado pelo desejo, em busca do poder. A felicidade, então, estaria nesses atos. A caminhada constante da busca pelos objetivos do homem-comum é a sua felicidade, construída diariamente de forma eterna.

Immanuel Kant, por sua vez, afirma que renunciar à felicidade seria renunciar ao estado de ser humano. A felicidade na visão kantiniana, é a totalidade das satisfações possíveis. Nesse sentido,

tentando decifrar os enigmas da felicidade, Kant promoveu uma ruptura sem precedentes, pois se afastou tanto da condição moral como da tentativa de estabelecer graus de felicidade. Para ele, se uma pessoa tem ou não uma vontade moralmente boa, em nada define se ela é feliz. [...] Kant faz indagações curiosas quanto à sensação de felicidade que cada homem pode sentir. Para ele, o homem não conseguiria visualizar, *a priori*, o que lhe faria feliz, pois não seria detentor de conhecimentos que o fizessem prever o futuro. Essa incapacidade humana sustentada por Kant, pode colocar a perder todas as pretensões de levar a felicidade para o centro das discussões acerca da formulação de decisões públicas (LEAL, 2013, p. 36).

Dessa forma, na visão de Kant, jamais um governo pode tomar medidas para trazer à coletividade a felicidade. Cada indivíduo é único e por isso não se pode de forma homogênea promover o bem comum, a satisfação para todos os entes sociais.

Vários outros autores postularam sobre a felicidade e sua busca no âmbito social-jurídico. De forma compacta e contemporânea, pode-se colocar a felicidade como uma complementação, uma ausência de conflitos, sendo constituída em duas áreas distintas: a individual e a coletiva.

Como ideal individual, a felicidade é uma meta que a pessoa humana deve ter a alcançar, cuja realização pode ser levada a efeito pelos mais diversos meios, a depender da ideologia e também do estilo de vida de cada um. Para cada pessoa, cada ser humano, é um fato, um ato, uma ação. Os diferentes níveis de concretização do direito à felicidade podem estar atrelados a diferentes causas.

Já quando se pensa na coletividade, a felicidade seria um desenvolvimento eficaz de transporte público, um sistema de saúde que atendesse aos anseios da população, uma escola com educação de qualidade. Esses casos são fontes propulsoras da felicidade para aquela coletividade que deles usufrui.

3 A felicidade no âmbito social nacional e internacional

O princípio da busca da felicidade já é expresso em algumas constituições ao redor do mundo, como a Constituição dos Estados Unidos da América, há muito tempo. Desde que os EUA conquistaram sua independência perante os ingleses, o Princípio da Busca da Felicidade já era algo importantíssimo a ser alcançado, almejado para uma sociedade e, por fim, normatizado. A Revolução Americana, ao instituir a Declaração da Independência dos Estados Unidos (1776), assim declara em seu texto:

[...] Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se torne destruidora de tais propósitos, o Povo tem Direito a alterá-la ou aboli-la, bem como a instituir um novo Governo, assentando os seus fundamentos nesses princípios e organizando os seus poderes do modo que lhe pareça mais adequado à promoção da sua Segurança e Felicidade [...] (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Declaração da Independência. 1776, [s.p]).

A felicidade, para os norte-americanos, sempre foi algo a ser alcançado. Primeiramente, tinha-se a ideia de que uma vida de felicidade seria aquela na qual, depois de árduos anos de trabalho, o homem comum poderia desfrutar de sua aposentadoria. Mas Benjamim Franklin trouxe à tona a felicidade como objeto presente, almejado diariamente na vida individual e coletiva. Thomas Jefferson também propunha o ideal de felicidade. Até se colocou como instrumento de felicidade, mas esse sentimento era apresentado com a faceta coletiva de bem-estar social. Jefferson era

instrumento da felicidade dos norte-americanos porque foi escolhido por eles por meio da democracia.

Alguns outros importantes exemplos de aplicabilidade do Princípio da Busca da Felicidade são elencados pelo senador Cristovam Buarque, na justificativa da Proposta de Emenda Constitucional, que será analisada em momento posterior.

Há muito norma positiva contempla a busca da felicidade como um direito. Na *Declaração de Direitos da Virgínia* (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (França, 1789) há a primeira noção coletiva de *felicidade*, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à *felicidade geral*. Hoje, o Preâmbulo da Carta Francesa de 1958 consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na Declaração de 1789. [...] Em linha análoga segue o artigo 13 da Constituição do Japão e o artigo 10 da Carta da Coréia do Sul: o primeiro determina que as pessoas têm direito à busca pela felicidade desde que isso não interfira no bem-estar público, devendo o Estado, por leis e atos administrativos, empenhar-se na garantia às condições por atingir a felicidade; o segundo estatui que todos têm direito a alcançar a felicidade atrelando esse direito ao dever do Estado em confirmar os direitos humanos dos indivíduos (BRASIL, *Proposta de Emenda à Constituição*, n. 80759, 2010, p. 2).

A Organização das Nações Unidas (ONU) enfoca que a felicidade é algo de grande relevância para o desenvolvimento de um país. Em 19 de julho de 2011, a Organização aprovou uma resolução na qual colocava a felicidade como um objetivo humano fundamental, convidando os 193 países signatários a refletirem sobre a importância de colocar em pauta esse objetivo nas relações públicas, tanto internamente quanto na política internacional.

No Brasil, para colocar a busca da felicidade como direito fundamental garantido constitucionalmente de forma expressa, surgiu a PEC da Felicidade. Esta é um ato pensando para a coletividade, sendo um bem para milhares de pessoas que se sentirão felizes, cada uma de sua forma. No entanto, em 26 de dezembro de 2014, a PEC foi arquivada, visto que, de acordo com o Regimento Interno do Senado Federal, as propostas que não se enquadram em seu artigo 302 são arquivadas no final da legislatura. Assim, de acordo com consulta ao site do Senado, em 18 de março de 2015, ocorreu a última tramitação da PEC, que se encontra arquivada.

4 A PEC da felicidade

Dentro do sistema jurídico/político do Brasil está o Princípio da Busca da Felicidade, o qual já é utilizado em decisões de grande relevância nacional e é também o respaldo da Proposta de Emenda Constitucional nº 19/2010 ou PEC da Felicidade. Assim, é disposto na PEC 80.759/10 (PEC da Felicidade) que,

a expressa previsão do direito do indivíduo de perquirir a felicidade vem ao encontro da possibilidade de positivação desse direito, ínsito a cada qual. Para a concretização desse direito, é mister que o Estado tenha o dever de, cumprindo

corretamente suas obrigações para com a sociedade, bem prestar os serviços sociais previstos na Constituição (BRASIL. PEC 80.759/10).

Essa PEC visava à modificação do artigo 6º da Constituição Federal, acrescentando o termo “o direito à busca da felicidade”, assim determinando que a felicidade seja um direito social constitucionalmente previsto, de forma explícita. Desse modo, a redação do artigo 6º da Constituição Federal passaria a apresentar a seguinte forma:

são direitos sociais, essenciais à **busca da felicidade**, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A proposta idealizada pelo senador Cristovam Buarque foi assinada por trinta e quatro senadores. O intuito do senador ao elaborar tal proposta constitucional foi o de melhorar a vida dos brasileiros, colocando o sentimento de felicidade deles no patamar de objeto tutelado constitucionalmente.

Com a PEC da Felicidade, o que impulsionaria uma eficaz administração pública seria a felicidade que resulta da boa forma de resolver os percalços sociais. O intuito da proposta do senador é humanizar a Constituição Brasileira, obtendo uma nova visão para os direitos fundamentais. Um trânsito sem congestionamentos, um sistema de transporte público de primeira linha e um bom e eficaz atendimento em um hospital público seriam ações que resultam em um contentamento para quem precisa delas dispor.

O Brasil, como se sabe, é um país caracterizado por estar “em desenvolvimento”. Assim, por vezes, políticas internacionais são internalizadas com o intuito de criar alianças com países desenvolvidos, mesmo que, para tal, não se tomem decisões benéficas para a economia nacional. Com a introdução da PEC da Felicidade na Constituição, a coletividade poderia agir de modo explícito, não deixando que o Brasil seja submisso internacionalmente dessa forma, pois é felicidade de todos que a economia pátria esteja bem.

Enfim, a Proposta de Emenda Constitucional foi arquivada. De acordo com Saul Tourinho Leal, em entrevista ao Conjur, a PEC da Felicidade não obteve o resultado esperado, visto que o termo felicidade encontra preconceito pelo seu subjetivismo e também “o direito à felicidade já está positivado na Constituição, quando menciona o ‘bem-estar’ da população” (CRISTO, 2014, p. 1).

De forma complementar, o mesmo estudioso assevera em sua tese que,

se associarmos felicidade ao bem-estar, como os economistas contemporâneos e as Constituições brasileiras fizeram, podemos compreendê-la como os melhores momentos da vida humana. Platão assim o fez em *A República* e também no seu *O Banquete*. Aristóteles o faz quando cuida da chamada *vita contemplativa*. Para Aristóteles, a vida filosófica é a mais feliz e o homem sábio não persegue o que é agradável, mas, sim, a ausência de dor (LEAL, 2013, p. 11-12).

O professor Miguel Reale Junior coloca que as proposições asseguradas pelo Princípio da Busca da Felicidade na verdade se tratam de bem-estar social. Os direitos fundamentais assegurados no artigo 6º da Carta Magna constituem prestação obrigatória do Estado, que visa dar à sociedade bem-estar, sendo irrelevante a aplicação da expressão busca da felicidade, pois o atendimento da pretensão já é legítimo. A felicidade, de acordo com o doutrinador, é individual e variável. Nesse sentido,

pensa-se possível obter a felicidade a golpes de lei, em quase ingênuo entusiasmo, ao imaginar que por dizer a Constituição serem os direitos sociais essenciais à busca da felicidade se vai, então, força os entes públicos a garantir condições mínimas de vida para, ao mesmo tempo, humanizar a constituição. Fica por conta do imaginário, sempre bem recebido em nosso país, a ilusão de que é concretamente importante “elevantar o sentimento ou estado de espírito que invariavelmente é a felicidade ao patamar de um autêntico direito” (REALE JUNIOR, 2011, p. 1).

Embora o intento da Proposta de Emenda Constitucional tenha sido falho, vários movimentos sociais utilizam a felicidade como base para a concretização de seus ideais. O Princípio da Busca da Felicidade pode ser sinônimo de bem-estar, sendo, portanto, explícito na Constituição. Mas, antes disso, já é a felicidade utilizada para fundamentar ações sociais, como o Movimento Mais Feliz e as ecovilas do Instituto Visão Futuro.

5 Exemplos práticos da utilização do fator felicidade

A felicidade, para cada pessoa, pode significar algo diferente. Para o médico, é poder salvar uma vida, para o professor, é poder perceber a evolução cognitiva de seu aluno, para a mãe, é a chegada de um filho, para o político, é o desenvolvimento do local onde governa. O sentimento de alegria é algo minuciosamente subjetivo. Mesmo quando se pensa no coletivo, cada um irá expor o que lhe ajuda, agrada... Entretanto, quando se trata da aplicabilidade do fator felicidade, deve-se pensar no benefício da maioria dentro da coletividade, deixando a subjetividade em segundo plano.

Atualmente, a sociedade está parada. Para a promoção do desenvolvimento social, há uma burocracia tremenda, o que para o atendimento dos anseios da população. E quando a política não é bem feita, as pessoas não podem mais usufruir de pequenos prazeres cotidianos. Para se encontrar um amigo do outro lado de uma grande cidade, por exemplo, é tanto desconforto devido ao trânsito caótico, que a visita não é feita. Pode-se rebater tal entendimento falando-se da proximidade que as redes sociais trazem para a vida moderna. Entretanto, uma relação pessoal “de carne e osso” não pode ser trocada por uma tela de um monitor.

Eis que surgem medidas eficazes que podem, pouco a pouco, combater as mazelas do desenvolvimento social. No jornal Gazeta do Sul (2011), a psicóloga e escritora Magda Raupp traz um exemplo prático de como a felicidade social pode ser conquistada com atitudes também bem simples.

No Rio de Janeiro, o fechamento de uma das pistas da orla aos domingos e feriados. Lógico que gente que só sabe andar de carro reclamou, mas a grande maioria da população aprovou e os espaços abertos viraram uma grande festa! Sem os carros ocupando a pista, as pessoas ficam livres para caminhar, correr, patinar, encontrar amigos e passear com os cachorros e filhos ao longo de quilômetros à beira-mar. A felicidade está na cara de todos (RAUPP, 2011, p. 2).

Para proporcionar esse e outros prazeres, surgiu o Movimento Mais Feliz, idealizado pelo publicitário Mauro Motoryn. O projeto estabelece parâmetros do que se deseja para a sociedade em quatro áreas: transporte, saúde, educação e segurança pública. O movimento ganhou relevante destaque no cenário internacional. Tal destaque pode ser consequência das inúmeras possibilidades para interagir com o Movimento Mais Feliz. O movimento conta com blog, aplicativos para smartphone etc. nos quais diversas matérias sobre a felicidade utilizada como fator de excelência social e seus possíveis resultados são compartilhados.

O movimento é apartidário e não governamental. Na descrição feita pelo blog do próprio movimento, é relatado que ele surgiu de uma simples ideia, a qual se resume no seguinte: se todos colaborarem para uma restauração na educação nacional, transformando-a em um ensino com qualidade, mais feliz será a sociedade brasileira.

O Brasil é um país assolado pela corrupção, pelo desleixo nas ações governamentais e pelo atraso de tudo o que seria bom para a sociedade. Pode-se afirmar que, se não se tem uma educação de qualidade, uma segurança pública eficiente etc., isso é devido a dois fatores: burocracia e desonestidade. O que o Movimento Mais Feliz propõe é a união dos cidadãos para que essas mazelas pátrias sejam combatidas, por meio de atitudes conscientes, éticas e eficazes. Tais atitudes podem ser simples, bastando um primeiro passo para serem efetivadas.

O Butão é o primeiro país a utilizar a felicidade como indicador para aplicação de políticas públicas. A Felicidade Interna Bruta (FIB), que substitui o comum índice Produto Interno Bruto (PIB), é baseada em dados de bem-estar, cultura, ecologia, padrão de vida, educação e qualidade de governo. Os butaneses afirmam que o FIB é a forma deles expressarem um sistema de valores que foi moldado por sua cultura durante séculos. Na verdade, várias nações já aplicam os conceitos do FIB, só que não utilizando essa nomenclatura. Comumente se utilizam conceitos como educação de qualidade, meio ambiente ecologicamente equilibrado, segurança pública, desenvolvimento social, liberdade de expressão, valorização cultural.

O FIB ainda é aplicado de forma “intuitiva” pelos butaneses, de forma a preservar o equilíbrio de toda nação. Assim, cada indivíduo age pensando no bem coletivo e, em contrapartida, os reis (que são os representantes governamentais nesse país) direcionam as políticas públicas para que todos do meio social, ou a maioria, sejam beneficiados por suas decisões.

O FIB é estudado por diversos países, incluindo o Brasil. Aqui ele é compreendido pelo Instituto Visão Futuro, que possui como coordenadora e fundadora a Dra. Susan Andrews, psicóloga e antropóloga canadense. A partir da fundação da ecovila Parque Ecológico Visão Futuro, se aplicam de forma experimental

as dimensões do FIB. Essas dimensões são: bem-estar psicológico, saúde, uso do tempo, vitalidade comunitária, educação, cultura, meio ambiente, governança e padrão de vida. A ecovila é um projeto piloto, no qual ideias são aplicadas de forma concreta em menor escala, para depois serem difundidas pelo restante do país.

Após um projeto-piloto inicial ministrado na cidade de Angatuba, no interior de SP, dois outros projetos-piloto foram conduzidos em 2009. Um em Itapetininga – SP, e outro em Campinas (veja os links). E além desses dois projetos-piloto, um terceiro, numa versão destinada a potencializar a atuação de responsabilidade sócio-ambiental no setor privado, foi desenvolvido para ser aplicado na Natura Cosméticos (INSTITUTO VISÃO FUTURO, [s.d.], p. 2).

O que resta pensar é se o Brasil está preparado para a possível evolução que a expressão “busca da felicidade” trará para a sociedade. Assim como já citado o exemplo do Butão, a política voltada à efetivação do direito social da busca da felicidade não só repercute internamente, mas também interfere significativamente nas relações internacionais.

6 Decisões em âmbito nacional sobre a busca da felicidade

A busca pela felicidade já é fundamento para diversas decisões judiciais. Dentre estas se destaca a Emenda Constitucional nº 66/2010 que modificou o art. 226, §6º, o qual, atualmente, figura com o seguinte texto: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Anteriormente, a separação mesmo que fosse consensual só podia ser obtida depois de um ano de casados. E a separação litigiosa dependia da identificação de culpados, sendo que somente o declarado inocente era legítimo para propor a ação. Depois, ainda se aguardava um ano para a conversão da separação em divórcio, e, caso este fosse intentado diretamente, estava condicionado ao prazo de dois anos da separação de fato. Ou seja, dependia do decurso do prazo ou da declaração de duas testemunhas de que estavam separados por esse período. Agora, o divórcio é a única modalidade de dissolução do casamento, afastando exigências anteriores, como a identificação dos culpados pela sua concessão ou prazos pré-estabelecidos. Enfim, extingue-se a exigência da separação judicial no âmbito jurídico.

O casamento é um instituto atrelado ao Direito Canônico. A influência católica na formação histórica do Brasil contempla que o casamento é uma união indissolúvel. Dessa maneira, parcela minoritária dos legisladores não viu a modificação constitucional com bons olhos, pois, de certa forma, é uma facilitação para que o casamento seja destituído. A “desburocratização” na hora de se divorciar pode levar os casais a não pensarem de forma minuciosa sobre sua decisão, fragilizando, assim, a instituição familiar.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 66/2010 vai além. A aplicabilidade da facilitação do divórcio pode ser atrelada ao alcance da felicidade individual e também é uma adequação da norma a uma nova realidade social. Na vida conjugal, quando os objetivos não se compactuam e a satisfação particular fica prejudicada, o que resta ser

feito é buscar a realização da vida de outras formas, com outras pessoas ou mesmo sozinhos. A mudança no texto constitucional nada mais é do que dar liberdade a cada um de buscar sua felicidade plena.

No cenário jurídico brasileiro, em 5 de maio de 2011, a união de casais do mesmo sexo foi reconhecida. Além dos princípios da igualdade, da liberdade, do veto ao preconceito e da dignidade da pessoa humana, o princípio da busca da felicidade foi utilizado como respaldo para a decisão. A seguir, trechos que revelam como o conceito felicidade foi utilizado para fundamentar o reconhecimento da união homoafetiva no Brasil.

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, Pleno. Relator: Min. Ayres Britto, *DJe* 5 maio. 2011, p. 675).

Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência que acompanharei na sua integralidade, nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, Pleno. Relator: Min. Ayres Britto, *DJe* 5 maio. 2011, p. 693).

Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, Pleno. Relator: Min. Ayres Britto, *DJe* 5 maio 2011, p. 857).

O Ministro Celso de Mello, em um Recurso Extraordinário, assim postulou:

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO

POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 477544/MG, 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Melo, *DJe* 26 ago. 2011).

Dado o exposto, é nítida a utilização do Princípio da Busca da Felicidade para respaldar ideais e condutas sociais, além de, concretamente, ser base para julgados que modificaram intensamente a vida dos brasileiros. A felicidade não se encontra expressa constitucionalmente, mas é utilizada para alcançar tanto o bem-estar individual, quanto o coletivo.

7 Conclusão

Os direitos sociais concebidos modernamente pelo sistema jurídico nacional não englobam a felicidade como direcionamento de forma explícita. Entretanto, esta pode transformá-los inteiramente, mudando o que hoje se entende sobre tais direitos. As atitudes governamentais e sociais atinentes à busca da felicidade pretendem, com essa linha de pensamento, uma transformação na sociedade brasileira. O almejado é a luta pela conquista de uma felicidade coletiva, sendo uma nova maneira de pensar e de agir. A PEC nº 19/2010 foi arquivada, mas a essência do que almejava já encontra repercussão social. Na verdade, a inclusão de uma expressão na Constituição Federal, mesmo sendo positivada, pode não ser bem cumprida.

Cabe aos operadores do Direito continuarem com a linha de pensamento na qual a busca da felicidade é um direito fundamental, intimamente relacionado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. E, também, as políticas públicas devem ter como norte essa mesma ideologia, visando sempre o bem-estar social da coletividade. Além dos governantes, toda a população deve ter atitudes para o bem social e individual. A luta coletiva por melhorias em seu meio, como promove o Movimento Mais Feliz, é algo que todos os brasileiros devem buscar.

O ideal de felicidade antes era norteado pelos conceitos de sustentabilidade e pelo estabelecimento de padrões mínimos de vida; hoje, o conceito vai além, norteando importantes decisões judiciais e interferindo na política interna e externa de vários países, principalmente do Brasil. A participação do povo, a busca pela felicidade e a facilitação para todos alcançarem os meios, de forma que essa busca seja efetiva, é o que atrela as decisões públicas de acordo com esse novo pensamento. As políticas públicas devem evitar a felicidade coletiva em curto prazo, sempre buscando o bem-estar mais duradouro.

A pesquisa científica foi fundamentada no Direito Constitucional, abrangendo pensadores de vanguarda e também decisões do STJ, principalmente o posicionamento do ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal. Importante fonte de pesquisa foi a tese de doutorado do pesquisador Saul Tourinho Leal. Esse autor levou o conceito felicidade a um patamar de direito fundamental que merece ser estudado, retirando um pouco o preconceito que existe pelo subjetivismo da expressão.

O Princípio da Busca da Felicidade é extremamente importante para que o desenvolvimento interno e externo de um país seja promovido. De nada adianta

realmente possuir um PIB relevante se o bem-estar social (FIB) está comprometido. O primeiro olhar atento de como desenvolver uma sociedade é promover a satisfação de quem a forma, ou seja, de cada indivíduo.

O conceito de felicidade ainda encontra barreiras. Estudiosos postulam um subjetivismo atrelado ao tema. Entretanto, deixar de lado tal conceito é descartar um instrumento de unificação do pensamento que visa o bem comum. Não se tenta colocar, a partir da ideologia à busca da felicidade, uma fundamentação de forma vaga, tanto para as políticas públicas como para as decisões em âmbito jurídico, mas se procura alcançar um verdadeiro consenso no que tange à preocupação com os institutos sociais.

A felicidade, apesar de já ser estudada por séculos, ainda é objeto de muitas indagações. Por ser um direito fundamental e estar tão ligada ao aspecto de Justiça, deve sim ser entendida de forma aprofundada. O presente artigo teve como intuito explorar aspectos importantes do Princípio da Busca da Felicidade tanto no âmbito interno brasileiro, quanto em outros países. É fato que o estudo não se limita aqui. Entender o que é a felicidade e as consequências que ela traz é descobrir o que a nova concepção de Direito propõe para as decisões e atos da nova geração, que vê a Justiça como um instrumento de bem-estar social.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 80759 de 2010*. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Senado Federal, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/80759.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 477544/MG, 2ª Turma. Min. Celso de Melo, *DJe*, 26 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477544.pdf>>. Acesso em 27 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, Pleno. Relator: Min. Ayres Britto, *DJe*, 5 maio. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 27 ago. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração da Independência dos Estados Unidos da América (1776)*. Disponível em: <<http://www.prof2000.pt/users/chito2/revam.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

INSTITUTO VISÃO FUTURO. *Histórico*. Disponível em:
<<http://www.visaofuturo.org.br/pdfs2/Hist%C3%B3rico%20do%20FIB.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2015.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à Felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição*. 2013. 357 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-08-30T08:40:42Z-14074/Publico/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em 27 ago. 2015.

RAUPP, Magda. *A felicidade um direito de todos*. Disponível em:
<http://www.gaz.com.br/gazetadosul/noticia/261694-360_graus_magda_raupp.html>
Acesso em: 30 ago. 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Opinião: Direito à Felicidade. *Estadão*, 5 fev. 2011. Disponível em:<<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,direito-a-felicidade-imp-,675592>>. Acesso em 27 ago. 2015.

SACCONI, Luiz Antônio. *Grande Dicionário Sacconi da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Geração, 2010.

A função social da propriedade improdutiva, mas objeto de invasão por movimentos populares

The social function of unproductive property, object of invasion by popular movements

Helen Corrêa Solis Neves

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM e do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Resumo: Esta pesquisa propôs-se a debater a característica da função social da propriedade, uma novidade do Estado Social, tendo como foco a questão da desapropriação de terras improdutivas, mas que tenham sido objeto de invasão de movimentos populares. O centro da polêmica reside na dúvida se a proibição de desapropriar este tipo de bem está em consonância com a ideia de função social da propriedade que se entende ser uma característica do direito e não uma sua limitação. Por isso, pesquisaram-se as características dos direitos de propriedade, o papel dos movimentos sociais, para só então adentrar na discussão que motivou essa investigação científica, qual seja, a realização da função social da propriedade, mesmo em caso de terras improdutivas, mas invadidas.

Palavras-chave: Propriedade privada. Ocupação. Grupos sociais. Constitucionalidade.

Abstract: This research aims to discuss the characteristics of the social function of property, a novelty of Social State, focusing on questions about expropriation of unproductive areas that were object of invasion by popular movements. The controversy lies in the center of the question whether the prohibition to expropriate this type of good is according to the idea of social function of property, which is a feature of law, but not its limitation. Therefore, characteristics of right of property and the popular movement roles were researched, and then this study focused on the discussion, which motivated this scientific investigation, which is the realization of the social function of property, even in case of non-productive land, but an invaded one.

Keywords: Private property. Occupancy. Social groups. Constitutionality.

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é discutir se a desapropriação de terras improdutivas, mas invadidas, estão conforme a natureza do direito de propriedade. Isso porque existe uma Lei brasileira que impede a desapropriação nesses casos e a jurisprudência da Suprema Corte do País firmou entendimento de sua constitucionalidade.

Com o intuito de realizar tal discussão, apresentar-se-ão, inicialmente, as questões que delimitam o direito de propriedade, bem como a sua função social. Depois, serão debatidos os papéis dos movimentos sociais na realização dos direitos e se há legitimidade na sua atuação. Por fim, discute-se a questão que enseja o presente

artigo, qual seja, a polêmica da possibilidade ou não de se proibir a desapropriação de terras improdutivas, mas que tenham sido invadidas por movimentos populares.

Para resolver essa problemática, a pesquisa utilizou como metodologia a revisão bibliográfica sobre o tema.

2 Noções gerais sobre a propriedade e sua função social

O Direito de Propriedade, reconhecido como direito fundamental, tem suas bases na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ocasião em que foi identificado como um direito natural, com pouquíssimas restrições, assemelhando-se praticamente a um direito absoluto.

Obviamente esse caráter irrestrito do direito de propriedade é justificado pelo momento histórico em que se produziu. A ascensão política da classe burguesa, a organização do Estado Liberal, Mínimo, conferindo à liberdade *status* essencial, conduz à consideração da propriedade como um bem jurídico suscetível de tão importante proteção quanto o direito à vida. Isso porque o seu reconhecimento como direito natural, inerente à condição humana, faz dele uma das bases do humanismo que se iniciava no Século XVIII.

Fabio Konder Comparato (2016, p. 02) ensina que “o Direito burguês, segundo o modelo do Código Napoleão, concebeu a propriedade como poder absoluto e exclusivo sobre coisa determinada, visando à utilidade exclusiva do seu titular”.

Contudo, essa natureza incondicional do direito de propriedade começa a ser modificada com a falência do Estado Liberal. A ideia de um Estado mínimo sem muitas obrigações organizacionais que deveria deixar ao mercado a liberdade para a atuação irá se mostrar inadequada numa realidade social marcada pela desigualdade.

O surgimento de um Estado Social com caráter interventivo e poderes para limitar a liberdade, no intuito de alcançar a igualdade, notadamente para a proteção de grupos menos favorecidos, é o ponto de partida para o câmbio da concepção jurídica sobre o direito de propriedade.

Netto Lôbo (1999, p. 102) diz que

a ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana.

Não há direitos absolutos. A limitação é inerente à própria ideia de direito. Um direito irrestrito ao invés de significar respeito democrático representa uma noção ditatorial. Por essas razões, o direito de propriedade perderá muito de sua condição individualista, passando a ter atributos mais sociais. É nesse contexto que surgirá a função social da propriedade.

Essa dimensão social do direito pode ser visualizada no desenvolvimento das ideias marxistas, que propugnam o fim da propriedade privada na era comunista e também na sua socialização anterior no sistema governamental socialista, em que o Estado forte garante que esses bens deverão atender, e muito, os interesses da sociedade, além dos privados.

León Duguit (*apud* GOMES, 2012), ao defender o fim da ficção do direito, que concebia o Estado como uma pessoa moral que exerce soberania, afirma que a legitimidade do direito se encontra no interesse público. A partir daí, ao mencionar a propriedade, afirma que ela não é um direito subjetivo, mas uma função social, dada à importância que ela exerce na sociedade. Pode-se perceber o radicalismo do autor, na medida em que contesta qualquer elemento individualista do direito em comento.

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito inatingível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder (DUGUIT *apud* GOMES, 2012, p. 126).

Modernamente, a função social da propriedade é um seu atributo. José Afonso da Silva (2015, p. 282) afirma, inclusive, que não se trata de uma limitação, mas da própria concepção do direito, isto é, uma característica que conforma a ideia de direito de propriedade. “A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.

Assim, pode-se afirmar que o direito de propriedade é individual, subjetivo, mas que somente será completamente protegido pelo Estado e, por conseguinte, pelo ordenamento jurídico, na medida em que atenda os interesses do proprietário e da sociedade. Não se admite, portanto, que o exercício desse direito ocorra em detrimento do interesse público, daí a sua função social.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 mencionava em seu art. 113 (17) que o exercício do direito de propriedade não poderia se dar contra o interesse social. A Carta Magna de 1937 ignorou esse pensamento que será retomado com o texto constitucional de 1946 ao afirmar em seu art. 147 que a propriedade está condicionada ao bem estar social. A partir da Constituição de 1967, todas as constituições brasileiras passaram a se referir explicitamente à função social da propriedade.

A Carta de 1988 inova o ordenamento jurídico ao inserir a função social da propriedade no capítulo referente aos direitos individuais, qual seja, o art. 5º, XXIII. Até então, a referência a essa característica ocorria apenas no Título da Ordem Econômica. Esse deslocamento topográfico não tem um significado apenas formal, mas constitui um elemento fortíssimo a comprovar a ideia de que a função social não é uma limitação, mas um essencial atributo do direito individual de propriedade.

Para se verificar o tratamento dado a esse instituto por outras constituições latino-americanas, observa-se que a Constituição argentina, cuja última reforma data de 1994, não prevê a função social da propriedade, mantendo um caráter individualista e exclusivista. A desapropriação somente acontece por interesse ou necessidade pública. O interesse social não enseja a desapropriação de uma terra que seja, por exemplo, improdutiva. A Constituição do Uruguai segue a mesma linha e não traz referências à função social da propriedade.

A Carta Constitucional Paraguai de 1992, em seu art. 109, consagra a função social da propriedade, bem como a desapropriação de terras improdutivas para a reforma agrária. A Constituição venezuelana prevê, no art. 115, a ideia de que a propriedade deve atender ao interesse social, e, no art. 307, combate o regime latifundiário que considera contrário ao interesse social e torna o imóvel passível de desapropriação.

Observa-se, assim, que os países do Mercosul não possuem um tratamento igualitário da questão.

O conceito de função social da propriedade tem algo de intrínseco com os chamados direitos sociais, na medida em que a intervenção estatal é uma exigência para a sua realização. É nesse instante que o tema em comento passa a se relacionar com os chamados movimentos sociais.

3 O papel dos movimentos sociais na realização da função social da propriedade

Quando o Estado se compromete a garantir direitos sociais, ele o faz principalmente em relação aos grupos menos favorecidos que não possuem condições econômicas de prover suas necessidades com saúde, educação, alimentação, moradia etc.

José Afonso da Silva (2015, p. 286) ensina que os direitos sociais são

[...] dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições d vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (*Grifo nosso*).

Ocorre que esse mesmo Estado que promete não cumpre adequadamente suas obrigações, deixando uma margem importante da sociedade desprotegida em relação a esses bens essenciais. A inoperância estatal produz, então, um novo tipo de conflito, quais sejam, os conflitos coletivos.

Os conflitos coletivos podem ser definidos como conflitos entre grupos sociais e Estado pela consecução dos chamados direitos sociais. É importante perceber que eles não se assemelham aos conflitos interindividuais, que são basicamente patrimoniais. Os conflitos coletivos possuem um potencial de tensão muito maior que os individuais, sejam pelas partes envolvidas, sejam pelos bens jurídicos em disputa.

Tony Rocha (2005, p. 9) leciona que,

nas últimas décadas do século XX, houve uma crescente coletivização dos conflitos sociais, como as greves, ocupações de terra, manifestações coletivas por moradia, desobediência à lei, movimento de resistência à devastação do meio ambiente, a organização das nações indígenas pela demarcação de suas áreas. Esta coletivização foi fruto da contradição da sociedade capitalista, pois o aumento da exploração alarga a faixa de marginalizados e excluídos e a concentração de riquezas.

É nesse contexto que os movimentos sociais passam a se organizar para lutar por seus direitos e inicia-se a discussão sobre sua legitimidade.

Dentro do tema que se está discutindo, ganham relevo movimentos sociais como os “Sem Terra” e os “Sem Teto”. Especialmente esses grupos possuem como tática de pressão a invasão de imóveis urbanos e rurais para exigir a desapropriação para a reforma agrária e para o interesse social da moradia.

Por um lado, há aqueles que afirmarão a ilegitimidade dos movimentos, haja vista fazerem uso da força que é monopólio do Estado. Ademais, esses movimentos acabam produzindo mais conflitos nas áreas invadidas que podem ser causa de violência generalizada. Nesse contexto, torna-se essencial a extinção dessa forma de organização social.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Marco Aurelio de Mello, manifestou no julgamento do Mandado de Segurança 25493 de sua relatoria (2013, p. 6) dizendo que

tudo deve ser feito no sentido de observar-se a paz social, evitando-se a justiça pelas próprias mãos e respeitando-se o direito alheio. Não se chega à reforma agrária por meio de invasões, mas mediante provocação das autoridades competentes para atuarem nesse campo segundo os ditames constitucionais e legais.

Por outro lado, a atividade desses grupos é justificada como exercício do poder que pertence ao povo. Um Estado descumpridor de suas obrigações constitucionais de garantir moradia e de fazer a reforma agrária enseja a mobilização social como único ou último recurso contra a indiferença governamental.

Tony Rocha confirma (2005, p. 06) que

os movimentos sociais não surgem ao acaso, são fruto da insatisfação dos setores socialmente subordinados com a realidade, causada pela opressão dos detentores de poder e pela inoperância do Estado, que não é garantidor dos direitos sociais e da dignidade humana.

E é exatamente por essa divergência que a Lei brasileira Nº 8629/93, que disciplina o trâmite para a desapropriação para fins de reforma agrária, estabeleceu em seu art. 2º, §6º que

o imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será

vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações.

Isso significa que propriedades invadidas não podem ser objeto de desapropriação.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil firmou entendimento de que o objetivo de tal norma é exatamente para garantir a paz no campo, evitando e desestimulando conflitos, na medida em que se cria um impedimento legal para a desapropriação da terra.

4 A desapropriação da terra improdutiva e a função social da propriedade

A desapropriação para fins de reforma agrária é caracterizada, no Brasil, como uma desapropriação-sanção, isto é, uma punição ao proprietário que não conferiu ao imóvel uma função social. Esses bens, por opção constitucional, terão como destinação a realização da reforma agrária. Aliás, é por essa razão que a indenização se dá em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até vinte anos, e não em dinheiro.

Assim, há que se discutir a natureza jurídica da desapropriação nesses casos. Como regra, a desapropriação é caracterizada como uma limitação ao direito de propriedade. Mas essa ideia tem fundamento em relação à desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Quando um imóvel com função social precisa ser desapropriado para atender aos interesses da sociedade, como a construção de uma rodovia ou de um viaduto, não há punição, mas uma exigência da coletividade. Nesses casos, indeniza-se o proprietário em dinheiro (art. 5º, XXIV da Constituição do Brasil).

Já na desapropriação-sanção, o que ocorre é uma punição ao proprietário. O seu direito de propriedade não está sendo limitado, isto porque só há direito de propriedade com função social. Pode-se, então, perguntar: por que se indeniza? A resposta é: para evitar o enriquecimento sem causa do Estado.

Ao se compreender o direito de propriedade como um direito individual que somente se configura em sua dimensão subjetiva se houver observância da função social, percebe-se que esse direito de primeira geração ganha uma natureza positiva, pois se exige que o Estado crie as condições para que se realize o bem estar para a sociedade. Nesse caso, um dever de observância sobre a propriedade individual para que ela seja exercida em consonância com o interesse público.

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 185, enuncia:

São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

A Constituição traz um catálogo dos bens que não podem ser desapropriados (mesmo que não tenham função social, no caso do inciso I) e esse rol há que ser considerado taxativo, pois ampliá-lo significa mitigar o direito de propriedade, senão veja-se: só há direito de propriedade se for com função social. Ao se criar situações em que esse atributo não é observado nem mesmo para realizar desapropriação, amplia-se a sua natureza individualista, descaracterizando o real significado desse direito que exige a função social.

José Afonso da Silva (2015, p. 282) explica: “limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito”.

Como se trata de um direito individual, logo cláusula pétrea constitucional, as limitações admitidas somente podem ser aquelas previstas na Carta Magna, no caso, no art. 185. A Lei 8629/93, ao criar nova hipótese impeditiva da desapropriação-sanção, viola o direito de propriedade, restringindo-o a padrões não previstos constitucionalmente.

O Ministro Celso de Mello, relator da ADI 2213, afirma que

[...] o rol inscrito no artigo 185 do texto constitucional, concebido para proteger, em situações específicas, o proprietário rural, **admite, por isso mesmo, a possibilidade de sua ampliação, sempre que a propriedade rural revelar-se fiel à função social que lhe é inerente** (*Grifo nosso*).

Veja, portanto, que a extensão do rol do art. 185 da Constituição do Brasil só seria admitida se a propriedade mantiver-se fiel à sua função social, o que não é o caso de terras improdutivas.

Além disso, a previsão da lei mencionada traz características de um mecanismo de criminalização dos protestos sociais, a fim de impedir a mobilização que chama a atenção sobre a luta realizada.

A lei em comento é claramente um instrumento para desestimular a organização social e essa decisão legal é altamente questionável do ponto de vista da sua legitimidade. O jurista argentino Eugênio Zaffaroni ([s.d], [s.p.]) afirma: “la protesta misma es la forma de llamar la atención pública y de las autoridades sobre el conflicto o las necesidades cuya satisfacción se reclama”.

Se o Estado não cumpre com sua obrigação de conferir e garantir a função social da propriedade, resta à sociedade, mobilizada em grupos, protestar, de forma a chamar a atenção governamental sobre a questão. Mas quando se obstaculariza, por lei, essa forma de organização social, há não só afronta à estrutura política, mas também à Constituição que garante o direito de manifestação do pensamento, ainda que contrário à vontade do governo, além da liberdade de reunião.

Uma propriedade que não tem função social não é constitucionalmente protegida pelo Estado de Direito. Protegê-la por norma infraconstitucional, de forma contrária aos princípios da Carta Magna, somente pode significar que a Lei 8629/93 é inconstitucional e como tal deve ser tratada pelo Poder Judiciário.

Eugenio Zaffaroni ([s.d], [s.p.]) ensina sobre o direito de divergir:

El derecho de protesta no sólo existe, sino que está expresamente reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (art. 19) y en la libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20). Estos dispositivos imponen a todos los estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos y, por supuesto, no sólo a reservarlos en el fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y reclamos. Nadie puede sostener juiciosamente que la libertad de reunión sólo se reconoce para manifestar complacencia. Además, no sólo está reconocido el derecho de protesta, sino el propio derecho de reclamo de derechos ante la justicia (art. 8).

É difícil considerar ilegal um protesto quando as próprias autoridades reconhecem o valor daquilo pelo que se luta. No MS 25493 do STF, o Poder Executivo reconheceu a terra como improdutiva, mas não pôde desapropriá-la, pois havia uma invasão prévia. Assim, reconhece-se a nobreza da luta, mas impede-se a consecução do que é pedido, porque se deu por meio de um protesto. Resolve-se um problema, mas deixa o direito sem solução.

No *Habeas Corpus* 5574/SP, o STJ concedeu o *writ* para membros do Movimento do Sem Terra presos por “praticar conduta incompatível com a situação jurídica”. O cerne da decisão é a afirmação de que a invasão não caracteriza crime contra o patrimônio, mas sim se manifesta como expressão da cidadania.

Leia-se a ementa da decisão:

STJ - HC 5574 - constitucional - "habeas-corpus" - liminar - fiança - reforma agrária - movimento sem terra - "habeas-corpus" e ação constitucionalizada para preservar o direito de locomoção contra atual, ou iminente ilegalidade, ou abuso de poder (CF/1988), art. 5., LXVIII). Admissível a concessão de liminar. A provisional visa a atacar, com a possível presteza, conduta ilícita, a fim de resguardar o direito de liberdade. Fiança concedida pelo STJ não pode ser cassada por juiz de direito, ao fundamento de o paciente haver praticado conduta incompatível com a situação jurídica a que esta submetido. Como executor do acordão, devera comunicar o fato ao tribunal para os efeitos legais. Não o fazendo, preferindo expedir mandado de prisão, comete ilegalidade. Despacho do relator, no tribunal de justiça, não fazendo cessar essa coação, por omissão, a ratifica. Caso de concessão de medida liminar. **Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da constituição da república. A pressão popular e própria do estado de direito democrático.** (*Grifo nosso*) (STJ – Sexta Turma – Relator para o acórdão: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. DOJ: 18/08/1997).

É um contraste de posicionamentos dos tribunais superiores: reconhece-se o valor da luta, a ponto, inclusive, de descaracterizar a ocorrência de um crime, mas depois penaliza-se a ponto de impedir que se alcance o objetivo da pressão que é a reforma agrária.

Por essas razões é que se entende fundamental o respeito da função social da propriedade, não somente com palavras, mas com decisões que efetivamente reflitam a importância desse conceito para a definição do direito.

As novas perspectivas do Século XXI não são compatíveis com uma visão tão individualista da propriedade. É fundamental que ela seja entendida também em uma dimensão de interesse social. Propriedades improdutivas são contrárias aos interesses públicos, logo, se não são desapropriadas, cabe ao povo, verdadeiro detentor do poder, pressionar as instâncias governamentais para dar ao bem sua devida destinação.

5 Conclusão

A partir de uma ideia de que o direito de propriedade não é mais um direito individual, absoluto, e sim um direito que deve atender também às demandas da sociedade, esse artigo se propôs a discutir a questão da jurisprudência brasileira da sua Corte máxima que não permite a desapropriação em caso de imóvel invadido.

Foram debatidas as características do direito de propriedade e sua evolução decorrente de um novo Estado intervencionista que deu origem à função social da propriedade.

Mostrou-se que a função social da propriedade não se trata de uma limitação ao direito, mas um verdadeiro elemento de sua própria natureza. Assim, só há direito de propriedade em relação a bens que exercem função social. Do contrário, não há que se falar sequer em direito.

Na busca pela realização de direitos como moradia e trabalho que perpassam pela garantia da propriedade, os movimentos sociais foram, então, objeto de estudo, na medida em que eles realizam a luta pela defesa de direitos que não são efetivados pelo Estado.

Esses movimentos sociais, que entenderam que soluções governamentais têm sido muito favoráveis às classes mais privilegiadas, iniciam um processo de pressão popular, por meio de invasões de terra, objetivando que o Estado enxergue a existência de terras improdutivas e as desaproprie como determina a Constituição.

Contudo, a Lei brasileira 8629/93 impede a vistoria para desapropriação de terras improdutivas invadidas. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a constitucionalidade dessa norma ao argumento de que ela é necessária para a manutenção da paz social.

Mas a conclusão deste trabalho é que se cuida de uma norma inconstitucional, uma vez que a Constituição só traz duas hipóteses impeditivas da desapropriação para fins de reforma agrária e, dentre elas, não está a hipótese de invasão.

Entende-se que a desapropriação-sanção não se configura uma limitação ao direito de propriedade, vez que não há direito se a propriedade não exerce função social. Logo, a desapropriação em comento é um instrumento de realização do direito, e não sua limitação.

Assim, a criação de nova hipótese impeditiva de desapropriação por lei infraconstitucional dá origem a uma limitação da função social da propriedade que não foi admitida constitucionalmente. Nesse caso, há violação de cláusula pétrea e ofensa ao princípio da proibição de retrocesso a direitos.

A discussão que se buscou neste trabalho objetivou exatamente mostrar que o Direito moderno não se compraz com visões individualistas e patrimoniais ao extremo e que a melhor prova disso é o direito de propriedade que evoluiu em sua concepção.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma. *HC 5574*. Relator para o acórdão: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso 22/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2213*. Relator: Celso de Mello. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 22/02/16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 25493*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 22/02/16.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Disponível em www.dhnet.org.br. Acesso em 22/02/16.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, v.a. 36, n. 141, jan./mar., 1999.

ROCHA, Tony. A luta dos movimentos sociais pela efetivação de direitos e o compromisso ético-político-jurídico da rede nacional de advogados e advogadas populares. *In: Revista da Faculdade de direito da UFPR*, v. 43, 2005, p.1-13.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo : Malheiros, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La protesta social, um derecho legitimo de los ciudadanos*. [S.d]. Disponível em www.lafogata.org. Acesso em 22/02/2016.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: aspectos sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

*The horizontal effectiveness of fundamental rights: aspects of specific
individuals binding to fundamental rights*

Rodrigo Luiz da Silva Versiani

Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial. Advogado.
E-mail: versiani_adv@yahoo.com.br

Resumo: O presente estudo visa trazer considerações acerca da influência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, sob uma ótica de proteção por parte do Estado ao ferimento de princípios jusfundamentais constitucionais. Outrossim, verifica-se, na atualidade, uma crescente utilização da aplicação dos direitos fundamentais nas mais variadas áreas do direito pátrio, sobretudo, numa tendência a dar a devida prevalência dos Princípios e Garantias contidos na Constituição Federal, como vem sendo adotado na maioria dos países ocidentais que tiveram a influência de Constituições democráticas e de cunho protetivo, por meio de criação pelo legislador constituinte originário de capítulo destinado a Garantias e Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, estas como garantidoras de observância a princípios basilares do Estado Democrático de Direito e de proteção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proporcionalidade, dentre outros espalhados na Carta Política de 1988.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Relações de Direito Privado. Proteção Constitucional.

Abstract: This study aims to bring considerations about the influence of fundamental rights in relations between individuals, under an optical protection by the State to damage jusfundamentais constitutional principles. Furthermore, it can be seen, nowadays, an increasing use of the application of fundamental rights in various areas of parental rights, above all, a tendency to give due prevalence of the principles and guarantees contained in the Constitution, as it has been adopted in most Western countries which had the influence of democratic constitutions and protective nature, through creation by constitutional legislator originated from a chapter for the guarantees and rights as immutable clauses, these as guarantors observance of the basic principles of the democratic rule of law and protection of the principles of human dignity, equality, proportionality, among others scattered in the 1988 Constitution Policy.

Keywords: Fundamental Rights. Relations of Private Law. Constitutional Protection.

1 Introdução

Desde o surgimento do catálogo dos direitos fundamentais nas Constituições democráticas, denota-se uma mudança em que a razão e o Direito são instrumentos de mudanças sociais, buscando, acima de tudo, a aplicação dos princípios como ponto de equilíbrio nas relações entre o Estado e o cidadão, como também entre os

particulares, tendo os direitos fundamentais um aspecto limitador da autonomia privada.

Historicamente, houve uma mudança da noção do Estado, perpassando na noção de Estado Liberal concebido após a Revolução Francesa, em que se constata a transmutação do princípio da autonomia privada própria do liberalismo, até chegarmos ao Estado Social, em que houve a limitação do princípio da liberdade individual nos pactos, para uma liberdade contratual baseada nos princípios jusfundamentais. Nesse aspecto, constata-se uma nova perspectiva de organização social, em que o Estado perde o caráter de único sujeito passivo subordinado à observância dos direitos fundamentais, tendo em vista que os indivíduos, em razão da complexidade com que as relações sociais se delineiam, passam a estar em constante posição de ingerência aos direitos fundamentais de seus pares.

A partir da verificação do conceito de fundamentalidade e do abarcamento da teoria da horizontalidade da aplicação dos direitos fundamentais, sendo os mesmos esparsos em todo o ordenamento e ramos do direito, se torna impossível a percepção estanque e restrita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

O posicionamento acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais visa alcançar uma vertente adequada às particularidades do nosso Direito Constitucional Pátrio, ressaltando em que medida a influência dos direitos fundamentais entre os particulares não afetariam o princípio da autonomia privada, levando em conta que este também é um princípio a ser observado. Faz-se necessário observar a crescente utilização da aplicação dos direitos fundamentais, haja vista sua eficácia irradiante, sobretudo, na promoção da humanização da ordem jurídica, ao exigir que todas as normas sejam, no momento da aplicação, avaliadas sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios constitucionais.

2 A autonomia privada sob a perspectiva do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social

2.1 O Estado Liberal

O Estado Liberal, bem como a corrente ideológica em que se baseia, a saber, o liberalismo, foi um fenômeno histórico com inúmeras nuances. Portanto, é de bom alvitre demonstrar os aspectos mais relevantes do Estado Liberal e do liberalismo, assim como da Revolução Francesa, a partir de suas manifestações históricas.

Segundo Bonavides (2001), o liberalismo atuava em duas vertentes bem definidas em seu período auge, quais sejam: ao nível do pensamento e ao nível da sociedade. O liberalismo era representado por um conjunto de correntes doutrinárias e de princípios que fundamentavam a existência e o funcionamento de várias instituições do Estado Liberal.

Ainda de acordo com Bonavides, em que pese essa ideologia ter seu surgimento vinculado à Revolução Gloriosa, que buscava a tolerância religiosa e o governo constitucional, foi com a Revolução Francesa que alcançou seu ponto supremo. Com a reinterpretação e adaptação das ideias da antiguidade clássica, o iluminismo, amparado pelo direito natural, fundou a estrutura política, social e

econômica do Estado liberal-democrático, o qual alcançou uma projeção indisputável sobre a consciência política de todo o século.

Com o desenvolvimento do comércio ultramarino e a expansão das fronteiras comerciais, a burguesia elevou-se à condição de classe social preponderante, sendo que o modo de produção feudal, prejudicado por sua paralisação no tempo e insuficiência de produção, foi radicalmente substituído pelo *modus* de produção da burguesia.

O liberalismo, por força de sua junção ao movimento contrário aos abusos do poder do Estado, exerceu enormes forças sobre os poderes ilimitados do Estado. Insta ressaltar que o surgimento do Estado Liberal esteve visceralmente ligado à ascensão da burguesia, que era a detentora do poderio econômico, a qual contribuiu maciçamente para o declínio da aristocracia e a monarquia absolutista.

Assim, a limitação da autoridade do Estado deveria corresponder à ausência de limites na esfera da liberdade individual. A partir dessa perspectiva, o Estado Liberal estaria totalmente alheio e ausente de iniciativas sociais, estando adstrito a assegurar e proporcionar a todos os governados os elementos necessários à convivência social de forma harmoniosa, de modo que era concedido ao indivíduo um amplo espaço de autodeterminação, ou seja, tudo que não estivesse proibido na lei era permitido no âmbito das relações jurídicas entre os sujeitos.

Para Sombra (2011), sob tais aspectos, consolida-se a concepção de direitos subjetivos públicos, os quais deveriam ser exercidos exclusivamente em face do Estado, que, a seu turno, não poderia adentrar na esfera de liberdade individual assegurada a cada cidadão. A liberdade, nesse momento histórico, tem um sentido de um dever de não ingerência do Estado, ou seja, uma inquestionável obrigação de respeito à autonomia privada.

O intuito incansável de controlar a autoridade estatal surge como decorrência das atrocidades praticadas sob a égide do absolutismo monárquico e, somente o Estado Liberal, por intermédio dos preceitos da liberdade, igualdade e fraternidade, poderia proteger os direitos e garantias individuais. Ressalte-se que, para a doutrina do liberalismo, o Estado sempre representou um fantasma a ser combatido, de modo que o exercício pleno da liberdade demandava uma forte contraposição política a esse *status* de inimigo público (SOMBRA, 2011, p. 6).

Outrossim, no Estado Liberal, apesar de salvaguardados os direitos e garantias dos indivíduos advindos das ameaças do poder público, acontecia outro problema decorrente da distância existente entre o Estado e a sociedade, decorrente do dever de não intervenção do Estado na autonomia privada. Verificava-se um processo de enfraquecimento da liberdade individual, visto que as relações jurídicas estabelecidas entre os particulares passaram a sofrer com a prevalência do poderio econômico. A separação entre Estado e sociedade acabou por gerar um abandono dos indivíduos ao jogo das forças sociais, mormente o poder econômico da burguesia.

A partir de então, constata-se, com a predominância do liberalismo, que a grande maioria dos indivíduos vivia em péssimas condições e uma minoria destacava-se por seu insaciável desejo por riqueza e poder. Uma vez afetados os elementos de

igualdade e liberdade do projeto liberal por uma burguesia interessada tão somente na garantia de liberdade e da segurança jurídica dos cidadãos frente ao Estado, os direitos individuais, embora tenham sido formulados em termos universais, passam a exercer-se de acordo com o patrimônio e poderio econômico.

Conseqüentemente, dois dos ideais do Estado liberal acabavam de ser substancialmente afetados: a liberdade e a igualdade. Contudo, a igualdade preconizada pelo liberalismo fosse apenas aquela de natureza formal, que diz que todos são iguais perante a lei, o dogma da autonomia privada acabava por evidenciar a ontológica contradição existente na combinação de todos os preceitos ideológicos do Estado Liberal, conforme expõe Paulo Bonavides.

A burguesia, classe dominada a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno. [...] Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes (BONAVIDES, 2001, p. 42-43).

Sob esse prisma, a liberdade social e a igualdade, preconizadas pelo liberalismo, surgiram condenadas ao fracasso a partir do momento em que a classe burguesa atraiu para si a legitimidade para promover o combate às ingerências praticadas pela monarquia absolutista, tendo em vista que os interesses defendidos por essa classe social eram facilmente identificáveis como destoantes das reivindicações sociais e inoperantes para prover o combate à desigualdade social. A Revolução Francesa e o Estado Liberal dela proveniente, ao contrário do que propunha inicialmente a burguesia, não derogou a totalidade de privilégios que obstruíam a participação ativa do povo na escolha de seus governantes.

2.1.1 O modelo liberal do contrato e a autonomia privada

Não resta dúvida que o Código Civil Napoleônico de 1804 foi um dos instrumentos normativos mais importantes da história mundial, considerado como um fruto da evolução social do direito francês ao longo de vários séculos, de modo que grande parte do seu texto remonta ao direito consuetudinário e ao direito romano da Idade Média. Tal código refletia as aspirações do ideal burguês e do liberalismo a ele associado.

Pode parecer contraditório, mas o *Code Civil* tinha aspectos conservadores em seu aspecto geral, igualmente, alguns institutos como o contrato tiveram uma regulamentação condizente com os ideais do liberalismo. Verifica-se que o contrato como instituto inovador foi um instrumento que incorporou a suprema expressão da autonomia privada clássica, de modo que sua relevância não se restringia a conceder à

burguesia o acesso à propriedade, mas a inserir plenamente os bens no fenômeno da produção e da troca.

Os fundamentos doutrinários sobre os quais fora construído o modelo liberal de contrato estão vinculados ao voluntarismo e ao consensualismo. Essas formulações jurídicas e filosóficas estão relacionadas à ideia de que o contrato se resume a um acordo de vontade entre dois indivíduos, o qual dispensa, *a priori*, maiores formalidades. A essência dessas disposições contratuais assentava-se, todavia, sobremaneira sobre as manifestações livres e voluntárias das partes, as quais, em função de preceito moral, deveriam cumprir toda e qualquer espécie de promessa.

Insta ressaltar que a grande contradição da concepção clássica dos contratos e da autonomia privada, que, posteriormente, alcançará a esfera da problemática dos direitos fundamentais nas relações particulares, deve-se à falsa presunção de que toda disposição contratual firmada sob a influência do liberalismo era, por natureza, justa e oriunda da livre manifestação dos contratantes, sem levar em consideração a desigualdade fática e o poderio econômico existentes em cada caso concreto. Naquela época, o Estado somente intervinha com o escopo de assegurar o cumprimento dos contratos.

Por oportuno, impende ressaltar que, ante este contexto, foi de salutar importância a intervenção do Estado na formação das relações contratuais por meio do dirigismo estatal e da mudança da base subjetiva dos negócios jurídicos, a criação de uma teoria que viabilizasse a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, com o intuito de amenizar o resultado negativo causado pela concepção clássica dos contratos e pela autonomia privada.

Em virtude da situação política, econômica e social vigente no século XIX, consoante a instalação do Estado Liberal e sua ideologia, os contratos, enquanto manifestação da vontade das partes e sua autonomia privada, demonstraram ser instrumentos de basilar importância para o surgimento do capitalismo, uma vez que assegurou a autorregulamentação dos interesses individuais, sob a premissa da igualdade formal, além da ampliação da circulação de riquezas.

Para Prata (1982, *apud* SOMBRA, 2011), autonomia privada traduz-se no poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos prévia e necessariamente qualificados como sujeitos jurídicos de juridicizar a sua atividade, de sorte a realizar livremente negócios jurídicos e determinar os seus respectivos efeitos. Lado outro, a liberdade contratual circunscreve-se à possibilidade conferida a cada indivíduo para decidir sobre os aspectos gerais de uma disposição contratual: como, com quem, quando, em que condições.

Ressalte-se que a autonomia privada deve ser entendida como parte do princípio geral de liberdade, de modo que não representa todo o seu conteúdo.

No modelo do Estado Liberal, a autonomia privada assumiu um extraordinário alcance, tendo em vista que a estanque separação entre Estado e Sociedade, como consequência do liberalismo e da concepção de direitos públicos subjetivos, proporcionou aos sujeitos uma ampla autorregulamentação de seus interesses. Nesse modelo liberal, a vontade humana é erguida à condição de elemento central e fonte de legitimação dos vínculos contratuais estabelecidos entre os particulares, de modo que,

à lei resta apenas viabilizar mecanismos de proteção para a produção dos efeitos desses contratos.

A concepção jurídica de autonomia privada e de contrato tem o seu surgimento e o seu desenvolvimento associados às condições históricas, sobretudo, no que toca à passagem do feudalismo ao capitalismo, visto que o conceito jurídico de autonomia privada constitui, a um só tempo, um mecanismo – senão o mais importante – e uma efetiva consequência da transformação econômica e social presenciada no transcorrer dos séculos.

No auge do liberalismo, a autonomia privada alcançou gradativamente o cume do seu desenvolvimento. Em dado momento, por força da total ausência de intervenção do Estado, as relações contratuais passaram a ser travadas em clara desigualdade de condições. Percebe-se que o poderio econômico nas relações sociais, cujo exercício esteve intrinsecamente vinculado aos preceitos de liberdade defendidos pelo liberalismo, representou ao longo desse contexto histórico uma sensível e paradoxal restrição dos princípios da liberdade e da igualdade. As ingerências, que até então sempre haviam sido praticadas pelo Estado, passaram a ser cometidas pelos próprios cidadãos em suas relações sociais.

Nesse sentido, cabe trazer à colação o escólio Thiago Sombra, *verbis*:

em verdade, a teoria dos contratos – assim como a proteção da propriedade – funciona como verdadeiro barômetro da realidade social, o que significa reconhecer que os contratos refletem de forma inequívoca a prevalência de determinada corrente ideológica no seio da sociedade. Dessarte, a partir da premissa de que a concepção clássica de contrato está impreterivelmente vinculada à doutrina da autonomia privada, ao Estado Liberal competia tão somente assegurar a proteção da vontade criadora das partes, bem como conferir guarida aos efeitos jurídicos por elas desejados, sem a pretensão de investigação da real situação econômica e social de cada contratante (2011, p. 15-16).

A importância do contrato para os teóricos do liberalismo, cuja origem burguesa demonstra inconfundível, deve-se a sua capacidade de impulsionar a circulação de riquezas, contribuindo, sobremaneira, para a expansão do capitalismo.

Associada ao papel desenvolvido pela autonomia privada nas relações contratuais, a ideia de força obrigatória dos contratos, decorrente de preceito moral, implica reconhecer que as partes possuem ampla liberdade de estabelecer ou não uma relação contratual, contudo, ao fazê-lo, devem cumprir incondicionalmente, nos termos em que foi pactuado, restando somente um outro contrato – distrato – para eximir as partes dos direitos e obrigações decorrentes da relação contratual anteriormente ajustada.

2.1.2 O declínio da teoria clássica dos contratos e da autonomia privada

Em virtude da crescente industrialização e surgimento das relações contratuais massificadas, sobretudo, com o surgimento dos contratos de adesão, que não representam natureza sinalagmática, porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente com relação ao suposto conteúdo jurídico. O

modelo clássico de contrato demonstrou-se insuficiente para disciplinar os novos interesses sociais emergentes. Além do fato que a excessiva proteção concedida à autonomia privada já delineava um anseio pelo fortalecimento do princípio da igualdade e do princípio da liberdade, por mais paradoxal que tal fato possa parecer, uma vez que tais princípios até então não tinham em sua essência a real primazia da proteção a ente vulnerável da relação contratual.

Outrossim, os contratos haviam deixado de ser fruto da livre manifestação de vontade de ambas as partes; o Estado não se preocupava com as atrocidades que passaram a ser praticadas pelos próprios particulares no bojo de suas relações jurídicas; as condições de desigualdade social e econômica sequer eram levadas em consideração no momento da celebração dos contratos; as obrigações, por diversas oportunidades, tornavam-se excessivamente onerosas, inviabilizando o cumprimento dos contratos nos moldes *do pacta sunt servanda*, princípio este que foi elevado às suas consequências máximas, nada obstante poder significar, em alguns casos, descompasso entre o conteúdo do contrato e a realidade fática e circunstancial que envolve a relação jurídica entre os contratantes.

Tais acontecimentos não podem ser encarados de forma negativa, relacionada à crise do contrato e da autonomia privada, pois se verifica essa transformação como instrumento de realização dos interesses sociais. Após a Segunda Guerra Mundial e os acontecimentos que sucederam, como a socialização do direito, a ampliação do poder de intervenção do Estado na economia e nas relações entre os sujeitos, nasce um novo Direito Privado, que atenta aos preceitos da justiça, equidade, função social, equilíbrio obrigacional, segurança jurídica e boa-fé objetiva.

2.2 O surgimento do Estado Social

Iniciamos este tópico com o pensamento do Prof. Paulo Bonavides sobre a derrocada do Estado Liberal. Segundo o autor, “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise” (2001, p. 188).

É necessário ponderar que o Estado Social consubstancia uma verdadeira transformação estrutural pela qual passou o Estado Liberal. Em que pese o Estado Social representar a corporificação das modificações sofridas pelo Estado Liberal, alguns aspectos desse último ainda poderão ser identificados naquele, especialmente no que concerne ao sistema capitalista, mesmo que um tanto quanto adaptada aos novos anseios sociais.

Os princípios do Estado Social se conjugam, pois, com alguns sistemas de organização política, sobretudo se esses não importarem substancial divergência com determinados postulados básicos de caráter social. A distinção existente entre o Estado Liberal e o Estado Social está pautada na restrição da influência outrora exercida pela burguesia, bem como as consequências delas provenientes, como o exagero da noção de autonomia privada e a ausência de intervenção estatal nas relações entre os particulares.

Denota-se que, a partir do momento que o Estado desvincula-se do controle político e econômico praticado pela burguesia, transforma-se em um Estado mitigador dos conflitos sociais, deixando de ser um Estado ausente como o do período do Estado Liberal, vindo a ocupar uma posição de destaque na sociedade, ou seja, intervindo nas relações entre os sujeitos de direitos para que fosse alcançado o maior equilíbrio possível entre as partes contratantes.

A respeito da transformação sofrida pelo Estado Liberal até a emancipação do Estado Social, Bonavides (2001, p. 186) destaca que,

quando o Estado coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê a mais estreita dependência de seu poder econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.

O Estado Social exsurge com o objetivo de promover, acima de qualquer outro valor, a consagração e a multiplicação de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, sobretudo a partir da concretização dos direitos das classes dos trabalhadores, da participação política, a luz dos princípios da igualdade da dignidade da pessoa humana.

A insuficiência do liberalismo em conceber estruturas políticas e econômicas capazes de atender aos anseios das camadas populares, cujos fatores preponderantes foram a excessiva manutenção da estratificação social e a do voto censitário, somente contribuiu para acelerar o processo de sedimentação dos preceitos basilares do Estado Social. Além de uma mobilidade social, viabilizada pela conjugação harmônica dos princípios da igualdade e da liberdade, a separação entre Estado e sociedade alcança contornos de substancial dinamicidade, pois, à medida que o Estado se insere no cenário social como ator interventor, diminui a estagnada distância ao modelo liberal.

O Estado na condição de mediador das relações sociais, justamente com o dever de não ingerência sobre os direitos e garantias individuais, passa a se destacar pela efetiva realização dos direitos fundamentais. A proteção, que até então se restringia a não interferência no âmbito da liberdade dos indivíduos, desdobra-se, por sua vez, em um novo atributo dos direitos fundamentais: o dever de proteção em relação não apenas ao próprio Estado, mas, sobretudo, em face dos particulares.

Ainda de acordo com Bonavides (2001, p. 33), ao discorrer sobre o Estado Social,

É Estado Social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da

concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

O principal fundamento do Estado Social encontrava-se, pois, na realização da igualdade social, com a menor ingerência possível sobre as liberdades e garantias individuais e, para a consecução desse mister, utilizava-se de mecanismos intervencionistas e reguladores da economia e da sociedade. Diante disso, a consagração de novos valores juridicamente relevantes, a mudança da perspectiva na proteção e concretização dos direitos fundamentais, a modificação da base do negócio jurídico, assim como o desenvolvimento da doutrina das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, passam a representar o melhor caminho para o controle da autonomia privada e a consagração dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

2.2.1 O dirigismo contratual no Estado Social

Sob a vigência do Estado Social, a concepção clássica de contrato, compreendida como o rol de interesses interindividuais, sofre uma mudança, na qual o componente social dos interesses individuais impõe-se como obrigatório. Diante das mudanças sociais e econômicas que ocorreram no século XX, especialmente com o crescimento vertiginoso da industrialização e o surgimento da sociedade de massas, o contrato sofreu uma enorme modificação no que tange à autonomia privada.

Em virtude da complexidade com que as relações sociais acabam por ser delineadas ante o novo modelo de Estado, faz-se necessária a implementação de uma interpretação protetiva e justa aos entes vulneráveis da sociedade de modo que haja uma maior eficácia do Direito, o que significou a perda da função eminentemente individual do contrato.

No que tange à vulnerabilidade, urge destacar que a proteção dos vulneráveis pelo direito tem sua origem na identificação de diversos novos sujeitos mercedores de proteção por se encontrarem em situação de desigualdade, construindo-se, a partir daí, um sistema de normas e subprincípios orgânicos para reconhecimento e efetivação de seus direitos.

Sobre o argumento da igualdade entre os sujeitos, Marques discorre que,

se a igualdade pode se dizer natural do “humano”, a verdade é que, na experiência histórica, a sociedade (e seu direito) sempre destruiu esta igualdade. No máximo, o direito privado anterior a conseguia apenas realizar formalmente (no abstrato ou nos livros – law in the books), mas não – como hoje exigimos – materialmente (na ação social ou na prática – law in action) e realizava o mandamento de igualdade apenas para alguns grupos(cives), privilegiava outros (comerciantes, falidos etc.), deixando a maioria dos outros excluídos desta igualdade (*peregrini*, estrangeiros, mulheres, filhos menores, escravos, e mais recentemente, serviços, trabalhadores, consumidores etc.) Assim, concluiu-se que para realizar a igualdade (como ideal

do Justo), o direito privado necessita de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos (2014, p. 129).

Constata-se que o contrato e a autonomia privada, diante da necessidade de adequação ao processo histórico e dialético, são reestruturados, sendo a função social e o equilíbrio contratual, caracterizados como elementos imanentes ao Estado Social, os principais responsáveis pela concepção moderna de contrato.

Para que se alcançasse esse objetivo, foi necessária a atividade interventora do Estado, de modo que somente graças ao direcionamento concedido por esse ente à autonomia privada - dirigismo contratual - e ao contrato fora possível a versão da função social. A criação legislativa, dirigida para a limitação e legitimação da manifestação da autonomia privada, altera significativamente a base do negócio jurídico, que, por intermédio das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados e dos preceitos de ordem pública, acarreta a perda de seu caráter exclusivamente subjetivista. Essa modificação da base do negócio jurídico, de subjetiva para objetiva, contribuiu, a seu modo, para a ampliação do rol de mecanismos de controle do princípio da autonomia privada, o que gerou a fragilização do princípio *pacta sunt servanda* ante as novas diretrizes do Estado Social e também do Estado Democrático de Direito.

Em virtude das consequências proporcionadas pelo dirigismo contratual, o contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica, o que corrobora a tese segundo a qual o declínio fora diretamente proporcional ao recrudescimento da importância do contrato. Além da busca pela contenção da parte contratual mais forte, cuja consequência, e não a causa, foi a proteção do contratante mais vulnerável, o dirigismo contratual decorreu ainda da conjectura política e econômica da transição para o Estado Social. A propósito, o dirigismo contratual teve a função de exercer uma pronta relativização do dogma da autonomia da vontade ante a indispensável observância da realidade social subjacente.

O *pacta sunt servanda*, além de não mais representar as bases ideológicas sobre as quais fora firmado, nesse instante, carece de conjugar-se com os anseios de promoção da função social e dos ditames de ordem pública impostos pelo Estado. A nova concepção de contrato somente pode ser compreendida a partir da percepção da criação de um novo tipo de sociedade, ou seja, a sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, perante a qual a dinamicidade dos anseios sociais deve gozar da imediata proteção do Estado.

A intervenção no domínio econômico pelo Estado Social consubstancia um mecanismo de equacionamento dos interesses sociais, à medida que o dirigismo contratual proporciona a proteção dos contratantes em posição de desigualdade econômica e social, limitando o âmbito de concretização da autonomia privada.

Segundo afirma Sombra (2011), o Estado Social, enquanto resultado da reestruturação histórico-dialética do Estado Liberal, destaca-se, pois, pela atuação das duas vertentes de maior descaso por parte deste último: a concretização do princípio da igualdade material e a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações

entre particulares. É com o Estado Social de Direito que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ganhará contornos substancialmente precisos, uma vez que, com a intervenção do Estado na esfera privada, relativizar-se-á a estanque separação entre público e privado – Estado e sociedade – e, por conseguinte, o Direito Privado e o Direito Constitucional passarão a travar um permanente e harmônico diálogo.

2.2.2 O limiar entre o público e o privado

Durante muitos anos, acreditava-se que havia um total isolamento entre o direito público e o direito privado, no sentido que este último se presumia na falsa sensação de completude do Código Civil para reger as relações privadas e aquele circunscrevia-se ao Estado por meio das normas constitucionais. Atrelado a esse aspecto, a onipotência do legislador revelava um intento desenfreado de normatizar grande parte das condutas sociais, de modo a evitar que a inércia legislativa implicasse a derrocada do Código Civil.

Outrossim, é com a contraposição entre Código Civil e Constituição, feita pela Escola da Exegese e suas ideias liberais, que melhor se identifica a forma com que se deu a separação clássica entre o público e o privado. Tal distinção, que ora consubstancia-se na natureza do sujeito titular dos interesses, ora na natureza dos próprios interesses, encontra-se em momento de franca reestruturação. Embora o público e o privado estivessem hermeticamente isolados sob a égide do Estado Liberal, com a modificação do papel desempenhado pelo Estado Social, essa distância diminui significativamente, de modo que, a cada dia, torna-se mais complexa a separação entre o público e o privado.

Com efeito, de uma relação de estagnação, a separação entre o público e o privado transformou-se em uma relação de interdependência e intercambiabilidade no Estado Social, sendo que não há como precisar qual dos dois ramos – público e privado – influencia com primazia o outro.

Insta salientar que o motivo que mais contribuiu para a relativização da *summa divisio* foi a recepção da ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade, e não somente da organização do poder político estatal.

Partindo desse pressuposto, os princípios e valores superiores elencados na Constituição passam a estar presentes em todo o ordenamento jurídico, resultando inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado. A unidade do ordenamento, assim como a máxima efetividade de suas normas, resta, pois, intrinsecamente vinculada à fundamentalidade e supremacia da norma constitucional, que, ao confluir para todos os locais do ordenamento jurídico, influi decisivamente para estreitar a interação entre público e privado.

Em virtude da prioridade do princípio da dignidade da pessoa humana, a estanque separação entre o público e o privado perde ainda mais o seu significado, uma vez que ao invés de perquirir pela natureza dos interesses em foco, busca-se, acima de qualquer coisa, alcançar a realização do melhor resultado com base na dignidade da pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Barroso (2010, p. 4) discorre que

a dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem *religiosa*, bíblica: o homem feito a imagem e semelhança de Deus. Com o iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a *filosofia*, tendo por fundamento a razão, capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

Na seara do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras constituições incluíram a proteção da dignidade da pessoa humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, dando lugar à ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao *status* de valor fundamental e entro axiológico de todo o sistema constitucional.

Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade da pessoa humana em seus textos – Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos e França, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa em decisões importantes.

Voltando à questão da *summa divisio*, constata-se que a separação entre o público e o privado, visível à época do Estado Liberal, sofreu uma enorme transformação no Estado Social, ou seja, verifica-se a interdependência entre tais esferas. Com vistas a acompanhar esse processo de interação, o direito público e o direito privado sofreram sensíveis modificações, por exemplo, na realização da função social, o contrato não mais se limita à realização dos interesses individuais dos contratantes, ao passo que, no direito público, sob a prerrogativa de promoção dos direitos fundamentais, não pode mais se levar em conta a subordinação dos governados.

A axiomática separação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional perde força à medida que a estrita e falsa separação entre Estado e sociedade deixa de existir. De modo que a divisão entre o direito público e o direito privado perdeu muito o seu rigor e rigidez, os quais preconizavam o direito privado como um sistema fechado, porquanto esse ramo também perdeu muito de sua concepção compartimentada. Com a intervenção do Estado no domínio privado, sobretudo pelo dirigismo contratual e a constitucionalização dos princípios norteadores dos contratos, esse processo dinâmico de interdependência resta ainda mais nítido, pois um instituto, em geral, de conotação

privada, entra para o patamar constitucional de consagração dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e de outros princípios espalhados pela Carta Maior.

3 O surgimento dos direitos fundamentais

3.1 O reconhecimento dos direitos fundamentais na seara do direito positivo

O processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. Foi na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que se encontrou o principal documento relacionado à evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses.

Esse documento, não obstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, excluindo, a princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Todavia, em que pese ser considerado o mais relevante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.

Há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses direitos e privilégios concedidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais de direitos de cunho estamental atribuído a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, excluindo grande parte da população de usufruí-los.

No que tange à *Magna Charta*, esses pactos caracterizavam pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais, como regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direito corporativo, além de que na verdade não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas dos monarcas que os subscreviam. Conquanto, não se pode negligenciar a importância desses pactos, especialmente as liberdades constantes na *Magna Charta*, para o reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições.

A Reforma Protestante foi extremamente relevante para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais, pois levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do *Édito de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e depois revogado por Luís XIV, em 1685.

Nesse ínterim, também podem ser considerados os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555, e da Paz de Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, assim conhecido como *Toleration Act* da colônia americana de Maryland (1649) e seu similar na colônia de Rhode Island, de 1663. Do

mesmo modo, não há como desconsiderar a contribuição da Reforma e das conseqüentes reformas religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, que antecederam as revoluções burguesas do século XVIII, bem como os reflexos no pensamento filosófico.

Impende ainda citar as declarações de direitos inglesas do século XVII, como a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento, que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da assim denominada "Revolução Gloriosa", de 1688, além do *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo.

Nos citados documentos, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses, como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, o direito de petição e certa liberdade de expressão surgem como enunciados de direitos consuetudinários, resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa.

Conforme expõe Sarlet (2009), as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, no conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto à extensão da sua titularidade aos ingleses.

Em que pese a relevância para a evolução no âmbito do reconhecimento dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, a positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não deve ser considerada como marco inicial do surgimento dos direitos fundamentais no sentido atribuído ao termo na atualidade. Isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades não vinculavam o Parlamento, carecendo da necessária supremacia e estabilidade, sendo certo que na Inglaterra não houve uma constitucionalização dos direitos e liberdades, mas apenas a sua fundamentalização, o que difere da fundamentalidade dos direitos consagrados nas Constituições escritas em sentido formal.

A despeito da divergência doutrinária acerca do surgimento dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporam os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, distinguindo, portanto, a despeito da igual identidade de conteúdo, continham as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida a eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando todos os poderes públicos.

Com a supremacia normativa e a garantia de aplicação pela Suprema Corte e controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram recepcionados e positivados como direitos constitucionais fundamentais, ainda que tais direitos, formalmente, tenham sido consagrados somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, a partir

do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte Americana a supremacia normativa da Constituição.

Ocorre que, para o reconhecimento dos direitos fundamentais, a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, originada da revolução que provocou a queda do antigo regime totalitário e a instauração da ordem burguesa na França, outrossim, tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica sua inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano o *status* de sujeito de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, como direitos de todos os homens, e não apenas de determinados estamentos da sociedade da época.

Não há sombra de dúvida que as declarações americanas que precederam a francesa exerceram enorme contribuição para o reconhecimento de direitos e liberdades aos cidadãos. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando a consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. Diante dessas considerações, há que se reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que diz respeito à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra.

4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

4.1 O surgimento da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre intrinsecamente da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares ou *Drittwirkung*, como conhecido na Alemanha, surgiu nos anos 50, com o fim de construir uma indispensável observância dos direitos fundamentais pelos particulares.

No Brasil, pelo fato de nossa Constituição Federal de 1988 não fazer menção expressa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, contudo, há algum tempo, o assunto vem despertando a atenção da doutrina, havendo também um avanço jurisprudencial acerca do assunto, demonstrando que os princípios constitucionais vêm sendo observados e aplicados não somente no caso das lacunas.

Para avançar no entendimento acerca da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, urge trazer à baila as classificações entre a divisão entre eficácia vertical e horizontal. A primeira foi mais presenciada no Estado Liberal, no qual as relações entre os indivíduos eram regidas pelo princípio da autonomia privada e pelo *pacta sunt servanda*, reduzindo o âmbito de atuação estatal no que diz respeito às ingerências do Estado nas relações entre os particulares, ocorrendo uma quase total separação entre o Direito Público e o Direito Privado.

No que diz respeito à teoria da eficácia horizontal, esta passou a ser discutida na metade do século XX, na Alemanha do pós-guerra, especialmente com o “Caso Lüth”, que foi apreciado e julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1958. Esse caso foi um marco na aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. Erich Luth era um judeu que presidia o clube de imprensa naquele ano, sendo que o mesmo incentivou o boicote do filme “Amada Imortal”, do cineasta alemão Veit

Harlan, que fora grande defensor do nazismo, inclusive com produções anteriores veiculadas que incentivam o regime nazista como o filme “*Jud Süß*” de 1941. Em virtude do fracasso da produção do filme *Amada Imortal*, Harlan ajuizou uma ação visando cessar o ato danoso e indenizar os prejuízos sofridos, sendo que a tese prevaleceu nas instâncias inferiores. Entretanto, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão, sendo que a Corte Suprema Alemã entendeu que o direito à liberdade de expressão deveria prevalecer naquele sobre a regra geral constante no Código Civil que protegia a ordem pública, sendo esse caso o marco na aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada.

O prof. George Marmelstein, em seu artigo publicado na internet sobre os 50 anos do “Caso Lüth”, cita os ensinamentos do jurista Robert Alexy sobre a importância do aludido caso para o Direito Constitucional.

A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivo do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem subjetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores e princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira idéia encontra implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”. (ALEXY *apud* MARMELESTEIN, 2008, [sp.])

No que se refere à eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais, para os adeptos da primeira teoria, os princípios jusfundamentais aplicam-se ao direito privado por meio das cláusulas gerais do direito civil, cabendo ao intérprete aplicar os direitos fundamentais sem descuidar da observância do princípio da autonomia da vontade. Para essa corrente de pensamento, os direitos fundamentais incidem nas relações privadas apenas mediatamente, ou seja, por meio dos princípios e normas do direito privado, sendo que os direitos fundamentais servem apenas de princípios para interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, suscetíveis de concretização ou preenchimento de lacunas na lei.

Quanto à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, a qual também comungo, como a maioria dos doutrinadores pátrios, tem o condão de aplicar os preceitos jusfundamentais em todos os casos em que se está em risco o princípio da dignidade de pessoa humana e outros princípios dele decorrentes, sem que haja qualquer intervenção legislativa, haja vista que os direitos fundamentais consagrados

na nossa Carta Maior tem aplicabilidade plena nas relações entre os particulares, dispensando, portanto, qualquer tipo de mediação infraconstitucional.

Sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o prof. Ingo Sarlet (2009, p. 294), discorre da seguinte maneira *in verbis*:

Todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia, e em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independente de intermediação legislativa. Em verdade, com já esperamos ter demonstrado aqui repisamos para espantar toda e qualquer incompreensão para com a nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são diretas (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia.

Faz-se necessário, ainda, trazer à colação o escólio do jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris em sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, como adepto da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas *in verbis*:

A pergunta pelos destinatários dos direitos fundamentais encontra-se por detrás da famosa controvérsia travada entre as teorias da eficácia imediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros. Corretamente entendida da primeira, os direitos fundamentais dirigem-se, segundo tal concepção, não apenas contra o Estado, mas também contra os (em cada caso, outros) sujeitos de direito privado. Os direitos fundamentais não carecem, assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado (CANARIS, 2012, p. 40).

A partir do reconhecimento da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, constata-se que o Estado já não é o único destinatário da obrigatoriedade da observação das normas definidoras de direitos fundamentais. Desde que houve o surgimento da concepção da constitucionalização dos direitos, especialmente na esfera privada, adotou-se o entendimento que os particulares deveriam observar os preceitos dos direitos fundamentais nas relações a serem entabuladas, sob pena de intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário para que haja o equilíbrio e a observância aos preceitos jusfundamentais.

Como exposto alhures, após o declínio do Estado liberal, no qual a ingerência deste ente se resguardava somente em fazer cumprir a lei, bem como os pactos celebrados entre os indivíduos, o Estado social, como resultado dos anseios das classes subjugadas a burguesia, visava à intervenção de modo a resguardar os interesses daqueles indivíduos considerados vulneráveis, econômica e socialmente em amplo espectro (cultural, moral etc.). Ou seja, existindo qualquer situação em que se colocava o indivíduo em situação extremamente prejudicial em relação à outra parte, o Estado era invocado para solucionar a questão com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e seus princípios decorrentes.

4.2 O papel do Estado e da sociedade no reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares

As várias concepções de Estado, sobretudo as de caráter liberal e social, propiciaram que se identificasse uma intervenção menor ou maior por parte desse ente na esfera privada, o que, evidentemente, tem surgido por meio de variados mecanismos legais e informais. Constata-se que a linha fronteira entre o Direito Público e o Direito Privado vem se tornando cada vez mais fraca, em que pese a dificuldade de implementação diante da ausência de teorias e posicionamentos jurisprudências que se compatibilizam com essa nova roupagem no mundo jurídico.

Ante o fato da potencial capacidade do Estado em cometer afrontas às liberdades e garantias individuais, sempre houve a atenção dos direitos fundamentais a essa questão, visando evitar os abusos aos individuais que se viam extremamente frágeis em relação ao Estado. Em momento posterior, com a consagração dos ideais liberais, criados para proteger a liberdade individual das ingerências cometidas pelo Estado Gendarme, fora engendrado o preceito da igualdade formal, em que são iguais perante a lei, no qual se desconsiderava as peculiaridades de cada indivíduo, sendo que, naquela época, não fazia sentido a construção de um modelo de direitos fundamentais que protegessem contra abusos cometidos entre os particulares.

Não obstante os direitos fundamentais tenham sido originalmente concebidos para serem exercidos em face do Estado Liberal e direitos subjetivos públicos, os desdobramentos históricos, originados pelas crises sociais e econômicas do século passado, evidenciaram a necessidade de não mais se vislumbrar nesse ente o único responsável pelas ingerências cometidas contra os direitos e garantias individuais. No Estado Liberal, os indivíduos deviam estrita subserviência ao Estado, ao passo em que este assegurava a pacífica convivência social, com supedâneo em uma vertente estigmatizada de autonomia privada, a qual, forjadamente, permitia a autodeterminação dos indivíduos.

Com o aparecimento de uma nova perspectiva de organização social, o Estado perde o posto de único sujeito passivo subordinado à observância dos direitos fundamentais, visto que os indivíduos, em virtude da complexidade com que as relações sociais se delineavam, passam a estar em constante posição de ingerência aos direitos fundamentais de seus pares. Essa nova conotação de Estado e sociedade acabou por gerar uma maciça pulverização dos focos de poder social e, por conseguinte, fez aflorar uma nova dimensão dos direitos fundamentais, os quais não podem mais ser tidos sob uma visão subjetiva ou do indivíduo, como conjunto de faculdades ou poderes do qual é titular.

Em meio à rearticulação das posições ocupadas pelo Estado, um novo elemento se insere na cadeia de posições políticas e sociais de proteção dos direitos fundamentais: os entes privados enquanto titulares e violadores de direitos fundamentais. E, a partir desse contexto, é necessário verificar se os direitos fundamentais efetivamente teriam outro destinatário além do Estado, isto é, se os entes privados, em geral, também estariam subordinados a essa vinculação.

Dessa forma, o Estado, ao invés de permanecer de forma isolada na condição de sujeito passivo dessa vinculação, oportunamente passa a exercer a função de

proteger e mediar as relações privadas. Ao contrário das relações Estado/indivíduo, em que se verificava a impossibilidade de a oposição de direitos fundamentais por parte do aludido ente público aos cidadãos, na nova dimensão normativa, a eficácia dos direitos fundamentais sofre contornos significativamente tênues, porquanto cada indivíduo se encontra, por inúmeras ocasiões, na condição simultânea de violador e titular de direitos fundamentais.

Em virtude da constante e simultânea correspondência entre violador e detentor de um direito fundamental, ou seja, entre aquele que pratica uma ingerência a um direito fundamental de outrem, e este que, no entanto, perde o *status* de titular de um direito fundamental frente ao Estado e aos demais indivíduos.

A tese sobre a horizontalidade dos direitos fundamentais foi sempre muito combatida, pois os defensores da concepção histórica dos direitos fundamentais, receosos de que a atuação do Estado na condição de realizador e protetor dos direitos fundamentais pudesse dar ensejo a novas ingerências, apregoavam que a esfera de autonomia privada dos indivíduos, em especial a liberdade de contratar, dever-se-ia manter intocável a qualquer espécie de intervenção Estatal.

Sobre a intervenção do Estado na esfera privada, Sombra (2011, p. 38) discorre que

a vertente da intervenção estatal na esfera privada, por sua vez, somente foi possível em virtude do estabelecimento de diretrizes gerais de ordem pública e de observância imprescindível pelos indivíduos, as quais acarretaram, por via de consequência, a delimitação de âmbito de expressão da autonomia privada por parte dos direitos fundamentais. Para a viabilização da construção de um novo modelo de proteção dos direitos fundamentais foi imprescindível a modificação de conceitos estanques dos diversos ramos do Direito, sobretudo, do Direito Privado, de maneira a permitir a maximização do princípio da unicidade e máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A atuação do Estado, sob a ótica de uma dupla proteção, qual seja, dever de realização e promoção de um direito fundamental específico e de não ingerência sobre outro, modificou substancialmente o paradigma anteriormente consolidado e fez com que o Estado ocupasse a posição de principal protetor dos particulares quando se tratava de ferimento a direitos fundamentais consagrados na Constituição.

4.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio basilar dos direitos fundamentais

É pacífico o entendimento que o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como princípio unificador de todos os direitos fundamentais, no qual os direitos do homem se reportam em maior ou menor grau, sendo que esse princípio serve de critério de vetor para identificação de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, dentre outros, que trazem ao indivíduo um sinônimo de “vida boa”, de modo que esses direitos podem ser considerados como concretizações da exigência de observância do princípio da dignidade humana.

É crucial salientar que, em razão de seu caráter intersubjetivo, o princípio da dignidade da pessoa humana somente pode ser compreendido enquanto inserido em um contexto de convivência social harmônica, como resultado da garantia de um *standard* mínimo a ser garantia a todo ser humano.

Não há dúvida que, pelo fato do legislador constituinte ter erigido no art. 1º, inc. III, da nossa Carta Maior de 1988, o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil não é possível outro posicionamento que venha diferir da qualidade de núcleo central desse preceito, ou seja, tal princípio foi consagrado como norteador de toda e qualquer relação social.

Desse modo, toda norma do ordenamento jurídico, bem como o estabelecimento de qualquer relação jurídica, deve pressupor a apreensão do arcabouço normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, evitando, assim, que esse princípio basilar do Estado de Direito seja suprimido e tornando ilegítimos todos os atos que não o observaram.

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais que decorrem de tal princípio, tido como princípios nucleares da Constituição Federal, são de obrigatória observância, seja nas relações com o Estado, seja nas relações entre os particulares.

5 Considerações finais

Por fim, constata-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se deu a partir da evolução do modelo de Estado, em que, pouco a pouco, foi sendo viabilizada a realização dos direitos fundamentais.

É certo que no Estado Liberal havia um inteiro alheamento de iniciativas sociais, restringindo-se o Estado apenas a assegurar aos governados uma convivência pacífica e harmoniosa, prevalecendo a autodeterminação. Entretanto, esse modelo do Estado distante das partes envolvidas ocasionava o enfraquecimento da liberdade individual, razão pela qual houve o surgimento do Estado interventor, visando o equilíbrio das relações entre os indivíduos para amenizar a prevalência do poderio econômico, eis o surgimento do Estado Social.

A contradição da concepção clássica do contrato e da autonomia privada diz respeito à falsa impressão de que no liberalismo toda e qualquer disposição contratual era justa e decorrente da livre manifestação da vontade das partes, sem se considerar as condições de desigualdade fática e do poderio econômico de prevalência nas relações, o que, posteriormente, veio a originar na influência dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Constatadas essas desigualdades entre as partes, houve o declínio do princípio da igualdade formal, no qual prevalecia a ideia de que todos eram iguais perante a lei, para o princípio da igualdade material, passando a serem observadas as diferenças entre as partes que desaguavam no desequilíbrio nos pactos celebrados.

A partir da emancipação do Estado Social, com a prevalência dos interesses sociais em detrimento tão somente dos interesses individuais, o contrato passa a conquistar o patamar de instrumento de realização dos direitos fundamentais nas relações particulares, à medida que a promoção da liberdade contratual, harmonia com

os preceitos do Estado Social, veio possibilitar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e da liberdade.

Diante das considerações contidas neste estudo, que em hipótese alguma esgotam um tema tão amplo e também pelo fato da existência de várias teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais aos particulares, almeja-se trazer a atenção da sociedade como um todo para o assunto, diante da complexidade das relações humanas hoje existentes. Ressalta-se que não mais se sustenta a teoria de que a função dos direitos fundamentais poderá se restringir a limitar o poder estatal como proibições de intervenção, mas na aplicação desse catálogo de direitos na esfera privada, conquanto, a aplicação dos direitos fundamentais e os princípios que os norteiam são essenciais ante a nova realidade social, econômica e tecnológica experimentada no Brasil, visando trazer mais segurança e equilíbrio às relações entre os particulares.

Noutro norte, pretendeu-se demonstrar a necessidade da intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário, para regular as relações entre os sujeitos de direito quando os interesses discutidos venham a ferir os direitos fundamentais, não lhes retirando totalmente a autonomia da vontade, mas exercendo, o Estado, o papel de protetor dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana como núcleo central da Constituição e da proporcionalidade. Princípio último que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critério de aplicação*. (2010). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 3. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da historia do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em: <[http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/..](http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/)> Acesso em: 15 nov. 2014.

MARMELSTEIN, George. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Disponível em: <[http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/..](http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/)> Acesso em: 15 nov. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

O Direito Fundamental de Propriedade e o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil

The Fundamental Right to Property and the institute of reverse disregard of legal personality in the new Civil Procedure Code

Samir Vaz Vieira Rocha

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Pós Graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Mestrando em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (UIT). Professor de Direito Empresarial no Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Advogado.
E-mail: samirvrocha@unipam.edu.br

Resumo: A desconsideração da personalidade jurídica é uma medida excepcional de quebra da autonomia patrimonial ordinariamente atribuída à pessoa jurídica, com o intuito de atingir os bens pertencentes à pessoa física do sócio. Tal mecanismo, apesar de já estar previsto no Código Civil, deixava muitas dúvidas quanto ao procedimento a ser aplicado, bem como quanto à possibilidade de se promover a medida contrária, chamada de desconsideração inversa da responsabilidade jurídica, que tem por finalidade atingir o patrimônio no nome da empresa para saldar débitos do sócio. Com a edição do novo Código de Processo Civil, amplas são as inovações nesse campo, sendo imprescindível o correto entendimento de sua redação para a proteção do direito de propriedade do credor lesado.

Palavras-chave: Autonomia patrimonial. Bens do sócio. Desconsideração. Lei nº 13.105/2015.

Abstract: The disregard of legal entity is an exceptional measure to break the patrimonial autonomy ordinarily attributed to the corporation, in order to achieve the property belonging to an individual partner. This mechanism, although it has been already provided for in the Civil Code, has left many questions about the to be applied, as well as about the possibility of promoting contrary measure, called reverse *disregard of legal personality*, which aims to achieve equity in the company's name to pay off the partner's debts. With the enactment of the new Civil Procedure Code, the innovations in this field have been considerable, and it is essential to the correct understanding of its composing to protect the property rights of the aggrieved creditor.

Keywords: Patrimonial autonomy. Partner's assets. Disregard. Law 13.105/2015.

1 Introdução

A atividade empresarial possui um longo processo de evolução histórica. Seu início é remoto, preexistindo até mesmo à criação da moeda. A partir do momento em que o homem decide valorar bens e negociá-los, é possível perceber o início desse movimento, inicialmente impulsionado por meio da troca.

A criação da sociedade, no entanto, foi posterior ao início da atividade empresarial. Percebeu-se que o exercício da atividade e a obtenção de lucro poderiam

ser otimizados se realizados em conjunto com outra pessoa que com ele possuísse um interesse em comum.

Inicialmente, um só indivíduo podia realizar os atos necessários para a circulação das mercadorias, servindo de intermediário entre o produtor e o consumidor. Desenvolvendo-se o tráfico de mercadorias, tornou-se indispensável à existência de mais de uma pessoa para a realização das atividades intermediárias, nascendo daí as sociedades empresárias em que, segundo a concepção primitiva dos Códigos, várias pessoas “negociavam em comum” (Código Comercial, art. 315); só mais tarde foi reconhecida a personalidade jurídica das sociedades [...] (MARTINS, 2014, p. 11)

A principal consequência da personificação das sociedades é o reconhecimento da sociedade como sujeito de direitos, ou seja, como ente autônomo dotado de personalidade distinta da pessoa dos seus sócios com patrimônio também autônomo, que não se confunde com o patrimônio dos sócios.

Assim como o feitiço que se volta contra o feitiçeiro, a criação do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica voltou-se contra o Direito, criando um novo problema. A pessoa jurídica começou a ser utilizada indevidamente, com o intuito de promover uma blindagem sobre o patrimônio da pessoa física.

A partir dessa manobra, o credor passou a ser lesado, pois qualquer ação judicial no sentido de fazer cumprir a responsabilidade civil do devedor era inviabilizada pelo fato de os bens estarem formalmente em nome de outra personalidade.

Dedicando-se uma análise econômica sobre o papel da sociedade no ordenamento jurídico, verifica-se que, por um lado, ela foi essencial para o desenvolvimento das atividades empresárias. Porém, por outro lado, ela abriu margem para a prática de abuso da personalidade jurídica, pois torna impossível o cumprimento da finalidade compensatória da responsabilidade civil.

A problemática da responsabilidade civil é tradicionalmente assumida no viés compensatório, segundo uma ideia de justiça corretiva que objetiva o restabelecimento da distribuição de bem-estar preexistente ao dano, ou, como preferem os economistas, remetendo-se à vítima a mesma curva de indiferença em que se encontrava antes do ilícito. No entanto, a análise econômica enfrenta a questão da responsabilidade introduzindo explicitamente o critério da eficiência como finalidade do sistema. A *law and economics* sugere que esse sistema seja desenhado de forma a criar para as potenciais vítimas e ofensores um sistema ótimo de incentivos, apto a internalizar as externalidades da própria conduta. (ROSENVALD, 2013, p. 148)

Foi justamente no sentido de combater esses abusos e preservar o direito de propriedade do credor que o legislador estabeleceu a possibilidade de o juiz determinar a desconsideração da personalidade jurídica, possibilitando, assim, que o credor da sociedade consiga alcançar os bens que se encontrem no nome da pessoa física do sócio.

O Código Civil, no art. 50, estabelece que a parte interessada ou o Ministério Público poderão requerer que os efeitos de certas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, quando se detectar o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Ocorre que a manobra inversa também é possível. Há casos em que a pessoa física, com o intuito de impedir a constrição judicial de bens que lhe pertenciam, coloca esses bens no nome da pessoa jurídica. Porém, a legislação vigente é omissa quanto à possibilidade jurídica de o juiz acatar a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Com relação a esse tema, o Novo Código de Processo Civil presta importantes esclarecimentos, principalmente no que tange ao procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, que até então não possuía previsão legal. Além disso, destaca que esse mesmo incidente será aplicável aos casos de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Tendo em vista as inovações delineadas, o presente artigo teve por objetivo discorrer acerca do reconhecimento da desconsideração inversa da personalidade jurídica pelo novo Código de Processo Civil como forma de proteção ao direito fundamental de propriedade.

A fim de cumprir a proposta do trabalho, adotou-se a pesquisa teórica, baseada na coleta e revisão de legislação, obras jurídicas e demais materiais bibliográficos relacionados à temática apresentada. Dessa forma, inicialmente, foi feita a coleção de teorias, conceitos e ideias a respeito do tema. Em seguida, foi realizado o estudo comparativo de diferentes enfoques e, por fim, a análise crítica e o direcionamento do ponto de vista mais idôneo, por meio do método teórico dedutivo bibliográfico.

2 O Direito Fundamental de Propriedade

A propriedade sempre foi um instituto presente no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, não possuía legislação pertinente. Nas relações entre os índios, o solo era um bem comum, não havendo a indicação de um único proprietário. Com o evoluir da história, sendo o Brasil ocupado pelos portugueses, num primeiro momento com o período colonial, houve a instituição das sesmarias, que tinham como objetivo a divisão das terras, mas com privilégios dos interesses da Coroa portuguesa e daqueles que eram a ela ligados (PEREIRA, 2010).

Ainda no período colonial, as terras brasileiras foram novamente divididas, dessa vez pelo Sistema de Governo Geral. Porém, essa nova distribuição foi mais uma vez inefetiva, sendo os latifúndios repassados para poucas pessoas, enquanto a maioria da população continuava sem terra, vivendo em situação de pobreza.

[...] a evolução do direito de propriedade, diretamente vinculado as condições econômicas e políticas do momento, oscilando entre a exclusividade romanística e a dispersão ou superposição medieval, ora com amplas garantias para o seu titular, ora dependendo do interesse social representado pela vontade estatal. É assim, um dos conceitos mais maleáveis do direito, adaptando-se sempre as contingências do

momento, como verdadeiro instrumento de equilíbrio social, procurando conciliar as exigências, muitas vezes antagônicas, da segurança e da justiça, dos interesses e individuais (WALD, 2002, p. 115).

Com o passar dos anos, as terras que eram de propriedade da Coroa Portuguesa foram, aos poucos, passadas para o domínio dos particulares, tendo como principais formas jurídicas de aquisição as cartas de sesmarias, a usucapião e a posse das terras devolutas (PEREIRA, 2010).

No ano de 1850, foram extintas as sesmarias e promulgada a Lei de Terras, que tinha como principal função organizar a propriedade no Brasil. Além desse importante marco na história, no ano de 1864, foi regularizado e incentivado o registro dos imóveis situados em território nacional, com o advento da denominada Lei Hipotecária.

Com o advento do período Republicano e das Constituições pátrias, o direito de propriedade foi positivado e introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista que as Constituições brasileiras surgiram de um caminhar, cumpre ressaltar que foram fruto das tendências políticas e sociológicas que ocorreram ao redor do mundo, tendo como principais influências as teorias socialistas e liberais (ASSIS, 2008).

Uadi Lammêgo Bulos, ao evidenciar sobre o contexto histórico do direito de propriedade, enfatiza que,

certamente, a instituição jurídica propriedade sofreu mudanças consideráveis, ao longo dos tempos. A multiplicação das transferências coativas, a tutela dos interesses coletivos, difusos individuais homogêneos fizeram com que o exercício fosse relativizado (2007, p. 468).

A Constituição Federal de 1824 trouxe em seu texto o direito de propriedade como uma garantia em favor do cidadão:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. (s.p)

Como se verifica, o direito de propriedade era visto em sua plenitude, sendo garantido como direito supremo e inviolável. Como dito, a referida Constituição foi incentivada pelas teorias liberais, advindas, principalmente, das legislações francesa e americana.

A Constituição Federal de 1891 seguiu os moldes da anterior, sendo que, em sua vigência, fora promulgado o Código Civil de 1916, que tratou sobre a relação jurídica do direito de propriedade, representando uma grande inovação para o sistema jurídico brasileiro (ASSIS, 2008).

A Constituição de 1934, por sua vez, pode ser considerada a mais radical, em razão do contexto histórico vivido pelo país. A República Velha é deixada de lado e novos ideais se institucionalizam. Seguindo o exemplo do contexto da Constituição mexicana, ocorrem intensas revoluções sociais. Nesse período, o direito de propriedade segue o mesmo sentido, não podendo ser exercido em face dos interesses sociais e coletivos.

Em contraposição, na Constituição de 1937, o direito de propriedade sofreu significativa restrição, passando a estar sobre o poder do Presidente da República. Os paradigmas sofreram tamanhas mudanças, que o direito de propriedade sequer se fez presente no texto da Carta Magna, perdendo, assim, seu status de garantia constitucional, passando sua previsão a se fazer presente, timidamente, apenas em leis esparsas e infraconstitucionais.

No ano de 1945, com o suicídio de Getúlio Vargas, surge, então, o Estado Social, trazendo consigo a promulgação de uma nova Constituição Federal. A nova Carta Maior, por sua vez, reformulou o antigo texto, abrangendo novamente o direito de propriedade e inovando sobremaneira as tratativas quanto a seu respeito. Tais inovações se fazem pelo fato de a propriedade, a partir daquele momento, passar a se relacionar ao bem-estar-social.

A Constituição de 1967 teve sua vigência durante o período de ditadura militar. Entretanto, embora seja considerada autoritária, ela não promoveu restrições ao direito de propriedade. Pelo contrário, houve um grande marco nesse aspecto, relacionando a valorização da função social, em prol do desenvolvimento.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 foi a grande inovadora quanto ao direito de propriedade. Juntamente com a Constituição Cidadão, erige-se a verdadeira noção de função social e a limitação do direito de propriedade.

Uadi Lammêgo Bulos discorre sobre o direito de propriedade, dizendo que tratar

de um direito nodular à fisiologia do Estado e, conseqüentemente de toda a base jurídica da sociedade. Daí o seu *status* constitucional, porque ele não é mero direito individual, de natureza privada, e sim uma instituição jurídica que encontra amparo num complexo de normas constitucionais relativas à propriedade (2007, p. 467).

O direito de propriedade é, aliás, resultado de grandes batalhas da sociedade brasileira, sendo seu status de tamanho valor que foi elencado na atual Carta Magna como direito fundamental, presente no seu art.5º, XXII, assim dispendo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Ademais, segundo o artigo 1.228 do Código Civil, a propriedade concede ao proprietário o poder de usar, gozar e dispor do bem, além de, sobre o mesmo poder, reavê-lo de quem injustamente exerça a posse ou a detenção.

Como se vê, ao cidadão e àqueles que se encontrarem no território nacional, foi especialmente tutelado o direito de ter para si propriedade móvel ou imóvel. Tal direito é de tamanha importância para o ordenamento pátrio, que recebeu o mesmo status de direitos como a vida e a saúde, que são por muitos vistos como inerentes à essência do ser humano e básicos para sua manutenção.

Como ensinado por Pedro Lenza (2014), a Constituição Federal do Brasil de 1988 assegura como regra geral o direito de propriedade. Todavia, para isso, deverá a mesma atender a função social, como determinado pelos artigos 182, §2º, e 186 da Constituição de 1988.

Por todo o exposto, é de se entender que a propriedade sempre esteve presente na relação entre os indivíduos, sendo que se fez necessária sua regularização frente à legislação, a fim de proteger o indivíduo. Ademais, na maioria das Constituições do Brasil, esse direito foi assegurado, sendo que suas excepcionalidades também acompanham seu progresso no sentido de garantir o atendimento à função social da propriedade.

3 A pessoa jurídica e o princípio da autonomia patrimonial

É cediço no Direito que pessoa é todo aquele sujeito de direitos, ou seja, capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres na órbita jurídica. Esse conceito abarca tanto as pessoas físicas ou naturais, referindo-se ao ser humano, como também as pessoas jurídicas, distinguidas pelo seguinte conceito:

a pessoa jurídica é a entidade formada pela soma de esforços de pessoas naturais ou por uma destinação específica de patrimônio, visando à consecução de uma finalidade específica e constituída na forma da lei. Em outras palavras, é o ente formado pelo conjunto de pessoas naturais ou por um acervo patrimonial afetado para uma finalidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 103-104)

A pessoa jurídica, portanto, é uma pessoa fictícia, criada pelo ordenamento jurídico, vista como entidade que deve cumprir sua função social no exercício de suas atividades. Nesse contexto, incluem-se os entes da administração pública, as associações, fundações, sociedades, dentre outros. Dessa maneira, tanto pessoas jurídicas de direito público como pessoas jurídicas de direito privado estarão incluídas nesse rol.

Essa mesma preocupação com a função social deve ser adotada também para as empresas. Assim, as sociedades empresárias, mesmo tendo finalidade eminentemente lucrativa, não devem deixar de lado a ética e a responsabilidade social.

Uma das principais características da sociedade empresária é o reconhecimento de sua independência patrimonial em relação aos sócios. Essa desagregação de figuras com diferentes responsabilidades é entendida pela doutrina como decorrência do princípio da autonomia patrimonial.

Com base nesse princípio, a criação de uma sociedade enseja a dissociação entre o patrimônio empresarial e o patrimônio de seus sócios. Em outras palavras, a partir da inscrição de seus atos constitutivos perante a Junta Comercial, a sociedade empresária adquire personalidade jurídica própria e passa a ser sujeito de direitos e obrigações. Conseqüentemente, eventual ação demandada contra a empresa não atingirá o patrimônio dos sócios e vice versa.

Até mesmo no caso das sociedades despersonalizadas, como a Sociedade em Comum e a Sociedade em Conta de Participação, o legislador entendeu por bem diferenciar o patrimônio do sócio e o patrimônio da sociedade. Nesse caso, porém, os bens utilizados no exercício da atividade empresarial continuam do nome da pessoa física dos sócios, porém constituem o denominado patrimônio especial, sendo indicados pelo Código Civil como o conjunto de bens penhorados preferencialmente, em caso de eventual demanda por parte de um credor.

No caso das Sociedades Limitada e Anônima, por exemplo, essa dissociação é ainda mais latente, pois o sócio ou acionista somente responde por dívidas da sociedade até o limite de suas cotas, de modo que seu patrimônio pessoal permanece intacto.

Ocorre que essa separação entre o sócio e a sociedade permitiu que determinadas pessoas, agindo de má fé, abusassem dessa condição para se beneficiarem.

O consectário natural da personalização das pessoas jurídicas é o reconhecimento de sua autonomia patrimonial em relação aos seus instituidores, como sustentado alhures.

Todavia, com os crescentes abusos praticados por sócios sem escrúpulos, que utilizavam a estrutura autônoma e independente da pessoa jurídica para a prática de negócios fraudulentos e desvinculados da finalidade desta, afastando-se da responsabilidade, a jurisprudência e a doutrina começaram a perceber a necessidade de buscar mecanismos ágeis de atingir o patrimônio do sócio, em favor dos prejudicados de boa fé, inibindo a utilização da pessoa jurídica como escudo para a prática de atos ilícitos ou abusos. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 307-308)

Dessa forma, compreende-se que o princípio da autonomia patrimonial não é absoluto, comportando as exceções que a lei estabelece como legítimas para proteger o direito fundamental de propriedade dos terceiros que eventualmente se vejam prejudicados por uma conduta dolosa dos sócios ou da sociedade.

4 Desconsideração da personalidade jurídica

Nem sempre essa dissociação entre a figura da empresa e a figura de seus sócios é delineada com clareza e legalidade. Em determinados casos, os sócios se utilizam da autonomia patrimonial da empresa para lesar terceiros, efetuando a denominada blindagem patrimonial. Eles colocam os bens no nome da empresa ou em seu próprio nome, como bem lhe convier, na tentativa de impedir que os mesmos sejam penhorados pelo credor.

São frequentes as situações em que o credor, ao promover a busca de bens existentes em nome da pessoa jurídica, nada encontra para ser penhorado. Porém, ao verificar os bens pertencentes aos sócios, depara-se com vultuoso patrimônio. Essa conduta, por si só, não é ilegal. Porém, em determinados casos, isso é resultado de uma estratégia fraudulenta que tem como único objetivo lesar o credor, contrariando a finalidade social da empresa.

Com o intuito de coibir essa prática, o legislador sabiamente estabeleceu a possibilidade de se promover a desconsideração da personalidade jurídica, como se abstrai no art. 50 do Código Civil (1973, [s.p.]):

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O juiz deve verificar, portanto, se houve, no caso concreto, a ocorrência de um dos requisitos fixados pelo dispositivo colacionado, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, prevalecendo o princípio da autonomia patrimonial.

O Código de Defesa do Consumidor (1990, [s.p.]), no entanto, amplia as hipóteses de admissibilidade da desconsideração da personalidade jurídica:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Mesmo sendo a legislação consumerista mais abrangente, cumpre dizer que a desconsideração da pessoa jurídica continua sendo medida extrema, sendo admitida somente em casos excepcionais.

Ocorre que o Código de Processo Civil vigente nada tratou sobre o procedimento para se obter essa desconsideração, abrindo margem para diferentes interpretações e permitindo que os magistrados agissem de diferentes maneiras quando tais situações lhe eram apresentadas.

Em outras palavras, muito embora o direito material tenha pacificado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o direito processual até então não tinha abordado o assunto.

Diante dessa ausência de regulamentação procedimental, há dissenso entre as decisões. Alguns juízes, por exemplo, declaram a desconsideração da personalidade

jurídica mediante a simples comprovação de abuso da personalidade jurídica pela parte credora. Outros, no entanto, entendem ser necessária a intimação da parte devedora para se manifestar, permitindo, assim, o contraditório.

Além disso, alguns magistrados entendem que o pedido de desconsideração deve ser formulado mediante simples petição no processo principal, enquanto outros arguem a necessidade de implantação de processo incidental.

Essas e outras dúvidas quanto ao processamento do pedido de desconsideração, no entanto, serão elucidadas com a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil, que estabelece, em sua redação, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

5 A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 1973 já não acompanhava a realidade da Justiça brasileira. Editado há mais de quarenta anos e viciado por formalismos desnecessários, o referido diploma processual apresentava indícios de que precisava ser atualizado.

Fica claro que a sistemática produzida a partir do atual Código, muitas vezes, não promove o efeito esperado em sua completude. Afinal, ao apresentar uma demanda em juízo, o sujeito quer mais do que uma ação tramitando na Justiça, ele quer ver o seu direito satisfeito. Esse desejo, aliás, é mais que uma mera pretensão do indivíduo. É um direito constitucional que foi assegurado no art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna brasileira, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para a elaboração do novo Código, foi necessário atentar-se para as novas exigências do sistema jurídico frente à realidade social do país.

A grande discussão que se trava atualmente gira em torno de duas alternativas, que necessariamente não são reciprocamente excludentes: de um lado, a criação de códigos flexíveis e que tenham a mobilidade necessária para acompanhar as mudanças sociais; e, de outro, o abandono dos grandes códigos pela implantação dos microssistemas, estatutos ou códigos setorizados. (ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2010, p. 10)

O Novo Código de Processo Civil, publicado em 16 de março de 2015 e previsto para entrar em vigor um ano após sua publicação, foi inovador em relação ao diploma anterior.

Foi justamente procurando meios de suprir essas necessidades que o novo Código de Processo Civil, sancionado pela Presidente da República, apresenta importantes inovações. Nessa onda de mudanças e avanços, a matéria em debate foi apresentada com o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto a partir do art. 133. (BRASIL, 2015)

A partir da vigência do novo diploma processual civil, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica não mais será admitido mediante simples petição nos próprios autos da execução, como se costumava fazer. Será necessária a

propositura de uma ação incidental, que somente será dispensada se o pedido da desconconsideração constar na peça inicial.

O Novo Código também estabelece a necessidade de se intimar a sociedade ou pessoa interessada, para que se manifeste, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre a pretensão da demandante. Esse dispositivo deixa clara a observância ao princípio do contraditório, impedindo que o juiz promova a desconconsideração antes de ouvir a parte interessada.

Importa dizer que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será aceito em qualquer fase do processo, seja na de conhecimento, execução ou cumprimento de sentença, desde que verificada a ocorrência das hipóteses elencadas no art. 50 do Código Civil.

O novo diploma processual esclarece, ainda, que, concluída a fase instrutória, poderá o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica ser resolvido por meio de decisão interlocutória, se assim for necessário.

Por fim, o códex afirma que, com o acolhimento do pedido de desconconsideração, eventual alienação ou oneração de bens havida em fraude de execução será ineficaz em relação ao requerente.

O capítulo que trata da desconconsideração merece ser reconhecido como importante inovação que esclarece diversos pontos até então nebulosos acerca do assunto. Mais do que estabelecer diretrizes de ordem instrumental ou processual, ele também promove esclarecimentos de ordem material, até então omissos no ordenamento pátrio, como se verá a seguir.

6 A desconconsideração inversa da personalidade jurídica

O acolhimento legal de um procedimento para a desconconsideração da pessoa jurídica era, sem dúvida, uma matéria relevante para ser tratada na reforma processual. Entretanto, outra discussão que há tempos já vinha sendo travada na doutrina e na jurisprudência foi abrangida pelo novo diploma processual.

Importante esclarecimento realizado pelo novo Código Processual Civil foi com relação à possibilidade de se promover a desconconsideração inversa da personalidade jurídica. Isso porque, da mesma forma que a pessoa jurídica devedora pode ocultar bens em nome da pessoa física, o contrário também pode ocorrer. Ou seja, a pessoa física devedora também pode ocultar bens no nome da pessoa jurídica.

A desconconsideração inversa da personalidade jurídica refere-se, portanto, à possibilidade de se desprezar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigação do sócio.

O Judiciário começou a deparar-se com essas situações de blindagem patrimonial que até então não poderiam ser combatidas por ausência de amparo legal que a reconhecesse. Coube, então, à doutrina, nesse primeiro momento, esclarecer as situações em que seria cabível essa ocorrência.

É larga e produtora sua aplicação no processo familiar, principalmente, frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol

mais significativo dos bens comuns. É situação rotineira verificar nas relações nupciais e de concubinatos que os bens materiais comprados para uso dos esposos ou concubinos, como carros, telefones, móveis e mormente imóveis, dentre eles a própria alcova nupcial, encontram-se registrados e adquiridos em nome de empresas de que participa um dos consortes ou conviventes. (MADALENO, 1999, p. 28)

Essa medida passou a ser reconhecida pela jurisprudência pátria. Os tribunais brasileiros, há algum tempo, já vinham entendendo ser cabível a desconsideração às avessas, especialmente no Direito de Família, em situações como a do cônjuge que registra bens em nome da pessoa jurídica sob seu controle, com o intuito de excluí-los da partilha em eventual divórcio ou evitar o cumprimento de obrigação alimentar.

Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a partir do REsp 1236916, reconheceu a possibilidade de desconsideração inversa da pessoa jurídica, em ação de dissolução de união estável.

Processo: REsp 1236916 / RS

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento: 22/10/2013

Data da Publicação/Fonte: DJe 28/10/2013

JC vol. 127 p. 131

RDDP vol. 134 p. 130

RJTJRS vol. 291 p. 66

Ementa: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02.

1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011.
2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta.
3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.
4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva.
5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.
6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser

daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa.

7. Negado provimento ao recurso especial.

Para a relatora, ministra Nancy Andri ghi, a intenção de fraudar a meação levaria à indevida utilização da pessoa jurídica, o que ensejaria a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A ministra relatora esclareceu que “há situações em que o cônjuge ou companheiro esvazia o patrimônio pessoal, enquanto pessoa natural, e o integraliza na pessoa jurídica, de modo a afastar o outro da partilha. Também há situações em que, às vésperas do divórcio ou da dissolução da união estável, o cônjuge ou companheiro efetiva sua retirada aparente da sociedade, transferindo a participação para outro membro da empresa ou para terceiro, também com o objetivo de fraudar a partilha”.

Além das situações relatadas, outras poderiam ser as hipóteses em que a pessoa física utilizar-se-ia da pessoa jurídica para proteger seus bens, provocando flagrante abuso da personalidade jurídica e lesando terceiros em seu direito de propriedade.

Nessa toada, acompanhando a evolução jurisprudencial, o novo Código processual estatui, em seu art. 133, § 2º, que “aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica” (BRASIL, 2015, [s.p]).

É de se verificar que, embora nada se encontre expresso no Código Civil ou em qualquer outra legislação do direito material, o próprio direito processual inova ao reconhecer a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para que produza o efeito inverso, ou seja, a fim de que se alcance não o patrimônio do sócio, mas o patrimônio da pessoa jurídica que pertença ao devedor.

7 Conclusão

A criação de um instituto no Direito tem o objetivo de contribuir para as relações sociais, e não prejudica-las. Assim, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica deve ser um instituto utilizado em favor da atividade empresarial, e não como método de abuso da personalidade jurídica.

Muito embora a dissociação do patrimônio pertencente à sociedade do patrimônio pertencente à pessoa física de seus sócios tenha representado um avanço para o processo de desenvolvimento do Direito Empresarial, a legislação não poderia permitir que determinados sócios se aproveitassem dessa situação para lesar credores. Tal conduta estaria ferindo o direito de propriedade estabelecido na Constituição Federal.

A relativização da autonomia patrimonial não contraria o ordenamento pátrio. Pelo contrário, é condizente com o sistema, uma vez que nenhum princípio é absoluto. Dessa maneira, haverá situações em que o princípio da autonomia patrimonial das sociedades será sobreposto por outro princípio.

O novo regramento processual civil contemplou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica com a instituição de um procedimento adequado para ser utilizado pelas partes interessadas, aí incluídas credor e devedor.

O reconhecimento da desconsideração inversa da personalidade jurídica pelo Novo Código de Processo Civil consolida um entendimento já difundido pela jurisprudência e reafirma a proteção conferida ao direito de propriedade, uma vez que evita o descumprimento da responsabilidade civil imposta ao devedor que procure utilizar a pessoa jurídica para ocultar seu patrimônio e ludibriar a Justiça.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Um novo Código de Processo Civil para o Brasil: análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal*. Rio de Janeiro, GZ Ed., 2010.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos Constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67828-89259-1-pb.pdf>> Acesso em: 06 dez. 2015.

BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 06 dez. 2015.

BRASIL. *Constituição Federal de 1824*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=532540&seqTexto=14770&PalavrasDestaque=>>> Acesso em: 06 dez. 2015

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legislacao/publicacoes/constituicao1988.html/cf1988_Em53.html> Acesso em: 06 dez. 2015

BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 06 dez. 2015.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1236916*. Relatora Nancy Andrighi. Brasília, 28 out. 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1236916&&b=ACOR&p=false&l=10&i=2>> acesso em 06 dez. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. *Propriedade no Brasil: uma abordagem histórica*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 07 Abr. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/157349. Acesso em: 28 ago. 2015.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



JURISVOX
N. 16, VOL. 2, DEZ. 2015
SEÇÃO ENSAIO JURÍDICO

A irreversibilidade dos efeitos da tutela provisória de urgência satisfativa em matéria ambiental: análise sistemática e relativização

The irreversibility of the effects of the provisional protection of satisfaction urgency on the environment: systematic analysis and relativization

Amanda Maria Martins

Graduanda do 8º período do curso de Direito, do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Trabalho executado sob a orientação do prof. Me. Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães.

E-mail: amandamms18@gmail.com

Resumo: Este trabalho apresenta elementos jurídicos acerca da antecipação dos efeitos da tutela de mérito (CPC/1973) ou concessão de liminar em tutela provisória satisfativa (CPC/2015), de maneira mais específica o que se refere à irreversibilidade dos seus efeitos na seara ambiental. As orientações aqui apresentadas baseiam-se em uma coletânea de ensinamentos doutrinários, jurisprudenciais e legais do ordenamento jurídico brasileiro, verificando-se a insegurança jurídica provocada pela divergência interpretativa acerca do pressuposto negativo da antecipação dos efeitos meritórios. Conclui-se pela necessidade da relativização do pressuposto negativo do instituto, sobretudo diante das sérias consequências possíveis quando trata-se de irreversibilidade recíproca, deveras característica do direito ambiental.

Palavras-chave: Antecipação de tutela. Irreversibilidade. Relativização. Direito Ambiental. *In dubio pro natura*.

Abstract: This review presents legal elements about anticipating the effects of merit tutelage (CPC/1973) or injunction granted in "interim protection satisfaction" (CPC/2015), more specifically which refers to the irreversible effects of environmental harvest. The ideas presented here are based on a collection of doctrinal teachings, jurisprudential and legal Brazilian legal system, verifying the legal uncertainty caused by the interpretive disagreement about the negative assumption anticipation of meritorious effects. The results confirmed the need to relativize the negative assumption of the institute, particularly in light of the serious possible consequences when it comes to reciprocal irreversibility, indeed characteristic of environmental law.

Keywords: Anticipated Judicial Protection". Irreversibility. Relativization. Environmental Law. "In dubio pro natura".

1 Introdução

Recentemente, a sociedade começou a perceber que o meio ambiente pode entrar em colapso caso não seja alterada a postura do homem. Até então, a maioria afirmava ser exagero os alertas sobre a destruição paulatina e silenciosa do nosso

planeta. Nesse contexto, não é comum a postura populacional atenta à relevância que a proteção do meio ambiente tem para as nossas vidas.

O estudo proposto visa estabelecer um embate de posicionamentos com intuito de demonstrar a necessidade de relativização do pressuposto negativo previsto na legislação processual civil para a concessão da tutela provisória. Almeja-se apresentar fundamentos para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a tempo de evitar os danos passíveis de serem concretizados com o decurso do tempo.

Para alcançar os objetivos apontados, optou-se pela pesquisa teórica, desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de material já publicado relacionado à temática delineada, com ênfase no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sobretudo o direito a ter a prestação jurisdicional em tempo efetivo, e a impropriedade da limitação processual quanto à concessão de antecipação de tutela com carga de irreversibilidade. Simultaneamente, adotou-se a pesquisa documental por meio da análise de julgados atinentes ao assunto, sobretudo as provenientes dos tribunais superiores.

Por fim, o trabalho arquitetado tem o intuito de contribuir para a relativização dessa ideologia extremista que, dentre outros institutos, analisa o requisito da irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado como intransponível e absoluto, sobretudo em matéria ambiental.

2 Tutela provisória de urgência: elementos essenciais

2.1 Aspectos históricos

O nascedouro do presente instituto remonta ao Direito Romano Clássico, momento em que o ordenamento jurídico delegava ao particular a possibilidade de agir em prol da tutela dos próprios direitos. Naquele momento, as partes realizavam a submissão preventiva e voluntária de seus anseios à sentença, sendo a execução antecipada (forma de medida cautelar na seara da autotutela privada) alheia ao controle judicial e facultativa ao titular do direito exigível.

Somente a partir do Código Napoleônico que as medidas cautelares passaram a ter caráter judicial, tendo sido reconhecido, pela jurisprudência, o poder geral de cautela sob monopólio do magistrado. A partir de então, iniciou a submissão da concessão das medidas cautelares ao perigo de dano irreparável.

Em nosso ordenamento jurídico, a tutela cautelar foi introduzida pelas Ordenações do Reino do Portugal, com o advento do Regulamento nº 137. Já nos primórdios da construção do ordenamento jurídico brasileiro, já se conferia ao julgador o poder de resguardar a satisfação da tutela jurídica. Nesse ínterim, as medidas cautelares previstas eram aquelas passíveis de decretação de ofício, necessárias ao pleno exercício da tutela jurisdicional, dado o interesse do Estado – juiz, sujeito processual, na manutenção da ordem jurídica. O instituto da tutela antecipada surgiu com a Reforma do Código de Processo Civil de 1994.

De maneira semelhante, o mecanismo da tutela antecipada é utilizado, atualmente, no sistema jurídico brasileiro, segundo os requisitos estabelecidos na codificação processual civil em vigor, em seus artigos 273 e 461.

2.2 Alterações normativas a partir da Lei 13.105/15

O instituto das tutelas provisórias, originado em 1994 e atualmente reformulado pela Lei 13.105/15, foi criado exatamente para abrandar os males do tempo. Na nova sistemática processual civil, está regulamentado no Livro V, como evolução dos institutos da tutela antecipada e tutela cautelar do CPC/73, cujo objetivo único é redistribuir o ônus do tempo, em observância ao princípio da razoabilidade e isonomia.

A Lei 13.105/15 regulamentou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que estavam há tempos se consolidando nas decisões proferidas pelos mais variados julgadores e Tribunais. Promoveu-se uma sistematização do presente instituto, atribuindo maior organização às suas normas, a ponto de diminuir de forma sistêmica as ambiguidades e inseguranças que outrora existiam, além de unificar os pressupostos para a concessão das tutelas provisórias.

Na seara do Novo CPC, as tutelas jurisdicionais passaram a ter uma nova classificação, ensejando o seguinte cenário: i) tutelas definitivas como gênero, figurando como espécies, (i.1) tutela satisfativa e (i.2) assecuratória ou cautelar e ii) tutelas provisórias como gênero, da qual são espécies as (ii.1) tutelas de urgência, (ii.1.1) satisfativas e (ii.1.2) cautelares, requeridas em caráter antecedente ou incidental, e (ii.2) tutelas de evidência satisfativas incidentais.

Percebe-se, dessa forma, que foi extinto do sistema processual pátrio o procedimento cautelar autônomo, transformando-o em espécie de tutela provisória.

2.3 Características essenciais

Como bem ensina Zavascki (2009, p. 68), a função jurisdicional acautelatória justifica-se constitucionalmente como mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito. Sua origem, importância, indispensabilidade e legitimidade decorrem do sistema constitucional organicamente considerado.

Envolvidos por objetivos similares, existem dois institutos no sistema jurídico brasileiro que, não raras vezes, confundem os operadores do direito no que se refere aos seus fundamentos e razões de existência. Salutar, para a presente pesquisa, sanar as confusões porventura existentes acerca desses institutos (CARNELUTTI, 1958).

A antecipação de tutela e a liminar cautelar são provimentos cuja origem remonta ao gênero provimento antecipado e, em que pese ter em comum o caráter provisório, possuem nítida diferenciação.

A antecipação de tutela visa conceder os efeitos da pretensão pleiteada em momento diverso da fase decisória, ante o perigo de dano que a mora pode acarretar, condicionada ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei, e possui o objetivo de promover a satisfatividade do direito. Por outro lado, o processo cautelar tem o fim único de tutelar o processo principal em si, resguardando uma futura ou possível

satisfação na fase executória. Frisa-se que as liminares cautelares antecipam os efeitos da sentença do próprio processo cautelar, em nada interferindo no mérito do processo principal.

Visando atingir o objetivo originário de compor os conflitos de forma justa, de modo a atender os anseios de ambas as partes de forma equânime, imprescindível é a observância de determinados princípios constitucionais que, além de regulamentar o ordenamento jurídico como um todo, tem o objetivo de auxiliar o julgador na solução dos conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida.

Concretizando o exposto, convém tecer algumas considerações acerca do *princípio da necessidade* (a limitação de um direito fundamental em detrimento de outro somente será legítima se não for possível estabelecer uma conveniência simultânea entre os direitos fundamentais sob tensão); acerca do *princípio da menor restrição possível* (ou princípio da proibição dos excessos), segundo o qual a limitação do direito fundamental não poderá extrapolar o indispensável à harmonização pretendida; e acerca do *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*, segundo o qual, visando solucionar o litígio, é possível a limitação de um direito fundamental desde que não ocorra a eliminação total de um deles ou supressão da substância elementar do mesmo.

2.4 A tutela antecipada como corolário do direito à adequada tutela jurisdicional

O Estado, ao monopolizar a tutela dos direitos individuais, tomando para si a função de dirimir os conflitos que porventura possam surgir no seio da sociedade, deve impulsionar sua atividade pacificadora com mecanismos processuais adequados a garantir o que se denomina de devido processo legal.

O princípio em tela, classificado como meta princípio, contém em seu bojo os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, os quais têm o objetivo de garantir ao cidadão, que teve seu direito violado ou ameaçado de lesão, a solução da lesão ou ameaça.

O direito fundamental à efetividade do processo – direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende não só o direito de provocar o Estado, mas também o de obter em prazo adequado uma decisão justa, com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

O direito à segurança jurídica tem previsão constitucional em seu art. 5º, LIV, e consiste no direito à cognição exauriente caracterizada pela submissão das soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios, nos quais sejam garantidos aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos.

O decurso do tempo é imprescindível para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é incompatível com a efetividade da jurisdição, principalmente quando o perecimento do direito exige tutela urgente.

Presente o referido conflito, é exigível a adoção de uma solução harmonizadora que garanta a todos os direitos colidentes a coexistência, ainda que relativizada, promovendo o sacrifício mínimo necessário de ambos os direitos. No ordenamento jurídico nacional, as soluções harmonizadoras adotadas são as medidas de caráter provisório e, com maior relevância para o trabalho em tela, a antecipação dos efeitos da pretensão do autor.

Como dispõe o professor Zavascki (2009, p. 68),

as medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm um objetivo e uma função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente.

A partir dos ensinamentos de Marinoni e Arenhart (2008), é possível afirmar, de forma sintetizada, que a busca da efetividade processual decorre do direito fundamental à adequada tutela constitucional, intimamente ligada ao princípio do devido processo legal e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Os referidos princípios advêm da vedação da autotutela e do monopólio da jurisdição adquirido pelo Estado. A tutela antecipatória, por sua vez, é o instrumento necessário para a realização de um direito constitucional diante dos conflitos de direitos fundamentais do indivíduo ou da coletividade.

3 A tutela efetiva dos direitos fundamentais e o pressuposto negativo da antecipação do provimento

3.1 Questões terminológicas: irreversibilidade do provimento X irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento

A determinação legal constante no §2º do art. 273, CPC, veda a concessão da antecipação dos efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Conforme bem preleciona Marinoni e Arenhart (2008, p. 229), enorme confusão paira sobre os termos “irreversibilidade do provimento antecipado” e “irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento”.

Dita confusão reside nos termos provisoriedade e satisfatividade da tutela antecipada. O caráter provisório, por ser ínsito à antecipação da tutela, deve ser entendido como a incapacidade de definir a controvérsia na qual baseia a lide sob julgamento, por sua absoluta incapacidade para a declaração ou produção de coisa julgada material. A tutela é provisória apenas e tão somente porque o juiz, ao concedê-la, não afirma que o direito existe ou a quem acolhe.

No que tange à satisfatividade da tutela antecipatória, ainda que presente a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, é possível a sua provisoriedade, ou seja, sua incapacidade de dar solução definitiva ao mérito.

Em consonância com o raciocínio feito, citam-se os ensinamentos do doutrinador Lopes (2007, p. 83):

Impropriedade técnica do dispositivo (art. 273, § 2º, CPC): o provimento antecipado é sempre reversível (decisão interlocutória), seja porque cabível contra ele recurso (agravo) seja porque, por sua natureza, a tutela antecipada é provisória e revogável. Cuida-se, portanto, de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, e não, propriamente, irreversibilidade do provimento *tout court*.

Logo, a vedação contida no dispositivo legal impede a concessão de tutela de maneira antecipada quando esta puder prejudicar a cognição exauriente do mérito, vinculando a cognição do juízo final e acabando por prejudicar a decisão da causa.

Dito de outra forma, a vedação contida no art. 273, §2º, do CPC, por se tratar de norma de exceção, deve ser interpretada *cum grano salis*, incidindo apenas nos casos em que o indeferimento da tutela não importe na ineficácia da tutela jurisdicional.

Em que pese existirem equívocos interpretativos por parte de inúmeros servidores da justiça, até mesmo nas cortes superiores, não se ousará tecer críticas sobre esses deslizes hermenêuticos. Conforme ensinamento catedrático de Lênio Luiz Streck,

as palavras da lei são constituídas de vagueza, ambiguidades, enfim, incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/ recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico. Basta, para tanto, ler a Constituição Federal ou qualquer dispositivo de um Código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário/ operador do Direito (2003, p. 239).

A magia do Direito está no seu poder de atender a vários pontos de vista, a partir da adoção de ângulos diversos do mesmo instituto, evitando o engessamento da ciência jurídica. Em contrapartida, a insegurança jurídica e o risco de decisões conflitantes aumentam na mesma proporção e, não raras vezes, acarretam insatisfações cujas gravidades podem ser imensuráveis. Na tentativa de minimizar a insegurança jurídica, elaborou-se a presente explanação acerca de um dos temas em que a contradição apontada se instala.

3.2. Posicionamentos jurisprudenciais no Supremo Tribunal Federal

Não há como afirmar que a problemática proposta é pacífica no ordenamento jurídico, diante da existência de duas correntes ideológicas diversas no Supremo Tribunal Federal em relação à interpretação da garantia da tutela jurisdicional em caso de ameaça a direito.

A primeira linha ideológica, defendida pelos Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso, quiçá a que mais adequadamente trata da matéria, sustenta que a lei que veda a concessão de liminares viola o art. 5º, XXXV, da CF, expressa no voto do Min. Celso de Mello, parcialmente transcrito a seguir:

ADI 223/DF _ MC: A proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material. O acesso à jurisdição, proclamado na norma constitucional de garantia, significa a possibilidade de irrestrita invocação da tutela jurisdicional cognitiva, da tutela jurisdicional executiva e da tutela jurisdicional cautelar do Estado (BRASIL, 1990).

A segunda linha de pensamento, oposta à citada, colimada no voto do Min. Moreira Alves, na mesma ADI 223/DF e ADI 1.576/DF _ MC, adota a superada teoria do direito de ação como direito a uma sentença sobre o mérito, além de afirmar que a tutela antecipada, por ter sido criada por lei infraconstitucional, não é instituto constitucional, pelo que pode ser limitada. Esse posicionamento encontra-se versado no julgado correspondente à ementa transcrita a seguir:

ADI 223/DF_MC: O proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal (...). (BRASIL, 1990).

ADI 1.576/DF_MC: A tutela antecipada não é instituto constitucional. Ela foi criada pela lei. Assim como foi criada, a princípio, sem certos limites, não vejo por que não se possa limitá-la. (BRASIL, 2003).

Diante dos apontamentos feitos acerca da divergência de posicionamentos no Supremo Tribunal Federal, afirma-se, com tranquilidade, que, além das normas limitadoras à concessão da tutela provisória serem evitadas de inconstitucionalidade, interpretações que as aceitam também são evitadas desse vício.

Por fim, ao estabelecer que a vedação em si seja inconstitucional, inaceitável é aceitar interpretações que atribuam caráter absoluto à limitação da concessão de provimento antecipado com efeitos irreversíveis. O posicionamento adotado pelo Min. Carlos Velloso concretiza as afirmações realizadas.

4 Irreversibilidade dos efeitos da tutela provisória de urgência em matéria ambiental

4.1 Pressuposto negativo das tutelas provisórias e Princípio da Ponderação

A concessão da tutela antecipada, quando preenchidos os requisitos processuais, não encontra maiores problemas no âmbito de conflitos de interesses disponíveis, já que o efeito antecipado é integralmente reversível.

Enorme divergência doutrinária e jurisprudencial surge quando existe irreversibilidade recíproca. Diante de situações dessa monta, imprescindível a observância do princípio da proporcionalidade e a salvaguarda da essência de ambos os interesses em conflito.

Parte da doutrina moderna adota posicionamento condizente com a não aceitação do requisito da irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada como obstáculo intransponível à outorga dessa mesma tutela (ALVIM, 2001, p. 329).

O princípio da proporcionalidade, também chamado de mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, tem como mandamento a impossibilidade de violação do núcleo essencial do direito fundamental, com desrespeito intolerável do valor que o define: a dignidade da pessoa humana.

De forma mais incisiva, pontua Cândido Rangel Dinamarco acerca da necessidade da coexistência entre o princípio da probabilidade e o da

proporcionalidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Afirma, com razão, que seria impossível o retorno ao *status quo ante* em muitas tutelas concedidas, ainda que de forma não antecipada. Porém, vale lembrar que, caso a concessão da tutela acabe por causar dano à parte demandada, sempre será passível indenização para reversão ou compensação do que for causado (DINAMARCO, 2001, p. 44).

Diuturnamente os tribunais analisam ações judiciais contendo colisões entre direitos indisponíveis de enfermos e interesses de entidades hospitalares. Majoritariamente, proferem decisões concedendo ou mantendo a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial que, ainda que permeados pela irreversibilidade, são mantidos com o fim de garantir o direito fundamental à saúde do cidadão (ALVIM, 2001). Diante da maior relevância que o direito à saúde possui quando confrontado com o pressuposto negativo da antecipação de tutela consistente na mera irreversibilidade dos efeitos do provimento, justificável é a sua relativização.

Ilustrando a situação narrada, temos o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. SAÚDE. CRIANÇA. FORNECIMENTO DE INSUMO (LEITE APTAMIL SOJA). INTOLERÂNCIA A LACTOSE. PRESCRIÇÃO DE MÉDICO DO PRÓPRIO SUS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. RECURSO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEGUIMENTO NEGADO. (Agravo 1.0439.12.013179-2/001(1) 0013652-96.2013.8.13.0000. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Publicação em 09/01/2014. Des.(a) Relator PEIXOTO HENRIQUES).

(...) Acresço que, não obstante o disposto no art. 273, § 2º, do CPC, a irreversibilidade da decisão de concessão da antecipação da tutela deve ser analisada sopesando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade/proporcionalidade, sob pena de se tornar inviável a implementação do instituto jurídico em comento.

Como é de geral sabença: "Irreversibilidade dos fatos. A norma fala na inadmissibilidade da concessão da tutela antecipada, quando o provimento for irreversível. O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as consequências de fato ocorridas pela execução da medida, ou seja, os 'efeitos' decorrentes de sua execução. De toda sorte, essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento (grifo nosso), pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu com a execução da medida." (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 10ª ed., RT, p. 529). Para arrematar, não se pode perder de vista que "a exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do artigo 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina" [...] (BRASIL, 2014).

Em decorrência da relevância e da magnificência dos dizeres do relator no agravo apresentado, convém transcrevê-lo de forma apartada:

Em resumo, constatados, ainda que em cognição sumária, os requisitos elencados no art. 273 do CPC, pois verossímeis as alegações de imprescindibilidade do insumo (Leite Aptamil Soja) prescrito para alimentação e suporte nutricional da criança, bem como demonstrada satisfatoriamente a urgente necessidade de seu uso no tratamento, é imperativo o deferimento da antecipação de tutela, mormente em face da inequívoca premência de proteção à saúde e vida digna, bem jurídico maior, que justifica a relativização da vedação legal à concessão de provimento antecipatório cujos efeitos sejam irreversíveis (BRASIL, 2014).

Discorrendo sobre o presente tema, Marinoni (2008, p. 197-198) deduz seu posicionamento a partir da seguinte oração: “a lógica da tutela antecipatória não pode impedir a produção de efeitos fáticos irreversíveis (...) a ausência de lógica na proibição de concessão de tutela antecipatória pode gerar prejuízo fático irreversível”.

Neves (2012, p. 1.182) também leciona que,

mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo, e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal à sua concessão.

A colisão de direitos fundamentais como os citados ocorre não somente em questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, apesar de ser nessa área sua maior incidência. Nas diversas searas de direitos fundamentais, vislumbra-se a delicada busca pelo melhor direito e proteção daquele mais provável ou aquele que, com o não acolhimento ou concessão da pretensão inicial, acarretará maiores prejuízos individuais ou coletivos.

Assevera-se que o Código de Processo Civil, além do instituto da antecipação da pretensão do autor exposto na inicial, previsto no art. 273, CPC, também prevê a antecipação das execuções específicas de fazer e não fazer no art. 461 do mesmo diploma. Dessa forma, ocorre a inversão das fases processuais em prol da garantia de direitos fundamentais, que seriam violados acaso não houvesse a antecipação. Nesse contexto, diante da semelhança dos requisitos constantes nos artigos 273 e 461 do CPC, apesar deste último não ser expresse quanto ao caráter de reversibilidade do provimento, afirma que a antecipação poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Nos mandamentos constantes do art. 461, é possível afirmar que se aplica, analogicamente, as ações cujo objeto seja a execução das obrigações de fazer e não fazer, a relativização do §2º do art. 273, CPC.

[...] embora os arts. 273 (obrigações de dar) e 461 (obrigações de fazer ou não fazer) tenham seus próprios pressupostos, justificadores da outorga da tutela antecipada e específica, liminarmente ou na sentença de mérito, não se pode negar a

interferência que um exerce sobre o outro, no contexto de uma interpretação sistemática. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 274).

Em outros termos, mas em sentido semelhante, afirma Tomazoni (2007, p. 73) que

o requisito de que a medida seja passível de reversibilidade também se aplica aos arts. 461 e 461-A, diante da natureza desse provimento, qual seja executivo - mandamental. A uma, por se tratar de antecipação do mérito, ainda que em parte e, a duas, porque pode se converter em perdas e danos, caso não seja possível o cumprimento da tutela específica.

Corroborando com as afirmações realizadas, convém expor a decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (BRASIL, 2015):

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO_ AÇÃO DE ANULAÇÃO DE MULTAS DE TRÂNSTO – PEDIDO DE LIMINAR DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA _ INTERESSE PÚBLICO - EXCEPCIONALIDADE_ VEÍCULO QUE SE PRESTA AO ATENDIMENTO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS DE SAÚDE. AGRAVO PROVIDO “IN SPECIE”.

Demonstrando-se que o risco de dano à coletividade afigura-se maior do que o de potencial lesão de cunho patrimonial a direito do agravado, deve aquele prevalecer sobre este, em virtude do manifesto dano inverso decorrente da não concessão da medida antecipatória pleiteada.

“... Comparativamente, portanto, considerando que o caso nos autos trata de ato administrativo passível de causar dano a inúmeros cidadãos do Município de Presidente Olegário, e, em especial, à população carente que depende integralmente da prestação pública de serviço de saúde, entende-se que o risco de dano a estes se afigura maior do que o de potencial lesão de cunho patrimonial a direito do agravado, devendo aquele prevalecer sobre este, em virtude do manifesto dano inverso”.

As decisões apresentadas em caráter ilustrativo demonstram que parcela dos operadores do direito analisa o pressuposto negativo em apreço de forma relativizada, dando azo ao princípio da razoabilidade para solucionar os casos concretos. Porém, como será demonstrado adiante, existe uma dificuldade por parte dos mesmos operadores em aplicar o mesmo posicionamento em lides que envolvam o direito difuso ao meio ambiente.

Nesses casos, percebe-se o interesse econômico e individual sobrepondo-se ao direito coletivo *lato sensu*, ainda que as consequências decorrentes desse posicionamento sejam mais drásticas se comparadas com as hipóteses em que ocorre a relativização.

Passa-se, pois, à análise do instituto da tutela antecipada em matéria ambiental.

4.2 Irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada em matéria ambiental

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é formal e materialmente fundamental. Primeiro por estar previsto na Carta Magna e, depois, por ser condição indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana. Como direito fundamental, possui as seguintes características: historicidade (decorre de conquistas advindas de lutas populares em prol da defesa do meio ambiente), universalidade (dirigido a toda população mundial, ainda que haja pontos divergentes entre as legislações existentes), irrenunciabilidade, inalienabilidade, limitabilidade e imprescritibilidade.

Em matéria ambiental, a irreversibilidade não pode servir de escudo protetor de atividades ilegais e lesivas a direitos fundamentais, premiando o causador dos danos ambientais – titular de um direito improvável – em prejuízo da tutela emergencial de um direito fundamental difuso de caráter intergeracional, que está em perigo.

Sobre o tema, oportuna é a lição de Marinoni e Mitidiero (2010, p. 274), ao dizerem que

afirma o § 2º do art. 273, CPC, que “*não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”. Ao que tudo indica, o legislador disse mais do que deveria, já que há casos, conhecidos por todos, em que, se não for concedida a tutela antecipatória para não se correr o risco de se lesar o direito do réu, certamente o direito do autor será lesado. Não admitir a tutela antecipatória apenas porque o direito do réu pode ser lesado é um grande equívoco de lógica, pois aquele pede a tutela antecipatória fundada no art. 273, I, CPC, deve demonstrar que o seu direito é provável e que há fundado receio de dano. Desse modo, se a tutela antecipatória não for concedida quando presentes esses dois pressupostos, estará sendo admitido um dano ao direito, que é provável, apenas para que o direito do réu, que é improvável, não seja exposto à irreversibilidade, o que é fora de propósito.

Diante da lastimável crise ambiental mundial vivenciada atualmente, o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir decisão no Resp. 1.367.923, de 27.08.2013, iniciou o desenvolvimento de hermenêutica jurídica específica para o Direito ambiental, com adoção da máxima *in dubio pro ambiente*, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 53 DO CP. OMISÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.

(...) As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutica *in dubio pro natura*. (BRASIL, 2013)

Fundamentado nos ensinamentos jurisprudenciais expostos, é possível afirmar, com relativa veemência, que a restrição contida no diploma processual deve ser vista sob a ótica do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, visando

garantir a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conforme determina o art. 225 da Constituição Federal.

Nesse mesmo diapasão, Dantas (2009, p. 196) ressalta que

dúvidas poderiam exsurgir acerca da questão da chamada irreversibilidade do provimento, que, nos termos do § 2º do art. 273 do CPC, impediria o deferimento da medida. Em matéria de proteção ambiental, em inúmeros casos, o reconhecimento de que a medida seria irreversível poderia gerar um verdadeiro obstáculo à efetiva prevenção do dano ou à paralisação da conduta lesiva, se esta já teve início.

Inevitavelmente, estando diante de um litígio, haverá supressão de parte de uma pretensão em detrimento da outra ou, na melhor das hipóteses, supressão equilibrada de ambas diante do deferimento parcial das pretensões apresentadas.

É inadmissível permitir o indeferimento da tutela antecipada por força da interpretação da determinação do § 2º do art. 273 de forma absoluta. Se assim fosse, a base principiológica do instituto estaria sendo ignorada em sua totalidade.

Estando o magistrado diante de uma situação de conflito de interesses indisponíveis com efeitos irreversíveis, sendo hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, deve este acolher a pretensão que se mostre mais verossímil, atestando sua relevância em face do direito somente provável, de forma proporcional e razoável.

Em questão ambiental, estamos diante de direito fundamental coletivo que, uma vez ignorado em face do não acolhimento da antecipação dos efeitos meritórios, toda a coletividade será lesada.

Realizando o juízo de ponderação que a situação exige, chega-se à conclusão de que o direito individual improvável possui menor relevância quando comparado com os direitos coletivos a ponto de serem lesados com a não antecipação dos efeitos da pretensão inicial.

Diante de tamanha relevância que permeia o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, existindo conflito de interesses entre este e o direito fundamental à propriedade, perceptível é a prevalência do direito difuso posto em primeiro momento em detrimento do direito patrimonial. Convém citar que o princípio da função social da propriedade já possui o condão de limitá-la com o fim de garantir, dentre outros valores, a proteção ambiental. No mais, estaria eivado de incongruência o indeferimento da proteção ambiental em caráter antecipado para dar lugar ao acolhimento do direito à propriedade, visto sob o aspecto individual.

Ensinar louvável é extraído do julgamento de agravo proferido pelo presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, então relator, nos seguintes termos:

É importante enfatizar que a degradação do ambiente mata a natureza, ainda que em doses homeopáticas. É a mesma figura da injustiça de Piero Calamandrei: pequenas injustiças, por serem agressões menores a esse valor perene, não deixam de sacrificar o ideal do justo.

O que é aparentemente inócuo – a construção de um ranchinho à beira do rio – adquire relevância na sucessão de outras edificações. Cada qual a ensinar a devastação da mata ciliar. Cada qual a exigir um esgoto clandestino, arremessado

in natura ao rio. Aquilo que era fonte de vida, passa a ser canal transmissor de enfermidades e de morte.

Se a educação ambiental foi insuficiente para refrear o uso insensato da natureza, só a sanção da Justiça é que fará com que as pessoas jejunas em proteção ambiental, aparentemente ingênuas, deixem de ser as saúvas demolidoras da biodiversidade. Aos poucos, aos aparentemente inócuos ataques, a devastação se amplia.

A demolição do rancho, a regeneração da área devastada, constituem solução natural para o ambiente malferido. Mais do que isso, deve servir de exemplo para os demais ocupantes das margens do Piracicaba, igualmente obrigados a tais providências saneadoras. (BRASIL, 2006).

Visando todo o exposto, percebe-se que, independentemente do valor patrimonial envolvido ou da magnitude do dano causado, a lesão ao patrimônio ambiental acarreta consequências cuja amplitude pode não ser perceptível *in locu* e instantaneamente por atingir a coletividade em sua totalidade.

A violação do patrimônio ambiental, além de lesar direito fundamental transgeracional, ainda que de maneira ínfima, acaba por acarretar danos permanentes ou de difícil reparação. Sempre que sopesado com interesse patrimonial individual, por mais abrangente que seja este, não terá a amplitude que a lesão ambiental possui. Observando os princípios enumerados e a cautela necessária, ainda que sejam irreversíveis os efeitos da tutela antecipada concedida em favor da cessação das lesões ambientais, esta deve ser concedida ainda que viole o direito patrimonial individual, devido à menor relevância que esta última possui.

Confirmando o exposto, em hipótese de recíproca irreversibilidade, caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento da análise do pedido de tutela antecipada, aplicando-se o princípio da razoabilidade. Em síntese, devem ser balanceados os riscos para que seja concedido, dentre os males, o menor.

Em matéria ambiental, o dano ao particular será sempre em grau menor quando comparado ao dano ambiental. Por força desse raciocínio, os Tribunais proferem decisões nos termos da abaixo citada.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIÊNCIA DO ART. 273, §2º, DO CPC. PRECEDENTES.

1. O perigo de irreversibilidade do provimento adiantado, óbice legal à concessão da antecipação da tutela, nos termos do Arrigo 273, §2º, do CPC, deve ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de se violar o instituto.

2. Irreversibilidade é um conceito relativo, que deve ser apreciado *ad hoc* e de forma contextual, levando em conta, dentre outros fatores, o valor atribuído pelo ordenamento constitucional e legal aos bens jurídicos em confronto e também o caráter irreversível, já não do que o juiz dá, mas do que se deixa de dar, ou seja, a irreversibilidade da ofensa que se pretende evitar ou mesmo da ausência de intervenção judicial de amparo.

3. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2007, p. 208).

Diante das disposições aqui tratadas, evidencia-se que a inquietude jurisdicional reside na análise equivocada do pressuposto negativo da antecipação dos efeitos da tutela meritória. A conscientização acerca do sentido unicamente formal da

irreversibilidade, concluindo que a não concessão somente será exigida quando o provimento antecipado possuir caráter definitivo de coisa julgada, colocará fim às divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

A partir dessa conscientização, cairá por terra a hipótese de prejuízo, deveras grave, àqueles que necessitam do provimento antecipado para evitar danos que a morosidade processual é capaz de causar. Abarcam-se, nessa proteção, as pessoas sob ponto de vista individual e, com maior relevância para este estudo, a coletividade, as gerações presentes e futuras, quando têm seu direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado protegido com a concessão dos provimentos judiciais de forma prognóstica.

Ainda que não seja aceita, em sua totalidade, a explanação alhures feita, o magistrado deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que ostentar maior relevo e expressão, em observância ao princípio da proporcionalidade que envolve o direito ambiental. Assim, o conflito entre chamados direitos fundamentais e direitos patrimoniais deve ser solucionado em favor dos primeiros.

Não se trata de sacrifício de um direito em detrimento de outro, mas análise da razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico.

5 Conclusão

Resultado de um estudo das Tutelas Provisórias de Urgência Satisfativa com efeitos irreversíveis em matéria ambiental, sob o viés pragmático, a partir de uma análise da aplicabilidade da norma jurídica no seio social, do comportamento da sociedade diante da incidência da norma e das consequências jurídicas que uma interpretação absolutista e literal do instituto possa trazer, conclui-se pela relativização do pressuposto negativo das tutelas antecipadas para que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja protegido.

A insegurança jurídica gerada pela discrepância de orientações jurisprudenciais adotadas pelos Tribunais brasileiros pode gerar prejuízos irremediáveis ao meio ambiente e a diversos outros direitos fundamentais. Porém, em que pese não ser uniforme, ainda assim têm-se decisões que observam o princípio da precaução, “que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo, ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo (*in dubio pro securitate*)” (COSTA, 2009, p. 79).

Os apontamentos realizados neste trabalho demonstram a imprescindibilidade da razoabilidade e proporcionalidade quando da análise de qualquer situação concreta. O direito positivado somente tem sua essência completa quando aplicado ao caso concreto e, no momento da aplicação, é dever do magistrado agir com cautela e apreciar as consequências jurídicas amplas que sua decisão possa acarretar.

Diante disso, afirma-se que as tutelas de urgência ambientais merecem especial apreciação, com observância dos princípios da prevenção e ponderação, pois sempre estão impregnadas de irreversibilidade recíproca, imbuídas de acentuado grau de prejuízo à presente e futura geração, caso não seja concedida de forma rápida e eficaz, capaz de evitar os danos ambientais ou ao menos minimizar os efeitos do dano ambiental iniciado.

Referências

ALVIM, J. E. Carreira. *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 329 p.

BRASIL. *Código de Processo Civil (1973)*. Brasília: Senado, 1973.

BRASIL. *Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)*. Brasília: Senado, 2015.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.923 -RJ (201/086453-6)*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 223-MC/STF*. Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF de 1990. Brasília, 29 jun. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 223/DF – MC/STF*. Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves. Brasília, DF de 1990. Brasília, 29 jun. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 1.576/ DF – MC/STF*. Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF de 2003. Brasília, 06 jun. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 144.656/ES, 2ª T/STJ*, rel. Min. Adhemar Maciel, REVJMG 142/464. 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo 1.0439.12.013179-2/001(1) 0013652-96.2013.8.13.0000/ TJMG*. Des.(a) Relator Peixoto Henriques. Belo Horizonte, 09 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento – Cv Nº 1.0534.14.004236-5/001*. 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível 372.761.5/0-00*. PIRACICABA - Voto 11.247. Seção de Direito Público- CAMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AgRg no Ag 736.826/RJ*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIM, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2003, DJ 28/11/2007 p. 208.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, n.º 234, 1958.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O "Direito Vivo" das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. 2009, 172 fl. Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil, Pontífica Universidade Católica, São Paulo, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINAMARCO, Candido R. *O regime jurídico das medidas urgentes*. In: RF-356, 2001, p. 44.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Vol. II: Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. *Rev. atual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOMAZONI, Fernanda Ruiz. *Irreversibilidade da tutela antecipada*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Jurisprudências disponíveis em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/Jurisprudencia/juris_camara;

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequeencial=18502021&num_registro=200901163256&data=20120509&tipo=51&formato=PDF.

O direito fundamental ao governo honesto e a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a corrupção

*The fundamental right to the honest government and the United Nations
International Convention on corruption*

Murillo Ricardo Silva Canella

Aluno do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas. Trabalho executado sob a orientação do prof. Me. Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães.

E-mail: murillocarvalho@live.com

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar a existência e validade do direito fundamental ao governo honesto, desdobramento dos princípios e objetivos republicanos, bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da cidadania. Tal análise de validade será feita à luz da Constituição Federal de 1988 e da Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, de que o Brasil é signatário, e secundariamente dos demais diplomas legais pertinentes ao tema. Valendo-se de análise doutrinária e jurisprudencial, tem o intuito de contribuir para a construção da ciência jurídica e para a consolidação dos padrões de governança democráticos do país.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direito ao Governo Honesto. Corrupção. Improbidade Administrativa. ONU. Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção. Convenção de Mérida.

Abstract: This article proposes to examine the existence and validity of the fundamental right to honest government, unfolding principles and republican objectives, as well the principles of human dignity and the principle of citizenship. This analysis of validity shall be made in the light of the Federal Constitution of 1988 and the United Nations Convention on Corruption, which Brazil is signatory, and secondarily of other relevant legislation to the topic. Taking advantage of doctrinal and jurisprudential analysis, it aims to contribute to the construction of legal science and the consolidation of democratic governance standards in the country.

Keywords: Fundamental rights. Constitutional right. Administrative law. Right to Honest Government. Corruption. Administrative dishonesty. UN. The United Nations Convention on corruption. Mérida Convention.

1 Considerações iniciais

Na atualidade, tem-se notado em nosso país um amadurecimento político substancial justificado, de certa maneira, pelos acontecimentos relacionados à corrupção que impregnaram a história e o funcionalismo público brasileiro. À medida que esses escândalos de corrupção começaram a ser investigados, julgados e os agentes punidos exemplarmente, a sociedade brasileira desencadeou o ressurgimento da consciência no que se refere à necessidade de fiscalizar o *munus* público, de modo que

essa fiscalização incentive os agentes públicos a desempenhar suas atividades de maneira otimizada e, principalmente, atingir, junto ao princípio da moralidade, o fim máximo de todos os atos administrativos, efetivar o interesse público.

Essa fiscalização por parte da sociedade tem se mostrado importante como instrumento de “pressão” sob os representantes políticos, seja na esfera federal, estadual ou municipal. Oriunda dos períodos de colonização, a corrupção advém da necessária relação do Imperador com os Administradores, no Brasil Império, sendo foco comum o empoderamento social e ascendência econômica.

A corrupção, câncer imanente às relações sociais, é antagônica ao direito fundamental ao governo honesto, tema principal deste artigo. Numa perspectiva histórica, nas palavras de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008, p. 21), a improbidade, a corrupção ou, ainda, a desonestidade dos representantes políticos, ainda que “combatida com empenho e aparentemente controlada, não tarda em infectar outro órgão. Este ciclo, quase que inevitável na origem e lamentável nas consequências deletérias que produz no organismo social, é tão antigo quanto o homem”.

Desde 2000, já desmemoriados os conhecidos e amplamente discutidos casos de impeachment de Fernando Collor em 1992 e também as privatizações de FHC, o brasileiro passou a verificar diariamente nos noticiários e jornais impressos os inúmeros relatos de casos de corrupção, descaso com a administração pública, decadência da máquina e aparato estatal e também de dificuldades econômicas.

Em meados de 2007, o Brasil amanheceu com as manchetes colossais sobre o caso que seria o maior escândalo de corrupção até então: o “mensalão”. Políticos que pagavam uma “mesada” em troca de apoio político. O caso ganhou repercussão mundial e arrastou-se pelos tribunais brasileiros até 2013, quando o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento da Ação Penal n. 470, popularmente conhecida como “O Julgamento do Mensalão”.

Condenados os réus da AP470, o brasileiro viu a esperança de uma recolocada nos trilhos no que se refere à moral e à ética dos agentes públicos e representantes democráticos. Após ver a economia nacional crescer aproximadamente 12%, segundo o IBGE, nos quatro primeiros anos da década, as previsões de um país mais célere, igualitário, de absurdo potencial de crescimento, aliados ao senso de justiça que fora reestabelecido no âmago da sociedade, previu-se que o Brasil cumpriria as profecias internacionais e firmar-se-ia como um país de desenvolvimento forte inevitável.

Eis que em 2014, findo o período eleitoral que dividiu o país entre tucanos e petistas, os jornais e emissoras televisivas publicaram outra notícia: o maior esquema de corrupção da história do país havia sido descoberto. A Petrobrás, estatal brasileira detentora de uma das maiores riquezas naturais do país, o pré-sal, havia sido corrompida pelo pagamento de propinas a partidos políticos, entre eles partidos da ala esquerda, centro e direita. Ninguém estava completamente imune às investigações.

Muito embora se tenha dado grande importância a esses casos pela mídia e pelo “neoativismo” *cybernético*, pode-se inferir que as instituições de representação democrática do Brasil estão em descrédito e passam por momento importante de sua consolidação e amadurecimento.

As conquistas adquiridas após anos de instabilidade e (des)esperança serviram de alicerce para o que acontecera em 2007 e 2014, e o povo cada vez mais possuía consciência da importância de exercer a fiscalização e adentrar às discussões políticas em que suas vozes, após tanto tempo, seriam ouvidas, e não caladas. Essas conquistas, por sua vez, demandaram tempo e, de modo especial, a coragem e bravura de um povo que, segundo a canção “E vamos a luta”, de Gonzaguinha, “que não tá na saudade e constrói a manhã desejada”. No entanto, como brevemente exposto, por vezes os representantes desse povo descumprem o fim maior de seu papel, de modo a achincalhar e desmerecer a democracia brasileira por meio da corrupção.

O povo é, constitucionalmente, titular absoluto do poder, de modo que esse poder é exercido por meio de seus representantes. Nesse diapasão, é preciso ter a confiança e a segurança de que esses representantes cumprirão com seu papel de maneira idônea e pautados pela retidão administrativa. Em poucas palavras, que exerçam um governo honesto. Para reprimir os casos que fugirem a esse padrão, o ordenamento jurídico brasileiro possui diversos mecanismos, como a Lei de Improbidade Administrativa, a Convenção Internacional de Mérida da ONU, internalizada pelo Decreto 5.687/06, entre outros. Diante dessa proteção legal, bem como dos valores e princípios da ética e da moral, haveria que se falar em um “direito fundamental ao governo honesto”? Teria o povo brasileiro esse direito assegurado constitucionalmente de maneira implícita? De que modo esse direito fundamental se expressa/efetiva?

O presente artigo propõe-se, após essa breve recapitulação acerca da conquista e do desenvolvimento da democracia, a partir de uma análise crítica pautada em estudos doutrinários e jurisprudenciais, analisar a existência de um direito fundamental ao governo honesto e sua eventual validade, a fim de contribuir para a construção da ciência jurídica e para a consolidação dos padrões de governança democráticos deste país.

O presente trabalho servir-se-á da pesquisa teórica, desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, valendo-se de análise dos diplomas legais pertinentes, doutrinas já publicadas que permeiam o assunto demonstrado no presente projeto de pesquisa, sob a ótica dos direitos fundamentais e sua efetividade.

Desse modo, solar o fato de que a pesquisa constituir-se-á de construção puramente teórica e abstrata, servindo, portanto, como mecanismo de pesquisa para solução de casos concretos.

2 Dos direitos fundamentais

A sociedade é uma célula orgânica que se encontra em constante modificação. Essas modificações, por sua vez, são lentas e graduais, uma vez que sobrevêm de acordo com as necessidades e acontecimentos de determinado grupo social ou de determinada sociedade em determinada época. Após séculos de incontáveis lutas em busca de conquistas sociais, a sociedade, paulatinamente, deflagrou a consagração dos direitos imanentes à pessoa humana, chamados de direitos fundamentais ou, também, “direitos morais”, “direitos naturais”, direitos universais, entre outros.

Não se sabe ao certo quando os direitos fundamentais surgiram. Pesquisadores dividem-se entre dois acontecimentos: a Magna Carta Inglesa, de 1215, e a Revolução Francesa. Aquela ocorreu na Inglaterra com o intuito de limitar os poderes do rei em detrimento dos prematuros direitos individuais dos barões, de modo que, quebrando a praxe, os mandatários do rei só poderiam adentrar nas casas do povo se tivessem permissão dos proprietários. Esta, por sua vez, teve como marco a consagração da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, e, também, das declarações de direitos escritas pelos Estados Americanos, *Bill of rights*, em 1776, que decretaram ali sua independência e cisão com a Inglaterra.

Desse modo, é possível perceber que os direitos fundamentais tiveram como estopim a necessidade de se limitar os poderes do Estado, bem como dos homens que o integravam. Proteger o indivíduo diante das ingerências e atos abusivos praticados pelo Estado, esse foi o intuito maior do surgimento desses direitos. Pautavam-se, ali, os chamados direitos fundamentais negativos, que compreendem uma obrigação de abstenção, de não-fazer em detrimento das liberdades individuais.

Para Moraes (1997, p. 39), a expressão “direitos fundamentais” assume o conceito de

conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Por sua vez, Vilhena (2006, p. 36) afirma que

‘Direitos fundamentais’ é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direito da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou esta terminologia para designar sua generosa carta de direitos. Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

Esses direitos caracterizam-se pelo reconhecimento dos caracteres de liberdade e dignidade concernentes a todo e qualquer indivíduo pela simples condição de sua humanidade. Uma vez que foram conquistados ao longo de um período de desenvolvimento, pode-se, na mesma esteira, afirmar que, nesse momento, direitos fundamentais estão desenvolvendo-se de acordo com o que a sociedade atual demonstra e carece. Desse modo, os conceitos de direitos fundamentais são diversos, considerando-se que seu desenvolvimento não cessa e que o caminhar da sociedade ensejará o surgimento de novos direitos fundamentais.

Vistas essas duas concepções, é possível encontrar um ponto comum: a consagração da liberdade e da dignidade humana. Não obstante a dimensão de aplicabilidade humana, caracterizam-se os direitos fundamentais como corolários da

ordem jurídica brasileira, ou seja, preceitos norteadores da operação da ciência jurídica do Direito.

Sendo os direitos fundamentais concernentes a determinada época, os doutrinadores os dividem em gerações de direitos fundamentais. Essa divisão remonta a períodos diferentes, com realidades diferentes e, por consequência, necessidades distintas.

A primeira geração de direitos fundamentais — conhecidos também como direitos fundamentais negativos —, que têm seu marco histórico na transição do Estado Autoritário para o Estado de Direito, tem como pilar básico o valor da liberdade, das liberdades individuais e oponíveis ao Estado que cada indivíduo possui — chamadas de liberdades públicas e de direitos políticos —, as obrigações de não-fazer do Estado; nesse nível, encontram-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à participação política, à participação religiosa, entre outros. Originários do fim do século XVIII, em síntese, consubstanciam a força contrária do Estado Liberal em relação ao Estado Absoluto.

A segunda geração de direitos fundamentais — conhecida, por sua vez, como direitos fundamentais positivos —, que surgiu já no século XX, marcada pelo início da Revolução Industrial, tem como valor básico a igualdade entre os homens, na qual consagraram-se os denominados direitos sociais, direitos coletivos. Essa geração de direitos tem como imperativo as obrigações do Estado para com a sociedade, de modo a garantir a salubridade e os direitos trabalhistas que àquela época eram negligenciados. Àquela época, houve a transição do Estado liberal para o Estado social, focado em proteger os hipossuficientes, tendo como fim a igualdade material, esgueirando-se do precedente materialismo unicamente formal.

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira geração têm como marco as alterações e transições sociais para a pós-modernidade — terceira revolução científica, o surgimento das culturas de massa e dos nichos sociais — havendo a normalização de relação entre nações em ótica macroeconômica. Dessas revoluções, decorreram problemas que atingiram toda a sociedade, como a questão de preservação do meio ambiente, a hipossuficiência dos consumidores frente às grandes corporações capitalistas, dentre outros. Transcendendo o interesse dos indivíduos e tutelando a existência do gênero humano, os direitos fundamentais de terceira dimensão pautaram-se no valor da fraternidade ou solidariedade, atentando-se à tutela dos direitos difusos e coletivos.

Sobre a classificação dos direitos fundamentais no que se refere as suas gerações, vale notar que uma dimensão de direitos fundamentais modifica a partir do momento que outra geração surge. Numa sequência, os direitos da nova geração tornam-se pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior.

Nesse sentido, Paulo Bonavides (1997, p. 569) afirma a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, sendo estes a fase de institucionalização do Estado social, tendo como corolários os direitos à democracia direta, à informação, ao pluralismo, dentre outros do mesmo viés. Portanto, os direitos fundamentais de quarta geração encontram respaldo na universalização e globalização dos direitos fundamentais no que concerne à seara institucional.

Como se pode notar, os direitos fundamentais surgiram e estiveram presentes em momentos de grandes mudanças na sociedade global, sobremaneira concernentes a grandes temas da existência humana, tal qual o direito à vida, à liberdade, entre outros, e também correlacionado a questões indispensáveis e indissolúveis da convivência humana, a exemplo da dignidade humana, da igualdade formal e dos direitos difusos e coletivos.

Especificamente para este estudo, tratar-se-á enfaticamente do direito fundamental ao governo honesto, direito fundamental melhor inserido na quinta geração destes, dada a direta relação com a democracia representativa e a importância da participação popular no que concerne às decisões que servirão como diretrizes para o desenvolvimento da sociedade como um todo.

2.1 Do direito fundamental ao governo honesto

A Constituição Federal de 1988, norma fundamental que significou a conquista democrática a partir da consolidação de direitos fundamentais e marco de transição de dois regimes governamentais diametralmente opostos, figura, atualmente, como principal asseguradora dos fundamentos republicanos, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Em espécie, a cidadania correlaciona-se diretamente com direito fundamental ao governo honesto, uma vez que seu núcleo essencial abarca uma gama de valores morais que norteiam o convívio em sociedade. A cidadania, além de fundamento republicano, é a condição do indivíduo como membro de um Estado, o que, linearmente, confere a este a possibilidade do gozo e da participação das relações políticas. Desse modo, evidencia-se o direito dos cidadãos em ter suas instituições administradas com pauta na lisura, moralidade, boa-fé e honestidade, a fim de efetivar o poder e a representatividade exercida pelos políticos.

O direito fundamental ao governo honesto, portanto, é obra de um desdobramento hermenêutico do fundamento republicano da República Federativa do Brasil. Esse desdobramento, dada a sua importância, firma-se como direito fundamental, uma vez que o cidadão tem o direito de receber uma prestação estatal proba e eficiente.

Tamanha a importância do tema e da proteção ao direito fundamental ao governo honesto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no MS 271141 MC/DF, pronunciou-se sobre o tema dizendo que

sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados éticojurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo - traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania. (BRASIL, 2008)

Ainda sobre o tema, a decisão proferida em 2007 pela MM. Juíza de Direito Ana Carolina Vaz Pacheco de Castro, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, versa sobre o tema dizendo que

é certo, ainda, que os administrados têm para si o direito subjetivo a uma administração honesta, eficiente e acordada para os problemas resultantes do dinamismo da evolução sócio-cultural. Não por outro motivo o estabelecimento de uma série de princípios e disposições atinentes às atividades da administração e, por consequência, as respectivas sanções pelo não atendimento daquele direito subjetivo mencionado em favor do administrado. (BRASIL, 2012)

Pode-se inferir, desse modo, que muito embora o direito fundamental ao governo honesto não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, a sua origem que é advinda de desdobramentos hermenêuticos é válida e sua existência é incontestável, uma vez que seu conteúdo emana diretamente da Lei Maior.

Nesse sentido, seu núcleo fundamental é formado pelo conquistado Estado Democrático de Direito, pelo fundamento republicano da cidadania e da dignidade da pessoa humana, trazidos no artigo 1º da Constituição da República de 1988. Essa tríade, portanto, em conformidade com o artigo 5º, §2º, confere status de direito fundamental ao governo honesto, valendo-se das mesmas prerrogativas, como ser cláusula pétrea, proibição da proteção deficiente etc. Não obstante, o moralismo administrativo pode ser extraído, ainda, do artigo 37 da Constituição, que é o corolário das instituições públicas brasileiras.

Há a proteção e reconhecimento do governo honesto como direito, além dos desdobramentos da Constituição Federal, na Constituição Estadual do Estado de Minas Gerais, em seu artigo 73, que consagra que “a sociedade tem direito ao governo honesto, obediente à lei eficaz”.

A ampla proteção à moralidade e probidade administrativa torna cristalina a existência do direito fundamental do governo honesto, direito este de importância magistral para a proteção das instituições democráticas e instrumento indispensável para a efetivação da representatividade e dos demais direitos fundamentais igualmente importantes.

3 Da corrupção em espécie

Para se tratar de corrupção, não basta analisar unicamente seus polos. Mais do que isso, é possível que a corrupção atinja uma infinidade de outras pessoas alheias a essa prática tão combatida. A definição de corrupção é incerta, visto que sua natureza se origina nos fenômenos sociais, sendo, portanto, a todo tempo, mutável. Para uma melhor compreensão do que vem a ser corrupção, o melhor caminho parece ser a descrição analítica desse comportamento, muitas vezes atrelado às práticas de desvio de finalidade, abuso de poder, tráfico de influências e outros.

O vocábulo “corrupção”, segundo o dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, deriva do latim *corruptio* e *corrumpere*, que significa deteriorar, romper, processo ou efeito de corromper.

Na obra “Corrupção: uma parceria degenerativa”, de Clóvis de Barros Filho e Sérgio Praça (2014, p. 12), temos uma lição de filosofia que coteja a definição de corrupção ao afirmar que

nada pode ser corrupto, tampouco estar, porque a palavra *corrupção* não indica em uma essência nem um estado. Indica um processo. Uma transformação. Um deixar de ser. Sua própria negação. Algo que era, mas não é mais. A rigor, a corrupção não é nem aquilo que era nem aquilo em que se converteu. É a própria conversão. A mudança em si. Por tudo isso, nada pode ter a corrupção como essência, já que denuncia o seu fim.

De acordo com Lucas Rocha Furtado (2015, p. 27), a variação dos atos corruptos e a impossibilidade de delimitação impedem uma factível definição.

A impossibilidade de definição das formas instrumentais de que se revestem os atos corruptos, as dificuldades de delimitação do âmbito de atuação da corrupção, se seria exclusivamente pública ou se existiria corrupção privada, a circunstância de que se trata de fenômeno que ultrapassa a dimensão jurídica para alcançar os âmbitos da sociologia, da política e das relações transnacionais, dentre outros aspectos, impedem a elaboração de um conceito acabado de corrupção.

Não obstante essa dificuldade de se definir com clareza a natureza jurídica de corrupção, segundo Furtado (2015, p. 27), esse ponto encontra-se na popular zona cinzenta do Direito. O conceito de corrupção varia de cultura para cultura. Em algumas dessas culturas, o pagamento de pequenos valores ou presentes a determinado agente pode não ser caracterizado como corrupção, sendo, a contra senso, prática de *lobby*. Exemplos dessa visão são os congressistas norte-americanos e os lobistas, que o fazem como forma de “incentivo” a um favorecimento disfarçado.

No Brasil, por sua vez, a legislação brasileira estabelece no Código de Conduta da Alta Administração Federal como limite para um “presente” o valor de cem reais. Uma vez extrapolado esse limite, a prática será tida como ilícita, sendo, portanto, passível de processo administrativo disciplinar e, até mesmo, ação penal pertinente. Desse modo, diante da incerteza de limites e padrões palpáveis acerca de o que é corrupção e verificada a polissemia do vocábulo, se valida a dificuldade em combater essa prática cancerígena, além de contribuir para a labuta em se consolidar codificações que previnam e, em última *ratio*, punam o agente praticante.

Para fins de delimitação de pesquisa deste artigo, optou-se por adotar as definições de corrupção trazidas por Fabiano Ferreira Furlan (2014) que, em sua obra “A Corrupção Política e o Estado Democrático de Direito”, valeu-se dos tracejos propostos por Martinez (2004, *apud* FURLAN, 2014, p. 78), que define corrupção como “a utilização de uma determinada posição para a obtenção de um benefício indevido, para si ou para outrem, não importando a sua natureza”, e também a definição trazida por Klitgaard (1994, p. 11), para quem a corrupção pode se dar tanto no setor privado como no setor público, não havendo limites rígidos quanto à seara em que ocorre, sendo necessário apenas o “abuso de instrumentos de políticas públicas ou a adesão a procedimentos simples”.

Ao adentrar os arcahouços da corrupção, sob o viés filosófico, são logicamente concebidas as ideias de ética e moral. Ambas as concepções remontam a grandes indagações filosóficas e são concebidas como sendo o conjunto de valores e princípios que norteiam as decisões que um determinado indivíduo deve tomar. Segundo Cortella e Praça (2014, p. 16), toda ética implica renúncia. Muitas vezes, ainda que o âmago deseje realizar um determinado ato corrupto, em situação ideal, a consciência faz as vezes da razão e, após um denso processo de valoração de princípios, sobrepõe o desejo eivado.

Aplicando essas concepções à coletividade, Barros Filho e Praça (2014, p. 17) fazem uma interessante ponderação, apontando que

[...] inferimos que uma sociedade eticamente desenvolvida é, em primeiro lugar, uma sociedade que consegue, com base em seus processos de socialização, de educação e de construção de subjetividades, dispor seus agentes a desejar o desejável, isto é, a lutar por troféus autorizados e sem comprometer a convivência. Em segundo lugar, nessa sociedade, seus cidadãos, em caso de desalinhamento entre suas inclinações e o zelo pela convivência, abrem mão com naturalidade daquelas em nome deste último.

Numa perspectiva social, a corrupção, em todos os seus aspectos, afeta a coletividade, seja em escala pontual ou generalizada, vez que seus efeitos comprometem a prestação de serviços efetivos e de qualidade para o desenvolvimento da população. De modo geral, a corrupção é um mal global, que supera os limites geográficos e transpassa a perspectiva de tempo, atravessando séculos. Por óbvio, o desenvolvimento da sociedade global trouxe o tema corrupção às indagações, descortinando essa prática que nos séculos passados era tida como simples jogo de poderes, sem qualquer consequência e sem nenhum prejuízo.

Assim como ocorre em todo e qualquer movimento social, essa percepção mais apurada sobre corrupção deflagrou a atenção dos estados e órgãos internacionais e a adoção de medidas que, paulatinamente, diminuem a corrupção. Exemplo do empenho dos organismos internacionais para a contenção de práticas corruptas foi a elaboração da Convenção de Mérida da ONU, escrita em 2003, no México, que será tratada adiante.

No evento de assinatura da referida Convenção, de modo a incentivar os chefes de Estado que ali estavam a ratificar a Convenção, o então Secretário Adjunto para Assuntos Legais da ONU, o sueco Hans Corell, proferiu o seguinte discurso:

[...] Temos avançado um largo caminho. Antes de iniciar a década dos anos 90 era difícil escutar que o termo corrupção era utilizado nos círculos oficiais, apesar de ainda todo mundo saber que a corrupção estava presente. Foi necessário um grande esforço e perseverança de muitas pessoas para obter o aumento da consciência sobre o efeito corrosivo que a corrupção tem nas sociedades e para colocar a luta contra esta praga da agenda mundial.

Hoje em dia se percebe de maneira generalizada que a corrupção afeta o desempenho econômico, debilita as instituições democráticas, rompe com a ordem

social e destrói a confiança do público, permitindo a proliferação do crime organizado, do terrorismo e de outras ameaças a segurança humana.

A corrupção lastima de forma desproporcional as pessoas pobres dos países em desenvolvimento. Afeta as suas vidas diárias de várias formas diferentes, e tende a empobrecer ainda mais ao negar-lhes o direito a compartilhar os recursos econômicos ou a assistência vital. A corrupção faz com que os serviços públicos básicos se tornem inalcançáveis para aqueles que não podem pagar suborno. Ao desviar os recursos que estão destinados ao desenvolvimento, a corrupção é mais difícil de satisfazer necessidades fundamentais como a alimentação, saúde e educação. A corrupção origina discriminação entre os diferentes grupos da sociedade, fomenta a iniquidade e a injustiça, desencoraja a inversão estrangeira e a assistência e obstrui o crescimento. A corrupção é por um tanto, um dos obstáculos mais importantes para a estabilidade política e para o desenvolvimento econômico e social.

[...] Nosso desafio maior na atualidade é assegurar que todas as pessoas do mundo possam viver com dignidade, livres da pobreza, da fome, da violência, da opressão e da injustiça. Estas liberdades continuam sendo somente um sonho para muitas pessoas que vivem em sociedades corruptas.

Ademais, observam Petrelluzzi e Rizek Júnior (2015, p. 23) que

essa percepção vem levando à despolitização dos embates eleitorais nacionais, nos quais, cada vez mais, a discussão de idéias dá lugar à sucessão de denúncias envolvendo a corrupção. Essa situação leva ao descrédito da atividade política, que somente aproveita a quem não tem compromisso com o cuidado e com o zelo para com as coisas públicas. Nesses embates esquece-se que a corrupção, como conduta desviada, é conduta do ser humano, e acontece na vida pública e na empresa privada, ocorrendo em todas as instituições e nos vários partidos políticos, independentemente de seu conteúdo ideológico.

[...]

Dentro desse panorama, a criação de normas legais mais eficientes para o combate e a repressão à corrupção é providência importante que pode contribuir de forma decisiva para o aprimoramento da democracia brasileira.

Ainda que constitua tarefa árdua a tentativa de conceituar pontualmente a corrupção, em virtude de sua predisposição de afetar os mais diversos segmentos sociais, é preciso que o tema seja pauta de discussões sociais em todos os momentos. Se ignorada, a corrupção continuará a tolir o desenvolvimento pleno de uma população: mais cidadãos morrerão nas filas dos hospitais, haverá menos infraestrutura nas pequenas cidades, o ensino fundamental destinado a crianças e adolescentes não formará cidadãos, o abastecimento de água e luz não chegará às regiões inóspitas e mais afastadas das capitais e, vez que não se limita o conceito de corrupção, pessoas viverão em condições inimagináveis, degradantes e indignas.

A corrupção é, indiscutivelmente, um câncer que é imanente às relações sociais e que, pelo bem de todos, deve ser combatido. Nas palavras de Petrelluzzi e Rizek Júnior (2015, p. 23), “quando a honestidade passa a ser virtude e não obrigação, há muito a ser corrigido”. A ética, a probidade e a moral, por oporem à corrupção e por

proverem meios de desenvolvimento social pleno, devem, portanto, ser discutidas e postas como principal antídoto contra a prática e os efeitos metastáticos da corrupção.

4 Da Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção e da legislação correlata de proteção ao direito fundamental ao Governo Honesto

A comunidade internacional, após o término da Segunda Guerra Mundial, tomou como prática a cooperação internacional, a fim de não mais submeter seus povos às atrocidades geradas por uma guerra. Historicamente, essa cooperação entre nações deu origem à Organização das Nações Unidas, criada em 24 de outubro de 1945, que atualmente exerce importante e poderoso papel de pacificação mundial e de mediação de conflito entre nações.

A Organização das Nações Unidas, basicamente, tem como objetivos a manutenção da paz internacional, a garantia dos direitos humanos de todos os povos, a promoção do desenvolvimento socioeconômico das nações, o incentivo à autonomia das etnias dependentes e os incentivos para tornar mais fortes os laços entre estados soberanos.

Após a criação da ONU, órgãos especializados com fins de amparo e pacificação internacional, com igual importância em seus exercícios, também foram criados, como o FMI (Fundo Monetário Internacional), o BIRD (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento), a OIT (Organização Internacional do Trabalho), a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura), a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), dentre outros.

Nesse viés, de modo a efetivar seus objetivos, a Organização das Nações Unidas, no ano de 2003, na cidade mexicana de Mérida, firmou a Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção, da qual o Brasil é signatário ao lado de mais de cem outros países. Trata-se, após meio século de existência da ONU, do primeiro documento global de combate à corrupção; por isso, detém hoje o poder de maior documento sobre o tema e é respeitado internacionalmente por sua importância e pelos avanços que conferiu aos países signatários.

A criação da Convenção de Mérida possibilitou aos países que aderiram à carta modificar seus ordenamentos jurídicos, uma vez que ofereceu subsídio estrutural nas esferas administrativas e jurídicas de modo a criminalizar a prática da corrupção. A Convenção estabeleceu diretrizes conceituais, como os significados de funcionário público e confisco, por exemplo, além de outros conceitos sobre o tema corrupção e, com isso, deu uma interpretação mais acertada e nivelada pelo Poder Judiciário de cada país. Ademais, a Convenção estabeleceu, ainda, que os países signatários excluam de seus ordenamentos jurídicos todo e qualquer óbice aos órgãos de investigação e fiscalização; exemplo disso é a citação expressa do Ministério Público pela convenção, em que disciplina que este não pode ser parte do Poder Judiciário e que deve possuir ampla autonomia e independência para realizar as investigações nos casos de corrupção e demais competências.

Observando-se essas informações sobre o que dispõe a Convenção de Mérida, é possível inferir que se constitui como influente e indispensável para o despertar do

combate à corrupção nos Estados Parte. As principais regras para os signatários da Convenção são:

Artigo 5

Políticas e práticas de prevenção da corrupção

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.
2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção.
3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.
4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção. (ONU, 2003)

No entanto, apesar dessa disposição, o Brasil não possui avaliação e monitoramento periódicos dos esforços na implementação de medidas anticorrupção. Até o ano de 2015, o Brasil só contou com indicadores realizados pelo Grupo de Trabalho sobre a Corrupção da OCDE — que é outra Convenção de que o Brasil é signatário — e as verificações realizadas pela Transparência Internacional para fins de elaboração do ranking mundial de corrupção, o Índice de Percepção de Corrupção.

Além de pautar as principais condições para se efetivar o combate à corrupção, a Convenção procurou garantir a existência de órgãos que possam instrumentalizar a prática de seu conteúdo, senão vejamos:

Artigo 6

Órgão ou órgãos de prevenção à corrupção

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, garantirá a existência de um ou mais órgãos, segundo procede, encarregados de prevenir a corrupção com medidas tais como:
 - a. A aplicação das políticas as quais se faz alusão no artigo 5 da presente Convenção e, quando proceder, a supervisão e coordenação da prática dessas políticas
 - b. O aumento e a difusão dos conhecimentos em matéria de prevenção da corrupção.
2. Cada Estado Parte outorgará ao órgão ou aos órgãos mencionados no parágrafo 1 do presente Artigo a independência necessária, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico para que possam desempenhar suas funções de maneira eficaz e sem nenhuma influência indevida. Devem proporcionar-lhes os recursos materiais e o pessoal especializado que

sejam necessários, assim como a capacitação que tal pessoa possa requerer para o desempenho de suas funções.

3. Cada Estado Parte comunicará ao Secretário Geral das Nações Unidas o nome a direção da(s) autoridade(s) que possa(m) ajudar a outros Estados Partes a formular e aplicar medidas concretas de prevenção da corrupção. (ONU, 2003)

É possível verificar que há na Convenção inúmeras medidas norteadoras de caráter duplice — administrativo e judicial — com o intuito de solidificar e fortalecer o combate à corrupção em todos os países signatários.

Com esse intuito, o Brasil internalizou a Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção por meio do Decreto 5687/06, assinado pelo então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Esse ato tornou a Convenção de Mérida parte do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, a partir de então, o conjunto de diretrizes ali estabelecidas faria parte das metas programáticas do país, além da necessária submissão de todos ao que se disciplina. Ademais, a internalização possibilitou a modificação do ordenamento brasileiro, de modo a cercear todas as possibilidades de corrupção — da mais remota à mais evidente.

A partir de uma análise sistemática das regras da Convenção, é possível perceber como o Brasil tem atuado na sua efetivação. A Convenção, como já demonstrado, determina a adoção de medidas no que se refere à criação e concessão de autonomia para órgãos que possam fiscalizar e combater a corrupção. No Brasil, a estrutura de órgãos com essa competência difere dos demais países do mundo, uma vez que o Ministério Público tem a possibilidade não só de propor ações penais, mas também possui a legitimidade para interferir no processo administrativo, sede de muitos atos de corrupção.

Não adstrito à propositura de ações penais como em muitos outros países, o Ministério Público brasileiro possui legitimidade para propor diversas ações em prol da sociedade, a fim de tutelar e salvaguardar seus direitos, como ações nas searas do meio ambiente, das relações consumeristas, do patrimônio público, entre outras, além de poder realizar essas intervenções por meio de Ação Civil Pública — regulada pela lei 7347/85.

Não suficiente, o Ministério Público pode propor Ação de Improbidade Administrativa com base na Lei de Improbidade Administrativa — Lei 8429/92 — para os casos de agentes públicos e particulares que tenham se valido das instituições públicas para obter vantagem indevida ou que tenham lesado o erário. Além disso, a possibilidade de ingresso na instituição se dá apenas por meio de concurso público, o que os torna funcionalmente independentes, valendo ressaltar a independência financeira estabelecida pela própria Constituição Federal.

Apesar de, anteriormente à internalização, já haver previsão expressa pela Constituição Federal em seu artigo 37 e parte da legislação infraconstitucional no que concerne a convocação, contratação, retenção, promoção e jubilação de empregados públicos, a Convenção de Mérida traz a necessidade de se basear esses atos nos princípios de eficiência e transparência por meio de critérios objetivos. Para tanto, além de outros diplomas legais, há a Lei 8112/90, que normatiza a carreira dos servidores

públicos federais. Portanto, a Convenção corrobora e consubstancia a validade dessas disposições já existentes.

Como um dos meios de efetivar o princípio da transparência, a Convenção de Mérida prevê a existência de um processo de prestação contas e de execução do orçamento nacional, no artigo 9, por meio de procedimentos para a aprovação de informações sobre o pressuposto nacional, da apresentação oportuna de informações sobre gastos e ingressos, de um sistema de normas de contabilidade e auditoria, assim como a supervisão correspondente, de um sistema eficaz e eficiente de gestão de riscos e controle interno e, nos casos em que for necessário, da adoção de medidas corretivas em casos de não cumprimento dos requisitos estabelecidos.

Sobre esse assunto, vale ressaltar a existência do Portal da Transparência, criado dois anos antes da internalização da Convenção de Mérida. Sua criação julgou importante a participação da comunidade e sociedade civil na fiscalização e verificação sistemática da destinação de recursos públicos, sendo um método de coerção e repressão para os eventuais casos de corrupção e desvio de finalidade dessas obras. Ademais, no que se refere à disponibilidade de informações, o Brasil se adequa perfeitamente às exigências internacionais e possui sistema de disponibilização sofisticado, contando, também, com o Sistema Integrado de Acompanhamento Financeiro (SIAFI). No entanto, esse sistema, mais detalhado, recebe críticas doutrinárias, apesar de sua importância, por não ser acessível a todas as pessoas, mas sim a apenas alguma gama menor de servidores públicos que possuem acesso ao sistema.

No que tange aos Estados e Municípios, a execução orçamentária possui falhas que são urgentemente passíveis de otimização. Nesses entes, a informação da execução torna-se mais dificultosa, sobretudo no que se refere à liquidação das despesas públicas. Sobre esse tema de execução, merecem também atenção os casos licitatórios.

[...] se determinada empresa vence licitação de obra pública cuja execução está prevista para ser realizada em cinco anos, por exemplo, a empresa deverá atuar junto ao Congresso Nacional, em primeiro lugar, para garantir que o orçamento público do órgão ou entidade responsável pela contratação, em todos e em cada ano da execução do contrato, contemple recursos para aquela obra. Cientes dos elevados interesses daquela empresa em que haja previsão orçamentária para poder manter o contrato em andamento, certamente os agentes públicos envolvidos no processo de elaboração do orçamento saberão fazer valer a máxima de que vale a pena “criar dificuldades” para poderem vender. Ou seja, se não houver o necessário acerto entre a empresa contratada e os agentes públicos responsáveis pela elaboração do orçamento, o contrato vencido pela empresa terá sua execução suspensa por falta de recursos orçamentários. [...] (Além disso) Ainda que os recursos tenham sido previstos no orçamento, dado que se trata de orçamento autorizativo, é necessário que os órgãos centrais ligados aos Ministérios da Fazenda e do Planejamento libere os recursos para a obra, o que se faz por meio de processos totalmente discricionários. Esse cenário leva as empresas vencedoras das licitações para os grandes contratos, que não raramente ultrapassam a cifra de bilhões de reais, a ter que manter “boas relações” com os parlamentares — responsáveis pela elaboração do orçamento e com os funcionários dos altos

escalões do Poder Executivo — que decidem pela liberação dos recursos orçados. (FURTADO, 2015, p. 193).

Ainda nessa seara, a lavagem de ativos constitui uma forma grave de corrupção que, muitas vezes, estampa manchetes dos jornais. A Convenção de Mérida tratou do tema lavagem de capitais em seu artigo 14, determinando várias diretrizes. No entanto, infelizmente, essas medidas são facultativas, dispondo a Convenção que “os Estados Participantes considerarão a possibilidade” de adotar as sugestões nela consubstanciadas, que são a criação de um departamento de inteligência financeira que sirva de centro nacional de análise e difusão de informação sobre possíveis atividades de lavagem de dinheiro, bem como a adoção de medidas plausíveis para abordar e cercear a movimentação transfronteiriça de ativos com as ressalvas de não restringir a veiculação de capitais lícitos.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro possui a Lei 9613/98, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Nota-se, portanto, que a Lei 9613/98 cumpre de maneira satisfatória as faculdades trazidas pela Convenção de Mérida.

Finalmente, no Capítulo III da Convenção, se chega às tipificações penais que foram regulamentadas no ato da redação e dos debates. Há dez tipos penais previstos, dos artigos 15 ao artigo 25, sendo eles, respectivamente: (art. 15) o suborno de funcionários públicos nacionais, (art. 16) o suborno de funcionários estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas, (art. 17) a malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público, (art. 18) o tráfico de influências, (art. 19) o abuso de funções, (art. 20) o enriquecimento ilícito, (art. 21) o suborno no setor privado, (art. 22) a malversação ou peculato de bens no setor privado, (art. 23) a lavagem de produto de delito, (art. 24) o encobrimento e (art. 25) a obstrução da justiça.

Como se sabe, o Código Penal traz em suas disposições os crimes de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315), peculato (art. 312 e 313), concussão (art. 316), excesso de exação (art. 316 §1º), corrupção passiva (art. 317), corrupção ativa (art. 333), contrabando e descaminho (art. 318), prevaricação (art. 319) e condescendência criminosa (art. 320). Além disso, há a Lei de Crimes de Responsabilidade Fiscal, Lei 10028/2000, bem como a Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8429/92.

Por fim, a Convenção prevê a possibilidade de haver cooperação internacional no que tange a investigações entre países signatários da Convenção em questões civis e administrativas. O texto normativo prevê regras sobre extradição, traslado de pessoas condenadas e assistência judicial recíproca entre os Estados Partes.

5 Conclusão

Evidencia-se farta a normatização brasileira no que se concerne aos meios de cerceamento da corrupção. O Brasil possui normas que abarcam todos os temas

trazidos pela Convenção de Mérida e que garantem a proteção formal dos direitos ali tutelados.

Não obstante, o Ministério Público brasileiro possui, atualmente, aparelhamento moderno e desenvolvido, além de contar com total autonomia em relação aos Três Poderes, o que garante uma atuação incisiva e inibidora dos casos de corrupção. Essas características tornam o Ministério Público brasileiro mais eficiente e instrumentalizado do que muitos outros países tidos como desenvolvidos.

Perpassando pelas normas relativas a processos de prestação de contas e exação de orçamento nacional, previsões amplas no Código Penal, responsabilização criminal por atos de Improbidade Administrativa, lei que regula pontualmente os crimes de lavagem de capitais, Lei da Ficha Limpa e instituições que atuam na repressão dos atos de corrupção fazem, ainda, com que o Brasil esteja no 69º lugar no Índice de Percepção da Corrupção de 2014, realizado pela Transparência Internacional (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2014).

Esse fato demonstra que uma farta normatização, em qualquer lugar do mundo, não determina sua observação nem mesmo a sua efetividade. A simples positividade não muda realidades de vida e não irradia materialmente seus efeitos nos casos de corrupção, que, por essência, consistem na inobservância daquilo que é moralmente posto e daquilo que é positivado para ser obedecido. A percepção sobre o imperativo categórico kantiano é simplesmente rechaçada e as leis existentes são propositalmente ignoradas, de modo a obter o fim pretendido para benefícios pessoais acima de um pensamento que beneficie a coletividade.

A correta aplicação dessa ampla normatização requer não apenas a aprovação de leis e teorias que cerquem por todos os lados a corrupção, mas sim a estruturação de órgãos que sejam eficazes, a conscientização popular sobre a importância da fiscalização do que pertence ao *munus* público e sobre as desvantagens que a população obtém advindas dessas práticas. É preciso mais do que a compilação de legislações, é preciso de uma modificação cultural de longo prazo da sociedade para que o bem comum e a verdadeira representação política sejam realizados.

Para tanto, não é suficiente a existência e aprovação diária de leis que protejam a população dos praticantes dos atos de corrupção. Não basta haver a assinatura de Tratados e Convenções Internacionais, nem mesmo a cooperação e boa vontade de nações para combater a corrupção, somente. É necessário haver a instrumentalização e efetivação das medidas já existentes, que, no Brasil, são modernas, além de aprimoramento constante das estruturas administrativas e de órgãos de combate à corrupção, como o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Nesse sentido, com ênfase na teoria jurídica, é possível verificar que diante de tamanha proteção normativa infraconstitucional, da adesão à Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção e das disposições trazidas pela Constituição Federal, é inegável a existência do direito fundamental ao governo honesto, direito este derivado dos fundamentos e objetivos republicanos insculpidos no artigo 1º e 3º da Constituição Federal. Não bastando, o direito fundamental ao governo honesto é tomado pela redoma do artigo 4º da Constituição, que determina os princípios corolários do Brasil e, em seu inciso II, determina a prevalência dos direitos humanos.

A existência desse direito fundamental constitui indispensável módulo no enorme e fragmentado ordenamento jurídico brasileiro. Sendo este derivado de princípios e outros direitos fundamentais, pode-se inferir que a legislação que versa sobre o combate a atos relacionados à corrupção advém desse direito fundamental ao governo honesto. A sua efetivação, em qualquer país do mundo, fará com que a sociedade que dele goza possua plenitude de desenvolvimento, prestação de serviços públicos como saúde, educação, segurança e saneamento para toda a nação e alçará as minorias étnicas e culturais aos patamares de igualdade e dignidade, dentre incontáveis outros benefícios.

O direito fundamental ao governo honesto, ainda que não expressamente trazido pela Constituição Federal de 1988, é um importante e indispensável direito para que o Brasil vença as crises institucionais, retome o crescimento econômico, veja a população reaver as esperanças na representação democrática e na prestação jurisdicional e, como fim maior, promova a construção de um país cada vez melhor para as presentes e futuras gerações.

Referências

BARROS FILHO, Clóvis de; PRAÇA, Sérgio. *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014. 118 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. 755 p.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. 2ª turma. *MS n. 27141 MC/DF*. Relator Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 22 fev. 2008.

BRASIL. Decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Ana Carolina Vaz Pacheco de Castro em 5 nov. 2007. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 ago. 2015.

UOL. *Economia brasileira cresce 2,3% em 2013, segundo IBGE*. 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/02/27/economia-brasileira-cresce-23-em2013-segundo-ibge.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

FURLAN, F. F. *A Corrupção Política e o Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. v. 01. 330p.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 436 p.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 1011 p.

KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 1997. 856 p.

ONU. *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*. 2003. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

PETRELUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2015. 122 p.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perception Index 2014: Results*. 2014. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 15 out. 2015.

VILHENA, Oscar; SCABIN, Flávia. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Natureza jurídica da perda de uma chance

Legal status of loss of a chance

William Junio Godinho Queiroz

Aluno do 8º Período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas, UNIPAM. Trabalho feito sob a orientação da professora Me. Morisa Martins Jajah.
E-mail: william_tize@hotmail.com

Resumo: A teoria da perda de uma chance, apesar de ter surgido por volta da década de 60, ainda sofre grandes discussões, principalmente quanto a sua aplicação e sua natureza jurídica. O tema bastante discutido pelos doutrinadores gera uma grande polêmica a respeito de qual a adequação quanto a sua natureza jurídica, tema esse que ainda não há posicionamento dominante. Já quanto a sua aplicação e caracterização possui, atualmente, um entendimento predominante no sentido de que, para que a perda de uma chance tenha um valor jurídico, necessário é que essa chance seja uma chance real e séria, pois meras expectativas não geram o direito há uma reparação. Porém, apesar de ser o posicionamento predominante, existe uma corrente totalmente contrária a essa ideia, a qual vem sustentando o entendimento até mesmo do STJ, que vem flexibilizando a aplicação da perda de uma chance, o qual pode gerar uma insegurança jurídica. O trabalho utilizou o método de pesquisa dedutivo-bibliográfico.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Natureza Jurídica. Perda de uma Chance.

Abstract: The theory of loss of a chance, despite having emerged around the 60s, still suffers great discussions, especially regarding its application and its legal nature. The theme widely discussed by scholars generates a great controversy as to its suitability regarding its legal nature, and there is no dominant position about such topic yet. As for its application and characterization, currently there has been a prevailing understanding in the sense that for the loss of a chance to have a legal value, it is necessary that this chance is a real and serious chance as mere expectations do not generate the right to one repair. But despite being the dominant position, there is a fully counter-current to the idea, which has been supporting the understanding even by the Supreme Court, which has more flexible application of the loss of a chance, which may generate legal uncertainty. The study used the deductive-bibliographical research method.

Keywords: Liability. Legal nature. Loss of Chance.

1 Introdução

O presente trabalho analisa o tema da responsabilidade civil decorrente da teoria da perda de uma chance, tema este de suma importância, o qual está sendo observado com relevância nos tribunais pátrios.

A presente pesquisa está engajada no estudo que concerne a natureza jurídica da perda de uma chance, tendo como clímax o não entendimento firmado entre os doutrinadores, dando ênfase àqueles que entendem que se trata de um dano emergente; outros como lucros cessantes, e os que ainda afirmam se tratar de um dano moral. Insta ressaltar uma corrente moderna a qual apresenta grande destaque

jurídico, que preconiza tratar-se de uma nova espécie de responsabilidade civil, em que a perda de uma chance deverá ser entendida como uma modalidade autônoma das demais.

Nessa seara, a referência para o respectivo estudo são os seguintes julgados do STJ: o recurso especial 788459/BA 2005/0172410-9 e o EDcl no AgRg no Ag 1196957 DF 2009/0104129-6, sobre os quais se fez um paralelo e consequentes críticas aos acórdãos, uma vez que os mesmos flexibilizaram a teoria, fugindo do entendimento predominante.

O tema em tela é visto em duas vertentes: a probabilidade de se obter uma chance ou a possibilidade de se evitar algo. Atualmente, a maioria dos estudos está voltada à análise minuciosa da responsabilidade civil do advogado e do médico, porém não é preocupação deste trabalho.

Justifica-se a escolha do tema devido a sua divergência doutrinária e jurisprudencial. De forma ilustrativa, têm-se os conceitos de memoráveis doutrinadores como Pablo Stolze Glagliano e Sérgio Savi que entendem que tal teoria está ligada ao dano emergente. Maria Helena Diniz, por sua vez, nos lucros cessantes. Silvio de Sávio Venosa afirma tratar-se de um novo segmento e o Tribunal de São Paulo vem concedendo indenização com caráter de dano moral.

2 Breve histórico e conceito

A teoria da perda de uma chance surgiu na França, por volta dos séculos XIX e XX, também designada por alguns doutrinadores como perda de uma oportunidade.

Naquela época, a perda de uma chance foi bastante estudada e teve uma grande repercussão no âmbito das cortes francesas. Foi entendida como uma maneira de se responsabilizar civilmente pelo prejuízo causado devido à perda de eventuais lucros cessantes, analisando o que um indivíduo poderia ganhar, no âmbito jurídico, caso fosse privado da chance de obter algo.

Posteriormente, a discussão passou a ganhar força na Itália, mais precisamente no final do século XX, Adriano de Cupis passou a dar uma nova visão à teoria, o que causou uma grande evolução naquela época, pois passou a ser entendida como uma possibilidade de indenizar a partir do dano emergente.

Adriano de Cupis foi, portanto, um dos autores mais importantes para a consolidação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no direito italiano. Reconheceu a existência de um dano autônomo consistente na chance perdida, inseriu a perda de uma chance no conceito de dano emergente e limitou a possibilidade de indenização às chances sérias e reais. (SAVI, 2009, p. 12).

Nesse diapasão, a perda de uma chance passou a ser analisada e concedida quando verificada uma probabilidade mais próxima do máximo do que do mínimo de se obter um lucro almejado.

Por conseguinte, o Brasil passou a analisar tal teoria, notando a presença de discordâncias entre os tribunais, uma vez que a legislação pátria não possui previsão legal sobre o tema, fazendo uma interpretação extensiva do artigo 949 do Código Civil,

uma vez que o legislador optou por trazer a responsabilidade civil de uma maneira ampla *in verbis*: artigo 949: “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescência, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Em suma, a parte final deste artigo demonstra que a vítima tem direito a todo e qualquer prejuízo que por ventura o ato ilícito do ofensor vier lhe causar, entendendo, portanto, alguns doutrinadores, que a teoria da perda de uma chance poderia estar incluída aqui. Nesse sentido, veem-se necessários os conceitos importantes no que se refere à responsabilidade civil por perda de uma chance.

Pois bem, passa-se a analisar primeiro o conceito de responsabilidade civil, que tem como corolário o artigo 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*: artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Desse modo, extrai-se da lei uma subdivisão da responsabilidade civil, qual seja, a responsabilidade civil patrimonial que se dá pela verificação do dano pecuniário causado, um dano palpável concreto, ocorrido quando o dano é provocado em um objeto material, um carro, por exemplo, e a responsabilidade moral, que é auferido pelo dano moral, psicológico, ligado à honra, o que se espera de um homem médio perante a sociedade, está ligada à violação de direitos e danos que ficam no campo abstrato, de difícil compensação.

Maria Helena Diniz traz em seu livro *Curso de Direito Civil Brasileiro* uma ideia do que seria a responsabilidade civil.

Deveras, a todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios- que nem sempre se apresentam facilmente, implicando indagações maiores—que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação. Quem deverá ressarcir esses danos? Como se operará a recomposição do *status quo ante* e a indenização do dano? Essa é a temática da responsabilidade civil (DINIZ, 2010, p. 03).

Porém, para que nasça a responsabilidade civil, é indispensável a existência de um dano, moral ou material, conceituado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho como “sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (2006, p. 36).

Sem dúvida, não há que se falar em responsabilidade civil sem dano, pode até haver responsabilidade sem culpa, mas sem dano não há possibilidade.

Feitas essas considerações, passa-se a enfatizar o conceito de responsabilidade civil por perda de uma chance, sendo caracterizada de duas maneiras, ambas em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda (SAVI, 2009, p. 13).

Sendo assim, a perda de uma chance é entendida como uma privação ao direito de se conquistar algo ou, em se tratando de uma não privação, a oportunidade de evitar-se um prejuízo ou danos a outrem.

Logo, exige uma probabilidade real de obtenção de um ganho, desse modo não se admite a concessão de uma indenização sob uma mera expectativa incerta ou pouco provável. O exemplo mais comum da primeira opção, a probabilidade de obter um lucro, é quando um advogado, por um ato culposo, deixa de interpor um recurso no prazo adequado para seu cliente. Já um exemplo da segunda opção, a oportunidade de se evitar um prejuízo, seria no caso da responsabilidade civil do médico que, por culpa, deixa de dar o tratamento adequado a um paciente, o que posteriormente lhe causa um dano, um grave prejuízo que, se descoberto e tratado em tempo oportuno, poderia não ter sido aferido. O objetivo central da responsabilidade civil por perda de uma chance é justamente reparar esses danos causados.

Portanto, a perda de uma chance nada mais é do que a reparação civil de uma probabilidade quase certa de um ganho não conquistado pela ocorrência de ato ilícito ou de um dano que poderia ter sido evitado. Como bem preleciona Sérgio Cavalieri Filho,

caracteriza-se a perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença favorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. É preciso, portanto que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada, aqui, também tem plena aplicação o princípio da razoabilidade (2009, p. 74-75).

Para uma melhor compreensão, tem-se o exemplo de um famoso maratonista que era conhecido por imitar, com os braços, um aviãozinho na chegada das provas, chamado Vanderlei Cordeiro de Lima, que, em 2004, quando competia, foi agarrado por um desconhecido o qual o jogou ao chão quando estava a 6 km do fim do percurso e eminente vitória. Por esse acontecimento, Vanderlei perdeu alguns segundos e foi desestabilizado emocionalmente, sendo ultrapassado por dois competidores, o que lhe ocasionou a terceira colocação na competição.

Na época, causou uma grande revolta ao público e um grande questionamento a respeito da questão. Vanderlei chegaria em primeiro lugar caso não fosse bruscamente interrompida sua corrida? Não há como mensurar cem por cento de certeza, mas nesse exemplo há uma probabilidade quase certa de que ele chegaria em primeiro lugar, mas, infelizmente, foi privado por um ato ilícito de um terceiro, causando prejuízos ao maratonista. Verifica-se a responsabilidade civil por perda de uma chance no caso em concreto, logo, Vanderlei poderia ser reparado pelo ato (UOL, 2004).

3 Natureza jurídica

O problema se vê aqui, qual seria a natureza jurídica da responsabilidade civil por perda de uma chance?

Hoje há uma grande divergência doutrinária quanto à classificação mais adequada no que se refere à natureza jurídica da perda de uma chance. Existem, atualmente, quatro correntes principais. A primeira entende melhor se encaixar no dano emergente. Para a segunda corrente, a melhor análise é de tratá-la como lucros cessantes. A terceira corrente vê melhor adequação em dano moral. E, por último, a corrente que vem crescendo e ganhando força, pois entende estar ligada a uma nova modalidade de responsabilidade civil, ou seja, a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Mas, então, qual seria a posição mais adequada? Não há, hoje, um posicionamento dominante. Muitos doutrinadores de renome não conseguem se entender no que tange à natureza jurídica da perda de uma chance.

A primeira parte da doutrina vem entendendo tratar-se de um dano material que melhor se adequa em dano emergente.

Ao inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada. Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção resultado perdido e a chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo (SAVI, 2009, p. 112).

A crítica feita a esse posicionamento é de que o dano emergente é aquele que está ligado ao dano concreto, provado, ou seja, aquele prejuízo que é mensurável e imediato. Já na perda de uma chance, o dano corresponde estritamente à chance perdida, à probabilidade real de se obter algo, o prejuízo é imensurável, ou seja, o dano sofrido é difícil de ser aferido, consiste na possibilidade futura de uma pretensão, não há a certeza do dano, pois aquela oportunidade pode não acontecer.

Seria melhor defini-la como um dano material na modalidade de lucros cessantes, pois é pautada pelo que deixaria de ganhar caso não tivesse ocorrido o ato ilícito. Dentre os doutrinadores, destaca-se Sérgio Cavalieri Filho, que entende estar ligado ao lucro cessante, pois a chance trata-se do que a pessoa deixou de ganhar.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de se obter uma situação futura melhor (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 74).

Porém, apesar desse entendimento ter sido o mais aceito por vários anos, já foi superado e, apesar disso, Sergio Cavaliere Filho insiste nesse entendimento antigo dos franceses.

Também comunga do mesmo entendimento Maria Helena Diniz, quando diz que

dano negativo ou lucro cessante ou frustrado trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da perda de uma chance, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade em que seria obtido, como diz Jeová Santos, um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito) [...] (2010, p. 70).

Essa teoria já está um tanto precária, pois a crítica que se faz é que os lucros cessantes são verificados por prova de um dano real que o agente deixaria de ganhar.

Parte da doutrina defende que a perda de uma chance afeta o campo moral do ofendido, como alguns tribunais pátrios vêm entendendo, mais precisamente o Tribunal de Justiça de São Paulo. Essa corrente traz o argumento de que não há certeza do dano e de que aquilo realmente se verificaria, há uma afetação no campo emocional da pessoa, logo indenizar-se-á pelo dano moral. Como, por exemplo, o estudante que por mérito seu consegue chegar à última fase do concurso para juiz federal - nesse concurso o candidato que consegue chegar a essa fase está praticamente aprovado, pois já enfrentou as demais fases que são consideradas de um nível de dificuldade altíssimo, a probabilidade de que ele consiga ser um juiz federal está bem mais próxima do máximo do que do mínimo. Entretanto, no momento em que ele está se dirigindo ao local da última etapa, alguém atravessa uma parada obrigatória e vem a colidir com seu carro, tendo como resultado lesões corporais, ocasionando um atraso e o concursando não consegue chegar ao local em tempo hábil, que, por consequência do ato ilícito do motorista, priva-o da sua aprovação no referido concurso.

Nesse caso em questão, havia uma probabilidade imensa do estudante conseguir seu objetivo, mas sofreu um prejuízo moral, logo deverá ser indenizado a título de dano moral, como se ilustra em alguns julgados.

Ementa: - Mandato - Ação de indenização ajuizada por cliente contra sua advogada, que interpôs recurso intempestivo, baseada na perda de uma chance - Cabimento do pedido. - O arbitramento da indenização moral há de considerar a real finalidade do reparo, a de satisfazer ao lesado, tanto quanto possível, e a de servir de desestímulo, ou de inibição, para que se abstenha o lesante de novas práticas do gênero. Em contrapartida, a reparação não deve gerar o enriquecimento da vítima, tendo em vista sua natureza compensatória - Pedido procedente em parte - Recurso provido em parte. (Apelação cível TJ/SP 1185038720088260005 Relatora: Desembargadora Silvia Rocha, 2012)

Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação 688.509-0, 12ª câmara, relator Jayme Queiroz Lopes, julgado em 18.11.2004, que confirma a ideia traga pelo Ilustríssimo Flávio Tartuce.

Obrigação de reparar o dano moral do ex-cliente, que perdeu a chance do reexame de sua condenação. A alegada dispensa de recorrer, repelida pelo ex-cliente, não se confirmou na prova. Logo, houve mesmo incúria do profissional.” (Apelação com Revisão nº 943729-0/2). Na linha do entendimento da jurisprudência, que se anotou, a apelante merece ser indenizada pela desídia da apelada, que interpôs recurso fora do prazo legal. Nem se diga que cabia à apelada, como advogada, decidir pela pertinência ou não da interposição do recurso, porque ela de fato antevia chance de reforma da decisão que denegou seguimento ao recurso de revista, tanto que dela recorreu, só que de forma intempestiva (TARTUCE, 2015).

Apesar de Sérgio Savi entender melhor se encaixar a perda de uma chance como dano emergente, ele descreve a possibilidade do dano vir com um cunho moral também, o que pode fundamentar a intenção dos tribunais em conceder a indenização no campo moral.

Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda de uma chance, em razão da falta de requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não pode se admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente (SAVI, 2009, p. 60).

Insta ressaltar que o dano pela perda de uma chance não poderá ser exclusivamente moral e também não necessariamente material, sendo de grande importância a análise de cada caso em concreto. Portanto, essa corrente não consegue adequar precisamente a perda de uma chance, mesmo assim, os tribunais vêm concedendo a indenização apenas a título moral.

Uma corrente moderna que vem ganhando força atualmente e que merece uma maior atenção busca entender a perda de uma chance não como um dano emergente, pois não há certeza de dano, também não se encaixa nos lucros cessantes, pois não se tem uma certeza real do dano, e também não se verifica a título de dano moral, pois poderá haver um dano material. Desse modo, a perda de uma chance goza de uma autonomia, deve ser tratada como um tipo de responsabilidade autônoma das demais. Vem se defendendo, então, que tal teoria deve ser considerada como uma terceira dimensão de dano, qual seja a responsabilidade civil por perda de uma chance. Desse modo, considera-se responsabilidade civil aquela causada por dano patrimonial, dano emergente, lucros cessantes, perda de uma chance e reparação pelo dano moral.

Observe que essa corrente consegue resolver o problema, pois as demais não conseguem o encaixe perfeito da teoria da perda de uma chance, e, se fosse analisar, seria a mais lógica ideia da curiosa teoria. Dentre os defensores modernos, tem-se Silvio de Salvo Venosa.

Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento (Gherzi, 2000: 63). Por isso, a probabilidade de perda de uma chance não pode ser considerada em abstrato (VENOSA, 2012, p. 37).

Para confirmar essa ideia moderna, o STJ, pelo brilhante voto do Ministro relator Luis Felipe Salomão, confirmado pelos demais ministros, mostra que o entendimento é de que o dano pela perda de uma chance é um dano intermediário ao dano emergente e aos lucros cessantes, como segue a ementa do REsp 1.190.180-(2010/0068537-8), 22-11-2010.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (Apelação Cível, Recurso especial: 1.190.180-(2010/0068537-8), 22-11-2010. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2010).

Assim, se considerasse a perda de uma chance como espécie do gênero responsabilidade civil, talvez poderia se propor a tentar resolver outras divergências, como será analisado mais a seguir.

4 Crítica à flexibilização da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência

A doutrina enfrenta uma grande discussão acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, atualmente reina uma grande problemática no que se refere à probabilidade da oportunidade acontecer. Apesar dessa divergência, há um entendimento dominante por parte dos grandes estudiosos sobre o empasse. Eles sustentam o argumento de que a possibilidade de uma indenização à luz da perda de uma chance se dá quando há uma probabilidade quase certa e real do fato acontecer, ou seja, só há que se falar em indenização pela teoria quando a probabilidade estiver mais próxima do máximo do que do mínimo, devendo ser demonstrada uma chance quase certa, pois meras expectativas não ensejariam a reparação.

O que seria a corrente mais lógica e adequada não é unânime, pois há doutrinadores renomados entendendo que a indenização estaria ligada à proporcionalidade daquela chance, independentemente da probabilidade ou não de ser satisfeita, e sim do grau de certeza, ou seja, a indenização seria calculada a partir do equivalente da oportunidade perdida. À luz dessa corrente, meras expectativas ou chances mínimas poderiam gerar o direito a uma indenização, desde que proporcional à porcentagem que aquele fato pudesse acontecer. Logo, quanto menor a chance, menor a indenização.

Nesse sentido, o presente trabalho decidiu dar destaque a duas decisões de repercussão geral que foram amplamente criticadas por vários autores, quais sejam: o recurso especial 788459/BA 2005/0172410-9 e o EDcl no AgRg no Ag 1196957 DF 2009/0104129-6.

No recurso especial 788459/BA O STJ considerou uma probabilidade de $\frac{1}{4}$ para indenização, visto que no caso em questão o programa de TV Show do Milhão formulou uma pergunta de maneira errada não possuindo resposta correta, diante disso a pessoa que estava concorrendo ao prêmio máximo de um milhão de reais optou por não responder ficando com quinhentos mil reais, o tribunal entendeu que a empresa agiu de má-fé e por isso decidiu que deveria indenizar a concorrente em $\frac{1}{4}$ pois corresponde possibilidade de acerto, sendo que havia 4 respostas, assim o STJ concedeu uma probabilidade bem mais próxima do mínimo do que do máximo, visto que a concorrente tinha a probabilidade caso tivesse resposta correta de $\frac{3}{4}$ de erro contra $\frac{1}{4}$ de acerto, ou seja, se possuísse resposta correta a concorrente teria uma chance em 4 de acertar e levar a bolada, mais a possibilidade de erro era substancialmente maior, o que não poderia ter sido considerado (Apelação cível, Recurso especial 788459/BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 2005).

Nesse caso em questão, ficou entendido, nas instâncias inferiores, que o programa de TV agiu com má fé, formulando de propósito a pergunta para que a jogadora não acertasse e, conseqüentemente, não ganhasse o prêmio total ofertado.

Fato que causou grande polêmica sobre o assunto, alguns entendiam que a empresa deveria complementar com a indenização até chegar ao valor total do prêmio, 1.000.000,00 (um milhão de reais). Mas não se pode justificar uma indenização com esses parâmetros à luz da teoria da perda de uma chance, vez que a probabilidade de erro era maior do que a de acerto.

Já no caso do EDcl no AgRg no Ag 1196957 DF 2009/0104129-6, em que a recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em hipermercado. Neste constava "você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas." Foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes. No caso presente, o dano consistiu não na perda do direito à casa, mas apenas na perda de trinta chances em novecentas de obter o direito ao prêmio (casa no valor de R\$ 40.000,00). O STJ entendeu que deveria se indenizar uma probabilidade de 900/30 que também está bem mais próxima do mínimo do que do máximo, ou seja, a recorrente tinha a possibilidade de 1/30 de ganhar a casa contra 29/30 de não ser premiada. (Apelação cível, EDcl no AgRg no Ag 1196957 DF 2009/0104129-6 Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 2009).

Diante desses dois julgados, a crítica está ligada a essa probabilidade, pois a maioria da doutrina entende que a perda de uma chance, para ser indenizável, deve estar sempre mais próxima do máximo do que do mínimo de probabilidade futura daquele lucro esperado, se viesse a se concretizar. Como diz Sergio Cavalieri Filho, "a perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis" (2009, p. 75).

Também reafirmam essa ideia Gagliano e Pamplona Filho: "somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético" (2006, p. 39).

Nesse mesmo entendimento, Glenda Gonçalves Gondim reafirma essa ideia de que um dano para ser indenizável tem que ser aquele que consiga afetar uma probabilidade quase certa de se concretizar, não bastam meras possibilidades.

Com efeito, tem-se que para reparação do dano, este deve ser certo e atual. No mesmo sentido, a chance perdida para ser indenizada não pode se tratar de um ganho hipotético ou eventual. Tratar-se-á de uma chance hipotética quando para sua concretização seriam necessárias outras causas, ou seja, retirando-se a conduta do réu, o ganho esperado dependeria de outros fatores para ocorrer, como ganhar um concurso, ou promoção em emprego, que dependem de outros acontecimentos. É a partir desta noção que deverá ser analisada a possibilidade ou não da aplicação da presente teoria no direito brasileiro, destacando-se sempre que a jurisprudência e doutrina que criaram a teoria da perda de uma chance consideram ressarcível o prejuízo resultante de uma conduta que apesar de não causar um dano

propriamente dito, retirou uma oportunidade plausível do ofendido (GONDIM, 2005, [s.p]).

Esse entendimento não foi analisado pelo STJ na decisão dos dois acórdãos citados, pois, para nascer o direito, a indenização pela perda de uma chance necessita de uma probabilidade real de ganho e, nos casos em questão, essa probabilidade é hipotética e mínima, pois se trata de uma chance perdida, não necessariamente de um dano concreto, já que fica a dúvida caso a oportunidade não fosse satisfeita.

Já Maria Helena Diniz tem pensamentos contrários a esse entendimento, mas que parecem se encaixar com os critérios utilizados pelo STJ, no sentido de que a indenização estará ligada ao percentual que a chance seria almejada a fim de se determinar o *quantum* indenizatório.

[...] a perda de uma chance é um dano real indenizável se se puder concretizar o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo. Se assim é, o dano deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior e menor grau de probabilidade de converter-se em certeza. O lesado deve ser indenizado pelo equivalente daquela oportunidade; logo o prejuízo terá um valor que variará conforme maior ou menor probabilidade de uma chance perdida se concretizar (DINIZ, 2010, p. 70).

Também nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa salienta que

na perda de uma chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa. O grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização (2012, p. 39).

Portanto, apesar de ser um tema divergente na doutrina, os tribunais vêm entendendo e concedendo indenizações, com base na teoria da perda de uma chance, pela proporção dada ao percentual a qual a pessoa teria de satisfazer aquela oportunidade perdida. Tais precedentes podem gerar um grande risco à segurança jurídica, pois, se os tribunais começarem a dar indenizações com probabilidades pequenas de o fato acontecer, a população brasileira, que já tem uma cultura capitalista e perigosa, vai começar a impetrar ações de maneira exagerada, a fim de terem benefícios com indenizações, como aconteceu com surgimento do dano moral em 1988.

Faz-se um paralelo com o dano moral, na época do surgimento de tal dano com a implantação da nova Constituição Federal em 1988, no seu artigo 5º, inciso XX, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O dano moral foi visto pela população como uma chance de ganhar dinheiro, chamado, na época, por alguns de “fábrica do dano moral”.

Naquela época, como o tema era novo e bastante divergente, os tribunais passaram a dar indenizações com um valor altíssimo e por questões, na maioria das vezes, não tão proporcionais ao dano moral sofrido. Desse modo, várias pessoas passaram a pedir indenização, tudo era motivo de dano moral, o que ocasionou uma grande insegurança jurídica.

Felizmente, o conceito de dano moral evoluiu e, atualmente, há decisões brilhantes a esse respeito, pelas quais se deve indenizar quando não há outra maneira de se reparar o dano e quando aquele dano interferir bastante na vida daquela pessoa a ponto de prejudicá-la, gerando o direito a reparação.

Voltando à teoria da perda de uma chance, analisando de maneira paralela ao dano moral, o erro poderá ser repetido, tendo logo uma fábrica do dano proveniente da perda de uma chance, pois como os tribunais estão entendendo que a indenização estaria ligada ao percentual da chance e não à real possibilidade dela acontecer, qualquer motivo poderia ser levado ao crivo do judiciário, na vontade de ser indenizado.

Essa flexibilização poderia chegar a um ponto tão alarmante que, no exemplo de uma pessoa estar a caminho para fazer um concurso e por algum motivo não chegar ao local, perdendo, assim, a oportunidade de participar do certame, essa pessoa teria que ser indenizada com base em pressupostos ligados à porcentagem a qual ela estaria sujeita, ou seja, se a título de exemplo tivesse 10.000 candidatos para uma vaga, ele teria o direito a indenização em 1/10.000 de possibilidade de passar naquele concurso. Veja, por mais que aquela pessoa esteja bem preparada para o concurso, a probabilidade de ela obter êxito é quase desprezável, se comparada à probabilidade de não lograr êxito.

Pode-se pensar hipoteticamente no caso de um apostador na mega sena. Chegar ao ponto de indenizar aquela pessoa que hipoteticamente teve um sonho com os números da mega sena e o mesmo, confiante que iria ganhar o prêmio milionário, não conseguiu fazer a aposta, pois sua mulher viajou e o deixou trancado em casa.

Apesar do exemplo esdrúxulo, o que se pode extrair é que essa indenização pode não ter fim, o risco é grande e poderá ser irreparável. Muitos veem uma oportunidade de enriquecimento sem causa, o que é vedado no ordenamento jurídico, derivado do princípio da boa-fé.

5 Conclusão

Ante o exposto, conclui se que a teoria da perda de uma chance ainda sofre grande discussão no âmbito jurídico brasileiro.

Nesse sentido, foi verificado que a melhor alternativa para se definir a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance seria considerar a mesma como uma nova modalidade de dano, analisando tão somente o caso concreto em questão.

Assim, apesar dos tribunais estarem analisando o tema com o intuito de que se deve indenizar na proporção da porcentagem material da chance perdida, causando uma insegurança jurídica, podendo ser considerada como uma fábrica de dinheiro àquelas pessoas mal intencionadas, insta esclarecer que melhor seria entender que, para gerar o direito a uma indenização por perda de uma chance, a probabilidade de se

obter o esperado seja mais próxima possível da certeza do que próxima do mínimo de chance.

Por fim, seria prudente que o legislativo desse ênfase ao tema exposto, que possui grande relevância e valor jurídico, elaborando uma lei específica que trate do assunto em questão ou uma mudança no Código Civil Brasileiro, introduzindo a perda de uma chance como uma nova modalidade de responsabilidade civil, com o intuito de inibir ações jurídicas voltadas para o proveito pessoal, como o enriquecimento sem causa.

Referências

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração. Agravo Regimental. Agravo de Instrumento nº 1196957. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281196957%29+E+%28%22MARIA+ISABEL+GALLOTTI%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>> . Acesso em: 06 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788459. Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVE. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 13 mar. 2006 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28788459%29+E+%28%22FERNANDO+GON%27ALVES%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=truede>> . Acesso em: 06 out. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1190180. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 de janeiro de 2010. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281190180%29+E+%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%27O%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>> . Acesso em: 06 out. 2015

BRASIL. TJSP. Apelação nº 1185038720088260005. Relator: Desembargadora Silvia Rocha. São Paulo, SP, 15 de janeiro de 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília, 16 ago. 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6113825&cdForo=0&vlCaptcha=wentb>>. Acesso em: 06 out. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4.ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 121 p.

TARTUCE, Flavio. *Julgados sobre "Perda de uma chance"*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=146>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

UOL (São Paulo/SP) (Org.). *Mesmo agredido, brasileiro conquista o bronze na maratona*. 2004. Elaborado por Murilo Garavello. Disponível em: <<http://esporte.uol.com.br/olimpiadas/ultimas/2004/08/29/ult2247u452.jhtm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo. Atlas, 2012.

DAS NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

1. Os artigos deverão ser encaminhados à Revista pelo *e-mail* jurisvox@unipam.edu.br, conforme os seguintes critérios:

I – Os originais devem ter até 25 laudas (excluídas as destinadas a referências), digitadas em fonte Times New Roman tamanho 12, espaço entre linhas 1,5, margens superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm, papel tamanho A4. O limite poderá ser extrapolado quando imprescindível à qualidade do trabalho e mediante aprovação dos pareceristas;

II – O título deverá ser centralizado, em caixa alta e negrito, sendo indicado o(s) autor(es) logo após, com as informações sobre sua titulação, instituição a que esteja vinculado, seu endereço eletrônico (*email*) e demais qualificações;

III – Após o nome do(s) autor(es) deverá ser apresentado resumo em português, com até 250 palavras, bem como sua versão em língua estrangeira, preferencialmente inglês. Após, deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, nas mesmas línguas, dando-se preferência a palavras-chave que não estejam no título do trabalho;

IV – Aplicam-se, quanto ao conteúdo, as normas da ABNT, observando-se em especial as seguintes diretrizes:

a) Citações curtas (até 3 linhas) deverão estar inseridas no texto, entre aspas. Citações longas (mais de 3 linhas) deverão constituir parágrafo independente, digitadas em espaço simples (um), fonte tamanho 11, com recuo da margem esquerda em 4 cm;

b) As citações deverão ser feitas no estilo autor-data, com indicação do sobrenome do autor em maiúsculas, ano da publicação e página (se for o caso) entre parênteses: Ex: (NOVAIS, 1998, p. 175).

c) As notas de rodapé estarão restritas a observações pessoais, no sentido de prestar esclarecimentos sobre informações que não estejam no corpo do texto, e deverão ser numeradas sequencialmente;

d) As referências deverão aparecer no final do texto, em ordem alfabética de sobrenome do autor, da seguinte forma:

1) para livro: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título (em itálico). Edição. Local: editora, ano. Ex.: SILVA, José. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica, 2000.

2) para artigos: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título do artigo. Título do periódico (em itálico). Local, volume, número, página inicial e página final do artigo, mês e ano. Ex.: SILVA, José. Aspectos de Direito Constitucional. *Revista de Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 10-30, jan./2001.

1.1. Aplicar-se-ão subsidiariamente a estas instruções e normas da ABNT e as diretrizes fixadas no Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos do UNIPAM (disponível em http://alunos2.unipam.edu.br/PortalCorporeRM/normas_UNIPAM.pdf).

1.2. A partir de 2009 o sistema de avaliação será obrigatoriamente o “*duplo blind peer review*”.

2. A Revista *Jurisvox* reserva-se o direito de alterar os originais, no sentido de adequá-los às normas de seu padrão editorial.

3. Ao encaminhar seu artigo para publicação, o autor estará automaticamente abrindo mão de seus direitos autorais, concordando com as diretrizes editoriais da Revista, recebendo em troca pela colaboração 2 (dois) exemplares da edição em que o trabalho for publicado.

Parágrafo único. A responsabilidade pelos artigos, trabalhos e opiniões é exclusivamente de seus respectivos autores.

4. Os autores que tiverem seus artigos recusados ou com parecer técnico “favorável com restrições” poderão reelaborar seus textos, caso não se atinja o mínimo de artigos aprovados sem ressalvas, admitindo-se, no caso, uma nova avaliação a critério do Editor.

5. Os trabalhos recusados não serão devolvidos.