

REVISTA DA

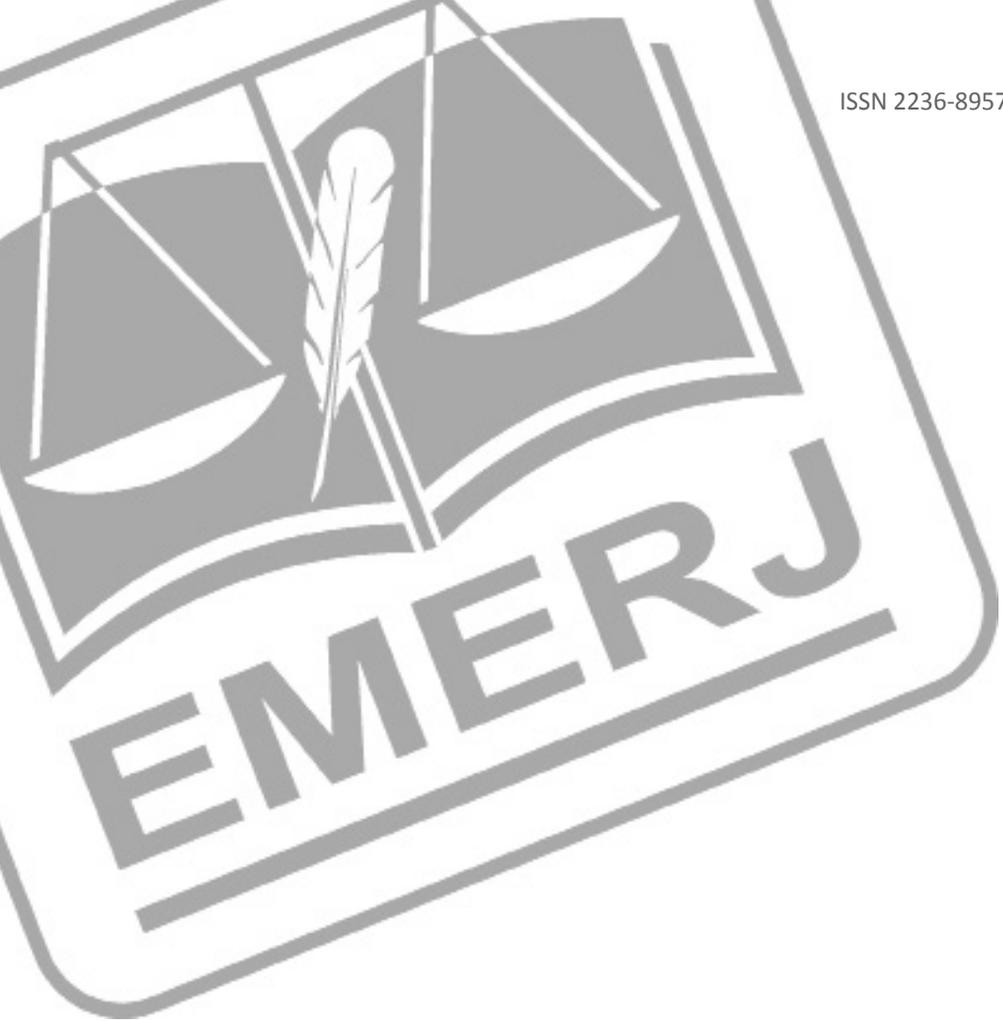
ISSN 2236-8957

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 16 • N. 62 • Abril - Setembro • 2013



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 16 - n. 62 - 2013

Abril/Setembro

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 16	n. 62	p. 1-279	abr. - set. 2013
----------	----------------	-------	-------	----------	------------------

© 2013 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze, Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Juízes de Direito Rubens Roberto Rebello Casara, Alexandre Corrêa Leite e André Luiz Nicolitt.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago;
Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Sérgio de Souza Verani

❖ CONSELHO CONSULTIVO/COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Desembargador Nildson Araújo da Cruz

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

Juiz de Direito Alexandre Corrêa Leite

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO

Des. Nagib Slaibi Filho

❖ COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL

Maria Cristina Camargo Corrêa



Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | ÁGUA, BEM DA VIDA. Riqueza a ser respeitada!**
Ana Alice De Carli
- 28 | As Causas da Emergência e da Transformação do Direito e o Futuro da Sociedade e do Direito Internacional**
Beatriz Castilho Costa
Marcos Fernandes Passos
- 37 | Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões (Michel Foucault)**
Cristina Tereza Gaulia
- 65 | A Liberdade de Imprensa e a Independência do Poder Judiciário: Faces da Mesma Moeda**
Gustavo Binenbojm
- 74 | Valores e Tensões entre as Liberdades de Expressão e de Imprensa na Democracia**
Jessé Torres Pereira Júnior
- 88 | Os Direitos da Personalidade e a Liberdade de Expressão – Parâmetros para a Ponderação**
José Roberto de Castro Neves
- 121 | A Complexa Identificação da Natureza Jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI**
José Tadeu Neves Xavier
- 165 | Contrato de Cartão de Crédito: Relação entre “Estabelecimento” e Credenciadora**
Leonam Machado de Souza

- 201 | Psicologia e Direito de Família (O Relato de uma Experiência)**
Lidia Levy
Luciana Pimentel Duarte Gomes de Almeida
Maria Cristina de Brito Lima
- 220 | *Accountability* e o Processo de Construção de uma Nova Magistratura**
Marcus da Costa Ferreira
- 231 | Há Motivos para Reincidir na Reincidência?**
Marcos Augusto Ramos Peixoto
- 251 | Os Tribunais do Século XXI**
Reis Friede
- 253 | Intenção e Gesto: Possibilidades Lógicas no Direito**
Renata Celeste Sales
- 262 | O Avanço da Responsabilidade Civil Sob a Ótica da Perda da Chance**
Rodrigo Sergio Gomes Bitencourt
- 274 | Da Cessão do Contrato e do Estabelecimento: Posição da Doutrina e da Construção Pretoriana**
Sylvio Capanema de Souza

25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Walter Benjamin apresenta, por assim dizer, duas “concepções sobre a história”, uma fundada na doutrina “progressista” - e para o nosso estudo poderíamos identificar o Estado constitucional como um avanço na história da humanidade - e outra concepção, que poderíamos chamar “história dos vencidos”¹ ou “história na tradição dos oprimidos”, na qual a regra da história é a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores e não, a ilusão progressista de mais democracia, mais liberdade e paz.

Talvez inspirados por uma visão linear e progressiva da história, pudessemos pensar que em 2013, 25 anos após a Constituição de 1988 que instituiu o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária, o texto de Foucault, **Vigiar e Punir**, já estivesse fadado ao desinteresse e à desatualidade. Quiçá teríamos também superado o problema da reincidência, vez que, como diz o Desembargador Aramis Nassif, “a pena é um mal necessário. A reincidência, não. Sem função teleológica, sem aplicação a agravante. Nada a justifica”².

Ainda com a visão do progresso, de igual maneira teríamos suplantado os graves problemas que envolvem o tema da imprensa e suas relações com os direitos fundamentais e com a própria democracia. A efetivação dos direitos fundamentais de terceira geração faria da discussão sobre a água, aquecimento global, dentre outros, temas do passado.

Mas tem razão Walter Benjamim ao sinalizar a história a partir do olhar dos oprimidos e dos vencidos. Após 25 anos de Constituição, ainda padecemos com grandes problemas, como os riscos ambientais, a superlotação carcerária e o crescente processo de aprisionamento em massa, a utilização autoritária dos meios de comunicação, a magistratura e os tribunais imersos neste contexto, ora como mediadores, ora como reprodutores, outras como atores de transformação; tudo isso faz deste número da Revista, por seus temas, algo muito atual e necessário.

É com satisfação que entregamos aos magistrados e à comunidade jurídica em geral, mais uma Revista marcada por reflexões críticas sobre temas preciosos para nossos tempos.

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt

Membro do Conselho Consultivo da EMERJ

1 KONDER, Leandro. **Walter Benjamin: o marxismo da melancolia**. Rio de Janeiro: ed. Campus, 1988, p. 91.

2 NASSIF, Aramis. **Reincidência: necessidade de um novo paradigma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.



EMERJ

ÁGUA, BEM DA VIDA. Riqueza a ser respeitada!

Ana Alice De Carli

Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA-RJ. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho-RJ. Professora concursada da UNIFESO-Teresópolis. Professora convidada da EMERJ, da Pós-Graduação Lato Sensu da UNESA-RJ, da Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Gama Filho – UGF. Membro do Conselho Editorial da Editora Millennium. Pesquisadora do GEDAPI-UFF. Advogada.

I. BREVE INTRÓITO

De pronto é possível conceber a água como o líquido essencial à vida e ao desenvolvimento econômico, mas tal noção parece que ainda não é suficiente para despertar nas pessoas o “dever de cuidado” que ela merece; usando a expressão do ecolósofo brasileiro Leonardo Boff¹.

O dia 22 de março é reconhecido internacionalmente como “O Dia Mundial da Água”, definido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como marco da campanha “Água para a Vida 2005/2015”. O que se objetiva de imediato alcançar, ao se estabelecer uma data especial para celebrar o *líquido precioso*, é o caráter didático de tentar despertar a consciência nas pessoas de que a água é um bem fundamental à sobrevivência de todos, inclusive do próprio Planeta Terra.

Apenas à guisa de ilustração, na África, cerca de 300 milhões de pessoas convivem com a dura realidade da falta de acesso ao líquido vital. Tal escassez também já é sentida na realidade brasileira. Apesar de o Brasil se orgulhar de deter aproximadamente 12% do quantitativo de água doce do mundo, há lugares nos quais o aparecimento de *gotículas*

1 BOFF, Leonardo. “Por que a Terra é nossa Mãe”. Discurso na ONU. Disponível em <<http://leonardoboff.wordpress.com>>. Pesquisa realizada em 01.03.2013.

de água é comemorado, a exemplo da Região Nordeste, onde as longas estiagens têm contribuído para dilacerar vidas e atrasar o desenvolvimento socioeconômico.

Mas o problema de escassez do *ouro azul*² também tem atingido outros cantos do território pátrio. Para se ter uma ideia da gravidade do problema do acesso à água com qualidade, a Região Metropolitana de São Paulo tem deixado as autoridades muito preocupadas e em alerta. De tal modo que o Secretário-Adjunto de Saneamento daquele estado, Rogério Menezes, reconhece “que a situação da disponibilidade de água é crítica”.

Conforme dados apontados pelo jornalista Sergio Adeodato³, a Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, que fornece o bem natural para uma parcela da população da capital paulista e outra para regiões vizinhas, “tem uma demanda 432% acima da vazão natural disponível”, o que impõe medidas de captação de água de outras regiões, as quais também já estão com problemas de escassez.

Além do referido problema da escassez, este recurso natural finito sofre com os fatores de poluição, que vão desde o uso descontrolado de agrotóxicos ao despejo de esgoto *in natura* em seus mananciais. O governo federal instituiu, em 2007, a Política Nacional de Saneamento Básico, por meio da Lei nº 11.445, a qual contempla, dentre suas diretrizes, *ex vi* do art. 2º, o “abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente”.

Infelizmente, em pleno Século XXI, na decantada sociedade da informação, a falta de saneamento básico ainda é um problema que tem preocupado governantes e estudiosos em muitas partes do mundo. No Brasil há muitos Municípios que não possuem sistema de saneamento básico. Alguns sequer têm sistema de coleta e tratamento de esgoto, a exemplo do município de Teresópolis, no Rio de Janeiro.

Neste ano de 2013, celebra-se o *Ano Internacional da Cooperação para Água*, data simbólica que sinaliza a necessidade de união de esforços globais para garantir vida saudável ao *ouro azul* e, por conseguinte,

2 Expressão cunhada pelos autores canadenses Maude Barlow e Tony Clarke *in*: BARLOW, Maude e CLARKE, Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**. Tradução de Andreia Nastro. Tradução de atualizações de Natália Coutinho Mira de Assumpção. São Paulo: Editora M. Books do Brasil, 2003.

3 ADEODATO, Sergio. “Abastecimento – Oferta anual tem de crescer mil litros por segundo: calor acende luz vermelha nas estações”. **Jornal O VALOR**. Edição de 22 de março de 2012, Seção F6, São Paulo.

aos seres humanos, aos animais e à própria Mãe Terra. Nesse sentido, o Estado do Rio de Janeiro, com sua Secretaria de Estado do Ambiente, implementou, em 2011, por meio do Decreto nº 42.930, o denominado *Pacto pelo Saneamento*, com vistas a ajudar os Entes Políticos locais na elaboração de seus Planos Municipais de Saneamento Básico, e, deste modo, buscar universalizar o sistema de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro. Alguns Entes Municipais já estão sendo contemplados com o referido programa⁴.

Espera-se que o indigitado *Pacto pelo Saneamento*, efetivamente, se torne realidade para a cidade de Teresópolis e para tantos outros Municípios que carecem dos serviços de saneamento de água, esgoto e lixo. *O sujeito de direitos, água, agradecerá, por certo.*

Em sede de curso de doutorado⁵, advogou-se a tese de que a gestão participativa dos recursos hídricos tem como premissa inafastável a educação ambiental, pois, conforme acentua José Renato Nalini⁶, todos somos, de certo modo, analfabetos funcionais em relação ao Meio Ambiente, o que inclui o conhecimento da essência do ser vivo, a água.

No Brasil, a educação ambiental - regulamentada pelo Diploma Normativo Federal nº 9.795/99 – precisa ultrapassar o escopo dos programas educativos escolares e de universidades, a fim de alcançar todos os atores sociais (Estado, empresas e consumidores), porque se a conscientização não for coletiva, dificilmente se conseguirá fazer a travessia do descaso com o Meio Ambiente para a conduta consciente, racional e pró-Natureza.

De fato, a educação ambiental é condição de possibilidade à concretização dos demais instrumentos à disposição do Estado gestor-regulador dos recursos naturais, pois, sem consciência ecológica os demais mecanismos existentes para o processo de gestão dos mananciais de água perdem muito em termos de efetividade⁷.

A Política Nacional dos Recursos Hídricos, instituída por meio da Lei nº 9.433/97, agrega um conjunto de mecanismos voltados à gestão e proteção do *ouro azul*.

4 Vide <<http://www.rj.gov.br/web/sea/exibeconteudo>>. Pesquisa realizada em 10.07.2013.

5 CARLI, Ana Alice De. **A Água e seus Instrumentos de Efetividade: educação ambiental, normatização, tecnologia e tributação**. Campinas/São Paulo: Editora Millennium, 2013.

6 NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. 3 ed. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2010.

7 CARLI, Ana Alice De. "A Educação Ambiental como Premissa Inafastável à Sustentabilidade do Acesso à Água Potável: para as gerações presente e futura". In: FLORES, Nilton Cesar (organizador). **A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces**. Campinas/São Paulo: editora Millennium, 2012.

II. A POLÍTICA NACIONAL DOS RECURSOS HÍDRICOS: SEUS INSTRUMENTOS EM PROL DOS MANANCIASIS BRASILEIROS

A efetivação de políticas públicas de saneamento básico de esgoto e lixo se reflete diretamente no aspecto qualitativo do *líquido vital*, porquanto tais ações contribuem para a sua preservação. Nesse contexto, o diploma normativo nº 9.433/97, a *Lei Nacional das Águas*, estabelece como premissas inafastáveis para o implemento da Política Nacional dos Recursos Hídricos o reconhecimento de que a água é bem de domínio público, finito, dotado de valor econômico, e seu uso deve ser prioritário ao consumo humano e dessedentação de animais.

O referido diploma normativo objetiva dar concretude ao disposto no art. 225 da Constituição Republicana de 1988, que estabelece como dever de todos a preservação do Meio Ambiente e determina ao Poder Público a obrigação de implantar políticas públicas, no sentido de gerir e proteger o macrossistema ecológico do qual as águas fazem parte.

A água doce é essencial à existência da vida, fundamental ao desenvolvimento econômico e à produção de alimentos, imprescindível ao uso doméstico, especialmente no espaço urbano. Nesse contexto, a sustentabilidade dos recursos hídricos impõe à humanidade mudanças de paradigmas, com vistas a adequar seus interesses à preservação da Natureza.

A Política Nacional dos Recursos Hídricos brasileira, conforme sublinhado, funda-se na premissa de que a água é recurso natural finito e indispensável à sobrevivência das pessoas, da fauna e da flora. Assim, é condição necessária à sua preservação a efetividade de gestão séria, descentralizada e participativa, envolvendo todos os atores sociais no compromisso com uma governança sustentável. Nessa senda, a Lei nº 9.433/97, além de instituir a Política Nacional, regulamenta e sistematiza as diversas formas de tutela dos mananciais de águas no território brasileiro.

É oportuno frisar que também em âmbito internacional, nos vários eventos organizados, a preocupação em encontrar caminhos que levem à preservação do que ainda resta de água - especialmente a doce, que é para consumo - tem sido a tônica dos trabalhos apresentados e dos debates. Nesse sentido, vale ressaltar a *Conferência sobre Água e Econo-*

*mia Verde*⁸, realizada na Espanha em outubro de 2011, preparatória para a Rio+20, sob os auspícios da *United Nations Water*.

No que diz respeito à *Lei das Águas brasileiras*, assevera José Afonso da Silva⁹ que a mesma visa a “dar organicidade e sistemática às formas de proteção dos recursos hídricos brasileiros para além da simples proteção contra a poluição”. Vale realçar alguns dos princípios basilares da política nacional do *ouro azul*, os quais estão esculpidos no art. 1º do diploma legal em tela:

I - a água é um bem de domínio público; II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais (sem grifo no original).

O princípio esculpido no inciso I do dispositivo em referência, segundo o qual a “água é um bem de domínio público”, revela uma série distinta de aspectos relevantes, na opinião de Paulo Affonso Leme Machado¹⁰, para quem a expressão *domínio*, utilizada pela Lei em comento, não torna a União e os Estados-membros proprietários do *ouro azul*.¹¹ Conforme interpretação do referido ambientalista pátrio: “a dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas o torna gestor desse bem, no interesse de todos”. Na mesma linha de pensamento, Celso Pacheco Fiorillo¹² esclarece:

8 A expressão *economia verde* não encontra consenso quanto ao seu sentido e alcance. Apenas à guisa de informação, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA - a define como “uma economia que resulta em melhoria do bem-estar da humanidade e igualdade social, ao mesmo tempo em que reduz significativamente riscos ambientais e escassez ecológica”, disponível em <<http://www.unep.org.br>>. Pesquisa realizada em 16.02.2012. Já o sítio da Organização Vitae Civilis informa que a economia verde vem gradualmente assumindo o sentido de ecodesenvolvimento. Segundo os pesquisadores da referida ONG, a expressão economia verde consubstancia “o conjunto de processos produtivos da sociedade e as transações deles decorrentes que contribuem cada vez mais para o Desenvolvimento Sustentável, tanto em seus aspectos sociais quanto ambientais”. Vide in: <<http://www.vitae civilis.org.br>>. Pesquisa realizada em 16.02.2012.

9 SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

10 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

11 Expressão extraída da obra ***Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta***, de Maude BARLOW e Tony CLARKE.

12 FIORILLO, Celso Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

(...) a aludida lei, no seu art. 1º, ao estabelecer os fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, refletiu uma impropriedade. No inciso I, desse artigo, preceituou-se que a água é um bem de domínio público. Tal assertiva padece de inconstitucionalidade, porquanto, conforme demonstrado, a água é um bem tipicamente ambiental, sendo, portanto, de uso comum do povo (...), bem difuso.

Para a administrativista Odete Medauar¹³, a dominialidade pública não se confunde com o domínio privado. E acrescenta:

Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e os deveres daí resultantes, exercidos pela Administração, não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao poder público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências.

Na linha de pensamento esposada pelos mencionados estudiosos, entende-se que, de fato, os bens quando adjetivados com o vocábulo público consubstanciam bens da coletividade, porquanto o Estado constitui figura jurídica, cujo desiderato é articular racionalmente os interesses da sociedade. No entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴, o Estado, fundado no princípio da soberania nacional (art. 1º, p.u., CF/88), tem o domínio eminente sobre todos os bens inseridos no respectivo território. Assim explica o administrativista: “o domínio eminente se manifesta, porém, diferentemente, sobre cada uma das mencionadas categorias de bens: sobre os bens públicos, sobre os bens privados¹⁵ e sobre os bens de ninguém (*res nullius*)”.

Nesse sentido, os bens públicos têm a função social de atender às finalidades institucionais de interesse público, enquanto os bens de ninguém (os bens *adésptas*) seriam aqueles “sobre os quais o Estado não pode ou não quer reconhecer, nem instituir qualquer tipo amplo de disposição, pública ou privada”, assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

13 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

15 Esclarece o autor, sobre os bens privados “o domínio eminente se revela pelo estabelecimento de regras de Polícia, limitando o exercício de direitos inerentes à propriedade privada”.

Como se depreende dessa vertente de pensamento, há bens que, por essência e finalidade, pertencem a todos e, paradoxalmente, não são de ninguém, a água e o ar são exemplos clássicos dessa ordem de raciocínio. Esses dois elementos da Natureza, por serem vitais aos seres vivos, não podem submeter-se à ideia tradicional de propriedade, da qual são extraídas os direitos, em regra, incontestes, de uso, gozo e disposição do titular, tampouco, deixados à mercê dos desejos e da negligência individuais, donde se infere a importância de a Constituição reservar aos Entes Políticos as prerrogativas de gerir, controlar e fiscalizar os mananciais de água.

Paulo Affonso Leme Machado¹⁶, ao se debruçar sobre o quadro normativo da Lei nº 9.433/97, assinala que a *Lei das Águas* delinea a *sustentabilidade* dos recursos hídricos, a partir de três perspectivas: “disponibilidade de água”, “utilização racional” e “utilização integrada”.

A *disponibilidade da água*, a que se refere o autor, é equitativa, eis que o direito ao acesso ao líquido vital deve ser exercido por todos. A *utilização racional do ouro azul*, a seu turno, depende de uma série de variáveis, desde a formulação de políticas públicas, por meio de instrumentos jurídicos e econômicos (a exemplo da outorga do direito de uso e da cobrança de tributo em caso de necessidade de restrição do uso quando excessivo) até o desenvolvimento de atividades que fomentem a educação ambiental e as inovações tecnológicas, com vistas à preservação dessa riqueza e de outras. Por fim, sustenta o estudioso em tela que a *utilização integrada dos mananciais de águas* é parte elementar de sua sustentabilidade, cujas diretrizes estão estabelecidas no art. 3º da Lei das Águas:

Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;

II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País;

III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;

16 MACHADO. *Op.Cit. Passim*.

IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;

V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;

VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

A *Lei Nacional das Águas* também estabelece um conjunto de instrumentos hábeis a auxiliar no processo de gestão do *ouro azul*, consoante se extrai do seu art. 5º. A rigor, o diploma legal em análise tem a finalidade precípua de disciplinar a criação de um sistema integrado, entre órgãos de âmbitos federal, estaduais, municipais, as comunidades locais e demais usuários, com vistas ao desenvolvimento de uma gestão cooperativa, solidária e racional dos mananciais de água, garantindo o líquido vital para esta e para as futuras gerações.

Reconhece-se a importância da *Lei das Águas* brasileira, no entanto, admite-se que ainda há lacunas no tocante à sua eficácia, pois, apesar de prever a gestão participativa com a atuação das comunidades interessadas, no mundo da *praxis* verifica-se que as iniciativas são pontuais, o que pode ser reflexo da “centralização do poder definitivo de decisão em órgãos públicos e administrativos, que vão de encontro à ideia de gestão descentralizada e participativa”, como conclui Manuela Paradedda Montanari¹⁷.

Embora não se pretenda neste trabalho discorrer sobre a previsão normativa da participação da população no processo de gestão do líquido precioso, vale destacar a relevância de se refletir sobre o tema.

III. OS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

A Carta Constitucional brasileira de 1988 elevou o Meio Ambiente à qualidade de “bem de uso comum do povo”; sendo a água um de seus elementos, a ela estende-se tal natureza jurídica.

¹⁷ MONTANARI, Manuela Paradedda. "Análise da Aplicabilidade e Efetividade da Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997 (Lei da Política Nacional e de Gestão dos Recursos Hídricos)". Disponível em <<http://www3.pucrs.br/pucrs>>. Pesquisa realizada em 23.02.2012.

No entanto, o uso desordenado, descompromissado e irresponsável dessa riqueza finita gera impactos negativos que repercutem no bem-estar de todos os seres vivos e no desenvolvimento econômico. Assim, a gestão das águas – fundamental para sua proteção – precisa de instrumentos efetivos. Nesse sentido, a Lei nº 9.433/97 (Lei das Águas) contempla os mecanismos para a consecução da Política Nacional dos Recursos Hídricos, os quais são importantes à administração dos usos múltiplos do *ouro azul*, consoante dispõe o art. 5º:

I - os Planos de Recursos Hídricos;

II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água;

III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;

IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos;

V - a compensação a municípios;

VI - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Seguindo a lógica normativa acima, destacam-se os *Planos de Recursos Hídricos*, os quais contribuem sensivelmente para a implantação de programas e projetos relacionados com a gestão dos usos das águas, a medida que apontam estatísticas, diagnósticos, metas de racionalização de uso e ações necessárias para sua realização, bem como contemplam situações que exigem prioridade para outorga de direitos de uso de recursos hídricos, critérios para a cobrança pelo uso das águas, entre outras diretrizes, nos termos do art. 7º, do diploma legal em tela¹⁸.

Vale dizer, o art. 6º da Lei das Águas conceitua o referido instrumento de gestão como “planos diretores que visam a fundamentar e orientar a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e o gerenciamento dos recursos hídricos”. Nesse sentido, a Agência Nacional de Águas apresenta uma lista de *planos de recursos hídricos*, a saber: [Bacia do Rio Doce, Complexo Estuarino Lagunar Mundaú/Manguaba, Guarda e Guandu Mirim- PBH-Guandu](#)¹⁹, [Plano Estratégico de Recursos Hídricos da Bacia](#)

18 Dispõe o art. 8º, da Lei nº 9.433/97, “Os Planos de Recursos Hídricos serão elaborados por bacia hidrográfica, por Estado e para o País”.

19 Conforme dados da ANA, “as Bacias Hidrográficas dos rios Guandu, da Guarda e Guandu Mirim possuem cerca

Amazônica - Afluentes da Margem Direita, São Francisco Tocantins-Araguaia, Verde Grande e Plano Nacional de Recursos Hídricos.

A propósito, na América do Sul, o Brasil é pioneiro na elaboração de um plano para garantir o uso sustentável das águas até 2020, informa o Relatório de Gestão 2003/2006 do Ministério do Meio Ambiente.

O segundo instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos, contemplado no art. 5º da Lei das Águas, é o *enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água*. Este mecanismo de gestão tem como objetivo assegurar a qualidade das águas de acordo com seus variados usos, além de propiciar a diminuição dos custos relativos ao controle da poluição do líquido vital, por meio de ações de caráter preventivo²⁰.

A *outorga dos direitos de uso de recursos hídricos*²¹, por sua vez, é um dos mais eficientes mecanismos de controle do uso das águas. A Constituição Federal de 1988 reza em seu art. 21, inciso XIX, ser da competência da União o estabelecimento dos critérios para concessão de outorga de direitos de uso dos recursos hídricos. A Lei nº 9.433/97, a seu turno, consagra, em seu art. 11, os objetivos do regime de outorga, quais sejam, “assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”. Essas diretrizes são normas de observância obrigatória por parte de todos os Entes da Federação e por aqueles que receberam a outorga.

Assim, ao concederem a outorga do direito de uso do líquido precioso, a União e os Estados não apenas atuam como gestores desta riqueza natural - logo, são fiscalizadores do seu uso -, como também estão declarando que aqueles beneficiários (concessionários) preencheram os requisitos necessários para o recebimento da concessão. Por outro lado, os outorgados do direito de uso das águas assumem a responsabilidade de usá-la de forma sustentável.

de 1.400 km², incluindo o ribeirão das Lajes como seu formador, sendo o curso d'água contribuinte da Baía de Sepetiba, no Rio de Janeiro, de maior importância. Ele recebe as águas advindas da transposição do Rio Paraíba do Sul, em Santa Cecília, e é a principal fonte de abastecimento de água para a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. O Plano visa a identificar e propiciar a redução dos principais problemas e conflitos nessa complexa bacia, além de ordenar ações e programas para possibilitar a oferta de água, em qualidade e quantidades adequadas, e a melhoria da qualidade de vida da população”. Disponível em <<http://www2.ana.gov.br>>. Pesquisa realizada em 07.05.2012.

²⁰ A Resolução CONAMA nº 357/2005 estabelece uma classificação das águas doces levando em conta seus múltiplos usos.

²¹ A rigor, a legislação brasileira prevê dois tipos de outorga, o direito de uso e a preventiva, nesse sentido, disciplina a Resolução nº 135/2002 da Agência Nacional de Águas.

Não somente ao Poder Público cumpre a função fiscalizadora, à medida que a água é, ao mesmo tempo, *bem de uso comum do povo* - ou seja, um direito fundamental difuso - e *sujeito de direitos*, mas também cabe a qualquer cidadão (no sentido *lato* do termo, isto é, abarcando todos aqueles indivíduos que estão domiciliados em território brasileiro) representar junto aos órgãos públicos quando verificar qualquer irregularidade no uso do *ouro azul*, no regime de outorga.

A Lei nº 9.433/97 apresenta a finalidade da cobrança, por meio do instituto da outorga pelo uso da água. Assim, em seu art. 19 elenca os fundamentos sociojurídicos da imposição do ônus financeiro sobre os usuários do líquido vital:

Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água;

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos (sem grifo no original).

Embora as três razões insculpidas no citado artigo sejam extremamente importantes para a gestão das águas, apregoa-se, em um primeiro momento, o *incentivo à racionalização do uso da água* como o mais relevante dos fundamentos, pois dele se pode extrair o princípio da sustentabilidade hídrica. Sendo o primeiro objetivo - *reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor* – corolário daquele. No tocante à terceira finalidade, da cobrança pelo uso da água, esta é considerada importante sob a perspectiva funcional, visto que os programas e projetos voltados à preservação das águas dependem de recursos.

A Lei das Águas brasileira estabelece em seu art. 12 as hipóteses de usos de recursos hídricos sujeitos à outorga, a saber:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

*III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, **tratados ou não**, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;*

IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;

V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água. (sem grifo no original).

Conforme se verifica no inciso III do dispositivo acima transcrito, a *Lei das Águas* ainda admite o lançamento em corpos de água de esgotos não tratados. Entende-se, portanto, que essa norma encontra-se em estado de inconstitucionalidade progressiva²², pois à medida que houver a implantação plena dos sistemas de tratamento de esgoto em todos os Municípios, não haverá mais espaço normativo permissivo para lançamento de esgoto não tratado nos mananciais de água. Por hora, o dispositivo em tela ainda é constitucional, embora viole o disposto no art. 225 da CF/88, que impõe a tutela do meio ambiente ao Estado por meio de ações legislativas e materiais.

Retomando a análise do instrumento de *outorga dos direitos de uso de recursos hídricos*, faz-se mister realçar que o mencionado art. 12 da *Lei das Águas* traz também algumas situação em que é dispensado o regime de outorga dos recursos hídricos; isso por conta da observância do princípio do mínimo existencial. Assim, independem de outorga:

o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes e as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

Não é demais repisar que o compromisso de garantir o pleno exercício do direito ao acesso à água potável está diretamente relacionado aos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial, razão pela qual o *Diploma Nacional das Águas* estabelece, em algumas situações, a

²² A inconstitucionalidade progressiva (a lei é ainda constitucional) “é a que decorre da falta de implementação das estruturas normativas previstas na Constituição”, ensina Uadi Lammego Bulos, in: BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 158.

dispensa de outorga, o que não implica dizer que os seus beneficiários estão dispensados de observar o princípio da sustentabilidade no uso do *ouro azul*.

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), em suas Resoluções 16/2001 e 65/2006, conceitua o instituto da *outorga dos direitos de uso de recursos hídricos* da seguinte forma:

ato administrativo²³ *mediante o qual a autoridade outorgante faculta ao outorgado previamente ou mediante o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato, consideradas as legislações específicas vigentes (sem grifo no original).*

De fato, a *outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos*, como instrumento de gerenciamento dos mananciais de água, compreende um conjunto de ações visando a garantir o acesso quantitativa e qualitativo desta riqueza natural, razão pela qual o ato administrativo que materializa a outorga deve ser de natureza precária, ou seja, passível de revogação diante de mudanças geo-hidrológicas, ou mesmo objeto de cassação quando os outorgados não estiverem utilizando os recursos hídricos dentro do que foi estabelecido no ato de outorga, ou ainda com abuso, no que diz respeito à inobservância do princípio da sustentabilidade ambiental²⁴.

No que pertine aos recursos hídricos de domínio da União, a Lei das Águas permite a delegação da concessão de outorga aos Estados e ao Distrito Federal, desde que estes Entes Políticos tenham condições materiais para exercer tal atividade (art. 14, § 1º, da Lei nº 9.433/97).

O Estado do Rio de Janeiro, em sua Política Estadual de Recursos Hídricos, adota a *outorga de uso das águas* como um dos principais mecanismos de gestão dessa riqueza natural e finita. A Lei nº 3.239/99, que instituiu a mencionada política estadual, estabelece, com base na legislação federal, a Bacia Hidrográfica como unidade de gerenciamento e os Comitês de Bacia como *locus* social de participação de outros atores sociais, e apresenta como instrumentos de gestão das águas, a título de exemplo:

23 É importante salientar que se trata de um ato administrativo precário, passível de revogação a qualquer tempo, pois a sua manutenção está condicionada às condições hidrológicas, conforme se extrai do § 2º, do art. 1º da Resolução nº 16/2001, *in verbis*: “A outorga confere o direito de uso de recursos hídricos condicionado à disponibilidade hídrica e ao regime de racionamento, sujeitando o outorgado à suspensão da outorga”.

24 O art. 15 da Lei nº 9.433/97 contempla as situações que dão ensejo à suspensão da outorga.

o Plano Estadual de Recursos Hídricos; a outorga de direito de uso dos recursos hídricos e a cobrança aos usuários pelo uso dos recursos hídricos, seguindo a lógica sistemática nacional.

Nos Estados-membros, o ato *concessivo de outorga de uso das suas águas* fica a cargo de seu órgão ambiental. No caso do Estado do Rio de Janeiro, compete à Diretoria de Licenciamento Ambiental do Instituto Estadual do Ambiente (INEA) editar atos administrativos de outorga de uso de recursos hídricos, nos termos do art. 25 do Decreto Estadual nº 41.628/2009, bem como arrecadar, distribuir e aplicar as receitas advindas da cobrança pelo uso das águas, *ex vi* do art. 3º da Lei Estadual nº 4.247/2003.

Já no âmbito federal, compete à Agência Nacional de Águas (ANA) a *concessão de outorga de uso dos mananciais de águas*, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.984/2000, cujas receitas oriundas da cobrança em razão da concessão são mantidas na Conta Única do Tesouro Nacional, enquanto a mencionada entidade não lhe der destinação específica em algum programa, conforme dispõe o art. 21 da Lei nº 9.984/2000. Discorda-se, entretanto, desta norma, pois à medida que cabe a essa Autarquia Federal gerir em âmbito nacional os mananciais de águas de domínio da União, fiscalizar o cumprimento da legislação federal pertinente, bem como disciplinar, em caráter normativo, a execução dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, impõe-se razoável que tais recursos fiquem sob seu controle e administração.

As receitas arrecadadas como contraprestação da *concessão de outorga de uso das águas* pelo órgão ambiental, do exemplo regional aqui destacado, o Rio de Janeiro, diferentemente do que ocorre na seara federal, são mantidas no Fundo Estadual de Recursos Hídricos (FUNDRHI) em subcontas, cada uma de titularidade de uma Região Hidrográfica, sendo uma subconta específica em nome do Instituto Estadual do Ambiente (INEA), conforme dispõe a Resolução nº 27/2010 da referida Entidade Estadual.

Outra questão que merece realce diz respeito à natureza jurídica²⁵ da *cobrança pelo uso da água no regime de outorga*. Vale lembrar, sob a perspectiva do Direito Financeiro/Tributário, que o Estado arrecada receitas originárias, ou seja, aquelas advindas de seu próprio patrimônio, a

25 Apenas para relembrar, em singela síntese: a diferença entre natureza jurídica e regime jurídico de um instituto. Aquela mostra a posição que o instituto ocupa na seara jurídica, enquanto este (o regime jurídico) consubstancia o conjunto de normas que disciplina o instituto.

exemplo de um aluguel auferido pela Fazenda Pública em razão de contrato de um imóvel seu, e receitas derivadas, aquelas que, como o nome mesmo diz, decorrem do patrimônio do particular.

Nesse sentido, as receitas derivadas, consoante lições de Leonardo de Andrade Costa²⁶, podem ser analisadas a partir de duas perspectivas: financeira e tributária. No que diz respeito às finanças públicas, as receitas derivadas são aquelas obtidas do particular de forma impositiva para manutenção da máquina administrativa pública. Enquanto que para o Direito Tributário, tais receitas decorrem do Poder de Tributar do Estado, ou seja, são aquelas oriundas dos tributos.

As receitas decorrentes da cobrança pelo uso dos recursos hídricos no regime de outorga seriam receitas originárias, pois decorrem de um bem que está sob o domínio do Estado, a água. Nesse sentido, preleciona Cid Tomanik Pompeu²⁷:

A contraprestação pela utilização das águas públicas não configura imposto, porque neste a vantagem do particular é puramente accidental (...); não é taxa, pois não se está diante de exercício de poder de polícia – taxa de polícia – ou da utilização efetiva de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (...). Sendo assim, e por exclusão, está-se diante de preço, que pode ser denominado de preço público e é parte das receitas originárias.

Nesse diapasão, concorda-se que a cobrança pela *concessão do direito de uso de manancial de água* tenha natureza jurídica de preço público, porquanto se está diante de um bem – repise-se – de domínio do Estado, em sentido *lato*. Entretanto, considerando ser o instituto da *concessão do direito de uso do líquido vital* um instrumento de gestão, entende-se que não se pode afastar o elemento de controle, em que o poder de polícia está implícito. Afinal, a *ratio subjacente* de o domínio das águas ser do Estado é porque este, como criação do Direito, encontra sua finalidade existencial, na linha de pensamento de John Locke, na tutela dos direitos fundamentais e na gestão do interesse público.

26 COSTA, Leonardo de Andrade. **Material Didático de Direito Tributário e Finanças Públicas** I. Escola de Direito FGV-Rio. Colaboradora CARLI, Ana Alice De. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://academico.direito-rio.fgv.br>>. Pesquisa realizada em 08.05.2012.

27 POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

Segundo Antonio Eduardo Lanna²⁸, no Brasil adota-se, basicamente, três modalidades de outorga, que seriam:

1. Concessão de uso: concedida em todos os casos de utilidade pública. A outorga das concessões é dada pelo prazo de 10 a 35 anos, ficando sem efeito se, durante um número predeterminado de anos consecutivos, geralmente 3, o concedido deixar de fazer uso privativo das águas; **2. Licença de uso:** quando não se verificar a utilidade pública. É o caso do uso para fins de indústria, agricultura, comércio e piscicultura. As licenças são outorgadas pelo prazo de 5 a 10 anos, podendo ser revogadas a qualquer tempo, independentemente de indenização, desde que o interesse público assim o exija e ficando sem efeito se durante um número predeterminado de anos consecutivos, geralmente de 1 a 3, o licenciado deixar de fazer uso das águas; e **3. Autorização ou permissão de uso:** são geralmente outorgadas em caráter precário podendo a qualquer momento serem revogadas, independentemente de indenização, desde que o interesse público assim o exigir. Se durante períodos que de 1 a 2 anos o autorizado deixar de fazer uso das águas, fica a respectiva autorização ou permissão sem efeito. Atendem a usos com pequenas derivações relativamente às disponibilidades de água de acordo com critérios a serem definidos pelo órgão estadual com atribuição de realizar a outorga.

No que diz respeito à outorga de recursos hídricos para fins de geração de energia, cabe também à Agência Nacional de Águas a prerrogativa de outorgar direitos à utilização de mananciais de água para produção de energia elétrica, a qual deve observar o Plano Nacional de Recursos Hídricos, conforme prescreve o art. 12, § 2º da Lei nº 9.433/97. É oportuno destacar também a disciplina da Resolução nº 16/2001, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), que dispõe em seu art.11, *in verbis*:

Para licitar a concessão ou autorizar o uso de potencial de energia hidráulica, a Agência Nacional de Energia Elétrica-

28 LANNA, A. Eduardo. "Capítulo 5 - Instrumentos de Gestão das Águas: Outorgas" Disponível em <<http://www.iph.ufrgs.br>>. Pesquisa realizada em 09.05.2012.

-ANEEL deverá promover, junto à autoridade outorgante competente, a prévia obtenção de declaração de reserva de disponibilidade hídrica, observando o período de transição conforme estipulado na Lei no 9.984, de 2000.

Por força do disposto na mencionada Resolução, a empresa ou entidade que receber da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) a concessão ou autorização para utilizar potencial de energia elétrica terá sua declaração de reserva de disponibilidade hídrica transformada em outorga de direito de uso de recursos.

Por fim, sem a pretensão de esgotar o assunto, *a cobrança pela utilização das águas*, na trilha da Política Nacional de Recursos Hídricos, alcança tanto os usos consuntivos quanto os usos não consuntivos. Conforme lições Yanko Xavier e Livia Nascimento²⁹, o *uso consuntivo do ouro azul* consubstancia “a redução do volume de água de um corpo d’água, resultando em alteração da disponibilidade”, a exemplo do que ocorre com a produção industrial, a irrigação (hipóteses de água virtual) e o uso doméstico. Por seu turno, os usos *não consuntivos* “referem-se aos usos que retornam à fonte de suprimento praticamente na totalidade da água utilizada, podendo haver alguma modificação no padrão temporal da disponibilidade”; são exemplos: a hidroeletricidade, a recreação, a piscicultura e a navegação.

Ainda, cabe trazer à baila outro instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos, o *Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos*, o qual revela a necessidade de cooperação técnica e cognitiva entre todos os envolvidos na gestão das águas. Tal sistema é norteado pelos seguintes princípios, nos termos do art. 26 da *Lei das Águas* (Lei nº 9.433/97): “descentralização da obtenção e produção de dados e informações; coordenação unificada do sistema; e acesso aos dados e informações garantido à toda a sociedade”.

O *Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos* tem como meta fornecer bases cognitivas para a elaboração dos Planos nesta área, além de promover a divulgação de dados referentes à disponibilidade, demanda e qualidade do *ouro azul*. O art. 25 da *Lei das Águas* define-o como “um sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão”.

²⁹ XAVIER et al. *Op. Cit.*

Os referidos instrumentos, se bem utilizados, são idôneos para gerir os mananciais de águas em território brasileiro, sem descuidar da conjugação de outros institutos, como a educação ambiental, a tecnologia e a tributação, conforme se defendeu em publicação recente³⁰.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática da água, conforme é possível extrair deste sucinto trabalho, é extremamente complexa, porquanto cuida de um bem de múltiplas funções, sendo a principal delas, pode-se destacar sem medo de errar, é a de elemento essencial à própria existência de todos os seres vivos, incluindo neste rol, a *Mãe Terra*³¹.

Os indigitados instrumentos jurídico-econômicos consagrados na Lei das Águas Brasileiras (Lei nº 9.433/97) são extremamente relevantes no processo de gestão dos recursos hídricos, entretanto, a sua efetividade depende de outros fatores, a exemplo da promoção do direito à educação ambiental, o qual serve de instrumento para o *despertar ecológico*.

Resguardar os mananciais de águas significa não apenas observar as normas constitucionais e infraconstitucionais de manutenção da sadia qualidade deste recurso – repise-se, finito e essencial à vida –, mas, sobretudo, tornar real, no mundo da vida, o direito fundamental ao acesso sustentável à água com qualidade e o direito fundamental das águas de serem protegidas contra as investidas prejudiciais da humanidade.

Há que se pensar sobre o que queremos para as nossas vidas, para o Planeta Terra e para aqueles que estão por vir. ❖

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Sergio. "Abastecimento – Oferta anual tem de crescer mil litros por segundo: calor acende luz vermelha nas estações". **Jornal O VALOR**. Edição de 22 de março de 2012, Seção F6, São Paulo.

30 CARLI, Ana Alice De. **A Água e seus Instrumentos de Efetividade: educação ambiental, normatização, tecnologia e tributação**. Campinas/São Paulo: Editora Millennium, 2013.

31 Mencionando a expressão utilizada para fundamentar o projeto votado para transformar o Dia Internacional da Terra em Dia Internacional da Mãe Terra. O referido projeto foi acolhido por unanimidade pelos 192 representantes dos povos, esclarece o ecolósofo brasileiro Leonardo Boff, in: BOFF, Leonardo. "Discurso na ONU: por que a Terra é nossa Mãe". Disponível em <<http://leonardoboff.wordpress.com/>>. Pesquisa realizada em 01.03.2013.

BARLOW, Maude e CLARKE, Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**. Tradução de Andreia Nastri. Tradução de atualizações de Natália Coutinho Mira de Assumpção. São Paulo: Editora M. Books do Brasil, 2003.

BOFF, Leonardo. "Discurso na ONU: por que a Terra é nossa Mãe". Disponível em <<http://leonardoboff.wordpress.com/>>. Pesquisa realizada em 01.03.2013.

CARLI, Ana Alice De. **A Água e seus Instrumentos de Efetividade: educação ambiental, normatização, tecnologia e tributação**. Campinas/São Paulo: Editora Millennium, 2013.

CARLI, Ana Alice De. "A Educação Ambiental como Premissa Inafastável à Sustentabilidade do Acesso à Água Potável: para as gerações presente e futura". In: FLORES, Nilton Cesar (organizador). **A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces**. Campinas/São Paulo: Editora Millennium, 2012.

COSTA, Leonardo de Andrade. **Material Didático de Direito Tributário e Finanças Públicas I**. Escola de Direito FGV-Rio. Colaboradora CARLI, Ana Alice De. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://academico.direito-rio.fgv.br>>. Pesquisa realizada em 08.05.2012.

LANNA, A. Eduardo. "Capítulo 5 - Instrumentos de Gestão das Águas: Outorgas". Disponível em <<http://www.iph.ufrgs.br>>. Pesquisa realizada em 09.05.2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. 3 ed. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2010.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

XAVIER, Yanko M. de Alencar e NASCIMENTO, Lívia M. do. "Usos da Água no Brasil." In: XAVIER, Yanko M. de Alencar; IRUJO, A. Embid e SILVEIRA NETO, Otacílio (organizadores). **O Direito de Águas no Brasil e na Espanha: um estudo comparado**. Fortaleza/Ceará: Editora Fundação Konrad Adenauer, 2008.

As Causas da Emergência e da Transformação do Direito e o Futuro da Sociedade e do Direito Internacional*

BEATRIZ CASTILHO COSTA

Mestre em Poder Judiciário. Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

MARCOS FERNANDES PASSOS

Mestre em Direito Internacional. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

1 - NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O futuro do Direito a Deus pertence: essa seria a possível síntese do pensamento de um jurista do século XV, filiado à teoria do direito divino dos reis, sobre o futuro do direito. Aprimorada ao longo da história, essa teoria preconizava que o rei tinha o direito de governar de acordo com a vontade de Deus; o rei era a representação Deste na Terra. Isso incluiria desde a outorga de leis à inviolabilidade real. Essa teoria que durante anos prevaleceu no Direito se revela absolutamente anacrônica, mesmo para Estados em que há orientação religiosa. A história nos mostra que o Direito muda porque os fundamentos da sociedade mudam.

* Artigo elaborado como proposta final do curso “O Futuro do Direito”, ministrado pelo professor Paulo Barrozo, em março de 2013, na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio.

Este ensaio é inspirado no curso “O Futuro do Direito”, ministrado pelo professor Paulo Barrozo, em março de 2013, na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio. O professor convidou os participantes a pensarem o futuro do Direito sob cinco perspectivas: “O Futuro do Estado e do Direito Global”; “O Futuro da Igualdade e do Risco no Direito: da Família aos Mercados”; “O Futuro da Crueldade, da Misericórdia e da Dignidade Humana no Direito”; “O Futuro do Direito Penal no Constitucionalismo Contemporâneo”; e “O Futuro da Imaginação Jurídica”. A proposta era ousada, na medida em que “colocou nos ombros dos participantes”, ao menos durante aquela semana, o futuro do Direito. Sempre que o Direito muda, há alguém que tenha imaginado tal mudança; para isso, conferiu aos participantes poderes na criação de uma nova Constituição, de um novo direito penal e de um novo direito internacional.

Este ensaio focará, basicamente, em dois pontos abordados: as causas da emergência e da transformação do Direito e o futuro da sociedade e do Direito Internacional. Não há metodologia específica para este ensaio; são conhecimentos acumulados pelos autores sobre os temas escolhidos e expostos com o objetivo de *tirar o sono de (fazer um chamado a)* quem o ler para pensar sobre o futuro do Direito. Mesmo porque pensar em uma metodologia específica para tirar conclusões sobre o futuro teria tanta eficácia quanto aquelas utilizadas por cartomantes, quiromantes, profetas, ou outras atividades não científicas de estudo.

2 - AS CAUSAS DA EMERGÊNCIA E DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO LATO SENSU

2.1 - Fatores preponderantes na causação de emergência e de transformação do Direito

Segundo o professor Paulo Barrozo, há dois fatores preponderantes na causação da emergência e da transformação do Direito. O primeiro é relativo às pressões de coordenação social, ou seja, aos problemas que emergem do convívio humano. São problemas para os quais soluções virão, mesmo que imperfeitas. Contudo, como o Direito está sempre um passo atrás das necessidades sociais, o problema é apresentado e o Direito “corre atrás” para tentar solucioná-lo.

O segundo fator refere-se aos ideais, às aspirações humanas, às utopias, aos desejos, etc. Por vezes, esses desejos são articulados em ideais intelectualmente atraentes para a sociedade. Têm-se como exemplo os ideais da Revolução Francesa. Cabe ressaltar, porém, que a força dos ideais não tem menos força causal na evolução do Direito do que as já citadas pressões de coordenação.

2.2 - Risco e incerteza

O professor Barrozo entende que, a partir das pressões coordenadoras, deve-se pensar no risco e em como as sociedades lidam com ele. Com relação aos ideais, o pensamento deve estar focado na questão da igualdade.

Inicialmente, é preciso separar risco de incerteza, pois estes são diferentes. É possível que haja maior ou menor incerteza quanto ao risco.

Incerteza é um fenômeno da mente: há o aparato sensorial que capta o mundo a nossa volta, sendo o cérebro o grande integrador do que as faculdades sensoriais captam. A mente é capaz de pensar estrutural-causalmente; ou seja, é capaz de atribuir causas a efeitos, sendo esta uma “rua de mão dupla”. A sequência de acontecimentos é transformada em relação de causa-efeito. Como exemplo, há o nascimento do Sol. Há um juízo de probabilidade grande de que o Sol nascerá todos os dias, fazendo com que as pessoas, de maneira geral, façam planos com base em tal premissa.

O modo como se experimenta a relação causa-efeito é quase que uma certeza, ou, ainda, uma espécie incerteza. Sem essa capacidade de sugar advinda do aparato sensorial, as impressões pessoais de cada indivíduo, unificando-as em nossa mente, vendo sequências temporais de eventos e colocando-as em relação de causa e efeito, não há como se navegar no mundo.

O risco é a relação probabilística entre uma causa e um evento não desejado. Há riscos sobre os quais há incerteza cognitiva. Toma-se como exemplo a extinção de espécies: quais são os riscos para a vida do planeta ao se deixar que certas espécies sejam extintas?

Quando o risco é combinado com a incerteza, as sociedades tendem a agir de modo precavido. Assim, as sociedades tendem a pensar, por

exemplo, que um ataque terrorista com possível efeito catastrófico tem que ser respondido com cem por cento de prevenção

2.2.1 - Espécies de risco

O risco pode ser de três espécies diversas, sendo elas: riscos irreversíveis, catastróficos, e demais. Riscos irreversíveis ocorrem quando, olhando para as relações de causa e efeito, a sociedade conclui que se “A” ocorresse, o que quer de indesejável que se seguisse a “A” seria irreversível. Riscos catastróficos não são irreversíveis, mas a dor, o dano e o prejuízo deles advindos são muito grandes. É interessante se pensar esses riscos de uma perspectiva da sociedade. Na possibilidade de novos atentados como ao *World Trade Center*, por exemplo, a perda de um ente querido seria considerada irreversível para quem o perdesse; para a sociedade como um todo, no entanto, de acordo com a classificação do professor Barrozo, esse risco seria catastrófico, com perdas e danos catastróficos, porém reversíveis (acrescentei).

As sociedades se adaptam a tais riscos, sendo todos os três partes importantes dos aspectos de coordenação. Dessa forma, as políticas de saúde, por exemplo, são cálculos e análises acerca de custo-benefício. Quando se observa a vacinação infantil, percebe-se que milhares de crianças morrem em decorrência de vacinas todos os anos. Todavia, o número de crianças que morreriam das doenças contra as quais as vacinas protegem seria muito maior se não houvesse a vacinação.

2.3 - Ideais e igualdade

Segundo o professor Barrozo, com relação à igualdade, deve-se chegar ao seu conceito de modo indireto, por meio de duas concepções de mérito: mérito como capacitação específica e mérito como virtude.

O mérito como capacitação específica analisa o caso posto diante de si, com a aferição de uma habilidade específica, sem considerar o conjunto de fatores que podem envolver o sujeito. Tomemos como exemplo o vestibular: “A” estudou por toda a vida em um excelente colégio e pleiteia uma vaga na melhor universidade do país. Há a percepção, no Brasil,

de que o modo de melhor aferir a capacidade específica em se sair bem nos cursos e nas provas para o curso de Direito é por meio da análise de conhecimento, com provas aplicadas em dois ou três dias e que abarque disciplinas do Ensino Médio, o famoso vestibular. “A” tira uma excelente nota. Nesse caso, se o modelo de recrutamento está certo – mérito como capacitação específica -, faz sentido para instituição de ensino conceder uma vaga para quem tirou uma melhor nota.

Já no mérito com virtude, imagine-se que “A” cresceu num bairro pauperizado, sem escolas públicas de bom nível e com pais com baixa instrução, num universo urbano marcado por escassez e violência. A despeito disso, aspirou a vaga na citada universidade e atingiu nota mediana na prova. Se o modelo de recrutamento utilizado for o de capacitação específica, é possível que “A” não consiga uma vaga na melhor universidade; no entanto, caso se utilize o método do mérito como virtude há possibilidade de “A” conseguir sua vaga, desde que haja possibilidades de mensuração e de ponderação da capacidade de “A” de acordo com as oportunidades que lhe foram dadas.

A dificuldade dessa análise reside na subjetividade de cada fator da relação social de “A” em sua formação. Ser branco ou negro, heterossexual ou homossexual, católico, protestante ou ateu, rico ou pobre, filho de pais com distúrbios neurológicos ou grave doença, ser portador de doença grave: a dificuldade de se singularizar e se mensurar cada um desses fatores na análise mérito-virtude-oportunidade quase que inviabiliza essa possibilidade¹.

O mérito como capacitação específica é maior no primeiro exemplo, enquanto o mérito com virtude é maior no segundo. Assim, as sociedades têm de observar que tipo de discriminação é “saudável” e qual tipo é sabotadora da igualdade, de forma a maximizar a distribuição/alocação nesta sociedade.

3 - O FUTURO DA SOCIEDADE E DO DIREITO INTERNACIONAL

A justiça como fundamento da ordem sociojurídica, assim como o Direito, transforma-se ao longo do tempo: o que era justo no período do Absolutismo não necessariamente seria justo atualmente. A aspiração à

1 A esse respeito, é interessante que se estudem as ideias de posição original e véu da ignorância, no que se refere ao princípio da liberdade e, especialmente, ao princípio da igualdade. Este se subdivide em princípio da igualdade justa de oportunidade em princípio da diferença, em que assimetrias seriam corrigidas. Ver John Rawls, em **Teoria da Justiça**.

justiça, contemporaneamente, no entanto, permanece; possivelmente, permanecerá como aspiração da ordem social no futuro. Fosse a intenção dos autores a vaticinação, esta seria a primeira (e provavelmente a última) tentativa: a justiça continuará como fundamento na ordem social.

A mediação entre passado e futuro é feita pelo presente, independentemente de se conceber o presente como um instante fugaz, ou o presente como o momento histórico pelo qual passa a humanidade. A crítica do professor ao Direito e ao ensino do Direito em geral, mais especialmente no Brasil, dá-se porque há uma excessiva perspectiva passadista. O professor Barrozo opta usar a expressão “passadista” em vez de “conservadora” ou “tradicional”, a fim de evitar que seja realizado qualquer juízo de valor. Inevitavelmente, a tradição também medeia passado e futuro. O que é tradição é escolha, no presente, de ideias e conceitos passados com intenção de projetá-las no futuro. Deve-se ressaltar que a tradição não necessariamente tem de ser conservadora; a tradição também pode ser progressista e, assim como o Direito, também é mutável.

A primeira proposta do professor Barrozo é, sem esquecer-se do passado, mas também sem se dar a este um peso excessivo, pensar o futuro do Direito. Para pensar no futuro do Direito, é preciso compreender como o Direito é alterado. A alteração do Direito é proporcionada pela forma com que a sociedade interage entre si.

Por ser um ramo do Direito, o Direito Internacional Público também se altera por meio da interação social. São Tomás de Aquino (1225-1274) admitia o homicídio do tirano como guerra justa; todavia, por muitos séculos, a teoria do poder divino dos reis prevaleceu. Francisco de Suarez (1548-1617) reformulou a teoria divina ao afirmar que o poder é divino, mas atribuído a toda a comunidade política e não apenas a alguns “escolhidos”. Com ideias de Tomás de Aquino, Suarez aprimorou a teoria do direito divino em seu momento histórico (o momento presente dele), baseado no passadismo de seu tempo, projetando ideias para o futuro.

A teoria do direito natural, considerando o momento histórico do Estado Moderno, ganhou ainda mais relevo em 1689, com o “Bill of Rights”, que considerava que o inglês era possuidor de alguns direitos e deveres inerentes a ele. Em contraposição ao direito natural, surge o positivismo, que durante muito tempo prevaleceu no mundo jurídico. O renascimento do direito natural não se deve à elevação da religiosidade ao direito. A ascensão do direito natural está relacionada à fundamentação

ética de determinados direitos inerentes ao ser humano. Percebe-se, nessa relação, a influência do passadismo sobre o presente e a sua influência sobre o futuro, em alguns momentos históricos.

O Direito Internacional Público, como dito, é influenciável pela sociedade. O conteúdo do conjunto de regras e normas da sociedade internacional se modifica na medida em que se modifica a percepção sobre a sociedade internacional. Tradicionalmente, a percepção de sociedade internacional esteve limitada aos Estados-nação, o que é percebido pela etimologia do termo *inter nacional*. Com a criação das Organizações Internacionais Intergovernamentais, a sociedade internacional tornou-se um pouco mais complexa: Estados, como sujeitos originários; e organizações internacionais, como sujeitos derivados. Atualmente, o renascimento do direito natural ensejou a elevação do ser humano como sujeito de DIP pela corrente majoritária; mais uma vez, percebe-se a alteração do Direito com vistas ao passado, mas objetivando o futuro.

A interpenetração entre temas – outrora polarizados - públicos e privados, consequência da globalização, enseja o pensamento do Direito Público e Privado cada vez mais em conjunto. Com isso, é possível que as organizações internacionais não governamentais e as empresas transnacionais sejam consideradas sujeitos de DI; para as primeiras, já há espaço para manifestações junto às OIs; para as últimas, já há possibilidades de demandarem em face de Estados junto a organismos internacionais, como do ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, do qual o Brasil não faz parte). Mais uma vez, a História mostra a correlação entre passado e futuro.

Especificamente sobre o fim do Estado Moderno pela criação de organizações supranacionais, como a União Europeia, exemplificado por Barrozo, entende-se contrariamente ao professor, na medida em que não necessariamente a criação destas implica fim do Estado. Se, por um lado, as organizações internacionais podem, inicialmente, ser rivais à existência de Estados no presente; por outro, no futuro, essa organização pode transformar-se em um Estado maior: é o que parece acontecer com a União Europeia, aspirado por seus pais fundadores antes mesmo da criação da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, precursora da UE. Kant já imaginava a Europa como um único Estado Federado, além de imaginar também um Direito Cosmopolita, em que considerava o indivíduo como cidadão do mundo e um sujeito da sociedade cosmopolita como o Estado.

Não se entende, outrossim, que as OIs se rivalizam com a existência do Estado Moderno. As OIs são expressão da mudança na relação da sociedade internacional; assim como não se imaginam pessoas isoladas no mundo, há formas de relação dos Estados com outros sujeitos e atores. Embora o Estado ainda figure como sujeito principal, inegavelmente, a história recente do Direito Internacional aponta para maior interdependência, interconectividade, o que desafia o Direito Internacional, compreendido como o estabilizador das relações na sociedade internacional. A inter-relação entre passado e futuro no Direito Internacional não se limita, portanto, à existência ou não do Estado.

É interessante pensar sobre o passadismo no DIP analisando-se, rapidamente, o costume como fonte de DIP.

O costume - prática reiterada obrigatória para os sujeitos de DI - é composto por dois elementos indissociáveis: o elemento objetivo, ou seja, a prática reiterada e o elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*), que é a percepção da obrigatoriedade desta prática pelos sujeitos de DIP. A revogação do costume ocorre tanto por um tratado posterior (também fonte de DIP), como por um novo costume, uma nova prática reiterada e obrigatória, o que evidencia a mediação entre passado e futuro no DIP. O costume é, portanto, construção do presente, com base em práticas reiteradas do passado, com implicações futuras.

Além desses exemplos, para posterior análise da relação entre passado e futuro, o estudo da influência entre documentos internacionais, como tratados e declarações, e o direito nacional, constituição e leis, é relevante. Essa análise pode ter dupla perspectiva: a dos Estados historicamente mais influentes nas relações internacionais, como os EUA, e demais países, como o Brasil. Compreender de que forma o direito americano influencia o Direito Internacional e de que forma este influencia tanto o direito americano como o brasileiro pode apontar o trajeto entre o passado e o futuro do direito objeto de estudo. À ideia então de força de pressão de coordenação social e força de coordenação de mudanças do direito poderá agregar-se a ideia de pressão de subordinação social e de forças de subordinação de mudanças, na medida em que “coordenação” pressupõe igualdade de forças e “subordinação” pressupõe hierarquia, forças mais influentes e determinantes que outras.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conceber conclusões peremptórias, em tão pouco tempo, sobre um tema tão amplo quanto abstrato, é encontrar-se entre o limite da irresponsabilidade e da ousadia. Pensar o futuro do Direito, o futuro do ensino Direito e a implicação deles no mundo sobre a perspectiva pasadista é um erro, assim como pensar que a educação é suficiente para mudar o mundo; de acordo com Paulo Freire, “educação não transforma o mundo. Educação muda pessoas. Pessoas transformam o mundo”. A proposta de reflexão do Direito imaginando-se o futuro é ousada, arriscada e inerentemente incerta.

Do ponto de vista histórico, o modo como as sociedades se adaptaram para dar conta do risco deu foco e substância às instituições e às regras do sistema jurídico. O modo como se regula o risco é fator central no Direito.

Pode haver incerteza quanto à existência do Estado-nação no futuro, mas esse risco parece ser diminuto. Isso não significa, de forma alguma, que a sociedade internacional seja imutável. Conforme apontado, a relação entre sujeitos e atores em âmbito internacional é cada vez mais intensa, o que desafia o Direito a se atualizar. Inevitavelmente, na corrida entre alteração do Direito e das relações, internacional ou internamente, o Direito leva desvantagem, considerando a maior adaptabilidade das relações. O desafio do Direito em transformar a abstratividade normativa em solução a casos concretos não dispensará a justiça como elemento fundamental, também mutável, de forma a se adequar a um conjunto de ideais de determinado momento histórico.

Considerando-se que pessoas transformam o mundo, a interação entre elas e suas experiências sociais nortearão as mudanças do mundo e, conseqüentemente, no Direito. Por ser o Direito o estabilizador de uma sociedade mutável, refletir sobre o futuro dele é importante. Não se deve esperar que a reflexão e a solução sejam dadas por intelectuais de países tradicionalmente marcados pela inovação (EUA e Alemanha, por exemplo) em diferentes campos, como Medicina, Engenharia e Direito: assim como pessoas pensaram mudanças do Direito em vários momentos históricos, o futuro do Direito será fruto da imaginação de intelectuais, independente de nacionalidade, que pensaram o Direito no presente. ❖

Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões

(Michel Foucault)

CRISTINA TEREZA GAULIA

Magistrada e Doutoranda

INTRODUÇÃO – APRESENTAÇÃO DA OBRA

Em francês, *Surveiller et Punir: Naissance de la prison*, **Vigiar e Punir**, publicado originalmente em 1975, é um estudo científico no qual Foucault narra a história da legislação penal e os métodos punitivos com que o poder, há séculos, regulamentou e implementou o sistema de repressão à delinquência: do suplício dos corpos até as modernas instituições correicionais.

No livro, Foucault faz um exame dos mecanismos sociais e teóricos que motivaram as mudanças nos sistemas penais ocidentais, dedicando-se à análise de como o poder, por meio de diversas entidades estatais (hospitais, prisões e escolas), vigia e pune aqueles que qualifica como criminosos (ou “injustos agressores”).

Foucault, de forma sagaz e irônica, desmitifica no livro a nova principiologia do Direito Penal, lastreada no encarceramento, trazida pela modernidade, esta que, segundo seus defensores, com a preservação do respeito à pessoa e à dignidade, falaria não mais do castigo dos delinquentes, mas de sua recuperação para o fim de reintegrá-los à sociedade.

O Direito Penal moderno assume portanto um novo lema: o de que ele não existe mais para punir crimes, mas para readaptar delinquentes.

Vigiar e Punir divide-se em quatro partes:

→ *1ª Parte*: Suplício

- Cap. I: “O Corpo dos Condenados”

- Cap. II: “A Ostentação dos Suplícios”
→ 2ª Parte: Punição
- Cap. I: “Punição Generalizada”
- Cap. II: “Mitigação das Penas”
→ 3ª Parte: Disciplina
- Cap. I: “Corpos Dóceis”
- Cap. II: “Os Recursos para o Bom Adestramento”
- Cap. III: “Panoptismo”
→ 4ª Parte: “Prisão”
- Cap. I: “Instituições Completas e Austeras”
- Cap. II: “Ilegalidade e Delinquência”
- Cap. III: “O Carcerário”.

SUPLÍCIO E PUNIÇÃO

O livro começa expondo duas formas de punição, uma relativa ao final do século XVIII, e a outra relativa ao início do século XIX.

A primeira é o suplício público com o atenazamento, banho de chumbo derretido, óleo fervente, piche, enxofre e cera derretidos, e o posterior desmembramento de Robert Damiens pela tentativa de assassinato de Luiz XV, em França.

A segunda é a agenda de programação diária, de extrema disciplina, da casa dos jovens detentos de Paris.

Refere Foucault:

Apresentamos exemplos de suplício e de utilização do tempo. Eles não sancionam os mesmos crimes, não punem o mesmo tipo de delinquentes. Mas definem bem, cada um deles, um certo estilo penal. Menos de um século medeia entre ambos. É a época em que foi redistribuída, na Europa e nos Estados Unidos, toda a economia do castigo.¹

¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33ª ed., Petrópolis: Ed. Vozes, 2001, p. 11.

A primeira grande mudança no campo penal é, sem dúvida, o desaparecimento dos suplícios físicos, do corpo marcado, do espetáculo cênico em praça pública, como um grande teatro.

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo.²

Há nessa transformação dois processos de interesse, o primeiro sendo a supressão do espetáculo punitivo que faz cessar o domínio do poder sobre o corpo do delinquente.

[...] as práticas punitivas se tornam pudicas. Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente [...] a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, [...] a deportação [...] são penas físicas [...] Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era na época dos suplícios.³

O segundo processo de transformação é o da imposição da punição.

Tanto do ponto de vista de sua natureza pedagógica, como do ponto de vista de quem a impõe, a punição tornar-se-á limpa, pura, agindo nos corações e mentes dos criminosos, e dos juízes.

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata [...] É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. [...] O essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, “curar”; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores.⁴

² *Ibidem*, p. 12.

³ *Ibidem*, p. 14.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

As penas de morte, onde ocorrem, aperfeiçoam esses critérios: supressão do espetáculo, anulação da dor.

Ao se aproximar o momento da execução, aplicam-se aos pacientes injeções de tranquilizantes. Utopia do pudor judiciário: tirar a vida evitando deixar que o condenado sinta o mal, privar de todos os direitos sem fazer sofrer, impor penas isentas de dor. O emprego da psicofarmacologia e de diversos “desligadores”, fisiológicos, ainda que provisório, corresponde perfeitamente ao sentido dessa penalidade “incorpórea”.⁵

A execução passa a atingir a vida do criminoso, não mais o corpo.

Houve a redução das “mil mortes” sofridas pelos supliciados à estrita execução capital em que se morre uma única vez.

Surge uma metodologia da morte, métodos de matar, como o enforcamento e a guilhotina: “Quase sem tocar o corpo, a guilhotina suprime a vida, tal como a prisão suprime a liberdade, ou uma multa suprime os bens”⁶.

Porém, é um processo de mudança lento e gradual, com diferentes referenciais, de acordo com a ética penal de cada país e com avanços e retrocessos. Sublinhe-se que o processo não é de melhoria, mas de mudança.

Primeiro, as transformações não se fazem em conjunto nem de acordo com um único processo. [...]

Paradoxalmente, a Inglaterra foi um dos países mais reacionários ao cancelamento dos suplícios. [...]

*Devemos levar em consideração também as acelerações e recuos que o processo global seguiu entre 1760 e 1840, a rapidez da reforma em certos países, como a Áustria, a Rússia, os Estados Unidos, a França no momento da Constituinte, depois, o refluxo da Contra-Revolução [...]*⁷

Houve então um deslocamento do objeto da ação punitiva, esta que vai, vagarosa e paulatinamente, passando a ser exercida não mais sobre o corpo, mas já agora sobre a alma.

⁵ *Ibidem*, p. 14/15.

⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁷ *Ibidem*, p. 17.

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido [...]

Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”.

Se não é mais ao corpo a que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos — daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou — é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.⁸

Foucault sustenta que essa teoria da punição “gentil” representou o primeiro distanciamento da excessiva força do soberano em direção a meios de punição mais generalizados e controlados.

Novo personagem entra em cena, mascarado. Terminada uma tragédia, começa a comédia, com sombrias silhuetas, vozes sem rosto, entidades impalpáveis. O aparato da justiça punitiva tem que ater-se, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea.⁹

Mas há efeitos inequívocos, estes que devem ser melhor percebidos no curso desse rito de passagem, da punição que se desloca do corpo para a alma.

São tais efeitos:

1º) A Substituição de Objetos

Houve uma redefinição das infrações e de sua hierarquia. Uma revisão das tolerâncias, dos limites.

⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁹ *Ibidem*, p. 18-19.

2º) A Modificação do “Objeto Crime” – A Atenção ao Criminoso

A relativa estabilidade da lei obrigou um jogo de substituições sutis e rápidas. Sob o nome de crimes e delitos, são sempre julgados corretamente os objetos jurídicos definidos pelo Código. Porém julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, as inaptações, os efeitos de meio ambiente ou de hereditariedade. Punem-se [...] as sombras que se escondem por trás dos elementos da causa [...]: o conhecimento do criminoso, a apreciação que dele se faz, o que se pode saber sobre suas relações entre ele, seu passado e o crime, e o que se pode esperar dele no futuro.¹⁰

Este estudo de Foucault revela sua atualidade absoluta no Brasil do século XXI, onde o estigma do criminoso “PPP” (preto, pobre, prostituta) ainda está fortemente presente no inconsciente judiciário.

Ana Paula Barcelos Ribeiro da Silva, em belíssima tese de doutorado, “Discurso Jurídico e (des)qualificação moral e ideológica da pobreza urbana”¹¹, aponta de forma percuciente, também com apoio em Foucault, que:

No Brasil, alcançar a civilização incluía retirar de cena os marcos da escravidão e do colonialismo que o distanciavam do mundo europeu, civilizado. As políticas públicas passam a trazer em seu bojo o ideal de uma sociedade higienizada e moderna que implica, em grande parte, a exclusão das classes subalternas. Assim, se na esfera urbana são realizados projetos modernizadores e campanhas de vacinação compulsória, na esfera jurídica estes indivíduos que não se encaixavam nos padrões de civilização agora prevaletentes serão punidos. A sociedade passa a ser vista pelo discurso jurídico como um “organismo social” que sofre de “enfermidades”, que necessitam ser “sanadas” por meio da ação dos representantes do campo jurídico e das autoridades instituídas.¹²

¹⁰ *Ibidem*, p. 19.

¹¹ SILVA, Ana Paula Barcelos Ribeiro da. **Discurso jurídico e (des)qualificação moral e ideológica da pobreza urbana**. Rio de Janeiro: Luminária Acadêmica, Editora Multifoco, 2011.

¹² *Ibidem*, p. 50.

3°) A Modificação das Regras de Elaboração do Julgamento pelos Juízes

E, com isso, começaram a fazer algo diferente do que julgar. Ou, para ser mais exato, no próprio cerne da modalidade judicial do julgamento, outros tipos de avaliação se introduziram discretamente modificando no essencial suas regras de elaboração. Desde que a Idade Média construiu [...] a grande procedura do inquérito, julgar era estabelecer a verdade de um crime, era determinar seu autor, era aplicar-lhe uma sanção legal. Conhecimento da infração [...] do responsável, [...] da lei, três condições que permitiam estabelecer um julgamento como verdade bem fundada. Eis, porém, que durante o julgamento penal encontramos inserida agora uma questão bem diferente de verdade. Não mais simplesmente: “O fato está comprovado, é delituoso?” Mas também: “O que é realmente esse fato, o que significa essa violência ou esse crime? Em que nível ou em que campo da realidade deverá ser colocado? Fantasma, reação psicótica, episódio de delírio, perversidade?” Não mais simplesmente: “Quem é o autor?” Mas: “Como citar o processo causal que o produziu? Onde estará, no próprio autor, a origem do crime? Instinto, inconsciente, meio ambiente, hereditariedade?” Não mais simplesmente: “Que lei sanciona esta infração?” Mas: “Que medida tomar [...]? Como prever a evolução do sujeito? De que modo será ele mais seguramente corrigido?” Todo um conjunto de julgamentos apreciativos, diagnósticos, prognósticos, normativos, concernentes ao indivíduo criminoso encontrou acolhida no sistema do juízo penal.¹³

Assim Foucault estabelece o que ainda hoje, no século XXI, é uma verdade geral:

[...] desde [...] os séculos XVIII e XIX – um processo global levou juízes a julgar coisa bem diversa do que crimes [...] A operação penal inteira carregou-se de elementos e perso-

¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. op. cit., p. 20-21.

nagens extra-jurídicos [...] é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga: “Naturalmente, damos um veredicto, mas ainda que reclamado por um crime, vocês bem podem ver que para nós funciona como uma maneira de tratar um criminoso; punimos, mas é um modo de dizer que queremos obter a cura.”¹⁴

Nesse ponto da sagaz discussão trazida por Foucault em **Vigiar e Punir**, interessante chamar a atenção sobre dois aspectos da obra, que são chaves para a sua compreensão.

Em primeiro lugar, lembrar que a obra tem um segundo título: “História da violência nas prisões” ou o “Nascimento da Prisão” (no original francês), significando que o livro não é uma “história das prisões”, mas sim uma análise sociopolítica do instituto “prisão”, de sua organização e finalidade, uma análise, um estudo deste instrumento e de seu papel social, e do novo poder nascido através do sistema prisional.

A seguir, importa observar uma curiosidade: a obra, em inglês, veio a ser traduzida como *Discipline and Punish*, e não como *Surveillance and Punish*.

Dois comentários, um do próprio Foucault em entrevista ao **Le Monde**, em 21/02/75, na época da publicação de **Vigiar e Punir**, e outro de David Garland no livro **Punishment and Modern Society**, sobre a obra do primeiro, esclarecem melhor tais singularidades, demonstrando bem o objetivo do autor, e a desmistificação dos discursos oficiais, estes que visam primordialmente ao fortalecimento do poder estatal.

Esclarece Foucault ao repórter do **Le Monde**:

De onde vem a prisão? Eu responderia. “Um pouco de todas as partes.” Houve invenção sem dúvida, mas invenção de toda uma técnica de vigilância, de controle de indivíduos, enquadramento de seus gestos, de sua atividade, de sua eficácia. E isso, a partir dos séculos XVI e XVII, no exército, nos colégios, escolas, hospitais [...] Uma tecnologia do poder apurado e cotidiano, do poder sobre os corpos. A prisão é a figura última dessa era das disciplinas.

¹⁴ *Ibidem*, p. 22-23.

Quanto ao papel social do encarceramento, é preciso buscá-lo ao lado deste personagem que começa a se definir no século XIX: o delinquente. A constituição do meio delinquente é absolutamente correlativa à existência da prisão. Procurou-se constituir no próprio interior das massas um pequeno núcleo de pessoas que seriam, se assim podemos dizer, os titulares privilegiados e exclusivos dos comportamentos ilegais. Pessoas rejeitadas, desprezadas e temidas por todo mundo. [...] Assim, a prisão é um instrumento de recrutamento dos delinqüentes para o exército. É para isso que ela serve. Há dois séculos se diz:: “A prisão fracassa, já que ela fabrica delinquentes”. Eu diria, de preferência: “Ela é bem-sucedida, pois é isso que lhe pedem.” [...]”¹⁵

E o benefício que o poder extrai desse exército de delinquentes é que:

[...] ela isola um pequeno grupo de pessoas que podem ser controladas, vigiadas, conhecidas de ponta a ponta e que são alvo de hostilidade e de desconfiança dos meios populares dos quais saíram, pois as vítimas da insignificante delinquência cotidiana ainda são as pessoas mais pobres. No fim das contas, o resultado dessa operação é um gigantesco lucro econômico e político. Um lucro econômico: as somas fabulosas trazidas pela prostituição, pelo tráfico de drogas, etc. Um lucro político: quanto mais houver delinquentes, mais a população aceitará os controles policiais, sem contar o benefício de uma mão de obra garantida para as baixas tarefas. [...]”¹⁶

A prisão, o sistema prisional, por conseguinte, não nasce repentinamente, mas vai, pouco a pouco, sendo gestado em outros lugares sociais. O sistema vai sendo aprimorado com personas diversas, mas sempre a partir da ideia nuclear de limitação dos espaços físicos, de regras disciplinares para certos e determinados grupos sociais.

15 FOUCAULT, Michel. **Segurança, Penalidade e Prisão**. Coleção Ritos e Escritos VIII, org. Manoel Barros da Motta, Ed. Forense Universitária, p. 33.

16 *Idem*.

Aponta David Garland:

It is within this wider critical project that Discipline and Punish should best be understood. Despite being subtitled “the birth of the prison” and presented, for the most part, in the form of a historical narrative, the book works less well as a history of punishment than as a structural analysis of Power, or to be more exact, of the peculiar modern form of exercising Power which Foucault calls “discipline”. For Foucault, an investigation of the emergence of the prison in the early nineteenth century is actually a mean of exploring the much wider (and more contemporary) theme of how domination is achieved and individuals are socially constructed in the modern world.

É no âmbito maior de um projeto crítico que se deve compreender “Vigiar e Punir”. Muito embora o subtítulo “Nascimento da prisão”, e o próprio livro, seja apresentado, em sua maior parte, sob a forma de uma narrativa histórica, o livro é muito mais uma análise estrutural do Poder do que a história das punições. Para sermos ainda mais exatos, refere-se à moderna e peculiar forma pela qual o Poder se exerce, dentro do que Foucault chama “disciplina”. Para Foucault, uma investigação sobre o aparecimento da prisão no início do século XIX constitui uma forma de explorar o tema, muito mais amplo (e contemporâneo), de como se alcança a dominação e de como os indivíduos são socialmente construídos no mundo moderno.¹⁷

Ou seja, Foucault retoma, em **Vigiar e Punir**, as análises estruturalistas do poder, demonstrando, como vimos, que o objeto do poder é estabelecer saberes que submetam o sujeito, seja esse sujeito o delinquente ou o juiz. No fim, todos submetem-se à trama tecida pelo poder. Sublinhe-se que isso ocorre com o próprio poder que “vigia” delinquentes e juízes, mas “disciplina”, por fim, também a ambos.

17 GARLAND, David. **Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory**. The University of Chicago Press, Oxford University press, 1990, p. 134. Tradução livre da autora.

Mas o “Suplício” prossegue além do capítulo I, em que a ênfase do trabalho de Foucault está no “Corpo dos Condenados”¹⁸, aprofundado, no capítulo II, “A Ostentação dos Suplícios”¹⁹.

Refere Foucault que:

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder.²⁰

[...] complementando que: é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade.²¹

Foucault traça então considerações sobre a alteração da natureza do processo criminal, cujo conteúdo, de secreto, passa a ser público, voltado não mais para o crime, mas agora para o acusado, sendo, no entanto, seu conhecimento privilégio da acusação.

O modelo seguido pelo processo penal desde a Idade Média é lastreado no Inquérito (“meio de constatar ou de restituir os fatos, os acontecimentos, os atos, as propriedades, os direitos”²²). É um modelo inquisitorial que visa a descobrir quem fez o que; quem viu e pode testemunhar; quais são as provas e, se há confissão, esta que facilita muito a condenação.

A informação penal escrita, secreta, submetida, para construir suas provas a regras rigorosas, é uma máquina que pode produzir a verdade na ausência do acusado. E por essa mesma razão, embora no estrito direito isso não seja necessário, esse procedimento vai tender necessariamente à confissão.²³

18 O capítulo I da primeira parte “Suplício” de **Vigiar e Punir** é exatamente “O Corpo dos Condenados.”

19 O capítulo II da primeira parte é “A Ostentação dos Suplícios.”

20 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**, *op. cit.*, p. 32.

21 *Ibidem*. p. 31.

22 FOUCAULT, Michel. **Resumo dos Cursos do College de France** (1970-1982), Jorge Zahar Editor. p. 20.

23 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**, *op. cit.*, p. 34.

A confissão, por sua vez, é a rainha das provas, pois:

*[...] pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual da produção da verdade penal. [...]*²⁴

*[...] se trata em suma de produzir a verdade por um mecanismo de dois elementos – o do inquérito conduzido em segredo pela autoridade judiciária e o do ato realizado ritualmente pelo acusado [...] Pode-se a partir daí encontrar o funcionamento do interrogatório como suplício da verdade.*²⁵

O suplício prévio para a confissão continua após a sentença, na fase de execução da pena, por quatro motivos:

- fazer do culpado o arauto de sua própria condenação;
- prosseguir uma vez mais na cena da confissão, com um reconhecimento espontâneo e público;
- prender o suplício ao próprio crime, daí a utilização de “suplícios simbólicos”, em que a execução faz lembrar o próprio crime: fura-se a língua dos blasfemadores ou corta-se o punho de quem matou;
- a lentidão do suplício público, na execução da sentença em público, deve ser dolorosa, pois está exatamente no ponto de junção do julgamento dos homens com Deus.

Foucault aponta, também como característica bem definida do suplício judiciário ser o mesmo “um ritual político” que integra uma cerimônia de manifestação do poder.

*O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe.*²⁶

Outra característica essencial do suplício era a publicidade:

Nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua

²⁴ *Ibidem*, p. 35

²⁵ *Ibidem*, p. 36.

²⁶ *Ibidem*, p. 41.

*realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.*²⁷

Ainda hoje é o que acontece, pois a propaganda midiática, com fatos relacionados à superlotação carcerária e às revoltas dos internos nas instituições prisionais, tem o mesmo exato objetivo: infundir o medo e demonstrar a força do poder estatal criminal.²⁸

Mas é interessante observar que nem sempre o povo é o “rebanho de carneiros” pronto a observar um espetáculo de tortura sem se revoltar.

*Ora, é nesse ponto que povo, atraído a um espetáculo feito para aterrorizá-lo, pode precipitar sua recusa ao poder primitivo, e às vezes sua revolta [...] Ainda mais se a condenação é considerada injusta. E se vê levar à morte um homem do povo, por um crime que teria custado a alguém mais bem nascido ou rico uma pena relativamente leve.*²⁹

Começam a surgir efeitos contrários ao ideário do suplício penal. Surge uma corrente de solidariedade entre o povo e o condenado.

*A solidariedade de toda uma camada da população com os que chamaríamos pequenos delinquentes - vagabundos, falsos mendigos, maus pobres, batedores de carteira, receptadores, passadores - se manifestou com muita continuidade; atestam esse fato a resistência ao policiamento, a caça aos denunciantes, os ataques contra as sentinelas ou os inspetores. E era a ruptura dessa solidariedade que visava sempre mais a repressão penal e policial.*³⁰

27 *Ibidem*, p. 49.

28 *Ibidem*, p. 50-51.

29 *Idem*.

30 *Ibidem*, p. 52.

E do contexto marginal exurgem “os bandidos heróis”.

Refere Foucault:

Herói negro ou criminoso reconciliado, defensor do verdadeiro direito ou força indomável, o criminoso dos folhetins, das novelas, dos almanaques, das bibliotecas azuis, representa, sob a moral aparente do exemplo que não deve ser seguido, toda uma memória de lutas e confrontos. Já houve condenados que, depois da morte, se tornaram uma espécie de santo [...].³¹

Eric Hobsbawm escreveu interessante trabalho sobre os bandidos heróis,

Nesta obra magistral que deu origem a um novo campo de pesquisa na História - o banditismo social - Eric Hobsbawm explora as perspectivas políticas do banditismo e sua história no contexto do poder e do controle por parte dos governos e do Estado. O bandido social - Pancho Villa, Lampião, Robin Hood, entre outros - é aqui explicado como um rebelde potencial: o elemento social que, estando fora do alcance do poder e sendo ele mesmo detentor de poder, resiste a obedecer.³²

A percepção dos efeitos contrários leva à necessidade de reformulação do sistema de punição estatal.

SEGUNDA PARTE - PUNIÇÃO

Refere Foucault, no capítulo I - “Punição”, que denominou, não à toa, de “punição generalizada”, que, muito embora a versão pública da mudança do sistema punitivo dos suplícios para o sistema prisional tenha sido de que seria chegado o momento de uma maior humanização da punição, e, por certo de uma limitação ao poder do soberano, em verdade, o que se viu nascer com a reforma, não foi uma nova sensibilidade, mas

³¹ *Ibidem*, p. 55.

³² Contracapa do livro **Bandidos** de Eric Hobsbawm, Paz e Terra, 2012. “(...) a história do banditismo, inclusive do banditismo social, não pode ser entendida nem adequadamente estudada exceto como parte da história do poder político, o qual, em seus níveis mais altos, é o poder dos impérios e dos estados”. *ibidem*, p. 27.

uma nova política do poder, com novos saberes institucionalizados em relação aos crimes e, principalmente, em relação aos “delinquentes”.

Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica das instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquetematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.³³

Lastreado nesses novos paradigmas, começa a ser edificado o moderno sistema penal punitivo do Estado, este que “deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas”³⁴.

É então concebido um rol de regras importantes para que a nova técnica dos sinais punitivos se mostre eficiente, não mais como exemplo de réplica pública do crime, mas por meio de uma intervenção do poder com a máxima economia e eficácia.

Tais regras são:

1ª Regra da Quantidade Mínima:

Uma vez que a pena deve ter um efeito preventivo, é oportuno que aquela cause ao culpado um dano apenas um pouco maior que a vantagem que o culpado retirou do crime.

2ª Regra da Idealidade Suficiente:

Segundo as novas ideias de punição, não é mais o caso de utilizar o corpo para sustentar o suplício; portanto, é melhor que, da mesma forma que o motivo do crime é a representação da vantagem que ele gerará na cabeça do criminoso, a eficácia da pena esteja na imagem mental que se

³³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, op. cit., p. 69-70.

³⁴ *Ibidem*, p. 75.

fará dela, uma imagem de desvantagem, de desprazer, de inconveniente.

3ª Regra dos Efeitos Colaterais:

A pena deve ter efeitos mais intensos naqueles que não cometeram a falta. É o exemplo com relação aos outros que importa. Ou seja, a pena deve produzir o efeito de prevenção geral, sobretudo em confronto com quem não cometeu o delito.

4ª Regra da Certeza Perfeita:

É preciso que, à ideia de cada crime e das vantagens que se esperam dele, esteja associada a ideia de um determinado castigo, com as desvantagens precisas que dele resultam [...] Esse elemento geral de certeza que deve dar eficácia ao sistema punitivo implica num certo número de medidas precisas [...] Que as leis que definem os crimes e prescrevam as penas sejam claras [...] Que essas leis sejam publicadas [...] Que o monarca renuncie a seu direito de misericórdia [...] Que nenhum crime escape ao olhar dos que têm que fazer justiça [...] Que os processos não fiquem secretos, que sejam conhecidas por todos as razões pelas quais um acusado foi condenado ou absolvido.³⁵

5ª Regra da Verdade Comum:

Devem ser abandonadas as chamadas provas legais (tortura, extorção da confissão, utilização do suplício para arrancar “verdades” relacionadas com o crime), e a verificação do crime deve ser lógica, obedecer aos critérios gerais de qualquer verdade, deve seguir uma metodologia estruturalmente analógica à metodologia matemática.

6ª Regra da Especificação Ideal:

Para que a semiótica penal recubra bem todo o campo das ilegalidades que se quer reduzir, todas as infrações têm que ser qualificadas; têm que ser classificadas e reunidas em espécies que não deixem escapar nenhuma ilegalidade. É então necessário um código, e que seja suficientemente preciso para que cada tipo de infração possa estar claramente pre-

35 *Ibidem*, p. 80-81.

*sente nele. A esperança da impunidade não pode se precipitar no silêncio da lei. É necessário um código exaustivo e explícito, que defina os crimes, fixando as penas.*³⁶

Todas essas novas regras relacionadas à justiça penal criam o que Foucault refere como sendo “uma nova anatomia política”, “uma nova arte de punir”, que

*[...] permitirá recruzar as duas linhas divergentes de objetivação que vemos formar-se no século XVIII: a que rejeita o criminoso para “o outro lado” - o lado de uma natureza contra a natureza; e a que procura controlar a delinquência por uma anatomia calculada das punições.*³⁷

No capítulo seguinte, “A mitigação das penas”, Foucault aponta algumas dificuldades para a construção desse novo arsenal de punições, almejado pelos reformadores da justiça penal, que são, em verdade, as condições que levaram ao nascimento da ideia do emprisonamento.

1ª) Ser a punição tão pouco arbitrária quanto possível na fixação da pena, esta que deve corresponder exatamente ao delito a ser punido.

*Que o castigo decorra do crime; que a lei pareça ser uma necessidade das coisas, e que o poder aja mascarando-se sob a força suave da natureza.*³⁸

2ª) A pena deve diminuir o desejo que torna o crime atraente, e portanto “a representação da pena e de suas desvantagens seja mais viva que a do crime com seus prazeres”³⁹.

3ª) Deve ser feita uma modulação temporal.

*Qual seria sua utilidade se se tornasse definitiva? Uma pena que não tivesse termo seria contraditória: todas as restrições por ela impostas ao condenado e que, voltando a ser virtuoso, ele nunca poderia aproveitar, não passariam de suplícios.*⁴⁰

36 *Ibidem*, p. 82.

37 *Ibidem*, p. 86.

38 *Ibidem*, p. 88.

39 *Idem*.

40 *Ibidem*, p. 89.

4ª) É preciso que o condenado enxergue a vantagem da pena como forma de expiação em relação ao coletivo.

5ª) Há assim uma publicidade baseada no exemplo, no discurso, na exposição da moralidade pública.

E, muito embora Foucault aponte que

*A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito, da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita.*⁴¹

Consigna também que,

*[...] em menos de 20 anos, o princípio tão claramente formulado na Constituinte (referência à Revolução Francesa), de penas específicas, ajustadas, eficazes, que formassem, em cada caso, lição para todos, tornou-se a lei de detenção para qualquer infração pouco importante, se ela ao menos não merecer a morte. Esse teatro punitivo, com que se sonhava no século XVIII, e que teria agido essencialmente sobre o espírito dos cidadãos, foi substituído pelo grande aparelho uniforme das prisões cuja rede de imensos edifícios se estenderá por toda a França e a Europa.*⁴²

A grande questão que emerge do coração da obra de Foucault é, portanto,

*Como pôde a detenção, tão visivelmente ligada a esse ilegalismo que é denunciado até no poder do príncipe, em tão pouco tempo tornar-se uma das formas mais gerais dos castigos legais?*⁴³

As explicações são simples, a começar que a cadeia organiza um trabalho penal concretizado pelos condenados e que traz ganhos econômicos, afinal, “a ociosidade é a causa geral da maior parte dos crimes”⁴⁴,

41 *Ibidem*, p. 95.

42 *Ibidem*, p. 96.

43 *Ibidem*, p. 99.

44 *Ibidem*, p.100.

motivo pelo qual o detento deve trabalhar, inclusive para “melhorar seu destino durante e depois da detenção”⁴⁵.

A partir dessa máxima, cercada de algumas outras condições, como um período de detenção que afinal deveria ser mais longo, o isolamento do condenado para que a prisão não fosse equiparada a uma fábrica e para que fosse evitada a promiscuidade, e a presença da religião, a prisão começa a ser pensada e implantada segundo diversos modelos.

Dentre esses modelos, os mais relevantes são:

1º) o modelo prisional de Rasphuis de Amsterdam (implantado a partir de 1596):

*Destinava-se em princípio a mendigos ou a jovens malfeitores. Seu funcionamento obedecia a três grandes princípios: a duração das penas podia [...] ser determinada pela própria administração, de acordo com o comportamento do prisioneiro [...] O trabalho era obrigatório, feito em comum [...] os prisioneiros recebiam um salário. Enfim, um horário estrito, um sistema de proibições e de obrigações, uma vigilância contínua, exortações, leituras espirituais, todo um jogo de meios para “atrair para o bem” e “desviar do mal”.*⁴⁶

2º) A prisão de Gand, em Flandres (início do século XVIII):

A cadeia de Gand organizou o trabalho penal em torno principalmente de imperativos econômicos [...] Daí a ideia de uma casa que realizasse, de uma certa maneira, a pedagogia universal do trabalho para aqueles que se mostrassem refratários [...] Essa pedagogia, tão útil, reconstituirá no indivíduo preguiçoso o gosto pelo trabalho, recolocá-lo-á por força num sistema de interesses em que o trabalho será mais vantajoso que a preguiça, formará em torno dele uma pequena sociedade reduzida, simplificada e coercitiva onde aparecerá claramente a máxima: quem quer viver tem que trabalhar [...] exclui a utilização de penas muito breves (...) o que torna-

⁴⁵ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 100.

ria inútil qualquer aprendizagem. [...] Do princípio do trabalho, o modelo [...] acrescenta, como condição, o isolamento [...] A cela torna-se (...) o instrumento através do qual se podem reconstituir ao mesmo tempo o homo oeconomicus e a consciência religiosa.⁴⁷

3º) O modelo de emprisonamento da Filadélfia (implementado a partir de 1790):

Trabalho obrigatório em oficinas, ocupação constante dos detentos, custeio das despesas da prisão com esse trabalho, mas também retribuição individual dos prisioneiros para assegurar sua reinserção moral e material no mundo estrito da economia. [...] A vida é [...] repartida de acordo com um horário absolutamente estrito, sob uma vigilância ininterrupta [...] obrigações e proibições. [...] Princípio da não publicidade da pena. Se a condenação e o que a motivou devem ser conhecidos por todos, a execução da pena [...] deve ser feita em segredo [...] a certeza de que, atrás dos muros, o detento cumpre sua pena deve ser suficiente para constituir um exemplo [...] Deve ser feito com tanta frequência quanto possível um trabalho sobre a alma do detento [...] Mas o mais importante sem dúvida é que esse controle e essa transformação do comportamento são acompanhados [...] da formação de um saber dos indivíduos [...] Organiza-se todo um saber individualizante que toma como campo de referência não tanto o crime cometido [...] mas a virtualidade de perigos contida num indivíduo e que se manifesta no comportamento observado cotidianamente. A prisão funciona aí como um aparelho de saber.⁴⁸

A conclusão trazida é no sentido de que a nova modalidade de exercício do poder através da prisão visa a constituir (ou reconstituir) o sujeito submetido ao esquema prisional como sujeito obediente, submisso e dobrado à regras e hábitos, que visam a reinseri-lo no pacto social dos “homens de bem”.

⁴⁷ *Ibidem*, p.101.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 102-104.

III. TERCEIRA PARTE – DISCIPLINA

No capítulo seguinte, já na terceira parte de **Vigiar e Punir**, chamado “Disciplina”, Foucault nos apresenta uma preleção sobre “Os corpos dóceis”, e de como os modelos disciplinares utilizados em variados locais ao longo dos tempos (conventos, exércitos, oficinas) tornaram-se “fórmulas gerais de dominação”.

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita.⁴⁹

Foucault esclarece então que não se trata de analisar a história das diversas instituições disciplinares, mas de expor “uma nova microfísica do poder”.

Pequenas astúcias dotadas de um grande poder de difusão, arranjos sutis, de aparência inocente, mas profundamente suspeitos, dispositivos que obedecem a economias inconfessáveis, ou que procuram coerções sem grandeza, são eles entretanto que levaram à mutação do regime punitivo, no limiar da época contemporânea.⁵⁰

A disciplina, portanto, é a arte de gerar o respeito ao detalhe em qualquer organização, para imposição do poder e fortalecimento do controle, em favor da utilização dos homens pelos homens.

A disciplina exige uma teoria da distribuição das pessoas.

Para tanto, surgem os conceitos de:

→ *cerca*, para separar o lugar heterogêneo de outros;

→ *clausura*, para que cada indivíduo esteja em seu lugar e, em cada lugar um indivíduo, evitando-se o coletivo;

⁴⁹ *Ibidem*, p. 119.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 120.

→ *localizações funcionais*, lugares definidos pela administração para vigiar, romper comunicações e criar espaço útil;

→ *fila*, que é o lugar que alguém ocupa numa classificação de fácil identificação.

Há também necessidade de controles das atividades, motivo pelo qual deve haver:

→ horário certo para todas as atividades;

→ elaboração temporal de duração dos atos;

→ correlação precisa entre corpo e gestos, evitando-se gestos inúteis que desgastam o corpo e com os quais perde-se tempo;

→ cuidadosa engrenagem corpo-objeto;

→ utilização maximizada do tempo até a exaustão.

Fixados os valores e pressupostos disciplinares, o novo modelo penal requer ainda, para atingir seus objetivos, um “bom adestramento” de todas as pessoas envolvidas no novo processo institucional.

*O poder disciplinar é, com efeito, um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra às forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo.*⁵¹

Haverá, por conseguinte, observatórios que possibilitem uma vigilância hierárquica constante e inflexível e, para tanto, a organização espacial deve ser a mais habilitada a permitir essa observação exata,

Esses “observatórios” têm um modelo quase ideal: o acampamento militar. [...] O acampamento é o diagrama de um poder que age pelo efeito de uma visibilidade geral. Durante muito tempo encontraremos no urbanismo, na construção das cidades operárias, dos hospitais, dos asilos, das prisões, das casas de educação, esse modelo [...].”⁵²

Decorrência da vigilância é a necessidade de uma sanção normatizadora.

Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie

⁵¹ *Ibidem*, p.143.

⁵² *Ibidem*, p. 144.

*de privilégio de justiça, com suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instâncias de julgamento. As disciplinas estabelecem uma “infrapenalidade”; quadriculam um espaço deixado vazio pelas leis; qualificam e reprimem um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença.*⁵³

Surge então o “castigo disciplinar”, de natureza corretiva, para reduzir os comportamentos desviantes das regras disciplinares, e a gratificação, seu duplo, criando a classificação “bons” e “maus” dentro do próprio sistema.

Esse sistema se propõe a diferenciar os indivíduos entre si, a catalogá-los, examiná-los, através do exame que “combina as técnicas da hierarquia que vigia, e as da sanção que normaliza”⁵⁴.

Mais uma vez é acurada a explicação trazida por David Garland sobre a análise feita por Foucault a respeito do controle normatizante que tal microfísica do poder elabora, com toda uma gama de saberes conseguintes, criados e desenvolvidos para a dominação da subjetividade.

The examination is, for this system, a central method of control, allowing close observation, differentiation, assessment of standards, and the identification of any failure to conform. So too is the dossier or case record, which allows the characteristics of individual to be assessed over time and in comparison with others. From this time onwards, writing about individuals ceases to be a form of worship fit only for notables, kings, and heroes, and becomes instead a form of domination to which the powerless are more and more subjected. Out of these practices emerges a detailed and systematic knowledge of individuals, a knowledge which gave rise, in turn, to the various “human sciences” of criminology, psychology, sociology, and so on. And, as Foucault is at pains to point out, the procedures of observation, examination, and measurement which allow this knowledge to develop are, at the same time, exercising power and control over the individuals who are isolated – and in a sense, constituted – within their gaze.

53 *Ibidem*, p. 149.

54 *Ibidem*, p. 154.

“O exame minucioso é, para este tipo de sistema, um método central de controle, que permite a observação próxima, a diferenciação, avaliação de padrões, e a identificação de qualquer falha de conformação. Igualmente o dossiê ou o inquérito do caso que permitem a avaliação das características do indivíduo ao longo do tempo e em comparação com os demais. A partir desse momento, escrever sobre pessoas deixa de ser uma forma de adoração exclusiva de notáveis, reis e heróis, e se torna, ao contrário, uma forma de dominação que, cada vez mais, passa a atingir aqueles que não têm poder. Dessas práticas emerge um conhecimento detalhado e sistemático sobre indivíduos, um conhecimento que faz emergir, outrossim, as variadas “ciências humanas” da criminologia, psicologia, sociologia, dentre outras. E, como Foucault persistentemente refere, os procedimentos de observação, escrutínio e medição que permitem o desenvolvimento deste conhecimento são, ao mesmo tempo, o exercício do poder e do controle sobre os indivíduos que estão isolados e, em certo sentido, se constituem sob tal olhar.”⁵⁵

Foucault aponta, a seguir, que o século XIX fundou “a idade do panoptismo”, e, em palestra no Collège de France, refere, em um excelente resumo das mudanças ocorridas no âmbito do sistema penal punitivo, que:

O que transformou a penalidade, na virada do século, foi o ajustamento do sistema judiciário a um mecanismo de vigilância e controle; foi a integração comum de ambos num aparelho de Estado centralizado; mas foi também a instauração e o desenvolvimento de toda uma série de instituições (parapenais e, por vezes, não penais), que serviram de ponto de apoio, de posições avançadas ou de formas reduzidas ao aparelho principal. Um sistema-geral de vigilância-reclusão penetra por toda a espessura da sociedade, tomando formas que vão desde as grandes prisões, constituídas a partir do modelo, do Panopticon, até as sociedades de patronagem e que encontram seus pontos de aplicação não somente nos delinquentes, como também nas crianças abandonadas, ór-

55 GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, *op. cit.*, p. 145-146. Tradução livre da autora.

fãos, aprendizes, estudantes, operários, etc. Numa passagem de suas “Lições sobre as prisões”, Julius opunha as civilizações do espetáculo (civilizações do sacrifício e do ritual, nas quais se trata de dar a todos o espetáculo de um acontecimento único, e onde a forma arquitetônica maior é o teatro) às civilizações da vigilância (nas quais se trata de assegurar a alguns um controle ininterrupto sobre a maioria; forma arquitetônica privilegiada: a prisão⁵⁶.

A propósito do chamado “Panoptismo”, a expressão deriva da figura arquitetural desenhada, em 1791, por Jeremy Bentham, o “Panóptico”, esta que seria a suma encarnação de uma instituição disciplinar ideal, em que os internos, sejam de que categoria fossem, seriam constantemente vigiados, observados e controlados.

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente.”⁵⁷

A prisão panóptica, portanto, oferece a forma ideal de punição na modernidade e, logicamente, triunfa sobre todas as demais formas de punição.

Ocorre uma generalização disciplinar “atestada pela física benthamiana do poder”, havendo uma multiplicação das instituições de disciplina, constituindo-se em rede, o que antes era ilha.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Resumo dos Cursos do College de France(1970-1982)*, op. cit., p. 38.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, op. cit., p. 165/166.

Finalizando esta breve análise de **Vigiar e Punir**, confirmam-se, ainda uma vez, os ensinamentos de Garland sobre a obra de Foucault:

In the period following the publication of “Discipline and Punish”, a whole body of research has appeared which analyses penalty in terms derived from Foucault’s work. Terms such as “power”, “knowledge”, “normalization”, and “discipline” [...] have come to hold a central place in this literature [...] Criminologists [...] have become more conscious of the ways in which regimes achieve their disciplinary effects [...] there is now a much greater sensitivity of the nuances of penal measures [...] In short , the principles of penal control and the internal workings of penal institutions are now better understood than ever before.

“No período que se seguiu à publicação de “Vigiar e Punir”, surgiu um corpo de pesquisa completo que analisa as penas a partir de uma terminologia derivada da obra de Foucault. Termos como “poder”, “conhecimento”, “normalização” e “disciplina” [...], passaram a ocupar um lugar central nessa literatura [...]. Criminologistas [...]. tornaram-se mais conscientes dos caminhos através dos quais os regimes alcançam seus efeitos disciplinares [...] existe agora uma sensibilidade muito maior no tocante às nuances das medidas penais [...]. Em resumo, os princípios do controle penal e do trabalho interno das instituições penais tornaram-se mais compreensíveis do que jamais foram antes.”⁵⁸

IV. CONCLUSÃO

A leitura de **Vigiar e Punir** leva o leitor à conclusão de que, a partir do momento em que a prisão se constituiu sob a forma de vigilância e constante observação, acabou por reproduzir seu próprio alimento, ou seja, tornou-se uma encubadora da delinquência.

⁵⁸ GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, op. cit., p. 154-155. Tradução livre da autora.

Termina-se o presente trabalho trazendo a melhor conclusão possível: Foucault diz sobre as premissas de Foucault em **Vigiar e Punir**:

Minha hipótese é que a prisão esteve, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos. Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósito de criminosos, depósito cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. Isto não é verdade: os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para mostrar. Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa.⁵⁹ ❖

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**, 19ª ed., São Paulo: Ed. Grall.

FOUCAULT, Michel. **Resumo dos Cursos do Collège de France** (1970-1982), Jorge Zahar Editor.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Penalidade e Prisão**. Coleção Ritos e Escritos VIII, org. Manoel Barros da Motta, Ed. Forense Universitária.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33ª ed., Petrópolis: Ed. Vozes, 2001.

59 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**, 19ª ed., São Paulo: Ed. Grall, p. 131-2.

GARLAND, David. **Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory**. The University of Chicago Press, Oxford University press, 1990.

HOBSBAWN, Eric. **Bandidos**. Ed. Paz e Terra, 2012.

SILVA, Ana Paula Barcelos Ribeiro da. **Discurso jurídico e (des)qualificação moral e ideológica da pobreza urbana**. Rio de Janeiro: Luminária Acadêmica, Editora Multifoco, 2011.

A Liberdade de Imprensa e a Independência do Poder Judiciário: Faces da Mesma Moeda*

Gustavo Binenbojm

Professor da UERJ, da FGV-RIO e da EMERJ

Acho que a designação desse evento em celebração no Dia Internacional de Liberdade de Expressão no Palácio de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem um significado simbólico muito especial. Há não muito tempo atrás, como todos nós sabemos, inclusive os mais jovens pelos livros de história, o Brasil era um país em que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, formalmente proclamadas no texto da Constituição de 67 e repetidas na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, eram liberdades de pura retórica. O Brasil foi um país que teve a coragem de obrigar os veículos de comunicação a publicarem poemas e receitas de bolo no lugar de notícias; foi um país que teve a coragem de instituir a cultura da tarja preta em filmes e produções audiovisuais, muitas vezes transformando dramas em comédias; foi um país que teve até a capacidade de proibir que o Balé Bolshoi se apresentasse por ser de origem russa e representar, àquele tempo, uma perigosa propaganda do regime comunista. Então o Brasil tem muito que celebrar. Nesse mesmo período de luta contra a ditadura militar, juízes foram cassados ou aposentados compulsoriamente e diversos jornalistas foram condenados ao exílio. A Constituição de 1988, que representou, do ponto de vista jurídico, a grande transformação política da redemocratização, restabeleceu, de um lado, a imprensa livre e garantida de forma plena, de forma enérgica, quiçá até de forma pleonástica no texto constitucional e, ao mesmo tempo, construiu um modelo de judiciário independente cercado de prerrogativas que, na verdade, não

* Palestra proferida no painel comemorativo do "Dia Internacional da Liberdade de Expressão", realizado no TJERJ, em 8 de maio de 2012.

são prerrogativas pessoais dos magistrados, mas garantias de toda a sociedade. Como bem assinalou o Sardenberg, na fala que me antecedeu, não se pode conceber uma sociedade democrática sem que tenha esses dois pilares fundamentais que são a imprensa livre e independente, de um lado, e um Poder Judiciário independente, cercado de garantias institucionais, de outro lado.

Alguém há de se perguntar, portanto, quais são as razões deste evento e desta celebração; se o país está reconstitucionalizado, vivendo o esplendor da prática democrática, por que falar reiteradamente em liberdade de imprensa e independência judicial como pilares da democracia. É porque a liberdade é um processo, ela não se conquista de forma estática, a liberdade já se disse é libertação, assim como democracia é uma prática e não uma conquista meramente formal. Mais do que isso, penso eu, que uma das características mais sorradeiras da censura é a de não apenas negar as ideias diferentes ou discordantes. A característica mais sorradeira da censura é a de, sobretudo, negar-se a si própria. Ela normalmente aparece sem pronunciar o seu nome, é um mal que não ousa dizer o seu nome, ressurgindo em projetos travestida de expressões de forte apelo populista e que não conseguem disfarçar sua finalidade última, que é controlar o que a imprensa pode publicar, controlar o que os cidadãos devem poder saber, como forma de protegê-los de si mesmos. E isso é a antítese de liberdade de imprensa e da liberdade de expressão.

Eu gostaria de fazer uma exposição inicial sobre a razão pela qual a independência do Poder Judiciário é tão fundamental para garantia da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. Muito mais do que uma mera garantia de um terceiro imparcial em processos intersubjetivos, em conflitos interindividuais, a garantia de independência do Poder Judiciário se erigiu como uma verdadeira pilastra do Estado Democrático de Direito. Desde o segundo pós-guerra, e a Alemanha foi um exemplo de recuperação extraordinária depois da tragédia do nazi-fascismo, se entende que o Poder Judiciário deve ser o guardião último das garantias constitucionais. Em relação à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, tenho eu para mim que essa importância, essa relevância do Poder Judiciário é ainda maior. E por quê? Porque embora a democracia seja normalmente assimilada ao governo das maiorias, o conceito contemporâneo de democracia não se limita ao governo da maioria. A constitucionalização de determinados parâmetros, de determinadas re-

gras do jogo e de determinados direitos fundamentais integra o conceito de democracia e a sua consagração no documento constitucional, situado hierarquicamente acima das leis ordinárias, tem justamente o efeito de obrigar as maiorias legislativas ocasionais e os governos majoritários a se subordinarem às regras previstas na Constituição.

Evidentemente que todo governo tem a pretensão maior ou menor, mais ou menos pronunciada, de limitar de alguma forma a liberdade da imprensa. Disse aqui o Sardenberg uma frase de que eu gosto muito, que a imprensa livre é a imprensa que faz oposição ao governo, e tudo o mais é propaganda e nenhum governo gosta que se lhe faça oposição. Então, qualquer governo, desde as democracias mais maduras, até as mais recentes democracias latino-americanas ou africanas passam por um processo de discussão de formas de controle da mídia, como é essa expressão cunhada no Brasil de controle social da mídia. E a meu ver, só há uma resposta para isso: ainda que majoritariamente sejam aprovadas leis que imponham limitações à liberdade de imprensa, a garantia de liberdade de imprensa, como da liberdade de expressão de forma mais geral, sendo assegurada, sendo consagrada constitucionalmente, prevalece sobre essas leis. Daí como já dizia o Klesen, na primeira metade do século 20, as normas precisam atuar concretamente, e essa atuação concreta só se dá havendo um Poder Judiciário independente que faça prevalecer essas normas da Constituição sobre normas legais limitadoras de direitos fundamentais. E é nesse sentido que me parece inegável para a liberdade de imprensa que haja um Poder Judiciário independente, um poder judiciário equidistante das disputas de poder momentâneas, equidistante do varejo das miudezas políticas e que olhe o país no médio e longo prazo, tendo a constituição na mão e o desejo de aplicá-la na caneta.

Então parece-me absolutamente fundamental que haja essa compreensão: só há imprensa livre, de um lado, onde a constituição a consagra e onde há um Poder Judiciário independente que a faça aplicar; e só há Poder Judiciário independente onde há democracia, porque toda ditadura, além de silenciar a imprensa, costuma perseguir os juízes. Daí que a democracia é a irmã siamesa da liberdade de imprensa, como dito pelo nosso Presidente do STF, nosso querido Min. Ayres Brito. Essa é a premissa fundamental da qual eu parto para fazer a defesa de uma imbricação não apenas teórica, mas historicamente comprovada, entre a garantia da liberdade de imprensa e da independência do Poder Judiciário.

Eu passaria agora a uma exposição factual e histórica, de como no Brasil, pós-1988, aconteceram e ainda acontecem ameaças sorrateiras à liberdade de imprensa e como o Poder Judiciário, a partir da atuação firme e segura do STF, tem se posicionado favoravelmente à defesa da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. Seleciono três casos paradigmáticos, que me parecem importantíssimos para sinalizar essa postura do Judiciário brasileiro. Os 3 casos são: em primeiro lugar, a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130, por meio da qual o STF declarou não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei de Imprensa, a Lei nº 5.250, de 1967. A despeito de alguns dispositivos de grande utilidade que se continham naquela Lei, e ninguém há de negar que, em prol da segurança jurídica, esses dispositivos merecem ser revisitados e rediscutidos, no seu conjunto o STF considerou, acertadamente, que a Lei de Imprensa foi concebida num contexto histórico que acreditava no poder e na capacidade do Estado de ser uma espécie de guardião supremo das pautas do discurso público. Tanto das pautas jornalísticas, como das pautas de produção intelectual, artística e cultural de modo geral. A lei da imprensa permitia um controle excessivo do Estado, que chegava às raias do controle de conteúdo, e por isso, no seu conjunto, na sua sistemática mais geral, o STF considerou-a não aplicável após a Constituição de 1988.

Tenho para mim que esta decisão do STF tem três efeitos benéficos muito positivos para a sociedade brasileira. Primeiro, do ponto de vista jurídico, prático, a Lei de Imprensa havia se tornado um queijo suíço: em função do nosso salutar sistema de controle difuso de constitucionalidade, formou-se no Brasil uma jurisprudência que excepcionava a aplicação de diversos dispositivos da Lei de Imprensa, aqui e ali, considerados não mais compatíveis com a constituição; isso gerava decisões muitas vezes contraditórias e carecia de uma uniformização que, envolvendo questão constitucional, só poderia partir do STF, mas acho que além desse primeiro efeito positivo, do ponto de vista jurídico e prático, a decisão trouxe outros dois efeitos muito importantes. Um efeito político e um efeito simbólico. O efeito político foi de limpar o terreno daquele entulho autoritário de uma lei promulgada ainda nos albores da nossa segunda grande ditadura do século 20 e de permitir as discussões sobre os parâmetros que numa democracia devem pautar a atuação da imprensa. E ali o STF disse de uma maneira muito clara que a regra geral no direito brasileiro é a plena liberdade de imprensa, e a exceção é o controle. Em princípio,

qualquer espécie de controle dá-se no Brasil *a posteriori*, após a publicação, e nunca *a priori*, antes da publicação, porque qualquer controle prévio se aproxima perigosamente da censura. E esse controle, ainda assim, *a posteriori* deve se dar específica e limitadamente dentro dos marcos da Constituição, como o direito de resposta, o direito à retificação de notícia, e a responsabilização civil e penal do veículo ou do jornalista em caso de prática, respectivamente, de ilícito civil ou ilícito criminal.

Então isso sinalizou, do ponto de vista político, que a sociedade brasileira entrava na matéria de liberdade de imprensa e liberdade de expressão em um novo momento, no qual os novos parâmetros impostos pela Constituição estariam efetivamente em vigor e qualquer regulamentação ou detalhamento desses parâmetros, além de observar a Constituição, deveria ser discutido prudentemente no foro adequado, seja o Congresso Nacional, para os defensores de uma nova Lei de Imprensa, seja a autorregulamentação por parte dos veículos e da sociedade civil, para quem é mais simpática à ideia de autorregulação.

Finalmente, do ponto de vista simbólico, e tenho para mim que diversos Ministros do STF tinham essa percepção, especialmente o nosso atual Presidente, Ministro Ayres Brito, havia necessidade de a sociedade brasileira entronizar, compreender que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa devem ter uma posição preferencial em relação ao conjunto sistemático de outros direitos constitucionalmente assegurados. E essa posição preferencial, que é reconhecida pela Suprema Corte dos EUA, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, pelas Cortes Constitucionais de outros países da Europa, é decorrência de uma necessidade democrática. Se você a todo o momento permite um controle prévio da liberdade de expressão em função de outros direitos fundamentais, ela acaba de tal forma manietada, que os veículos tornam-se reféns desse controle prévio. Parafraseando o Churchill, eu diria que o sistema de imprensa livre não é o melhor, mas o menos pior de todos, ou ainda não se inventou nada melhor do que ele. Trata-se de uma opção preferencial que a Constituição de 1988 fez, submetendo a imprensa a específicas formas de controle, a saber: em primeiro lugar, o controle do público, que faz opções pelos veículos que considera de maior credibilidade, tendo a possibilidade de escolher o veículo que vai consultar, de mudar de canal, de estação ou simplesmente de desconsiderar alguns jornais e algumas revistas. De outro lado,

os controles *a posteriori*, como já mencionei, o direito de resposta e o direito de retificação de notícia que, ao meu ver, são mais do que direitos individuais, que são formas de participação do cidadão na construção do discurso público, formas de aprimoramento do trabalho da imprensa que contam com a participação daquele ou daqueles que se viram diretamente retratados na notícia e que de alguma forma foram ofendidos nos termos da lei. E, finalmente, como a última *ratio*, a responsabilização civil e criminal nos casos que forem efetivamente cabíveis.

Eu acho que o julgamento da ADPF 130 teve uma importância muito grande, porque sinalizou esse conjunto de transformações jurídicas, políticas e simbólicas na importância da liberdade de imprensa para a sociedade brasileira.

O segundo julgamento que eu gostaria de destacar foi o julgamento polêmico, decidido por maioria, ampla maioria, talvez o Sardenberg como jornalista militante não goste muito desse julgamento, mas eu tenho o dever de mencioná-lo pela sua importância e porque com ele concordo integralmente. Foi o julgamento sobre a constitucionalidade do dispositivo de lei que exigia como condição obrigatória para o exercício da atividade jornalística o diploma de jornalista e o registro profissional. É um caso muito polêmico, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, em que STF a meu ver e com razão, chegou, à seguinte conclusão: a barreira de entrada, para usar aqui a expressão da regulação econômica, que se estabelece em relação ao exercício da atividade jornalística, que exige o diploma de jornalista e o registro profissional, podem comprometer severamente, do ponto de vista dos veículos, a liberdade de expressão daqueles que têm o que dizer, têm contribuições no campo da economia, do direito e dos esportes, por exemplo, e que não têm o diploma específico de jornalista. Do ponto de vista da sociedade, podem comprometer o direito à informação, que é um direito da sociedade, um direito difuso da cidadania, talvez quem tenha usado pela primeira vez tenha sido o Des. Luiz Gustavo Grandinetti, no Direito Brasileiro, o direito difuso da sociedade de ser livre e adequadamente informada. E se você tem notícias que são veiculadas por profissionais que não tenham diploma de jornalista, tolhê-los desse direito a dar a informação pode representar sim uma restrição ao direito do público de ser adequadamente informado. Isso não vem evidentemente em desdouro dos jornalistas formados, um desdouro daquele que tem uma qualificação maior, ao contrário. No meu entendimento, o que o

STF afirmou foi que o livre mercado, a livre disputa entre os veículos, que no Brasil já se encontra razoavelmente madura, vai procurar os melhores profissionais e aqueles que por terem essa qualificação, além de terem o seu diploma se destacarem, terão o seu lugar no mercado. O que não se justificava era uma barreira de entrada que representava muito mais como uma reserva corporativa de mercado do que uma defesa da causa de liberdade de imprensa e da liberdade de expressão.

Finalmente, mencionaria um terceiro caso julgado no ano de 2010 pelo STF, que foi aquele caso rumoroso das restrições impostas pela legislação eleitoral, na noventena que antecede todo pleito eleitoral, à realização de atividades de humor, de charges, de sátiras, de piadas envolvendo candidatos de partidos e coligações políticas e de outro dispositivo da mesma Lei 9.504, de 1997, que proibia a crítica jornalística favorável ou desfavorável a candidato, partido ou coligação. Ora, justamente no período em que a democracia deve ser incrementada, em que a deliberação democrática deve ser despertada, em que a cidadania deve ser insuflada a criticar, para exercer o direito de sufrágio de maneira plenamente responsável e informado. Naquele caso, os Ministros do STF entenderam que o humor, como dizia o Ziraldo, não é fazer rir - isso pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro nome - humor é uma visão crítica do mundo e o riso é apenas o efeito que ele provoca pela revelação inesperada da verdade. O STF afirmou, também, que a atividade de imprensa é uma atividade essencial para a democracia e mais ainda para o altar da democracia que são as eleições, e que a legislação eleitoral preocupada talvez em proteger a lisura do processo eleitoral muitas vezes cria vedações ou restrições que silenciam não apenas a livre manifestação dos artistas, dos humoristas, mas também o exercício livre da crítica jornalística, e isso em prejuízo não apenas do direito individual dessas pessoas, mas em prejuízo do direito difuso da cidadania de ouvir essas críticas, de julgá-las o discernimento que cada um puder ter.

Encaminho-me para o final, não sem antes mencionar algumas preocupações. Em relação ao controle *a posteriori*, teria algumas ressalvas ao que diria o Sardenberg. O controle *a posteriori* não só é necessário e justo, como é bom que ele exista. Mas tenho observado em alguns tribunais... Eu coligi algumas decisões, dentre as quais se destaca uma decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que ao apreciar a responsabilidade civil de um determinado veículo, diante da não recepção da lei de imprensa

pela Constituição de 88, nos termos proclamados pelo STF, aplicou a regra da responsabilidade objetiva, interpretando o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, por considerar que a atividade de imprensa é uma atividade de risco, e essa atividade de risco deveria corresponder a uma responsabilidade objetiva, uma responsabilidade que independesse da prova do dolo ou da culpa do jornalista ou do veículo para configuração do dever de indenizar.

Eu discordo desse entendimento e com todo o respeito e com toda sinceridade acadêmica, o que me parece é que o controle *a posteriori*, assim como outras formas de responsabilização, pode ter um efeito silenciador, um efeito congelante sobre a liberdade de imprensa, e é preciso ter essa compreensão no momento da responsabilização de veículos; a responsabilidade objetiva não se aplica à especificidade, à singularidade da atuação da imprensa. Assim como disse o Sardenberg, ela diuturnamente apura os fatos dentro das suas possibilidades, dos limites de matérias e de tempo disponíveis, e a imprensa por conta disso tem a prerrogativa de retificar as suas próprias notícias. Eliminar a possibilidade do erro é eliminar a liberdade de imprensa. A possibilidade do erro desde que não tenha sido provocado dentro daqueles parâmetros, que me parecem absolutamente corretos fixados pela Suprema Corte norte-americana, no caso clássico *New York Times X Sullivan*, que eles chamam lá de "*actual malice*" ("Malícia real") que corresponderia aqui ao dolo, o uso doloso de uma informação sabidamente falsa para prejudicar alguém ou o que eles chamam lá de "*reckless disregard of falsity*", que seria numa tradução aproximada, a desconsideração negligente da falsidade daquela notícia, se houver esse dolo ou essa culpa grave, a imprensa não só pode como deve ser responsabilizada tanto do ponto de vista do veículo, quanto do ponto de vista do jornalista, mas fora desses casos existe um espaço de livre respiração que é fundamental para o próprio funcionamento da imprensa e sem nenhuma desconsideração daquelas pessoas que se sintam pessoalmente afetadas; esse não é o espaço da responsabilização civil nem da criminal; esse é o espaço do exercício do direito de resposta, do direito a retificação de notícia e da publicação por outras fontes plurais que possam confrontar uma notícia que não tenha sido considerada verdadeira por parte do seu destinatário. Eu me lembro aqui de formas de intimidação da imprensa por medidas judiciais deflagradas em massa por determinados veículos de imprensa antagônicos, que muitas vezes têm o

objetivo de intimidar, e essa intimidação com uma campanha orquestrada de ir ao Judiciário me parece algo muito perigoso para a higuez da liberdade de imprensa no nosso país.

Por fim, já disse o Sardenberg que voltamos a discutir renitentemente no Brasil o que se tem chamado de controle social dos meios de comunicação. Acho que essa expressão é ambígua e ela precisa ser debulhada de forma a que nós possamos separar o joio do trigo. Uma visão que eu tenho já amadurecida há alguns anos é que o trigo do controle social da mídia é aquele que respeita a liberdade individual e acredita na capacidade de discernimento e julgamento dos leitores, dos ouvintes e dos telespectadores. O controle social que decorre de um ambiente pluralista, em que veículos distintos concorrem pela produção da melhor notícia possível, pela apuração aproximada da verdade e que, portanto, permite, em um ambiente pluralista, que os destinatários das notícias possam fazer seus julgamentos escolhendo os seus veículos que considerem mais credenciados e mais confiáveis.

O joio do controle social da mídia é aquele que acredita numa agência central, que tendencialmente acaba sendo o Estado, que possa se arrogar a condição de curador da qualidade da produção jornalística do país. Historicamente, em todos os países, em que esse tipo de experiência foi feita os resultados são catastróficos. A ideia de um Estado situado numa posição arquimediana distante da esfera pública, desinteressada das disputas de poder que possa julgar o que merece ou não merece ser dito é uma experiência fracassada historicamente e que resulta num julgamento pela imprensa por atores interessados.

Em relação à liberdade de imprensa, eu diria que mais do que o direito de ser livre, a imprensa tem o dever de informar livremente, da mesma forma que digo, como disse inicialmente, que os magistrados, mais do que as prerrogativas de independência, têm o dever de julgar de forma independente, porque essa é uma garantia de toda a sociedade. ❖

Valores e Tensões entre as Liberdades de Expressão e de Imprensa na Democracia*

Jessé Torres Pereira Júnior

Desembargador do TJERJ

O Poder Judiciário e a imprensa estão comemorando, juntos, o Dia Internacional da Liberdade de Expressão. É um marco jubiloso no espírito democrático que deve inspirar a magistratura e a imprensa brasileiras.

Fui de um tempo jornalístico em que conviviam, no cenário dos meios de comunicação, veículos reputadamente sérios, solenes, no desempenho da missão de informar, e veículos que tratavam esse direito à informação como caminho para obter receitas e mobilizar sentimentos fazendo uso de recursos pouco ortodoxos, digamos.

Da palestra do Carlos Sardenberg deduzi que somos mais ou menos contemporâneos no tempo inicial de nossa experiência jornalística. Contava 18 anos quando comecei minha vida profissional no jornal **O Globo**, onde permaneci de 1964 a 1972. De lá víamos outros jornais contemporâneos estamparem manchetes surpreendentes depois de certos acontecimentos públicos. Poucos daqui acompanharam aqueles festivais de música popular brasileira da década de 60. Num desses festivais, o cantor Sérgio Ricardo apresentou no Maracanãzinho uma música que não caiu no gosto dos assistentes e foi muito vaiado. Reagiu às vaias quebrando o violão no joelho e lançando os pedaços no auditório. No dia seguinte, a manchete de um daqueles jornais foi "violada no auditório". Este mesmo jornal aproveitou-se do episódio em que uma jovem consumidora de cachorro quente, numa dessas carrocinhas de esquina, sofreu uma indisposição gastrointestinal e foi atendida em hospital público. No dia seguinte, a manchete do jornal era: "cachorro fez mal à moça".

*Palestra proferida no painel comemorativo do "Dia Internacional da Liberdade de Expressão", realizado no TJERJ, em 8 de maio de 2012.

Eram jornais que se valiam de mensagens ambíguas que pudessem despertar a atenção do espírito carioca para vender jornal e atrair publicidade. Como disse o Sardenberg, jornal é negócio, visa lucro e dele necessita para manter-se como empresa. Não há empresa jornalística que não seja um negócio. Deve gerar receita para pagar as despesas e obter lucro.

Ouvi uma síntese que se tornou conhecida sobre a imprensa quando fui entrevistar um diretor regional do FMI aqui no Rio de Janeiro, na década de 60. O governo brasileiro queria estreitar laços com a comunidade financeira internacional e precisava ter avais dela para certos programas. Esse diretor me disse que considerava a imprensa como o quarto poder. Falou nisso o tempo todo. É a ideia-síntese que introduz o segmento que residualmente me cabe expor depois de ouvir as magníficas exposições do Sardenberg e do Gustavo. Concerne ao significado jurídico da segunda parte do título do tema que nos reúne - “Liberdade de imprensa e a liberdade judicial: valores e tensões na democracia”. Focalizemos esses valores e tensões entre instituições gêmeas no exercício do poder. Há muitas, sérias, graves. Acredito que venham a encontrar caminhos de resolução e de harmonização.

Esses caminhos, na história do direito brasileiro, se abrem com a Constituição de 1988, que inequivocamente assegura a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento. Basta irmos aos artigos 5º, incisos IV, V, IX e X, e 220 da Constituição, para deles extrairmos que há uma proteção constitucional à liberdade de expressão e de pensamento. A liberdade existe e é assegurada, mas há limites. Toda liberdade deve conhecer limites para o seu exercício. Não há liberdade que possa ser exercida de modo ilimitado quanto às consequências das ações. A liberdade para praticar as ações é plena, mas as ações praticadas podem gerar efeitos geradores das tensões postas no título do nosso tema e que, inevitavelmente, desaguardam na instituição que recebe da Constituição a missão de ser a mediadora dessas tensões e dar a cada um dos conflitos decorrentes destas tensões a solução adequada, que é o Poder Judiciário.

Trago-lhes dois casos que foram examinados pela Segunda Câmara Cível, que integro e é presidida pela Des. Leila Mariano, ilustrativos de como operam os magistrados na conciliação dessas tensões. Para que possamos entender bem as premissas desses dois casos, devemos compreender que o movimento constitucionalista contemporâneo atribui às Constituições um papel até então desconhecido, qual seja o de limitador

dos poderes. Sobretudo a doutrina europeia, espanhóis a frente, tem insistido nesse ponto: as políticas públicas, os princípios, as definições de competência são ferramentas que a Constituição maneja no intuito de limitar os poderes, deixando claro que não há, nem pode haver, poderes absolutos e incontrastáveis. Os poderes são instrumentais, buscam produzir bons resultados em favor da sociedade, por isto que as Constituições são limitadoras dos poderes, esvaziando-os de personalismos.

Se, como dizia aquele diretor do FMI no final da década de 60, a imprensa é o quarto poder, é evidente que a Constituição, ao garantir a plena liberdade de expressão e de pensamento, teria que dar a contrapartida dessa liberdade em relação ao uso que o poder da imprensa possa dela fazer. O Sardenberg advertiu que se praticam erros a todo momento no cotidiano da atividade jornalística. Esses erros podem causar danos nas pessoas atingidas. Eis a tensão. Embora a Constituição garanta plenamente a liberdade, também é uma limitadora dos efeitos de seu manejo equivocado, e entrega ao Poder Judiciário - só poder controla poder, verdade antiga jamais desmentida - a incumbência de estabelecer quais seriam as consequências jurídicas de eventuais excessos ou abusos praticados no exercício do direito de informar, que é o direito consequente da liberdade. Dito isto, vamos ao exame daqueles dois casos.

O primeiro deles, curiosíssimo, foi julgado em 2010, sendo Relator o Des. Maurício Caldas. Tratava-se de uma senhora cujo filho fora o 3º, o 4º ou 5º marido de uma famosa atriz de telenovelas. Veio a falecer. Enquanto casados, a famosa atriz promoveu a mudança de residência da sogra, de um subúrbio para a Barra da Tijuca. Falecido o filho prematuramente, divulgou-se a notícia de que a atriz não estava mais pagando os aluguéis da ex-sogra, que teria de retornar ao antigo subúrbio. A sogra se sentiu ofendida na sua dignidade pessoal e dirigiu ao órgão da imprensa que havia divulgado a notícia uma ação reparatória de danos morais e materiais.

Do voto do Relator podemos extrair considerações balizadoras, sumariando o conjunto de conceitos e definições com que o Poder Judiciário conta para examinar as tensões da espécie. Assinalava o Relator estarem em confronto, no caso, a garantia institucional à liberdade de imprensa e o direito à privacidade inerente à personalidade, ambos de índole constitucional (artigos 5º, inc. IX e X, e 220 da CF), mas nenhum deles absoluto em face do outro. Sujeitam-se, exatamente por isso a uma reserva geral

de ponderação, considerada a situação fática que se põe em aparente rota de colisão, na qual se recortam e se subjetivam, mas nem por isso se descolam de sua dimensão objetiva ou principiológica, em cujo nível se dá o balanceamento a convocar a técnica da cedência recíproca. A expressão, cedência recíproca, contrariamente ao que se sucede com o conflito de regras, também elas espécies de normas, quando a colisão se resolve quase sempre com a exclusão de uma delas. Quando há esta disputa quanto à prevalência a aplicar-se entre princípios manejados por poderes de igual dimensão e importância, reconhecidos pela ordem jurídica, a técnica a ser utilizada é a da ponderação que não exclui um deles, ambos permanecem. A prevalência eventual no caso concreto de um sobre o outro não é excludente, é conciliadora, harmonizadora, é esta cedência recíproca. Então, é preciso verificar, à luz das circunstâncias do caso concreto, qual o princípio que vai prevalecer.

Alexandre de Moraes, Professor de Direito Constitucional Administrativo de Direitos Humanos do Curso Preparatório para Concursos Jurídicos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, teve oportunidade de asseverar: "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e a livre divulgação dos fatos devem ser interpretados em conjunto com a inviolabilidade da honra e da vida privada, Constituição art. 15, inc. 10, bem como a proteção à imagem, sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais; são os inc. V e X do art. 5º. A proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguirem-se as informações de fatos de interesse público da exposição das condutas íntimas e pessoais protegidas pela inviolabilidade da vida privada e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante. Jean François Revel faz importante distinção entre a livre manifestação de pensamento e o direito de informar, apontando que a primeira deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto a segunda, diferentemente, deve ser objetiva, proporcionando informação exata e séria" (**Conocimiento Inutil**, Barcelona, Editora Planeta, 1989, p. 207).

O campo de intercessão entre fatos de interesse público e vulneração de condutas íntimas e pessoais é muito grande quando se trata de personalidades públicas. Vejam como a tensão será de difícil composição e avaliação. Nessas hipóteses, a interpretação constitucional ao direito à informação deve ser alargada, enquanto a correspondente interpretação

em relação à vida privada e à intimidade deve ser restringida, uma vez que, por opção pessoal, as pessoas assim chamadas públicas (políticos, atletas, profissionais, artistas etc.) colocaram-se em posição de maior destaque e interesse social, ou seja, o que o homem ou a mulher comum anonimamente fizesse não teria maior interesse, não seria notícia, mas o que uma celebridade faz, mesmo que corriqueiro, passa a ser notícia e justifica a publicação.

No caso ilustrativo de que nos servimos, a sentença julgou improcedente o pleito reparatório da ex-sogra, que interpôs recurso de apelação. A Câmara, por unanimidade da turma julgadora, manteve a sentença de improcedência. Entendeu que a apelante, valendo-se da repercussão do casamento de seu filho com famosa atriz, passou a dar entrevistas, a se apresentar em público, a ter fotos suas publicadas, sem jamais se insurgir com essa, digamos, invasão de privacidade. Antes lhe era agradável, sem se dar conta de que o bônus da popularidade lhe custaria o ônus do interesse do acesso da mídia à sua vida particular, que resultou na veiculação da notícia que reputava falsa e apta a macular a sua honra, em ordem de ensejar obrigação secundária de reparação de dano moral.

A notícia era a seguinte (vou omitir os nomes porque pode ser que ainda haja mágoas no coração dessas pessoas, que não é adequado, nem elegante, reacender): “Fulana despeja a mãe de beltrano. Atriz deixou de pagar o flat em que a sogra morava na Barra da Tijuca. Sobrou para fulana, mãe de beltrano. Atriz não vai mais pagar o flat em que a sogra morava com seu marido na Barra da Tijuca, no Rio. Ontem à tarde caminhão de mudanças parou na porta do prédio para levá-la de volta a Nilópolis, onde ela vivia antes”.

A notícia, já se vê, não portava teor ofensivo. Dela em si não resultava dano *in re ipsa*. O dano dependia de prova a respeito da suposta lesão, que a apelante associava a repercussão social negativa da notícia ou a falsidade de seu conteúdo. O olhar do julgador vai se aproximando do centro da questão a partir do reconhecimento de que há poderes, há liberdades, há princípios que devem ser ponderados, sem exclusão de qualquer deles. O foco vai se concentrando no exame das circunstâncias do caso concreto. Instada a especificar as provas que pretendia produzir, a queixosa delas abriu mão, daí porque não se realizou a audiência de instrução, nem se colheu prova testemunhal que fosse apta a comprovar tanto a eventual falsidade da notícia quanto a repercussão negativa.

Nenhuma prova veio aos autos de que a notícia seria falsa ou de que, sendo verdadeira, houvesse promovido repercussões graves na vida da recorrente.

Por outro lado, não havia demonstração de que os alugueres eram pagos por ela, e não pela atriz, ou de que permanecera no imóvel. Ao contrário, entrevista concedida pela atriz à revista **Veja**, contra qual não se insurgira a apelante, tornara público e notório o fato de que a atriz, às suas expensas, transferira a sogra do subúrbio, em que vivia, para a Barra da Tijuca. Segue-se que os fatos foram narrados sem qualquer conteúdo ofensivo e sem que jamais lhes fosse demonstrada a falsidade. Assim, o eventual desconforto ou aborrecimentos experimentados pela pessoa pública que se tornara a sogra, embora não pertença ao cotidiano das demais pessoas, não se qualificavam como dano patrimonial ou moral a ensejar a pretendida composição.

Curioso que, nesse como em outros casos assemelhados trazidos aos tribunais, as partes e seus procuradores não façam referência a outra fonte de consideração jurídica, que é Código Civil de 2002, inovador no tratamento dos direitos à personalidade. Tanto que introduziu um capítulo próprio, direitos da personalidade, com pelo menos três artigos que não constavam do regime do Código Civil de 1916: os artigos 11 (“com a exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”); 12 (“pode se exigir que cesse a ameaça ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”); e 17 (“o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”).

A lei civil é a constituição do homem comum, como a chamavam os civilistas de séculos passados. É um monumento extraordinário e o nosso Código Civil de 2002 traz essa inovação quanto aos direitos da personalidade, admitindo a possibilidade de uma notícia lesar direitos da personalidade, que são o nome, a honra, a imagem, a boa fama, a reputação, a credibilidade, o crédito, a integridade física e psíquica. Todos esses direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, diz o art. 11. Sua lesão habilita o titular a reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções previstas em lei. Esse é o cenário de direito positivo, seja na Constituição, seja no Código Civil, que o juiz tem diante de si para compor a lide, no caso concreto. Cumpre-lhe verificar se houve ou não lesão a

direitos da personalidade pela notícia dita inadequada, equivocada, exagerada, maldosa.

Outra questão que vejo tratada de modo insuficiente, nos debates acerca de lesão a direitos da personalidade decorrente de notícia veiculada pela mídia, diz respeito ao nexo causal. O direito conhece a responsabilidade sem culpa, que é a chamada responsabilidade objetiva, mas não conhece a responsabilidade sem causa. Não existe responsabilidade sem causa. Há de existir a ponte entre o dano e a ação ou omissão que o provocou. Sem prova da causa eficiente entre o dano, que se comprove haver existido, e a ação ou omissão que se repute como causadora dele, não se constrói essa ponte.

O exame do nexos de causalidade precede o exame do elemento subjetivo. Exatamente por isto é que lhes trago outra decisão da Segunda Câmara, desta fui Relator. A autora dessa demanda reparatória se entendia atingida em sua honra por matérias publicadas por jornal editado pela ré, que atribuíram à autora, ex-servidora pública municipal, denúncias de “esquema de compra de votos e enriquecimento de secretário da prefeitura, que entrou pobre na prefeitura e está rica fazendo curso na Europa”. Esta era a notícia que a autora da ação entendia ofensiva à sua honra.

Do meu voto extraio: “a prova produzida não estabelece nexos de causalidade, sempre indispensável na responsabilização civil, entre os abalos a que foi exposta a imagem pública da recorrente e a atuação da ré, pela singela e evidente razão de que, na mesma data em que ditas matérias eram veiculadas, a ex-servidora, autora das declarações publicadas pela imprensa, as prestavam ao Ministério Público Estadual, que instaurou vários procedimentos de apuração, inclusive quanto às irregularidades imputadas à recorrente. Basta confrontar as datas das publicações com aquelas que a ex-servidora prestou voluntariamente ao MP, para comprovar-se que o jornal nada mais fez do que estampar declarações “enunciadas por quem se dispunha a denunciar suposta irregularidade ao MP e efetivamente o fez”. O jornal meramente reproduziu fatos que estavam ocorrendo e evidentemente eram fatos que representavam notícias: claro interessava à população saber o destino que se dava aos recursos vertidos ao erário municipal.

O verbete 221, da súmula do STJ, “ao consagrar que são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de danos decorrentes de publicação pela imprensa tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo

de divulgação”, estabeleceu solidariedade em hipótese diversa do caso retratado nestes autos, alcança os textos lesivos à honra quando se presume representativos da opinião também do veículo que os divulga, como são, por exemplo, os textos de editoriais e colunas assinados ou não publicados sem ressalva que traduzem opinião exclusiva do seu autor. No caso, os títulos das matérias publicadas e seus respectivos textos deixam claro que se tratava de denúncia formulada pela ex-servidora, inclusive ao MP, como efetivamente ocorreu. Nexo causal entre as publicações e o dano moral de que se queixa a apelante haveria se resultasse provado que ela não prestou tais declarações, ou que o seu teor foi deturpado pelo jornal, ou que os fatos referidos pela denunciante não haviam sido remetidos à apuração, nem esta, em verdade, acontecia. Se alguma dessas hipóteses houvesse resultado configurada pelas provas produzidas, aí sim teríamos uma responsabilidade a cobrar do veículo da imprensa. A prova colhida mostra o contrário: houve as declarações, prestadas igualmente ao MP, nos exatos termos em que veiculados pelo jornal, não sendo exigível da imprensa o exercício de atividade sindicante sobre a veracidade da denúncia que a ex-servidora, de modo voluntário, se dispunha a expor ao conhecimento das autoridades e da opinião pública.

Esse constitui outro aspecto relevante da matéria: há quem considere que a imprensa tem o dever de fazer uma investigação acerca dos fatos antes de divulgá-los. Esse dever da imprensa de apurar tem limites porque ela não é polícia, nem notícia é inquérito. Se, como nos descreveu o Sardenberg, o jornalista ou o editorialista chega à conclusão de que há razoabilidade ou aparência de verossimilhança, e que pessoas estão assumindo as declarações de que isto ou aquilo terá acontecido, então decidirá pela veiculação da notícia. Se, no futuro, a versão inicialmente apurada será verdadeira ou não, será outra história, que também evoluirá ao longo do tempo. Muitas notícias surgem com estrépito extraordinário e com o tempo se esvaziam, verificando-se que não guardavam a dimensão, o teor ou a gravidade que se imaginava no início. E também o oposto pode ocorrer.

Retorno ao texto do voto do relator: “os textos divulgados conciliam-se com a liberdade de pensamento que o art. 220 da Constituição garante aos veículos de comunicação social desde que observado o disposto nesta Constituição. Cabe à imprensa transmitir à população informações e opiniões acerca de matérias de interesse geral, como são as que

se referem à probidade nos exercícios de cargos públicos. Direito e justiça não são sinônimos necessários, embora hoje já se insista em que a grande meta do direito contemporâneo é a do direito justo. O direito pode ser um caminho para se chegar à justiça, que é o grande valor, mormente quando perpassado por escolhas de caráter político, e é saudável para o amadurecimento da cidadania do estado democrático do direito que haja debate e crítica sobre os pontos de tensão que entretêm em qualquer sociedade organizada. As publicações não fraudaram a proteção que o art. 5º, inc. V e X, da mesma Constituição deferem à honra e à imagem das pessoas. O abuso do direito de informar reside no nexo de causalidade entre o exercício ilegítimo desse direito e o dano moral sofrido pelas vítimas de ilações ou falseamentos entremeados no noticiário. O decisório nos tribunais tem sido firme na condenação desses excessos impondo corretivo do dever reparatório dos danos consequentes.

“No caso, os textos veiculados limitaram-se a estampar declarações voluntariamente concedidas por ex-servidora, presumidamente ciente do que estava a denunciar, tanto que as transmitiu às autoridades competentes, que as tomaram por termo e deflagraram os competentes inquéritos, consoante confirmado em juízo pela promotoria responsável. O jornal cumpria, portanto, o mister de divulgar as declarações, o que mereceu o destaque inerente à natureza da matéria, incluindo fotografia de denunciante e denunciados. Inevitável que o noticiário jornalístico cause aborrecimentos, quando não desalentos, àqueles que de algum modo participam dos fatos noticiados, o que não significa que toda notícia sobre supostas irregularidades tenham ânimo de injuriar, caluniar ou difamar. Se as dificuldades existem e estão sendo apuradas, o fato de constituírem ou não ilícitos é questão a ser examinada nas instâncias próprias. Todo aquele que exerce cargos e funções na administração pública deve estar consciente de que a nenhum servidor público é dado de imaginar-se excluído dos controles previstos na ordem jurídica, que a seu turno devem ser exercidos com a transparência que ajuda a construir o direito dever de informar exercitado pela imprensa no estado democrático de direito”.

Tudo isto me pareceu útil lhes trazer à consideração diante do noticiário que ocupa há semanas as primeiras páginas da imprensa brasileira, apontando o envolvimento de autoridades altamente graduadas de todos os poderes estatais. A imprensa, como quarto poder, está a exercitar o seu direito dever de informar, amparada na liberdade de expressão e de

informação. Se as pessoas que estão no centro dessas denúncias resolvessem ingressar com demandas judiciais para responsabilizar os órgãos da imprensa que estão a divulgar essas matérias, penso que o resultado seria a improcedência dos pleitos reparatórios, por todas as razões que acabo de enunciar.

Não queria finalizar minha participação neste saboroso painel - especialmente saboroso para mim porque evoca um tempo da minha juventude que já vai distante; foi o primeiro quinto da minha vida profissional; se dividisse por cinco os quase cinquenta anos de atividade profissional que cumpri na vida até aqui, o resultado seria um quinto de atividade jornalística, depois mais um quinto como advogado, seguido de três quintos na magistratura e no magistério – sem colher a oportunidade de lhes dar um último testemunho de como um antigo jornalista, hoje magistrado, vê a atividade interna da imprensa, já tendo dela participado.

Onde estariam os pontos de tensão entre os dois agentes fundamentais dessas instituições gêmeas, o juiz e o jornalista? Podemos extrair os pontos de tensão pela comparação entre os produtos dessas duas atividades. O produto da atividade jornalística, a notícia; o produto da atividade judicial, a decisão. São surpreendentemente comparáveis esses produtos.

De segunda a sexta-feira, um jornal do porte e da dimensão do **Globo** veicula cerca de 40 páginas de notícias, excluindo matéria paga. Aos sábados e domingos, a edição praticamente dobra, alcançando a média de 80 páginas, com os cadernos especiais. Temos a média de 60 páginas-dia, que, multiplicadas por 365 dias, nos dá cerca de 22.000 páginas publicadas anualmente. A página de um jornal contém 6 colunas, dependendo da opção de diagramação que se adote. Nessas colunas cabem cerca de 14 laudas de 30 linhas. Ou seja, vamos ter 310.000 laudas de notícias ao ano. Este é o produto em termos quantitativos.

O relatório do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 2010, mostra que produzimos, em números redondos, um milhão de decisões extintivas de processos por ano, em ambos os graus de jurisdição. Estimando que cada decisão ocupe uma média de três laudas - claro que haverá decisões com número muito maior de laudas e decisões com número menor -, teremos três milhões de laudas/ano de decisões judiciais contra aquelas 310 mil laudas/ano de notícias. Logo, o número de laudas/ano publicadas num jornal como **O Globo**, de circulação nacional, corresponde a 10% das

laudas de decisões judiciais extintivas de processos/ano, produzidas por um só Tribunal estadual.

Passemos a uma comparação quanto à natureza visível desses produtos.

A notícia expõe conflitos em exíguo tempo e comprimido espaço, por isto que traduz, necessariamente, uma síntese seletiva. A redação do jornal de uma emissora de televisão recebe milhões de possíveis notícias ou informações, que poderiam ser transformadas em notícias, todo dia. É imperativo, diante do tempo e do espaço disponíveis para a divulgação, que se faça uma seleção do que transmitir ao público. A notícia é, necessariamente, uma síntese apertadíssima. São acontecimentos locais, regionais, nacionais e internacionais que disputam o espaço e o tempo da programação ou do meio impresso. Logo, há critérios seletivos peculiares dos fatos que lhe justifiquem a publicação, na medida em que interessam ao público alvo da empresa de comunicação. E cada empresa visa um determinado público, daí a diversidade de linguagem, valores e perspectivas. Que há essa diversidade de valores e perspectivas é fácil de perceber. Basta uma leitura do **Globo** e do **Extra**, jornais do mesmo grupo. Fica evidente que o **Extra** procura atingir um público diferente do público do **Globo**. Por vezes, a mesma notícia recebe um tratamento diferente, com o fim de alcançar o nível de interesse e compreensão de um determinado público. Idêntico processo ocorre nas emissoras de televisão e de mídia em geral: cada qual escolhe o seu público e procura atingi-lo pelo uso de valores, linguagem, tom e perspectivas ajustados a cada qual. A notícia retrata, amplia ou reduz a dimensão dos fatos e suas circunstâncias segundo a linha editorial do jornal ou do veículo comunicador. E essa linha está evidentemente comprometida com interesses que só a empresa de comunicação conhece, sejam políticos ou econômicos. Os compromissos afinam-se, a seu turno, com a capacidade de gerir-se a empresa e obter lucro.

O Poder Judiciário pode ter o seu orçamento devassado por qualquer pessoa. Recentemente, o **Globo** publicou artigos assinados por um historiador da universidade de São Paulo, que obtinha na Internet dados sobre o orçamento dos Tribunais Superiores. Esquadrinhou o orçamento do STF e ofereceu considerações críticas sobre o valor de recursos destinados a tais ou quais finalidades e rubricas. Os senhores já tiveram oportunidade na vida de conhecer o balanço de uma empresa jornalística, que corresponderia ao seu orçamento? Eu nunca tive. Esses balanços pode-

riam ser reveladores de compromissos. Devemos admitir que toda empresa possa ter os seus segredos empresariais, interesses submetidos a uma certa reserva, para protegê-la da concorrência ou habilitá-la a ser mais eficiente no mercado. Mas o público não sabe quais são.

A notícia massifica o conflito. Todos passam a ter dele ciência e a dele participar, tomando partido por influência do que e do como se noticiou. A notícia produz esse efeito, uma reação em cadeia. E o faz a cada 24 horas, passadas as quais a notícia envelhece e tende a tornar-se desinteressante, deixa de ser notícia. Por conseguinte, há maneiras de manter vivo o interesse e uma das maneiras mais eficientes é desdobrar a notícia. São assuntos que ocupam dias, semanas, meses as primeiras páginas dos jornais. Poderiam ter sido objeto de um caderno especializado, esmiuçando-os completamente. Mas, então, esgotar-se-ia a notícia. Ao contrário, a notícia que libera aos poucos, a cada dia, os seus detalhes, mantém-se interessante e estimula que outras fontes possam oferecer mais matéria, que se transforma em mais notícia. É assim que funciona. Manter ou não determinados fatos em evidência é uma questão também associada aos compromissos da empresa jornalística.

Enquanto a notícia expõe conflitos como uma síntese, a decisão judicial deve pôr fim aos conflitos que chegam ao Judiciário sem hora marcada, nem processo seletivo. O juiz não escolhe as demandas que vai julgar. Não pode dizer isso aqui vale a pena, aquilo não vale a pena; essa é uma questão jurídica interessante, aquela é insípida juridicamente e não me interessa julgar. É sua função examinar e julgar todos os conflitos que lhe sejam submetidos. A pessoa que não gosta de decidir, que tenha receio de decidir, que tem dificuldades no seu processo mental de tomar decisões, está na profissão errada se for juiz. O juiz é pago para decidir.

Este momento é ímpar para mim porque me faz recordar coisas. Quando adolescente, tive uma namorada que ilustra essa disposição pessoal para decidir. Telefonava para ela, convidando para irmos ao cinema. Ela passava a perguntar: qual o filme? quais são os atores? e o diretor, quem é? você já leu a crítica sobre o filme? a sala de projeção é boa, tem isso, tem aquilo? Até que eu perdia a paciência e dizia - eu só queria ir ao cinema, nem estava interessado no filme, só em namorar. Há pessoas que têm uma dificuldade enorme para decidir. É quase um tormento para certas pessoas decidir. Se forem juízes, estão na profissão errada. Do juiz espera-se a empatia, tal como o jornalista tem que ter para logo perceber o que é notícia.

O juiz tem que ter empatia com o drama do outro, colocar-se no lugar do outro, ciente de que pode estar julgando uma vida, com todas as suas implicações. O juiz sente o conflito e depois desenha o contorno objetivo jurídico, orientador, pacificador do conflito. A decisão judicial, ao invés de ser uma síntese, e ao invés de selecionar o que vai ser objeto de sua consideração, é o resultado elaborado de uma análise. A decisão judicial não é síntese, é análise, sempre. Não faz escolhas, decide sobre o problema que as partes lhe trouxeram porque não souberam, ou não puderam, encontrar a solução por si mesmas. Desde os conflitos aparentemente mais banais até os mais intrincados, complexos, de menor valor ou de grande valor material, tudo pode ser objeto de uma demanda judicial, a exigir uma decisão judicial.

A decisão judicial contém-se nos autos de um processo, que são acessíveis ao público, sem serem expostos ao público. O público não sabe qual foi o processo segundo o qual o jornalista e o editor resolveram considerar que tais ou quais fatos constituíam notícia; é um processo subjetivo, interno da empresa. Alguém, em algum momento, decide o que é e o que não é notícia. O processo judicial tem cada passo controlado pelas partes, pelos advogados, pelo Ministério Público. Tudo se desenvolve nos autos do processo. Sabe-se, exatamente, como começou e como deve caminhar até o seu desfecho, segundo normas e regras previamente conhecidas, formando o conjunto chamado de devido processo legal.

Na relação triangular do processo – juiz, autor e réu – não há limite rigoroso de tempo, que é sempre o calcanhar de Aquiles de todo processo: se a imprensa tem que dar a notícia em até 24 horas, sob pena de se tornar velha e deixar de ser notícia, o juiz não tem um tempo certo para proferir a sua decisão; o tempo dependerá da natureza da causa, do volume e da diversidade das provas, do empenho das partes, de uma série de fatores, enfim, até que o juiz possa se considerar em condições de decidir.

A decisão judicial nada mais faz do que finalizar um processo, pondo termo a conflitos, interindividuais em sua maioria, mas também coletivos, e ambos podendo ensejar manipulações orçamentárias no tempo, como ocorre, por exemplo, com o pagamento dos precatórios judiciais. O Presidente Manoel Alberto está tentando obter apoio do CNJ para a revisão de nossos procedimentos de pagamento de precatórios. Vamos ver se de lá vem alguma proposta que já não tenha sido tentada pelo Tribunal. Esse tema é recorrente. Toda administração tenta melhorar. A dificuldade

está em que não depende só do Poder Judiciário, posto estar vinculada à disponibilidade de recursos orçamentários e o Executivo joga com isto (Pres. Manoel Alberto, “eu já sequestrei recursos de 15 prefeituras”). É papel do Judiciário decidir e tornar efetiva a decisão, desafio que se eleva quando se confrontam os poderes do estado em razão da disponibilidade de meios.

Despeço-me referindo um episódio reputado como verdadeiro. Não sei se mereceu, na época, um espaço como notícia. Conta-se que ocorreu em outubro de 1995, no Atlântico Norte, litoral canadense, um entrevero envolvendo o comandante de um navio que navegava naquelas águas e autoridades costeiras. O comandante do navio, ao observar um obstáculo indicado nos equipamentos da embarcação, entrou em contato com este e passou a mensagem: “solicito alterar 15 graus norte para evitar colisão”. Recebeu em resposta orientação oposta: “recomendo mudar o seu curso 15 graus sul”. O comandante do navio ficou um tanto aborrecido e se identificou: “aqui é o capitão de um navio norte-americano, repito: mude o seu curso 15 graus norte”. O canadense replicou: “não, mude você o seu curso 15 graus sul”. O americano elevou o tom de voz e foi peremptório: “este é o porta-aviões USS Lincoln, o segundo maior navio da frota norte-americana no Atlântico, estamos acompanhados de 3 destroyers, 3 fragatas e inúmeros navios de suporte; exijo que mude o seu curso 15 graus norte ou tomaremos contramedidas imediatas para garantir a segurança da esquadra”. Veio a resposta do outro lado: “aqui é o farol, câmbio final”. Moral da história: ignorância e arrogância nos fazem cegos mesmo para compartilhar águas e destinos comuns.

Obrigado pela atenção com que me ouviram. ❖

Os Direitos da Personalidade e a Liberdade de Expressão

Parâmetros para a Ponderação

José Roberto de Castro Neves

Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica - RJ, Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Advogado.

Na capa da **Revista Exame** de 24.7.2013, com enorme circulação, havia estampada uma fotografia do empresário Eike Batista, com a seguinte manchete, em letras garrafais: “Colapso”. Em destaque menor, ainda na capa, a revista prometia informar aos seus leitores: “Como Eike se tornou um pesadelo para os investidores da Bovespa”.

Seguramente, o empresário não autorizou essa utilização de sua imagem, muito menos com a evidente conotação negativa da reportagem, que denigre sua honra e afronta o seu negócio. Poderia o bilionário (ou milionário) tomar alguma medida para proteger sua imagem e sua honra, mormente num país, como o nosso, no qual esses bens são tutelados, inclusive na Constituição Federal?

A resposta não é simples. No caso concreto, há, claramente, um conflito de dois valores relevantes para o estado democrático. De um lado, a proteção aos Direitos da Personalidade e sua crescente importância. De outro, a relevância da informação e a liberdade de expressão.

I. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O homem saiu da 2ª Grande Guerra Mundial com uma crise de identidade. Não apenas a bomba atômica, mas, principalmente, o Holocausto acarretou uma necessária reflexão. Era difícil compreender como

a Alemanha, orgulho da civilização ocidental, fonte dos maiores filósofos, músicos e juristas da Idade Moderna, havia permitido uma atrocidade dessa magnitude. Em que medida o Direito havia contribuído para isso?

O Direito positivista, patrimonialista e racional teria sido o vilão? Como o Direito não conseguiu evitar as atrocidades da guerra? Que valores o sistema jurídico deveria proteger?

Segundo o conceito Kantiano, há duas categorias de valores no mundo social: o preço (“Preis”) e a dignidade (“Würden”).¹ O preço é um valor exterior, ao passo que a dignidade, interior. Coisas têm preço enquanto as pessoas, dignidade.

Numa sociedade muito apegada aos valores materiais, o Direito terá uma acepção mais patrimonialista, reduzindo todos os bens a uma quantificação pecuniária. Se, de outra forma, a finalidade maior da sociedade é a de proteger o ser humano na sua dignidade, a solução do ordenamento jurídico seguramente será distinta.

Com a crise pós-guerra de identidade da civilização ocidental, foi necessária à humanidade uma autoanálise. Dever-se-ia retornar ao humano.

Essa revisão afetou fundamentalmente o Direito.

O Direito deveria ser uma ferramenta mais construtiva, proativa e sensível. Não caberia ao Direito apenas manter a tranquilidade social, mas atuar também como transformador da civilização, numa função promocional, a fim de atingir certos valores e conquistas. O jurista não seria apenas um intérprete da lei, mas o construtor de um ordenamento jurídico atento aos valores caros ao homem.

No cume desses valores, a sociedade contemporânea elegeu prestigiar a dignidade da pessoa humana. O ser humano deveria ser protegido na sua essencialidade, sendo essa tutela o vértice do ordenamento jurídico.²

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, registra no seu primeiro considerando:

“O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

1 Immanuel KANT, **Metafísica dos Costumes**, Parte I, Edições 70, Lisboa, 2004, p. 16 e seguintes.

2 Ver Jeanne HERSCH, **Le Droit d’être um Homme**, Tournai, Unesco, 1968.

Adiante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos diz:

“Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

Nesse passo, vale identificar três conceitos desenvolvidos, que ganharam musculatura na segunda metade do século passado: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade.

Muitas vezes, esses termos são usados indistintamente e de forma vaga, tratando genericamente de proteções e garantias mínimas do ser humano. Noutras vezes, são empregados como formadores de três círculos concêntricos. Cabe, contudo, distingui-los.

Direitos Humanos é um termo internacionalmente conhecido. O tema, *“Human Rights”*, é recorrente e não sai de pauta. Seguramente, trata-se do mais amplo dos três conceitos. Ao se falar em Direitos Humanos refere-se às conquistas da civilização relativas às garantias mínimas do ser humano e de sua vida mais digna.³ São exemplos, entre muitos outros, a proibição de escravidão e tortura, o repúdio ao preconceito, o acesso ao trabalho e o direito de expressão.

Direitos Fundamentais, por sua vez, embora se relacione diretamente aos Direitos Humanos, trata daquelas garantias legais positivadas numa Constituição, ou seja, na viga mestra de um determinado ordenamento jurídico.

No nosso ordenamento, os direitos e garantias individuais, arrolados no artigo 5º da Constituição Federal, gozam de uma proteção especial. São, inclusive, consideradas cláusulas pétreas da Constituição, não admitindo sequer alguma forma de emenda, como se vê do artigo 60, § 4º, IV. Daí porque considerados Direitos Fundamentais.

Direitos da Personalidade, por fim, são aqueles direitos referentes à essencialidade do ser humano, sua honra, sua imagem, seu nome. Sua dignidade.

Embora os Direitos da Personalidade estejam contidos nos Direitos Fundamentais, com estes não se confundem.

3 Sobre o tema, Fábio Konder COMPARATO, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, e Lynn HUNT, *A Invenção dos Direitos Humanos*, São Paulo, Companhia da Letras, 2009.

Tome-se, por exemplo, o Direito à Propriedade. Na Constituição Brasileira, ele consta como um Direito Fundamental, como se vê do artigo 5º, XXII, mas certamente não se inclui entre os Direitos da Personalidade.

Não existe uma definição precisa do que sejam os Direitos de Personalidade. Diante da natureza de tais direitos, soluções legislativas fechadas e definitivas não são apropriadas. Vale, a propósito, repetir a lição do jurista Sergio Cavalieri: “São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana.” Em seguida, o professor registra: “Temos hoje o que pode ser chamado direito subjetivo constitucional à dignidade.”⁴

A Constituição Federal de 1988 amalgamou-se à proteção dos Direitos da Personalidade. Fixou-se a dignidade humana como princípio fundamental da República, consoante o artigo 1º, III, da Constituição.

O artigo 5º da Constituição, em vários incisos, trata desses Direitos da Personalidade, sendo o inciso X o mais emblemático deles:

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Por definição, os Direitos da Personalidade são intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e não admitem limitação voluntária ao seu exercício, salvo muito excepcionalmente.

O Código Civil tratou de cinco Direitos da Personalidade: o direito ao corpo (artigos 13 ao 15), direito ao nome (artigos 16 ao 19), direito à honra, direito à imagem (estes referidos no artigo 20) e direito à privacidade (artigo 21).

Inicialmente, o respeito aos Direitos da Personalidade era suscitado como um dever de abstenção. Um direito subjetivo absoluto, oponível a um sujeito passivo universal. Seguiu o modelo da propriedade. Hoje, entretanto, admite-se uma postura ativa dos titulares dos Direitos Personalíssimos.

⁴ Sergio CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 88.

II. DIREITOS DA PERSONALIDADE EM ESPÉCIE

Pode-se definir a honra como o conceito que se tem de si próprio e o apreço que se recebe no meio social. Há, portanto, uma honra interna (subjéitiva) e outra externa (objetiva).

Essa distinção é relevante na identificação dos crimes contra a honra, na medida em que a injúria (artigo 140 do Código Penal⁵) protege a honra subjéitiva, enquanto a calúnia e a difamação (artigos 138⁶ e 139⁷, respectivamente) a honra objetiva.

Ao se proteger a honra, quer-se amparar a autoestima do ser humano e a sua reputação perante a sua comunidade.

Os conceitos de privacidade e intimidade muitas vezes se confundem.

Intimidades são os fatos ou qualidades próprios de uma pessoa que, numa concepção aceita pela sociedade, é natural que se deseje proteger de uma exposição pública. Numa acepção subjéitiva: intimidade é um fato ou característica de uma pessoa que ela não quer expor publicamente.

Intimidade é um conceito carregado de subjéтивismo. Dependendo da pessoa, o mesmo fato pode ou não integrar a sua intimidade. Para uns, a doença que sofre é um ato íntimo, enquanto outros têm até certo prazer em divulgar tal fato.

Privacidade opõe-se ao público. Privado é aquilo que não se expõe abertamente.

A privacidade é a garantia de que as suas intimidades não serão reveladas. O direito à privacidade consiste na proteção da intimidade.

O direito à privacidade encontra-se em absoluta ebulição.

De um lado, algo paradoxal passa, cada vez mais, a ser um valor social a exposição pessoal. Ser “popular” é um valor aos jovens e, por vezes, uma necessidade comercial.

Há até a qualificação de “celebridade”, pessoas cujo atributo – por vezes o único atributo – consiste em ser conhecida pelo público. Ser conhecido e popular, portanto, passou a ser um valor por si mesmo.

Na mesma linha, a facilidade tecnológica de comunicação, com o envio de mensagens e imagens imediatamente, por meio de redes sociais,

5 “Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro:”

6 “Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:”

7 “Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:”

transformou a sociedade. Não há local no mundo imune à câmera de um telefone celular. Isso relativizou o conceito de local privado, já que, hoje, onde houver um ser humano, haverá um telefone celular e sua inseparável câmera fotográfica, pronta para transmitir imediatamente a imagem captada.

Além disso, há, nos nossos dias, uma capacidade aparentemente infinita de armazenagem de dados. As nossas identificações, com todo tipo de informação a nosso respeito, encontram-se armazenadas num computador, numa rede, que se não é totalmente aberta, admite violação.

Somos infestados de *spams* pela internet, de pessoas ligando para os nossos celulares buscando vender algum produto ou serviço. Nossas imagens são capturadas por câmeras de vigilância ou colhidas num celular. Tudo sem a nossa autorização. É de se perguntar se ainda existe privacidade, ou se a privacidade dos nossos dias é outra daquele conceito clássico.

Ao respondermos formulários, somos indagados acerca de religião, salário e opção sexual. Evidentemente, trata-se de uma invasão da privacidade. O Grande Irmão nos assiste.

Salário, aliás, é um tema por si só. Seria essa informação integrante da privacidade? Na nossa cultura, impõe-se a resposta positiva. A grande parte das pessoas, até mesmo influenciada pela ideologia cristã, prefere reserva em relação aos seus ganhos financeiros. Apesar disso, há hoje uma viva disputa de quem defende que essas informações devam ser publicadas em nome de outros valores, como a necessidade de transparência.

O brasileiro comenta intimidades com seus amigos próximos, mas nada fala acerca de seus rendimentos. A pergunta “quanto você ganha?” é um tabu, estritamente relacionada à cultura cristã e à culpa associada ao dinheiro. Isso fica claro ao se comparar o tema nos Estados Unidos. Os protestantes norte-americanos falam abertamente de seus rendimentos, enquanto nós os omitimos.

Há uma “onda” de medidas no sentido de tornar público o tema. A CVM determinou às companhias abertas e aos seus diretores que fizessem essa publicação. Essa ordem da autarquia é objeto de litígio no Judiciário.

O CNJ também impôs aos Tribunais que indicassem o nome e a remuneração de cada magistrado. Haveria necessidade de publicar o nome? A matrícula não seria suficiente? Isso bastaria para permitir que se identificasse alguma distorção, sem violar a privacidade desnecessariamente. O tema também desafia o Judiciário, pois o conflito de valores merece uma ponderação.

A proteção à privacidade foi examinada num único artigo do Código Civil:

“Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Esse dispositivo, caso não seja interpretado com inteligência, parece uma ironia, na medida em que, a todo tempo e a toda hora, essa vida privada é exposta.

Na proteção à imagem impede-se a exposição física de certa pessoa, ou mesmo de partes de seu corpo. Trata-se do controle que cada pessoa humana detém sobre o aspecto audiovisual ou tátil da sua individualidade. O uso não consentido da representação externa da figura acarreta violação ao direito de imagem.

Ainda, vedam-se as referências aos aspectos físicos de uma pessoa que permitam a sua identificação.

O direito à imagem constitui direito diverso do direito à honra. Há uma autonomia entre eles. A imagem é defendida autonomamente. Com efeito, a tutela da imagem independe do direito à honra. A rigor, tem-se a prerrogativa de impedir a divulgação de sua própria imagem, ainda que tal divulgação seja feita com intuito elogioso, como aponta a Súmula 403 do STJ:

“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

O consentimento com o uso da imagem pode ser tácito ou implícito, porém a regra deve ser o consentimento inequívoco do retratado. Evidentemente, o consentimento deve ser interpretado de forma restritiva, especificamente ao uso pontual e específico a que se destina a veiculação autorizada.⁸

⁸ Veja-se, a propósito, o seguinte caso, examinado pelo STJ: “DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTOGRAFIA DO AUTOR, NA PASSEATA LGBT, EM SÃO PAULO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Ainda que haja autorização de veiculação da imagem, o uso dessa imagem continua devendo ser controlado. Quer-se evitar o abuso. Interpreta-se a autorização sempre condicionada ao contexto.

Ademais, o uso da imagem pode revelar algo diverso da expectativa do retratado no momento da autorização. Nesses casos, conceitualmente, protege-se a justa expectativa do dono da imagem.

Registre-se, na oportunidade, o direito ao esquecimento. Greta Garbo, em *Grande Hotel*, filme de 1932, proferiu a célebre frase: “*I want to be alone*”.

Aos 36 anos, em 1942, no auge do sucesso, Greta Garbo desistiu do cinema, para recolher-se à estrita privacidade. Não deu mais nenhuma entrevista até sua morte, em 1990, aos 84 anos. Queria ser esquecida. Ela chegou até a receber um Oscar pelo conjunto da obra, em 1954, mas sequer foi receber a homenagem.

Essa opção deve, na medida do possível, ser respeitada.

Será que determinado fato, associado à vida de uma pessoa, pode ser ressuscitado eternamente? Alguém que cometeu um crime no passado e pagou sua pena à sociedade tem como evitar que a sua história seja recontada?

Na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo STJ, elaborou-se o Enunciado n. 531:

“Art. 11. A tutela da *dignidade da pessoa humana na sociedade da informação* inclui o direito ao esquecimento.”

Principalmente com os sites de busca, nada mais fica totalmente escondido. O passado retorna. A facilidade de armazenagem de informações e do seu acesso tornou quase impossível esconder um fato. “O que

1. A ausência de juntada, com a inicial, da reportagem publicada em portal de Internet na qual consta fotografia dos autores na manifestação popular favorável à causa LGBT, na Avenida Paulista, não impede o conhecimento da ação que pleiteia indenização, desde que demonstrada a repercussão social do fato.

2. A Internet é um veículo de comunicação fluido. Uma página acessível em um dia pode perfeitamente ser recuperável pelo cidadão no dia seguinte. Para o administrador do Portal que a publicou, contudo, tanto a matéria quanto a foto são sempre perfeitamente recuperáveis. Assim, ainda que, pelo critério de distribuição estática, o ônus da prova quanto à existência e o conteúdo da reportagem seja do autor, na hipótese dos autos é admissível promover-se uma distribuição dinâmica desse ônus, de modo que a juntada da reportagem seja dispensada.

3. É lícito a uma pessoa se autodeterminar, apoiando a causa LGBT ou mantendo-se neutro. Se os autores optam por manterem-se neutros, sua foto relacionada à passeata LGBT dá lugar a reparação por dano moral.

4. O valor da indenização por dano moral só comporta revisão nesta sede em situações de claro exagero ou excessiva modicidade.

5. Recurso especial não provido.” (STJ, Resp 1135543, 3º Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.m., j. 22.05.2012)

não está no Google não está no mundo”, sendo que, aparentemente, quase nada escapa dele.

O dano moral representa a agressão a um Direito da Personalidade, uma lesão à dignidade.⁹

O grau de dor, humilhação e sofrimento daquele que teve lesado seu Direito da Personalidade funciona como base de que se valerá para apurar o quantum da indenização.

Se uma pessoa teve sua imagem usada indevidamente, houve lesão a um Direito da Personalidade. Se esse dano for reclamado, o juiz, ao apreciar o caso, examinará se o fato trouxe sofrimento, vexame, humilhação à pessoa exposta para que, a partir daí (e de outros fatores, como o padrão de vida dos envolvidos), possa quantificar a indenização. Todavia, mesmo se for impossível averiguar o dano, haverá direito à reparação, pois, no caso, o dano é *in re ipsa*.

Numa sociedade democrática e livre, tais Direitos da Personalidade, garantias fundamentais, comumente são colocadas em conflito com a liberdade de expressão e o direito à informação.

III. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO

Eis duas verdades indisputáveis: não há democracia sem imprensa e o ser humano não é feliz se não puder exprimir suas ideias e sentimentos.

Essas grandes verdades devem ser protegidas pelo ordenamento jurídico.

Com esse propósito, a primeira emenda da Constituição americana, de 1791, tem a seguinte redação:

“O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas”.

Elaborada na França, a declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, tratava da liberdade de imprensa, embora mencionasse seus limites:

⁹ Ver Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

“Art. 11º. A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, embora deva responder pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.”

Nessa mesma linha, a Declaração de Direitos da ONU de 1948:

“Artigo XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Cumpra, nesse ponto, distinguir a liberdade de expressão e a liberdade de informação.

A liberdade de expressão consiste numa importante forma de desenvolvimento da personalidade. As pessoas, se assim desejarem, devem dizer o que pensam, externar seus sentimentos e convicções. Nessa manifestação, há um aspecto subjetivo.

Na liberdade de informação, diferentemente, verifica-se um viés objetivo. Deseja-se, por princípio, informar aquilo que objetivamente é verdade e corresponde aos fatos. No limite, uma suspeita justificada, exposta de forma responsável, também se insere no conceito de liberdade de informação.

Embora o conceito de liberdade de expressão seja abrangente a ponto, inclusive, de conter a liberdade de informação, há uma peculiaridade importante nesta última. A liberdade de expressão admite o lirismo, a poesia, a imaginação. Isso não ocorre na liberdade de informação.

A primeira página de um jornal sério, que tenha por objetivo trazer informações corretas aos seus clientes, não pode dizer, por exemplo, que um certo político se alimenta de capim. Entretanto, a parte desse mesmo periódico, destinada ao humor, quando está claro que é assim, poderia conter a referida menção. Neste caso, os leitores sabem que a informação tem o propósito de entreter, de fazer rir, de criticar a sociedade por meio do humor.

Cumpra, ainda, falar da liberdade de imprensa, que acaba por abarcar a liberdade de expressão e a liberdade de informação.

A liberdade de imprensa se relaciona ao direito à informação, na medida em que as pessoas têm o direito de se inteirar dos fatos, de conhecer a situação e, a partir daí, formar seus próprios juízos e convicções. Para que as pessoas possam ter ciência dos fatos, necessário que exista uma imprensa livre.

Inserido na liberdade de imprensa também está o direito de as pessoas se manifestarem, expondo seus pensamentos e sentimentos, expressando-se livremente. Conceitualmente, deve-se indicar o autor da opinião, para que o ato seja responsável.

A liberdade da imprensa é um importante componente de uma sociedade democrática, até mesmo pela possibilidade de expressar uma crítica.¹⁰ Aliás, a imprensa tem *status* de serviço de utilidade pública, o que aumenta a sua responsabilidade. Afinal, a responsabilidade está sempre a altura do poder.

Embutido no direito à informação encontra-se o direito de receber uma informação verdadeira, fidedigna, honesta, livre de propósitos ocultos.

Há uma relação de consumo entre a imprensa jornalística e o consumidor. Quem compra o jornal quer saber o fato, não ser induzido ou enganado.

10 “A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, entre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar, e o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. O STF tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juizes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa.” (AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, DJE de 6-4-2011.) No mesmo sentido: AI 690.841-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-6-2011, Segunda Turma, DJE de 5-8-2011; AI 505.595, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, DJE de 23-11-2009.

O direito à informação e a proteção aos Direitos da Personalidade convergem no direito de resposta. Esta, também, uma garantia constitucional:

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

A Constituição Federal, também na parte em que tratou das garantias fundamentais, cuidou dessas liberdades, como se vê dos incisos IV e IX do artigo 5º:

“IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

“IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

Nesse passo, vale citar também o inciso XIV do artigo 5º:

“XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

A não mais vigente Lei da Imprensa, Lei nº 5.250, de 9.2.1967, também tratava do tema:

“Art. 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.”

“Art. 21. (...)

§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dêle.”

“Art. 24. São puníveis, nos termos dos arts. 20 a 22, a calúnia, difamação e injúria contra a memória dos mortos.”

Esse precioso tema já foi examinado diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal. Conceitualmente, garante-se a plena liberdade de imprensa, que será tolhida excepcionalmente, como na hipótese de a divulgação conter viés de propaganda política:

*“Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação **lato sensu**. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da CF: liberdade de ‘manifestação do pensamento’, liberdade de ‘criação’, liberdade de ‘expressão’, liberdade de ‘informação’. Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de ‘Fundamentais’: ‘livre manifestação do pensamento’ (inciso IV); ‘livre (...) expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação’ (inciso IX); ‘acesso a informação’ (inciso XIV). (...) Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’, sinônimo perfeito de ‘informação jornalística’ (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. (...) A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. (...) Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos § 4º e § 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam,*

propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos. Suspensão de eficácia da expressão ‘ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes’, contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou a matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto.” (ADI 4.451-MC-REF, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 24-8-2012)

Tome-se o seguinte exemplo: não raro, há interesse legítimo da comunidade em conhecer fatos de determinado crime. Contudo, ainda não se tem certeza da autoria do ilícito. Nesses casos, revelam-se os nomes dos suspeitos porque essa informação interessa legitimamente à sociedade. Aliás, até mesmo os julgamentos, em regra, são públicos, o que se permite identificar os fatos e as pessoas envolvidas.

Com efeito, nesses casos, havendo uma suspeita razoável, não haverá como deixar de expor a situação, inclusive revelando os nomes.

Especificamente em relação à liberdade de imprensa, a Constituição Federal ainda tratou do tema em dispositivo específico:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Como a própria letra da Constituição indica, a liberdade de expressão não é um poder absoluto. O dispositivo acima transcrito remete ao inciso V do artigo 5º, segundo o qual são invioláveis a vida privada, a honra e a imagem. Logo, não haveria como aplicar os dispositivos legais mencionados sem se valer da ponderação.

IV. DA SUBSUNÇÃO À PONDERAÇÃO

A tradicional análise de uma situação, vista por um operador do Direito, iniciaria com a apreciação do fato, para, em seguida, enquadrá-lo a alguma norma. Preferencialmente, o fato estaria descrito na norma, sendo esse exame apenas um exercício de lógica cartesiana, um encaixe, numa relação de causa e efeito. A “solução jurídica” do caso adviria dessa subsunção.

Com efeito, classicamente, essa subsunção deveria dar-se de forma perfeita, com a regra jurídica, embora conceitualmente abstrata, enquadrando-se com o fato concreto, como se tratasse de uma operação matemática.

Dessa forma, haveria pouco espaço para qualquer subjetivismo por parte do julgador, que atuaria apenas como um autômato, reunindo mecanicamente o fato à norma.

No sonho positivista, isso seria possível, porque a suprema razão humana seria capaz de antever todas as situações da vida e apontar previamente a sua solução.

O artigo 3º, I, do Código Civil diz que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos. Os atos realizados pelas pessoas nessa condição são nulos. Esta a regra. Eis, agora, um fato: um menor de, digamos, 10 anos, assina pessoalmente a transferência de um imóvel, sem que seus pais o representem. Não é difícil, adequando o fato à norma, concluir que o tal menor não tinha capacidade para realizar o contrato e caracterizar como nulo o referido negócio.

Nesse modelo da subsunção, o juiz não é um criador do direito. Ele conhece a norma e a aplica.

Dentro desse sistema, os princípios atuariam apenas nas raras situações nas quais não houvesse uma lei escrita tratando da matéria.

Uma boa expressão desse conceito se vê na Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942, depois rebatizada Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). O seu artigo 4º reflete bem o seu tempo:

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Os princípios apenas seriam aplicados nos casos de omissão da lei. Mesmo assim, após recorrer-se à analogia e aos costumes.

Mais recentemente, compreendeu-se que a completude do sistema fundado em regras escritas não passa de um sonho de uma noite de verão. Verificou-se a conveniência de legislar fazendo referência a conceitos mais abstratos. Registram-se princípios em leis positivadas. Contudo, os princípios são vetores. Conceitos abertos como função social, boa-fé, proteção à honra necessitam do caso concreto e da análise do julgador para ganhar a plena forma.

Quando o legislador fala em boa-fé objetiva, função social do contrato, intimidade, vida privada, honra, não há uma definição precisa do seu alcance, nem das situações nas quais esses conceitos vão incidir.

Logo, caberá ao aplicador da regra – normalmente um magistrado – indicar qual o contorno desses conceitos abertos, o que apenas deverá ocorrer quando diante do caso concreto.

O direito à intimidade e à honra, por exemplo, são garantias constitucionais, como consta no inciso X, do artigo 5º. Todavia, caberá ao intérprete indicar a extensão desses conceitos, apreciando a situação concreta.

Hart sustentava que apenas as *“rules”* são juridicamente obrigatórias. Se houvesse um conflito sem uma perfeita adequação do fato à norma, estar-se-ia diante de um *“hard case”*, o juiz poderia julgar pela razoabilidade.

Robert Alexy e Dworkin analisaram a aplicação das regras escritas num aspecto de *“tudo ou nada”*, enquanto os princípios admitiam gradação na sua aplicação. O alemão Alexy registrou que tanto as regras (*“rules”*) quanto os princípios eram espécies de normas jurídicas, ambos com força cogente. Entretanto, na incidência de princípios, o intérprete poderá apreciar o grau de sua aplicação.

Na apreciação clássica dos elementos das regras jurídicas, havia o preceito e a sanção. Idealmente, era simples ao julgador, por meio da subsunção, indicar qual a solução jurídica, pois a regra era ou não aplicável

ao caso. Não havia gradação nessa incidência. Cabia ao julgador apenas indicar “sim” ou “não”, sem espaço para ponderar. Trata-se do “tudo ou nada”, de que antes se mencionou. Com os princípios a situação é distinta. Essa aplicação admite uma gradação.

Vale, aqui, observar a relevante alteração da perspectiva: o julgador, antes apenas um conhecedor da lei, passa a ter outro e mais relevante papel. Afinal, diante das normas abertas, o julgador deve, analisado o caso concreto, indicar a solução, posicionando-se, adotando uma posição crítica.

Cumpra ao julgador explicitar a sua compreensão da situação concreta, para, então, chegar a alguma conclusão.

O inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal informa que a propriedade atenderá à sua função social. Embora existam parâmetros, em grande parte caberá ao juiz, numa valoração particular, apreciar se uma determinada propriedade estará, em concreto, cumprindo esse fim.

Assim, o juiz passa a ter um papel valorativo de enorme relevância. Essa função não pode ser dada a um robô, mas a um ser humano sensível e responsável.

A situação ainda ganha complexidade ao reconhecer que, não raro, essas regras abertas, princípios de Direito, podem entrar em conflito entre si.

Nos casos de Direitos Fundamentais, situações nas quais os princípios têm natureza constitucional, não há, *a priori*, um princípio mais relevante do que outro.

De acordo com o “princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica entre normas constitucionais.”¹¹ Caberá ao intérprete, apreciado o caso específico, indicar qual princípio deva preponderar.

Trata-se da ponderação.

Havendo colisão de dois princípios, analisa-se qual o valor mais relevante em jogo, para que este possa prevalecer. Trata-se de uma técnica de decidir e oferecer a solução mais conforme o Direito em vigor, a partir do reconhecimento do conflito de princípios.

Nessa tarefa, exige-se uma orientação valorativa do julgador. Sua atuação é sensivelmente mais relevante. Não se trata, como se disse, de uma operação ideologicamente neutra.

11 Luís Roberto BARROSO, “Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa”, in **Revista de Direito Privado**, nº 18, São Paulo, Ed. RT, 2004, p. 108.

Do ponto de vista doutrinário, admitem-se três etapas do processo de ponderação: na primeira, cabe ao intérprete identificar as normas relevantes em jogo. Nesse momento, apontam-se as regras em conflito, apreciando, inclusive, os valores que cada uma delas visa a proteger. Na segunda etapa, aprecia-se o caso concreto, com as suas peculiaridades. Na terceira e última etapa, quando se dá a ponderação propriamente dita, conjugam-se os fatos concretos e as normas jurídicas, para concluir o que deve preponderar.¹²

A ponderação tampouco se dá de forma binária. Não se trata apenas de indicar qual princípio deva preponderar num determinado caso específico, porém de apreciar em que grau deve ocorrer essa predominância.

VI. NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO DOS ARTIGOS 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL

Eis, transcrito literalmente, o artigo 20 do Código Civil:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

A interpretação literal da regra acima é no sentido de que se admite a proibição da exposição da imagem de uma pessoa, a requerimento desta, salvo três exceções: (a) se houver autorização do dono da imagem; (b) se interessar à administração da justiça e (c) se a publicação da imagem contribuir para a manutenção da ordem pública.

¹² Sobre o tema, Ney Rodrigo Lima RIBEIRO, “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (Im)Possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro”, in *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 2013.

Ainda segundo a regra, a pessoa terá direito a reclamar uma indenização pela exposição da imagem, se: (a) atingir-lhe a honra; (b) macular sua boa fama; (c) afetar-lhe a respeitabilidade e (d) se o uso da imagem se destinar a fins comerciais.

A deficiência da regra salta aos olhos.

Atente-se que essa redação era exatamente a que constava do anteprojeto do Código Civil de 1975 e foi reproduzida, em 2002, na forma publicada no Código Civil vigente.

Para começar, a letra da lei transmite a ideia de que apenas se admite a divulgação da imagem de uma pessoa sem o seu consentimento, se isso interessar à administração da justiça ou favorecer à manutenção da ordem pública. Contudo, há, evidentemente, um número muito maior de exceções a que se permita a divulgação da imagem sem o consentimento da pessoa.

A maior exceção deriva precisamente da ponderação decorrente da liberdade de imprensa e do direito à informação.

Também é difícil imaginar esses conceitos: “manutenção da ordem pública” e “administração da justiça”. São genéricos em demasia. Há uma dificuldade, até mesmo, em imaginar quais seriam, em concreto, essas situações.

Da mesma forma, a indenização não deveria ficar restrita às hipóteses mencionadas na lei. O direito à imagem é autônomo.¹³ Independe de qualquer outro elemento. O dano decorre da mera exposição da imagem.

Diante da omissão do dispositivo legal quanto à liberdade de informação e seus consectários, há quem defenda a sua inconstitucionalidade. Grandinetti registra a necessidade de interpretação conforme a Constituição, que alberga a liberdade de informação, expressão e opinião como direitos fundamentais, não havendo prevalência apriorística entre o direito à imagem sobre o direito à informação.¹⁴

De outra ponta, a imagem deve ser protegida independentemente de qualquer efeito. Ou seja, a imagem é um bem em si mesma. O registro, constante da lei, de que a violação da imagem estaria vinculado aos seus efeitos não se sustenta.

13 Nesse sentido Andrea BARROSO SILVA: “Entende-se que o direito à imagem é autônomo em relação aos demais direitos da personalidade, especialmente o direito à honra e à reserva sobre a intimidade da vida privada, não obstante o direito à imagem possa proteger tais bens, como acima já explicitado.” (“Direito à imagem: o delírio da redoma protetora”, in **Direitos da Personalidade**, Atlas, São Paulo, 2013, p. 290).

14 Ver L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, **Liberdade de Informação e o Direito Difuso de Informação Verdadeira**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Há, ainda, outra deficiência na lei tratando da reparação do dano moral. Veja-se o artigo 953 do Código Civil:

“Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.”

A rigor, como salienta Anderson Schreiber, “melhor seria que tratasse simplesmente da violação à honra, não se justificando, no atual contexto, a restrição aos tipos penais mencionados.”¹⁵

O dispositivo limita-se a repetir a regra do Código Civil de 1916, sem atentar aos novos tempos.

A citada regra, na sua literalidade, dá a ideia de que o dano moral apenas poderia ser arbitrado quando fosse impossível ao lesado demonstrar o prejuízo material. Isso não faz sentido, pois o juiz pode fixar por arbitramento o dano moral, mesmo ausente a prova de prejuízo material.

Por fim, o referido dispositivo legal é omissivo também em relação às formas de reparação, pois se limita a falar em “indenização”, quando deveria mencionar ainda, por exemplo, a retratação pública ou outras obrigações de fazer.

Nesse sentido, já a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9.2.1967) cuidava do tema:

“Art. 75. A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada.”

O STF entendeu que a referida Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (ADPF 130-7, julgada em 30.4.2009, relator Ministro Ayres Britto). Isso, contudo, não impede que os julgadores se valham do conceito. Muitas vezes, o desejo do lesado consiste pre-

¹⁵ Anderson SCHREIBER, *Direitos da Personalidade*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 73.

cisamente num esclarecimento, pelo autor da afronta, dos fatos, a fim de restabelecer a verdade (e, com isso, sua honra).

Veja-se, agora, o já citado artigo 21 do Código Civil:

“Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Em muitos casos, quando confrontada com outros valores, a vida privada pode ser exposta. Caso, por exemplo, certo político use um avião da Força Aérea Brasileira para uma viagem particular, é razoável que o fato seja publicado.

Evidentemente, o dispositivo deve ser lido em conjunto com a Constituição e ponderado, como, aliás, registra o Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil:

“Art. 20: A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

VII. UMA RELEVANTE PRELIMINAR: O CONSENTIMENTO DA PESSOA CUJA IMAGEM OU A INFORMAÇÃO É PUBLICADA

Nas hipóteses nas quais houver consentimento da pessoa cuja imagem ou informação é divulgada, o conflito social é em grande parte esvaziado.

A discussão haverá se se entender que, no caso específico, aquela imagem e informação agrida de tal forma os direitos da personalidade que se considere irrenunciável a proteção.

Tome-se o exemplo de um menor que cometeu um ato ilícito e seus pais queiram divulgar o fato. Isso seria lícito?

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13.7.1990, não, como se vê abaixo:

“Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.”

Cuidando especificamente da limitação voluntária dos Direitos da Personalidade, é fundamental apreciar o artigo 11 do Código Civil:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Quando a autolimitação do Direito da Personalidade atenda a propósito genuíno do titular, essa restrição pode ser admitida, desde que não seja permanente, nem generalizada.

Pode-se defender que o participante de um “reality show” renuncia a sua privacidade e intimidade. Contudo, essa renúncia é admitida pela nossa sociedade, seguramente porque se pondera o valor da liberdade de contratar, entendendo-se que este último deva preponderar.

Nesse sentido, o Enunciado nº da I Jornada de Direito Civil promovida pelo STJ:

“Art. 11. O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”

Também nessa mesma esteira, o Enunciado nº 139 da III Jornada de Direito Civil:

“Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.”

Veja-se ainda, da IV Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 274:

“Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

De fato, como se registrou no Enunciado acima transcrito, nos casos nos quais essas garantias fundamentais entram em conflito, deve-se valer da ponderação.

VIII. PARÂMETROS PARA A PONDERAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Delineiam-se alguns parâmetros que podem orientar o intérprete na ponderação. A primeira dessas balizas é o conceito de interesse e utilidade da informação. O binômio acima é conhecido do Direito Civil. Indaga-se se existe um interesse público na divulgação do fato e a utilidade da informação. Aqui, mostra-se relevante diferir o interesse público do interesse “do” público.

Muitas vezes, a massa tem curiosidades frívolas, cruéis e mórbidas. A ciência da intimidade de algumas pessoas, por vezes fatos tristes e desgraças, não pode ganhar status de interesse público (embora “venda jornal”). Esse elemento tem particular importância ao apreciar o direito ao esquecimento.

Diversamente, caso haja fatores políticos envolvidos, parece mais fácil defender o interesse e a utilidade da informação. Afinal, a divulgação possivelmente permitirá aos eleitores tomar ciência de fatos que potencialmente orientarão os seus futuros votos.

O mesmo se pode dizer se o fato se relacionar à coisa pública. Aqui há interesse legítimo em dar-se conhecimento do ocorrido.

Sobre a necessidade, outro ponto a se aferir consiste em saber se a divulgação da imagem é fundamental para a informação. Por vezes, em-

bora seja interessante o fato, como, por exemplo, a divulgação de um acidente numa via pública, a publicação da imagem, na qual haverá a cena do acidentado, pode não ser fundamental para dar a informação (e sobressaia apenas um ânimo sensacionalista e apelativo). Ou seja, a informação tem interesse, mas a exposição da foto do sinistro, com o registro do acidentado, pode agredir, sem maiores propósitos, o direito de imagem.

Um segundo importante fator é a veracidade do fato divulgado.

Se houve negligência, ou mesmo má-fé, se preponderar o espírito oportunista da publicação, mais condenável será o ato.

Por outro lado, a publicação honesta, guiada pelos bons propósitos, buscando a verdade, merece consideração e respeito.

Como a vida ensina, a verdade nem sempre é algo objetivo. O importante é que o referido seja crível e exista, por assim dizer, uma honestidade de propósitos, ausente o *animus injuriandi*. Ademais, há o cunho investigativo em muitas matérias jornalísticas, de sorte que, nem sempre, o informante tem plena certeza do que alega. Avalia-se, nesse particular, a sua boa-fé. Atente-se que a boa-fé aqui também é a objetiva, isto é, aferir se o autor da informação se cercou dos cuidados necessários, procurou fontes fidedignas e confiáveis, verificou a credulidade dos fatos e, apenas então, deu publicidade à informação.

Em suma, a verdade (ou, ao menos, a verossimilhança) do fato publicado é um fator que merece consideração no momento de ser ponderado.

Lembre-se, a propósito, do caso do Dominique Strauss-Kahn, ex-ministro da Economia da França e ex-diretor geral do Fundo Monetário Internacional, preso em Nova York, acusado de tentativa de estupro da camareira de seu luxuoso hotel. Culpado ou inocente? Independentemente dessa resposta, sua foto e a acusação foram veiculadas pelo mundo inteiro. Na época, DSK, como é conhecido, era considerado um fortíssimo candidato à presidência de seu país.

Se o fato – a tentativa de estupro – era real, não se sabe. Mas eram verdadeiras a prisão e a acusação. A suspeita era enorme.

A jurisprudência entende que a imprensa exime-se da culpa se buscou fontes fidedignas e exerce a atividade investigativa, ouvindo as partes interessadas, sem o desejo primordial de prejudicar alguém.¹⁶

16 "RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA. LEI DE IMPRENSA (LEI 5.250/67). ADPF N. 130/DF. EFEITO VINCULANTE. OBSERVÂNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO (CF, ARTS. 5º, IV, IX E XIV, E 220, CAPUT, §§ 1º E 2º). CRÍTICA JORNALÍSTICA. OFENSAS À IMAGEM E À HONRA DE MAGISTRADO (CF, ART. 5º, V E X). ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

Inserido nesse tema, sobre a veracidade da informação, há os casos nos quais se tira a imagem do contexto.

Um bom exemplo ocorreu na visita do Papa Francisco I ao Brasil, em julho de 2013. Na ocasião, o então Ministro Presidente do STJ, Joa-

1. Na hipótese em exame, a Lei de Imprensa foi utilizada como fundamento do v. acórdão recorrido e o recurso especial discute sua interpretação e aplicação. Quando o v. acórdão recorrido foi proferido e o recurso especial foi interposto, a Lei 5.250/67 extravasando normalmente aplicada às relações jurídicas a ela subjacentes, por ser existente e presumivelmente válida e, assim, eficaz.
2. Deve, pois, ser admitido o presente recurso para que seja aplicado o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, sendo possível a análise da controvérsia com base no art. 159 do Código Civil de 1916, citado nos acórdãos trazidos como paradigmas na petição do especial.
3. A admissão do presente recurso em nada ofende o efeito vinculante decorrente da ADPF 130/DF, pois apenas supera óbice formal levando em conta a época da formalização do especial, sendo o mérito do recurso apreciado conforme o direito, portanto, com base na interpretação atual, inclusive no resultado da mencionada arguição de descumprimento de preceito fundamental. Precedente: REsp 945.461/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j.15/12/2009, DJe de 26/5/2010.
4. O direito à imagem, de consagração constitucional (art. 5º, X), é de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas.
5. A princípio, a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo (Súmula 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20).
6. Tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há, nessas hipóteses, em regra, presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada.
7. Em se tratando de pessoa ocupante de cargo público, de notória importância social, como o é o de magistrado, fica mais restrito o âmbito de reconhecimento do dano à imagem e sua extensão, mormente quando utilizada a fotografia para ilustrar matéria jornalística pertinente, sem invasão da vida privada do retratado.
8. Com base nessas considerações, conclui-se que a utilização de fotografia do magistrado adequadamente trajado, em seu ambiente de trabalho, dentro da Corte Estadual onde exerce a função judicante, serviu apenas para ilustrar a matéria jornalística, não constituindo, per se, violação ao direito de preservação de sua imagem ou de sua vida íntima e privada. Não há, portanto, causa para indenização por danos patrimoniais ou morais à imagem.
9. Por sua vez, a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).
10. Assim, em princípio, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem. Nesse sentido, precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal: ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro CARLOS BRITTO; AgRg no AI 690.841/SP, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO.
11. A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.
12. Na espécie, embora não se possa duvidar do sofrimento experimentado pelo recorrido, a revelar a presença de dano moral, este não se mostra indenizável, por não estar caracterizado o abuso ofensivo na crítica exercida pela recorrente no exercício da liberdade de expressão jornalística, o que afasta o dever de indenização. Trata-se de dano moral não indenizável, dadas as circunstâncias do caso, por força daquela “imperiosa cláusula de modicidade” subjacente a que alude a eg. Suprema Corte no julgamento da ADPF 130/DF.
13. Recurso especial a que se dá provimento, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial.” (STJ, Resp 801119, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, v.u., j. 12.06.2012.)

quim Barbosa, foi convidado para a cerimônia de boas-vindas ao Sumo Pontífice. O Ministro chegou cedo ao encontro e, então, conversou com a Presidente Dilma. Depois, no momento das apresentações formais e cumprimento oficial ao Papa, o Ministro Joaquim saudou o convidado, mas não cumprimentou novamente a Presidente. Como, na frente das câmeras, não houve a saudação, as redes sociais explodiram com a cena, que parecia ser uma descortesia pública do Ministro do Supremo com a Presidente da República. Dessa publicação sucedeu uma avalanche de comentários. Dizia-se que o Ministro humilhara publicamente a Presidente Dilma, ao deixar de saudá-la.

A imagem, fora de seu contexto, poderia de fato transmitir essa ideia.

O STF emitiu uma nota explicando o que ocorreu.

Evidentemente, mais grave do que retirar a imagem do seu contexto, ou modificar o contexto é o ato de alterar a imagem. Neste caso, não haverá verdade e, logo, o ato é mais condenável.

Dentro desse ponto, não se pode esquecer da peculiaridade da sátira. *Ridendo castigat mores*, diziam os antigos. Com o riso, castigam-se os costumes (e os corrigem). O senso de humor e a sátira como crítica dos costumes são conquistas da civilização. Nesses casos, as informações e imagens são deturpadas, porque não há o objetivo direto de informar, porém simplesmente de fazer rir e, por vezes e a partir daí, despertar um senso crítico.

Evidentemente, é condenável o interesse oculto na sátira. Lamenta-se quando a referência tem o propósito de agredir, travestida como uma manifestação humorística. Caberá ao intérprete separar o joio do trigo.

Ainda sob o tema da sátira, deve-se ter presente o limite mínimo do bom gosto. O humorista deve velar minimamente pela dignidade do objeto de sua “piada”.

Num caso bastante conhecido, o comediante Rafinha Bastos disse, num programa de humor, que “comeria” a cantora Wanessa Camargo e o seu bebê. A “piada”, com as aspas necessárias, gerou polêmica. A cantora acionou o comediante. Ganhou a ação e uma indenização de R\$ 150 mil reais, exatamente porque se entendeu que a tirada avançava largamente sobre o bom gosto e tratava-se de uma grosseria extremamente agressiva. Neste caso, a liberdade de expressão deveria ceder à proteção da honra.

Muitas vezes se questiona se há, de fato, necessidade de utilizar a imagem, ou se basta informar o fato. Com efeito, a imagem tem uma força especial.

Vale citar o ocorrido com a menina brasileira Victoria Striegler, em meados de 2013. A criança estava de férias com a sua família, viajando na classe econômica de um avião de carreira, quando encontrou, dentro da aeronave, o primeiro ministro britânico, David Cameron, que, por sua vez, também viajava de férias com a sua família. A menina tirou uma foto no celular com o político inglês e a imagem correu mundo.

Não há dúvida da veracidade do fato. Não houve montagem na foto. Também é claro que o primeiro ministro britânico é uma pessoa pública. Pela pose (na qual o político aparece sorrindo ao lado da menina e olhando fixo para a câmera), não há dúvidas de que Cameron consentiu com a fotografia. Inicialmente, a foto tinha um propósito privado, porém acabou circulando na internet.

A imagem ganhou um cunho político. Isso porque se fez uma comparação entre o primeiro ministro inglês, viajando com a sua família na classe econômica de um avião de carreira, com o hábito distinto de alguns políticos brasileiros.

Os pais da menina poderiam vetar o uso da imagem de sua filha? Talvez. Todavia, há, de outro lado, interesse e utilidade nessa divulgação. Mormente num momento político no qual a sociedade brasileira esteja particularmente indignada com certos comportamentos da sua classe política. A situação de Cameron, primeiro ministro de um país rico e civilizado, viajando na classe econômica ganha uma repercussão maior.

Entretanto, se a mesma imagem começasse a ser utilizada em programas políticos, sem a autorização dos pais da menor, possivelmente a resposta fosse diferente. Já não haveria apenas o interesse de informar, mas um outro propósito, estritamente político, e, nesse caso, seria mais fácil aos pais da menor impedir a divulgação da imagem de sua filha.

Ainda sobre a necessidade de exposição da imagem, pode-se citar a referência pela imprensa da descoberta da terapia cromossômica, capaz de “apagar” os efeitos da trissomia no cromossoma 21, e, com isso, evitar os efeitos da conhecida Síndrome de Down. Com essa notícia, vieram, acompanhando a publicação, diversas fotos de crianças portadoras da referida Síndrome. Se houve autorização para a exposição da imagem, nesse caso específico, parece não haver problema. Afinal, trata-se de um tema relevante, com inequívoco interesse. Contudo, possivelmente, não houve autorização de uma boa parte dessas divulgações de imagem. Elas foram colhidas de algum banco de dados. Se a imagem de uma pessoa fosse

exposta sem a devida autorização, poderia reclamar. Afinal, não havia a necessária exposição da imagem.

Um terceiro aspecto digno de nota nessa ponderação entre a liberdade de expressão e os Direitos da Personalidade é a situação da pessoa objeto da divulgação. Cabe averiguar se se trata de personalidade pública ou não.

Admite-se definir as pessoas públicas como aquelas que, em função de determinado cargo público que ocupam, são expostas à apreciação constante da sociedade. Um político deve contas à sociedade. Evidentemente, sua vida pessoal deve ser protegida, mas até certo ponto. Caso, por exemplo, o governador de um Estado passe a frequentar todas as noites bares e festas, isso, claro, interessa à população. Se um determinado deputado ingere, com frequência, bebidas alcoólicas, a ponto de perder o controle sobre seus atos, o fato também é justamente de interesse público. Não será, de outro lado, interesse da população se essa pessoa pública tem que comparecer ao colégio de seu filho para discutir, digamos, uma repreensão sofrida pela criança.

A pessoa notória, por sua vez, é aquela que, de alguma forma, colhe proveitos da sua exposição na mídia. São, em regra, os artistas e alguns empresários que se beneficiam desse tipo de publicidade.

Ambas, as pessoas públicas e as notórias, têm uma personalidade pública.

De outro lado, não se pode perder de vista que toda pessoa é, por definição, privada. Entretanto, a proteção que as pessoas célebres ou notórias recebem pode ser de menor intensidade do que à reservada as demais, embora seja importante aferir, no caso concreto, como a pessoa, mesmo a notória, trate de suas questões privadas.

Um bom exemplo ocorreu no caso do Roberto Carlos e sua biografia feita por Paulo Cesar de Araújo. Roberto Carlos, o mais popular cantor brasileiro, é conhecido por ser uma pessoa extremamente reservada. Quando foi lançada a sua biografia, o “Rei”, como é carinhosamente conhecido por seus fãs, buscou judicialmente evitar a divulgação do livro. O caso acabou em acordo, mas certamente o juiz cuidadoso, se fosse analisar a situação concreta, levaria em conta o fato de que Roberto Carlos guarda cuidadosamente os aspectos privados de sua vida.

A situação fatalmente seria distinta para os muitos artistas que se destacam por dividir qualquer detalhe de sua intimidade abertamente.

Veja-se a situação concreta pela qual passou a dançarina Sheila Carvalho, que ganhou certa notoriedade por participar do grupo “É o Tchan”. Até mesmo revistas reputadas como “sérias”, como a **Veja** e **IstoÉ**, noticiaram um suposto “*affair*” amoroso extraconjugal do Sr. Tony Salles, marido de Sheila Carvalho. Essa notícia foi veiculada enquanto a dançarina encontrava-se confinada num “*reality show*”. Essa informação partiu da “postagem” na rede de uma certa senhorita Kamyla Simioni, a suposta amante do marido da dançarina, que circulou fotos comprometedoras.

A divulgação dessa informação trouxe evidentes danos à Sheila Carvalho, ao seu marido e à recém-nascida filha do casal. De outro lado, o fato parece verossímil. Atente-se também que a informação foi obtida licitamente, externada pela própria pessoa que tirou a foto.

Qual o interesse e a utilidade dessa informação? Para muitas pessoas, nenhum. Para outras, há uma curiosidade sobre a vida alheia. Um interesse vazio, mas que move muito dinheiro no mercado da mídia, onde isso passa a ser notícia.

Dir-se-á que a dançarina admitiu participar de um “*reality show*”, no qual ela se expôs completamente. Contudo, ela não admitiu que esse tipo de informação fosse veiculada.

Uma quarta baliza, útil como parâmetro nessa ponderação entre a liberdade de expressão e a proteção aos Direitos de Personalidade, encontra-se na fonte da informação.

Se a informação foi obtida livremente porque franqueada pela pessoa, objeto da notícia, é mais difícil imputar a violação aos Direitos da Personalidade. Da mesma forma, se a informação já era de conhecimento público, também a divulgação do fato pode ter menor nocividade.

Muitas vezes, a imagem da pessoa é colhida em “lugar público” – como praças, praias, vias públicas. Hodiernamente, há enorme facilidade em obter a imagem com máquinas fotográficas pequenas, muitas vezes acopladas em telefones celulares.

Indaga-se se a imagem captada em lugar público necessitaria de autorização. Em regra, não. Afinal, a imagem foi obtida livremente.

De outra forma, haveria agressão ao direito de imagem se essa fosse colhida por meio ilícito. Há muitos casos nos quais a informação é obtida clandestinamente: por meio de grampos telefônicos não autorizados, em violação ao segredo de justiça, com a imagem colhida em locais privados.

Uma situação concreta se deu quando os jornais do país noticiaram a possibilidade de o então Ministro da Saúde, Alexandre Padilha, não ter o curso de infectologista, como ele anunciava. Havia uma sindicância em curso no Conselho Regional de Medicina - CRM do Pará, onde o Ministro era inscrito. Lá, não constava o registro de infectologista.

Não há dúvida de que se trata de uma pessoa pública, pois é um Ministro de Estado. Também há um claro interesse de se saber se os Ministros de Estado estão qualificados formalmente a desempenhar um cargo público.

A informação foi obtida de forma correta? Segundo a assessoria do Ministério da Saúde houve um indevido vazamento da informação na medida em que o inquérito para apurar eventual irregularidade no registro do CRM do Pará é sigiloso.

Poderia isso ser fundamento para que o Ministro impedisse a divulgação do fato? Seria o caso de ponderar, mas possivelmente preponderaria o interesse legítimo em ter ciência da situação correta de um servidor público que desempenha um cargo de tanta importância.

Por fim, outro fator a ser levado em consideração é a característica da utilização da informação. Se a imagem e a informação são utilizadas para fins científicos ou artísticos, há de se ter outra análise se o uso dessa mesma informação tem um propósito comercial. Também devem ser vistos com melhores olhos o uso das informações com objetivo biográfico ou jornalístico.¹⁷

Assim, cabe ao intérprete apreciar qual o destino daquele uso, para verificar o proveito.

A Associação dos Advogados Criminalistas de São Paulo queixou-se à Rede Globo da personagem, a advogada de uma determinada novela (“Amor à Vida”), interpretada pela artista Carol Castro, orientar seus clientes, no folhetim, a mentir em juízo. Isso afetaria a “honra coletiva” da classe.

O tema desafia a liberdade de expressão. A novela, como se sabe, é uma manifestação artística. Um teatro. Uma ficção. Embora não muito

17 Eis a valiosa análise de Anderson SCHREIBER acerca da necessidade de autorização da pessoa ou dos herdeiros desta nos casos de biografia: “Exigir prévia autorização para qualquer biografia pode significar a própria extinção do gênero, como advertem muitos especialistas. A atitude se torna ainda mais grave no caso de biografias póstumas. Os tribunais têm exigido, nesses casos, a autorização dos herdeiros, em particular, do cônjuge e dos descendentes. A exigência é absurda, por diversas razões, mas especialmente porque reproduz, em campo nitidamente existencial, uma lógica patrimonialista, típica do direito das sucessões. O resultado prático é desastroso, já que os herdeiros, muitas vezes, não chegam a acordo sobre o tema ou exigem largas somas de dinheiro para exprimir seu consentimento. Importantes manifestações literárias acabam, assim, reprimidas por uma postura judiciária equivocada.” (Direito e Mídia, São Paulo, Atlas, 2013, p. 20).

desgarrados da realidade, os personagens são fictícios. Pode haver um advogado canalha, um médico negligente, um engenheiro relapso ou um político corrupto, sendo todos personagens de um romance. Não há a generalização em função de um único personagem. Todavia, acima de tudo, essa é uma ficção, uma manifestação artística e como tal deve ser percebida.

No começo deste trabalho, chamou-se atenção para a manchete da **Revista Exame** de 24.7.2013, na qual constava a foto do empresário Eike Batista, com os dizeres: “Como Eike se tornou um pesadelo para os investidores da Bovespa”.

Eike Batista é um empresário conhecido também por seu estilo midiático. Depois de um sucesso retumbante em seus negócios, que fez ele conhecido como o homem mais rico do Brasil, o conglomerado de Eike passou a sofrer revezes. As sociedades que ele controla receberam severo abalo e a cotação das ações despencou, afetando os muitos milhares de acionistas que investiram nos negócios do Grupo X, como se notabilizou o grupo de empresas de Eike.

As matérias jornalísticas não enfrentam diretamente a situação das sociedades, mas optam por direcionar o foco à pessoa do empresário.

Pode haver o interesse na situação. Utilidade para os acionistas e eventuais investidores também. Cuidando-se de empresário que sempre fez questão de levar seus negócios de forma personalista, parece correto dizer que ele se expôs a esse tipo de situação. Ademais, há um interesse legítimo nos investidores e potenciais investidores de tomar conhecimento da situação das empresas com cotação na bolsa de valores.

Contudo, seguramente o empresário não autorizou a exposição de sua imagem. A exigência da autorização somente pode ser afastada diante de situação em que outros interesses constitucionais sejam preponderantes (liberdade de informação e de expressão). Mais uma vez, não é possível oferecer uma solução sem ponderar os valores em jogo.

IX. CONCLUSÃO

O Papa Francisco visitou o Brasil em julho de 2013. Ao deixar a Itália rumo ao nosso país, circulou na imprensa uma foto do Santo Padre subindo as escadas do avião, carregando a sua própria mala. De fato, foi notícia

o fato de o Papa carregar sua própria bagagem. Pode-se dizer que haveria uma invasão à privacidade de uma pessoa ao se publicar o tamanho de sua bagagem. Algumas pessoas poderiam incomodar-se com isso.

O Papa, contudo, é uma pessoa notória. Tudo em sua vida é publicado. O Papa, ao dar um passo fora de seus aposentos, vive cercado de jornalistas e a Igreja se beneficia dessa mídia (que, para muitas pessoas, poderia ser sufocante).

Porém, há uma mensagem muito forte nessa imagem, de enorme utilidade. O Papa carrega a sua própria bagagem. Não precisa de um serviçal. Isso porque a sua bagagem é leve. Certamente, o apóstolo se preocupa apenas com o essencial.

Num mundo tomado pelo supérfluo, a chamada para a essência revela-se fundamental. Na análise do embate entre Direitos da Personalidade e liberdade de expressão, também o julgador deve buscar a essência (e caminhar leve, como o Papa).

Deve haver uma humildade, como a de Francisco I, do analista dessa ponderação, na qual se confrontam a liberdade de expressão e os Direitos da Personalidade. Apenas com humildade se reconhecerá que não existem respostas prontas. Ao contrário, os casos nos quais haja um conflito entre, de um lado, o direito de proteção aos Direitos da Personalidade e, de outro, a liberdade de expressão e o direito à informação, merecem uma apreciação sem preconceitos, com a mente aberta, num constante reinício.

Cada caso terá as suas peculiaridades. O julgador não pode estar insensível à humanidade presente em cada situação. Apenas compreendendo a situação do ser humano em jogo será possível oferecer a resposta mais adequada, sem jamais perder de foco a orientação maior: quais os valores que se pretende amparar? ❖

BIBLIOGRAFIA

André Gustavo de ANDRADE, **Dano Moral & Indenização Punitiva**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

Andrea BARROSO SILVA, "Direito à imagem: o delírio da redoma protetora", in **Direitos da Personalidade**, Atlas, São Paulo, 2013.

Luís Roberto BARROSO, "Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa", *in* **Revista de Direito Privado**, nº 18, São Paulo, Ed. RT, 2004.

Maria Celina BODIN DE MORAES, "O Princípio da Dignidade Humana", *in* **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

- **Danos à Pessoa Humana**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Thiago Ferreira CARDOSO NEVES, "A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade", *in* **Direito e Justiça Social**, São Paulo, Atlas, 2013.

Sergio CAVALIERI FILHO, **Programa de Responsabilidade Civil**, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2012.

Fábio Konder COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

Marcus Eduardo de Carvalho DANTAS, "Princípios e Regra: Entre Alexy e Dworkin", *in* **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Jeanne HERSCH, **Le Droit d'être un Homme**, Unesco, Tournai, 1968.

Lynn HUNT, **A Invenção dos Direitos Humanos**, São Paulo, Companhia da Letras, 2009.

Immanuel KANT, **Metafísica dos Costumes**, Parte I, Edições 70, Lisboa, 2004.

Bruno LEWICKI, **A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Ney Rodrigo Lima RIBEIRO, "Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: (Im)Possibilidade de sua ponderação? Enfoque Luso-Brasileiro", *in* **Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional**, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 2013.

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

- **Direito e Mídia**, São Paulo, Atlas, 2013.

A Complexa Identificação da Natureza Jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI

José Tadeu Neves Xavier

Advogado da União, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Professor e Coordenador de Cursos de Pós-graduação da Faculdade IDC, Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul – FEMARGS e da Escola da Magistratura Federal – ESMAFE.

*“Tenho o costume de andar pelas estradas
Olhando para a direita e para a esquerda,
E de vez em quando olhando para trás ...
E o que vejo a cada momento
É aquilo que nunca antes eu tinha visto...
Sinto-me nascido a cada momento
Para a eterna novidade do mundo ...”
(O Meu Olhar, Fernando Pessoa)*

RESUMO

A Lei n. 12.441/2012 instituiu no sistema jurídico brasileiro a Empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, possibilitando o exercício individual de atividade empresarial com responsabilidade restrita ao capital vinculado à empresa, de modo semelhante ao modelo da sociedade limitada. Com esta inovação o direito nacional passa a acompanhar a tendência mundial no sentido de desvincular o benefício da limitação de responsabilidade da atuação coletiva, mas adotando feição própria, em especial quanto à essência que lhe foi atribuída. Entretanto, esta nova figura apresenta uma série de dúvidas sobre a sua natureza jurídica.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI

O sistema jurídico brasileiro, à semelhança do que se verifica nos demais ordenamentos jurídicos dotados de influência das fontes romanas, adota o modelo da responsabilidade patrimonial do devedor, com a consequente vinculação dos seus bens em geral ao cumprimento de suas obrigações¹. Desta matriz decorre naturalmente, como corolário, a assunção dos riscos da atividade pelo agente que atua no mercado.

Entretanto, como observou Sylvio Marcondes Machado, esta lógica nem sempre se concilia com os interesses gerais da produção, chegando, em muitos setores da atividade econômica a servir como forma de arrefecer as incursões individuais, pois *“o princípio da responsabilidade individual ilimitada, especialmente no caso de pessoas físicas, não se coaduna com os caracteres da atividade econômica moderna. A extensão e o complicado entrelaçamento dos negócios, a enorme dificuldade de previsão nas operações comerciais e industriais, os riscos e perigos que as circundam na interdependência, frequentemente mundial, dos fatos econômicos, impõem a limitação dos riscos patrimoniais”*².

Quando a atuação econômica se realiza pela conjugação de esforços de duas ou mais pessoas, a questão é contornada com a limitação de responsabilidade comumente atribuída às espécies societárias de uso mais difundido, como é o caso das sociedades anônimas e limitadas.

Com a evolução dos mercados e a necessidade de criar mecanismos mais eficazes de atuação econômica, vários países passaram a discutir, e a efetivamente implementar técnicas aptas a proporcionar limitação de responsabilidade patrimonial também àqueles que optam por se aventurar individualmente no ambiente do mercado.

Certamente influenciado por esta tendência verificada em nível mundial, o tema da limitação de responsabilidade patrimonial do empresário individual vinha, já há algumas décadas, se fazendo presente nos debates jurídicos travados no âmbito do Direito Empresarial Brasileiro, dividindo a opinião de nossos grandes juristas sobre a adequação de sua adoção.

Paralelamente aos debates doutrinários, a temática também ocupou a atenção de nossos legisladores, sendo por diversas vezes colocada

¹ Veja-se neste sentido a regra contida no artigo 391 do CC (*“Pelo inadimplemento do devedor respondem todos os bens do devedor”*), que é acompanhada pela disposição prevista no artigo 591 do CPC (*“O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”*).

² **Limitação de responsabilidade do comerciante individual**, São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 11-12.

em pauta a sugestão de sua normatização, o que acabou por acirrar ainda mais a discussão sobre o assunto.

Finalmente, em junho de 2011, foi aprovada a Lei nº 12.441, que inseriu definitivamente em nosso direito positivo a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, criando uma dobra histórica no Direito Empresarial brasileiro e trazendo a lume diversos debates que, aos poucos, vão ganhando fôlego, impulsionados por esta novidade legislativa.

Ao dar este passo decisivo, o Brasil junta-se a diversos países importantes da economia mundial, como a Alemanha, França e Itália, que também introjetaram em seus ordenamentos jurídicos esta forma de atuação empresarial diferenciada. Entretanto, a positivação da empresa individual de responsabilidade limitada longe está de representar o ponto final da história desta importante figura, pois se desdobra um grande leque de discussões sobre o espaço que esta irá desempenhar em nosso direito e, em especial, sobre como será o seu convívio com os demais esquemas de atuação empresarial. Soma-se a isso o fato de o texto legislativo em questão ser bastante econômico, deixando uma série de aspectos a serem colmatados, ao crivo do ativismo de nossas doutrina e jurisprudência.

Neste contexto nos propomos a contribuir de forma singela para os primeiros debates sobre a busca de identificação da essência desta novel figura jurídica.

2. O CENÁRIO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO ANTES DA CRIAÇÃO DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Para que se possa reproduzir uma adequada visão sobre o espaço que a empresa individual de responsabilidade limitada vem a ocupar em nosso sistema jurídico-negocial, mostra-se oportuna uma breve revisão descritiva sobre o panorama do mercado brasileiro antes da sua criação.

Como se sabe a atividade empresarial, ao mesmo tempo em que representa um instrumento efetivo de produção e circulação de riquezas, assumindo papel ímpar na tarefa de impulsionar a economia, também acaba por envolver riscos econômicos consideráveis àqueles que a ela se dedicam.

Neste sentido, vários países passaram a adotar formas de organizações empresárias, na modalidade de sociedades, atribuindo-lhes limita-

ção de responsabilidade patrimonial. Foi o caso brasileiro, em que as duas modalidades societárias mais relevantes no âmbito negocial - a sociedade limitada e a anônima - ostentam tal característica. Nessas espécies o risco da atividade do investidor fica, ressalvadas raras exceções, limitada ao patrimônio formalmente constituído para o desempenho de sua atividade.

Entretanto, o nosso sistema jurídico inicialmente não estendeu esta prerrogativa de limitação de responsabilidade aos empresários que optassem por atuar de forma individual, quando então acabavam por assumir responsabilidade ilimitada pelos riscos do desempenho da sua atividade. Destarte, o empresário que optasse pela atuação de forma individual assumia um risco expressivo, capaz de atingir não apenas o patrimônio utilizado nos negócios, mas também os seus bens pessoais, mesmo que integralmente desvinculados daqueles, com as ressalvas legais referentes aos bens impenhoráveis, dentre os quais se destaca o bem de família³.

Numa sintética comparação entre as possibilidades existentes em nosso cenário jurídico de outrora, aquele que buscasse se aventurar nas lides empresárias tinha as suas alternativas de atuação polarizadas nos esquemas das sociedades empresárias e da condição de empresário individual. A escolha por trilhar o primeiro caminho vem acompanhada da viabilidade de conciliar vantagens de união de capitais e conhecimento para o desempenho da atividade, além do benefício da limitação de responsabilidade, que caracteriza as principais espécies societárias. Elegendo a segunda espécie, o empresário obtém a vantagem de tomar as suas decisões e dirigir a atividade sem a necessidade de conciliar entendimento com outros sócios. Não ocorrem reuniões ou assembleias deliberativas, podendo o titular da atividade exercer total soberania sobre os rumos da atividade. No entanto, a condição de empresário individual traz consigo o inevitável desconforto da responsabilidade ilimitada⁴.

3 Cabe trazer à colação aqui a síntese formulada por Thiago Ferreira Cardoso Neves acerca da condição do empresário individual em nosso direito empresarial: *"o empresário individual, no exercício de sua atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, possui responsabilidade ilimitada, ou seja, responde ele diretamente com o seu patrimônio pessoal pelas obrigações contraídas no exercício da empresa. Assim, quando é exercida a atividade empresarial pela pessoa natural, não se aplica a teoria da personalidade jurídica, ou seja, a empresa, por ser uma atividade e não uma pessoa jurídica, não possui personalidade jurídica própria, distinta da pessoa do empresário, razão pela qual não existe separação patrimonial. Então, não há que falar, na hipótese do empresário individual, na existência de dois patrimônios: um geral, da pessoa natural, e um outro separado, afetado ao exercício da atividade econômica organizada. E isso se deve ao fato de que o empresário individual exerce a empresa em seu nome próprio"* - "A nova empresa individual de responsabilidade limitada: memórias póstumas do empresário individual", **Revista da EMERJ**, v. 14, n. 56, out-dez de 2011, p. 220.

4 Mostra-se oportuno mencionar que alguns juristas, mesmo antes do advento da Lei n. 12.441/2011, que inseriu a empresa individual de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico pátrio, já vislumbravam a possibilidade de aceitação da limitação de responsabilidade do empresário individual. Esta foi a orientação esposada por Paulo

Este tratamento destinado ao empresário individual acaba por desestimular o negociante a adoção dessa forma de atuação empresária, buscando alternativas, muitas vezes numa atitude de ética e licitude duvidosas, como a ocultação do seu patrimônio pessoal, como a aquisição de bens em nome de terceiros (ordinariamente, filhos ou parentes próximos) ou trilhando o caminho da criação de sociedades empresárias fictícias, onde passam a atuar como sócios majoritários, contanto com a participação irrisória de comparsas, que inclusive, em alguns casos, realizava mero *empréstimo de nome*. Já em 1943 Trajano de Miranda Valverde apresentava sua preocupação em relação a esta realidade fática e de difícil controle jurídico, afirmando: “*numerosos são, entretanto, os casos em que a pessoa natural, ou jurídica organiza uma sociedade, tendo por objeto a exploração de uma empresa de fim lucrativo ou a realização de negócios, congregando, para este fim, outras pessoas. Essas últimas concorrem para a formação da sociedade; na realidade, porém, não entram com nenhuma contribuição para o capital social. Prestam um favor ou serviço ao único dono da sociedade: são os sócios aparentes*”⁵.

É exatamente neste contexto de mercado que foi concebido o figurino da empresa individual de responsabilidade limitada, com o translúcido intuito de incitar a pessoa natural que pretende atuar individualmente na área empresarial a efetivar o seu escopo sem ficar exposto ao risco patrimonial ilimitado ou precisar se valer de *meios alternativos* para redução do espectro do risco empresarial.

Arrematando, com a inclusão desta novidade legislativa é possível identificar no direito empresarial pátrio três espécies de empresários: o empresário individual, as sociedades empresárias e a empresa individual de responsabilidade limitada⁶.

Salvador Frontini, escrevendo: “o empresário individual já pode e deve ser visto como titular de um patrimônio separado, que engloba os ativos da atividade econômica exercida sob firma individual”, acrescentando: “no caso do empresário – firma individual – urge reconhecer, em suma, que no presente momento da elaboração legislativa brasileira, é ele, enquanto pessoa natural, titular de dois patrimônios. Um é o patrimônio natural, previsto no art. 91 do CC/2002, que se radica em todo ser humano, verdadeiro direito de personalidade. Outro – patrimônio separado, empresarial, formado pelo ativo e pelo passivo afetados à atividade econômica organizada do empresário, cujo reconhecimento e existência resultam, afinal, de uma construção jurídica, uma exegese que se faz a partir dos fundamentos e preceitos indicados, seja, arts. 966, 968, III e IV e 978, do CC/2002” - “Empresário. Pessoa natural. Seu patrimônio pessoal e a afetação de bens. Direitos e obrigações à atividade econômica. Separação dessas duas massas patrimoniais por força das normas do Código Civil vigente”, **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, RT, ano 10, n. 20, jul-dez/2007, p. 268.

5 “Estabelecimento autônomo”, **Revista Forense**, v. 96, out/1943, p. 578.

6 Thiago Ferreira Cardoso Neves, ao tratar deste tema, vislumbra que a criação da empresa individual de responsabilidade limitada acarretará uma provável redução considerável no número de empresários individuais, explicando: “*se é possível praticar neste caso a futurologia, é a morte do empresário individual. Não haverá, salvo raras exceções em que a pessoa natural pretenda iniciar uma atividade organizada com capital inferior a 100 salários mínimos, interesse para a exploração da empresa como empresário individual, haja vista o comprometimento do patrimônio*”

2.1. A problemática da limitação de responsabilidade: uma questão antiga, mas ainda não integralmente resolvida

A aceitabilidade e o grau de legitimação das técnicas de implementação da limitação de responsabilidade é assunto que deita as suas raízes na própria formação histórica do Direito Mercantil. J.M. Othon Sidou lembra que: *“os romanos conheciam e aplicavam uma ficção que atenuava a responsabilidade, através do instituto da ‘merx peculiares’. Os patrícios, impedidos pela Lei Plamínia de negociar, abandonavam parte de seus bens, que, todavia, continuavam a pertencer-lhes, em favor de um escravo ou liberto, visando a que, malgrado o negócio em que esses haveres eram invertidos, só os bens vinculados se deterioravam, ficando eles inde- nes às consequências executórias, sobre o seu patrimônio e, em certos ca- sos, sobre a sua própria pessoa”*⁷. Entretanto, o tema ganha importância durante o Medievo, na área dos empreendimentos marítimos, que recla- mavam maior soma de capital, a fim de tornar possíveis transações mais avultadas e, portanto, mais lucrativas⁸. Neste período foram concebidos os *contratos de comanda*, onde a responsabilidade pessoal era vinculada apenas ao organizador da expedição⁹, os *contratos de colona*, voltados à construção de embarcações, e ainda o *nauticum foenus*, como forma de empréstimo realizado com vista a financiar a expedição marítima, em que a responsabilidade restava circunscrita ao navio.

Posteriormente a trajetória da cadeia evolutiva da aceitação da li- mitação de responsabilidade se consolidou quando da criação das primei-

peçoal familiar” - “A nova empresa individual de responsabilidade limitada: memórias póstumas do empresário individual”, **Revista da EMERJ**, v. 14, n. 56, out-dez de 2011, p. 234.

7 “Empresa individual de responsabilidade limitada”, **Revista Forense**, ano 60, v. 204, out-dez/63, p. 40.

8 Antônio Martins Filho, “Limitação de responsabilidade do comerciante individual”, Faculdade de Direito do Ceará, p. 22.

9 Antônio Martins Filhos, ao explicar esta fase evolutiva, leciona: *“as transformações que se foram operando na última fase da idade média, determinaram o aparecimento do contrato de pacotilha, aliás, reflete as condições peculiares àquela época. (...) Mas, sendo a mercancia considerada profissão infamante ou menos honrosa e, portanto, incompatível com a dignidade da nobreza, teria de surgir nova espécie de negócio que satisfizesse àquelas necessidades convergentes. Essa modalidade foi encontrada no contrato de pacotilha, pelo qual o capitalista forne- cia ao mestre ou capitão de navio determinada soma, sob as seguintes condições: a) o nome do prestamista não ficaria ostensivamente ligado à transação; b) os lucros seriam repartidos na proporção convencionada; c) na hipótese de malogro ou prejuízo, a responsabilidade do dador se limitaria ao valor da importância. Nesses elementos constitutivos do contrato de pacotilha tem a sociedade em comandita dos nossos dias os seus traços estruturais: solidariedade e responsabilidade ilimitada para o sócio ostensivo ou comanditado; limitação de responsabilidade para o sócio oculto ou comanditário”* - “Limitação de responsabilidade do comerciante individual”, Faculdade de Direito do Ceará, p. 23.

ras sociedades por ações, em especial com o advento das Companhias Ultramarinas das Índias Orientais e Ocidentais, diretamente relacionadas à noção de separação de riscos¹⁰.

Durante um longo período, portanto, a justificativa encontrada para servir de manjedoura para a limitação de responsabilidade empresarial era fundada na realidade das companhias por ações, na medida em que serviram para favorecer a inversão de grandes capitais, possibilitando aos acionistas investidores realizarem suas aplicações econômicas sem pretensões de participarem da gestão societária, confiando-as a administradores profissionais e contentando-se na possibilidade de manifestarem as suas pretensões por meio do exercício do direito de voto nas assembleias para que forem convocados a atuar. Em síntese, a lógica da responsabilidade empresarial encontrava o seu sustento histórico na correlação poder-responsabilidade, estando a responsabilidade vinculada à faculdade de exercício do poder de condução dos negócios societários, e ausentando-se quando a situação se mostrasse diversa.

Com o passar do tempo a limitação de responsabilidade deixou de atuar como uma prerrogativa apta a estimular a inversão de capital em grandes companhias, passando a se fazer presente também nas sociedades de forte presença do caráter personalista, como nas sociedades anônimas de capital fechado e nas sociedades limitadas (modalidades em que os sócios podem ter – e em grande parte das vezes têm – ativa participação nos negócios sociais, inclusive, em muitos casos, atuando como administradores da entidade), servindo como incentivo a toda atuação empresarial no mercado. Desta forma, a sistemática de responsabilidade empresarial passa a ter por fundamento outra fórmula, diversa do nexo poder-responsabilidade, que é correlação entre patrimônio investido-responsabilidade, favorecendo por consequência o espírito empreendedor, mormente de pequenos e médios empresários, mobilizando a economia e renovando o mercado, para que este se tornasse mais competitivo.

O breve resgate histórico da limitação de responsabilidade na atuação empresarial serve para evidenciar que esta se encontra fundamentada, por essência, na repartição dos riscos entre os agentes que atuam na atividade econômica, noção construída sem qualquer preocupação com

10 Rachel Sztajn destaca que as companhias de navegação da Idade Média, ao mesmo tempo em que propiciaram a vulgarização da noção de separação de riscos, também auxiliaram no reconhecimento, pelo Estado, de serem as sociedades pessoas jurídicas ("Terá a personificação das sociedades função econômica?", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, jan-dez/2005, p. 63-77).

o sentido moral. A limitação de responsabilidade na atuação empresarial não pode ser taxada de imoral ou contrária à ética, mas sim como uma solução de ordem técnica, atribuída por construções e conveniências jurídicas e econômicas. Debruçando-se sobre o tema, na metade do século passado, Antônio Martins Filho explicou que *“a responsabilidade civil e a penal originam-se da noção de responsabilidade moral. Mas, enquanto a penal tem seu fundamento psicológico na responsabilidade moral – que não pode ser limitada – a civil desta se distingue e passa a expressar uma noção técnica, isto é, de divisão equitativa dos riscos. Desse modo permitir a limitação da responsabilidade contratual em determinados casos, nada mais é do que corrigir a repartição dos riscos, o que representa, afinal de contas, um problema de ordem técnica”*¹¹.

O reconhecimento do verdadeiro espírito da limitação de responsabilidade, descomprometida com a dimensão ética ou moral dá ao tema um viés integralmente objetivo, como instrumento mais eficaz de realização de incentivos à evolução econômica, ligado de forma umbilical às aspirações do ideário liberal.

Neste mesmo sentido manifesta-se o jurista argentino Daniel E. Moeremans, resumindo as justificativas da limitação de responsabilidade a duas razões, tidas como de ordem externa e interna, respectivamente, explicando: *“primero – razón externa - el riesgo excesivo, riesgo que sin la posibilidad de limitar la responsabilidad na hubiera sido suportado. El empresario puede quizá influir en la dirección de la empresa, pero ello no significa que el esté en la situación de dominar los riesgos propios que trae aparejada la actividad de aquélla, y segundo - razón interna – la poca posibilidad que tenían los accionistas de influenciar sobre las decisiones sociales”*¹².

Muda-se, portanto, o eixo de justificação da responsabilidade limitada, que passa a assumir a condição não apenas de característica importante para os grandes investimentos, com apelo ao público investidor, mas também como mola propulsora para alavancar a criação também de pequenas e médias inversões econômicas.

Cabe ainda apontar que a responsabilidade limitada não deve fatalmente ser correlacionada com a noção de pessoa jurídica, o que, no

¹¹ "Limitação da responsabilidade do comerciante individual", Faculdade do Ceará, 1950, p. 21.

¹² "Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina. Protección de los acreedores", **Revista de Informação Legislativa**, ano 27, nº 107, jul/set 1990. p. 295.

direito brasileiro, pode ser claramente verificado na existência de sociedades personificadas em que os sócios possuem responsabilidade por dívidas da entidade, como é o caso da sociedade em nome coletivo, em que todos os seus membros assumem responsabilidade subsidiária pelas dívidas da atividade societária, e da sociedade em comandita simples, onde a responsabilidade pelas obrigações sociais atinge o patrimônio dos sócios comanditários. Entretanto, não há como deixar de reconhecer que os esquemas societários que não são comprometidos com a sistemática da responsabilidade limitada acabam por receber o desprezo dos investidores, caindo no total ostracismo.

O privilégio da responsabilidade limitada possibilita aos investidores calcular os riscos dos seus investimentos, criando um incentivo decisivo para consolidar as formas empresariais dotadas desta característica¹³.

A relevância dos debates sobre a limitação de responsabilidade daqueles que atuam no âmbito negocial também se faz sentir na medida em que esta técnica coloca em risco a segurança dos credores, partindo-se da premissa de que estes teriam limitada a possibilidade de inserção sobre o patrimônio dos sócios ou titular da empresa individual, sofrendo assim considerável restrição nos meios disponíveis para a satisfação de suas pretensões econômicas.

Este aspecto propõe, portanto, o questionamento no sentido de que este esquema de limitação de responsabilidade poderia acabar por ensejar a perda do crédito da empresa no mercado¹⁴. Contudo, a reali-

13 Apesar da consagração dos modelos societários caracterizados pela segregação patrimonial dos sócios, a doutrina ainda aponta alguns aspectos merecedores de reflexão. Sobre o tema, Daniel E. Moeremans aponta *"ahora bien, la desventaja de la responsabilidad limitada radica en la ya posibilidad de socialización de los riesgos, riesgos que son suportados por los consumidores, acreedores pequeños y a veces también por los accionistas minoritarios. Es por ello que los derechos positivos exigen normalmente, para que determinados sujetos gocen de la limitación de responsabilidad, los siguientes requisitos: a) reglas severas relacionadas con la integración del capital (obligación de integralización mínima, valuación de aportes no dinerarios, etc.); b) reglas destinadas a la conservación del capital (por ej. prohibición de distribuir dividendos no devengados); c) prohibición de subcapitalización (la sociedad debe estar dotada con el capital necesario para cumplir con el objeto social, es decir, debe haber una razonable relación entre capital social y el fin económico de la sociedad); d) la obligación de solicitar la apertura del concurso en caso de insolvencia. Por último cabe acotar que la limitación de responsabilidad también serviría para sanear empresas que se encuentren en crisis y localizar la empresa insolvente en el contexto de una agrupación de empresa"* - "Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina. Protección de los acreedores", *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, nº 107, jul/set 1990. p. 296.

14 Analizando esta questão Alberto Aramouni salienta *"la crítica escuchada, que la limitación patrimonial del empresario individual producirá el efecto no querido de restringir su crédito, o de tener que aceptar la constitución de avaluos personales, alcanza también a las actuales sociedades de responsabilidad limitada, sin que por ello se haya*

dade logo se incumbiu de demonstrar que tal situação não ocorre, o que talvez seja fruto da disseminação deste modelo no contexto do mercado, onde a limitação de responsabilidade passou a representar a regra, e a sua ausência, a exceção.

Na escola norte-americana do *law & economics* fala-se que a limitação de responsabilidade criaria um *risco moral*, ao transferir os riscos da atividade aos credores, evidenciando que, em nenhum momento, se pode compreender que a limitação de responsabilidade representa uma técnica de eliminação de riscos, mas sim propicia que estes venham a ser externalizados.

Analisando o tema sob o prisma da economia, a limitação de responsabilidade assume a condição de técnica de redução dos custos das transações negociais, o que tem papel de relevância ímpar num sistema de livre concorrência.

Seja como for, na correlação dos custos-benefícios, a limitação da responsabilidade tem sido absorvida como um custo social aceitável, na medida em que gera como contrapartida o incentivo decisivo ao incremento da atividade empresarial¹⁵.

2.2. A técnica da limitação de responsabilidade e os interesses dos credores: entre a segurança e o incentivo aos investimentos empresariais.

Conforme destacado anteriormente, o tema da limitação de responsabilidade, de plano, traz à tona a delicada questão da proteção dos credores.

As transações negociais são o motivo da existência das empresas, de forma que a busca da segurança, neste âmbito, é elevada a aspecto de suma importância, tanto para aquele que vende como para o comprador,

custionada su creación y funcionamiento" - "Empresa individual de responsabilidad limitada", **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 23, nº 136-138, p. 460.

15 Cabe trazer à colação a análise formulada por J.M. Othon Sidou, no início da década de sessenta, ao analisar a conveniência da adoção da forma da empresa individual em nosso ordenamento jurídico, onde enfrenta o alegado problema ético da limitação de responsabilidade, expondo: "*na limitação de responsabilidade não há um problema ético, senão técnico. A responsabilidade civil é uma noção técnica, noção de risco, que é definida pelo legislador e que não deve ser confundida com a responsabilidade moral, da qual dimane embora*", complementado: "*assim, não cabe falar em moralidade em caráter de confronto. Porque não incorre em imoralidade alguma o que limita sua responsabilidade, nem lesa virtualmente os seus credores o que se anuncia e se identifica como tendo a sua responsabilidade atenuada. Nesse caso, o credor sabe de antemão que o seu crédito só é coberto limitadamente, tanto quando contrata com uma companhia ou com uma sociedade de responsabilidade limitada; tem medida a responsabilidade do seu devedor, e conhece as possibilidades com que vai transigir, com que pode contar para garantir-se*" - "Empresa individual de responsabilidade limitada", **Revista Forense**, ano 60, v. 204, out-dez/63, p. 43.

o prestador de serviço e o seu tomador. Em síntese, trocas negociais seguras representam o ideal de otimização no mercado.

Neste ambiente a limitação de responsabilidade empresarial pode abalar a solidez do ideal de proteção dos credores.

Há quem entenda que, num mercado de livre negociação e concorrência, estes riscos restariam minimizados, face ao exercício do poder de barganha típico das transações econômicas negociais¹⁶. Na realidade, em muitos casos isso não ocorre.

Para um adequado cotejamento entre a limitação de responsabilidade e o poder de barganha dos credores é mister que se faça distinção entre os chamados credores voluntários e involuntários.

Os primeiros são os *credores negociantes*, que possuem uma razoável simetria de poder econômico-negocial na contratação, o que lhes atribui condições de discutir cláusulas, exigir garantias específicas, ponderar sobre situações que influenciam no custo do negócio, etc. Neste sentido, o *risco moral* (*moral hazard*) pode ser contrabalanceado, garantindo o proveito econômico a ambos os contratantes, e proporcionando-lhes condições de alcançar um mínimo de segurança negocial aceitável, a ponto de tornar o contrato um *bom investimento*¹⁷.

Por outro lado, existem os *credores não voluntários*, representados por aqueles desprovidos de condições de barganha, face ao fraco poder negocial de que dispõem. São os pequenos fornecedores, os empregados e os consumidores em geral, dentre outros que, em grande parte dos casos, negociam impulsionados por *necessidades*. Aos mesmos também se podem somar os credores de indenizações provenientes de responsabili-

16 Esta é a orientação perfilhada, dentre outros, por Benjamín Moisés, ao afirmar que: “*de ningún modo puede considerarse que la limitación de responsabilidad de la empresa unipersonal implique un ‘sacrificio del crédito’, pues al permitir el sinceramiento de situaciones jurídicas forzadas existentes en la actualidad lejos de perjudicarlo, fomentará el crédito, si se tiene en cuenta que quien contrate con la empresa unipersonal sabrá perfectamente a que atenerse en el caso concreto*” – “Empresa unipersonal de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, ano 37 A, 2004, p. 82.

17 Frank H. Easterbrook e Daniel R. Fischel observam que o risco moral não é exclusivo de situações de responsabilidade limitada, embora nesta hipótese se mostre mais acentuada, explicando: “*Externalization of risk imposes social costs and thus is undesirable. The implications of this point, however, are nuclear, both because modifying limited liability has its costs and because moral hazard would exist without limited liability. The social loss from reducing investment in certain types of projects – a consequence of seriously modifying limited liability – might far exceed the gains from reducing moral hazard. Too, even the abolition of limited liability would not eliminate the moral hazard problem. The incentive to engage in overly risky activities exists whenever a person or firm has insufficient assets to cover its expected liabilities. Although the problem of moral hazard may be more severe under limited liability, it exists under any rule. The magnitude of these gains and losses is an empirical matter on which the dominance of limited liability – when it is simple to pass greater risks to equity investors by contract – speaks eloquently*” - *The economic structure of Corporate Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 50.

dade civil extracontratual do empresário. Todos estes, por peculiaridades contratuais ou fáticas, são integralmente desprovidos de condições de entabularem convenções sobre a alocação de riscos.

Enquanto os primeiros - credores voluntários - dispõem de meios de se resguardar pela cobertura de seus créditos, por intermédio de garantias reais ou pessoais, visando à responsabilidade pessoal dos sócios, os últimos são *credores fracos* e acabam por sofrer com mais ênfase o principal efeito da limitação de responsabilidade.

No direito empresarial contemporâneo esta situação desconfortável dos *credores não voluntários* tem sido amenizada pelas exigências de capital mínimo para a instalação da empresa e pelo ativismo jurisprudencial referente à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*piercing the corporate veil*)¹⁸.

2.3. A limitação de responsabilidade na área empresarial: a desnecessidade de vincular as formas societárias plurais

Na evolução do pensamento jurídico sobre a limitação de responsabilidade tem com habitat natural o âmbito do direito empresarial, ou seja, o campo do mercado e, como referido outrora, inicialmente a justificação desta limitação de responsabilidade passava necessariamente pela atuação coletiva na área econômica, ou seja, era atributo destinado a qualificar as formas societárias tradicionais, originalmente vinculadas ao figurino das sociedades de capital, que encontra no esquema da sociedade anônima o seu exemplo mais emblemático e, posteriormente, estendido às espécies de natureza mista, como a sociedade limitada.

Atualmente, arrefecidos os debates sobre o âmbito de atuação de limitação de responsabilidade nas societárias tradicionais, a polêmica mudou de rumo, e passou a dedicar a sua energia as discussões sobre a adequação da sua extensão àqueles que atuam na área empresarial desprovidos da forma coletiva, como ocorre em relação às sociedades com um único sócio e o empresário individual¹⁹.

18 Sobre o tema da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ver nosso estudo: "A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil", *Revista de Direito Privado*, n. 10, São Paulo: RT, p. 69-85.

19 J. M. Othon Sidou, de forma precisa, sintetiza esta evolução, explicando: "*em princípio, a sociedade coletiva em que todo o patrimônio dos sócios é responsável ilimitada e solidariamente, com gestão pessoal dos mesmos, é o princípio escorreito da 'societas' romana. Depois as sociedades comanditárias, sem gestão pessoal dos componentes, que por esse motivo têm limitada sua responsabilidade. Logo a seguir, a ampliação desta não-responsabilidade independente do fator gestivo, através das sociedades anônimas em que o acionário administra não nessa qualida-*

Neste sentido, argumentos favoráveis e desfavoráveis entraram constantemente em embate, embora já se possa inequivocamente constatar que mundialmente se desenha um panorama favorável a maior amplitude da limitação de responsabilidade empresarial, descomprometida, portanto, com as formas coletivas de atuação²⁰.

Um olhar, mesmo que superficial, sobre os argumentos doutrinários partidários da limitação de responsabilidade empresarial na atuação individual, de plano nos coloca sob o enfoque econômico, na medida em que a limitação de risco do empresário individual ou da sociedade unipessoal acaba por atuar como fator decisivo para a criação de estímulos na constituição de novas atividades e negócios, permitindo assim o surgimento e proliferação de agentes econômicos que, de posse de modestas cifras de capital, passam a atuar no mercado, desvinculados do risco empresarial.

O impacto positivo deste fenômeno na economia dos países é inquestionável. Antônio Martins Filho, ao defender a inserção em nosso direito pátrio da empresa individual de responsabilidade limitada, no início da década de cinquenta do século passado, a ela se referiu como *a última fase do processo evolutivo da limitação dos riscos*²¹.

De outra banda, Maria Antonieta Linch observa que tais vantagens não se restringem à seara econômica, apontando que estas também podem ser perceptíveis no campo social, pois *“a limitação patrimonial outorga ao empresário uma relativa seguridade pessoal, pois a parte de*

de, mas como mandatário. E, finalmente, as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, nas quais o quotista gerencia, já não como mandatário, mas como sócio mesmo, e sobre o qual os credores – salvantes os vícios de administração – não têm ação indefinida para recobro de crédito. Necessariamente, o novo passo a dar, por dedução lógica, será a admissibilidade de restrição societária ao indivíduo, que pode gerir como empresário, tendo por limite de responsabilidade o negócio erigido, como razão social, em ficção jurídico-econômica” – “Empresa individual de responsabilidade limitada”, **Revista Forense**, ano 60, v. 204, out-dez/63, p. 40.

20 Ana Isabel Piaggi de Vanossi sintetiza os principais argumentos levantados contra a extensão da limitação de responsabilidade às espécies de atuação empresarial divorciadas da forma coletiva: *“a) es incompatible con el principio de ‘pluralidad’ de personas, base conceptual del contrato social y de la persona jurídica. Se invoca este aspecto, en punto al carácter asociativo de la sociedad y a su organización corporativo-colegial (‘tres facit collegium’), presentándolo como base de la responsabilidad patrimonial de la sociedad; b) trasgrede el principio de unidad e individualidad personal e ilimitada del empresario con todos sus bienes presentes y futuros; c) el sócio único decide sobre la gestión empresarial sin compartir su poder; consecuentemente, a poder exclusivo corresponde responsabilidad ilimitada; d) disminuye el nivel ético de los negocios; e) desplaza el riesgo hacia los acreedores; f) a pesar de que éstos no perciban la totalidad de sus acreencias insolutas, el deudor conservará parte de su patrimonio; g) la introducción de la S.U. será inútil, porque el empresario que limite su responsabilidad no encontrará crédito en el mercado si no compromete su patrimonio libre”* - **Estudios sobre la sociedad unipersonal**, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 24-25.

21 “Limitação de responsabilidade do comerciante individual”, Faculdade de Direito do Ceará, 1950, p. 10. O autor apresenta os seguintes questionamentos “Se duas pessoas associadas podem limitar a responsabilidade, por que isoladamente lhes é vedado fazê-lo? Não é verdade que a limitação dos riscos, em matéria de direito civil constitui problema de ordem técnica e, pois, capaz de ser solucionado pelo acolhimento de novo instituto? Noutras palavras: como explicar o estacionamento do processo evolutivo da limitação da responsabilidade na empresa comercial societária, quando é evidente que a última etapa dessa evolução está na empresa do comerciante individual? – p. 25.

seu patrimônio que não foi destinada à exploração do novo negócio, fica protegida da ação dos credores da empresa. Assim, o patrimônio pessoal/privado do empresário assegura a subsistência de certos bens indispensáveis a ele e a sua família”²².

Além dos argumentos acima analisados, a limitação de responsabilidade na atuação unipessoal se fundamenta, em especial, no postulado da isonomia, ou seja, da ausência de motivos justificadores a que se estabeleça tratamento distinto aos que atuam coletivamente ou individualmente no mercado²³. Neste sentido, oportuno trazer à baila a afirmação de Ana Isabel Piaggi de Vanossi, argumentando que *“oponerse a la introducción de esta estructura sobre la base de razones tan volátiles como las que se han vertido, no es más que una discriminación incompatible con el principio constitucional de igualdad. Porque se niega al empresario individual lo que se permite al empresario colectivo sin bases científicas serias, y tal asimetría no es amparable en ninguna razón dirigida a garantizar los intereses de los terceros, ni el principio de responsabilidad ilimitada em situaciones de unipersonalidad tiene base racional, sino ideológica”²⁴.*

Ao mesmo tempo em que a simpatia pela ampliação da limitação de responsabilidade se funda no ideal de tratamento isonômico aos agentes que desempenham atuação no cenário econômico do mercado, ela também se reforça pela conscientização de que não deve se manter vinculada a exigência de certo número de sócios e sim se orientar pela ocorrência da adequada capitalização para o desempenho da atividade.

22 "O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada", **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 148, p. 100.

23 Neste sentido calha trazer à baila a situação hipotética formulada por Cinira Gomes Lima de Melo, escrevendo em defesa da extensão da limitação de responsabilidade também aqueles que atuam de forma singular na atividade empresarial. Vejamos: *“Temos dois empresários: (a) empresário individual X, pessoa física que explora a atividade empresarial de prestação de serviços educacionais. Possui dez empregados, enfim, mantém uma estrutura organizada para a exploração de sua empresa, com faturamento mensal de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); (b) Sociedade Y Ltda, pessoa jurídica composta por A e B, que atividade empresarial de prestação de serviços educacionais. Possui dez empregados, enfim mantém uma estrutura organizada para a exploração de sua empresa, com faturamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Como podemos verificar, os dois empresários exploram a mesma atividade, possuem o mesmo número de empregados, mesmo faturamento mensal, porém estão sujeitos a regimes jurídicos distintos. O empresário X, pessoa física, por exercer sua atividade individualmente tem responsabilidade ilimitada pelas obrigações contraídas no exercício de sua empresa. Já os sócios da pessoa jurídica Y respondem subsidiária e limitadamente pelas obrigações sociais. A sociedade Y, por ser pessoa jurídica, ou seja, distinta dos sócios que a compõem, é beneficiada com um tratamento privilegiado que tem como fundamento o incentivo ao empreendimento. Porém, o empresário individual X, por ser pessoa física e explorar individualmente sua atividade não goza de tal benefício legal”* - "A limitação da responsabilidade do empresário individual", **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, UniFMU**, ano 20, n. 28, 2006, p. 122-123.

24 **Estudios sobre la sociedad unipersonal**, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 21-22.

É a adequação patrimonial da atividade, manifestada pelo seu capital, o verdadeiro elemento de ponderação da limitação de responsabilidade na área empresarial.

3. O TRATAMENTO DA MATÉRIA NO DIREITO COMPARADO: O DILEMA ENTRE A SOCIEDADE UNIPESSOAL E O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

A ideia de proporcionar a limitação de responsabilidade àqueles que exercem de forma unipessoal a atividade empresária já se faz presente nos diálogos jurídicos de diversos países, contando, inclusive, em muitos ordenamentos, com a sua positivação.

A mundialização que assola os tempos atuais torna necessário que qualquer debate sobre técnicas de atuação econômica seja acompanhado de uma inserção na economia global, analisando o modo como os demais países têm se proposto a enfrentar o assunto e, mormente, permitindo traçar um panorama sobre a orientação preponderante no contexto mundial.

A *aldeia global*, apregoada por Marshal McLuhan, impõe a modificações de condutas sociais e econômicas, com o intuito de que o sistema interno de cada país se integre no mercado mundial, numa linha de entrosamento que tem como desfecho um maior trânsito no tráfico econômico global, evitando assim o ostracismo de suas empresas.

No mercado da globalização²⁵ as transações negociais entre empresas de países distintos tornam-se inevitáveis e, inclusive, são tidas como referencial positivo que deve ser buscado e estimulado pelas economias nacionais, daí a importância da existência de um razoável diálogo normativo entre os diversos ordenamentos²⁶. Nas palavras de Ulises Montoya

25 Na lição de Ulises Montoya Alberti: "el concepto de globalización tiene diversas acepciones las cuales no son uniformes, una acepción de carácter multidimensional es la mencionada por la Comisión Económica para la América Latina (Cepal), la que se refiere a globalización como la gravitación de los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos, sociales y culturales de alcance mundial en los procesos de carácter regional, nacional y local, pudiendo identificarse, como señala Barbagelatta en sus líneas más salientes, la progresiva integración mundial de los mercados financieros y la implantación de un espacio único para la producción y el comercio. Para otros, a globalización viene a ser el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común", complementando: "si bien lo que prima en la globalización es el aspecto económico, en la actualidad comprende, entre otros, aspectos de carácter jurídico, social, cultural, político, aunque la consideración para cualquier problema parece ser visto desde una perspectiva económica" – "La Globalización jurídica", **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 33, n. 202, Buenos Aires: LexisNexis-Depalma, 2003, p. 279.

26 Neste sentido vem a calhar a observação de Luiz Olavo Baptista: "o princípio da responsabilidade patrimonial

Alberti, o Direito não só estabelece princípios e dita normas, resolvendo conflitos em torno do que considera justo, mas também atua como instrumento de organização e tipificação de estruturas sociais, por consequência, não pode estar à margem da globalização e da interdependência entre os países, concluindo: *“en los últimos tiempos se observa que las actividades económicas tales como la presencia de las transnacionales, las transacciones financieras internacionales, la inversión extranjera, los procesos de privatización, han alcanzado un relieve especial, aspecto éste que se ha presentado en la mayoría de los países con una interrelación particular entre ellas”*²⁷.

Neste sentido, ao nos propormos a analisar a natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada, não podemos nos furtar de previamente realizar este breve desenho sobre o cenário mundial que atualmente norteia o assunto²⁸. Desempenhamos esta tarefa, no entanto, sem descuidar da consciência de que a confrontação de culturas não pode ser realizada de modo irresponsável, sem a atenção para as peculiaridades sociais, econômicas e jurídicas que moldam os diversos sistemas.

Para tanto, realizamos um breve rascunho sobre as principais formas de enfoque do tema no direito estrangeiro, com maior ênfase àque-

ilimitada, especialmente no caso das pessoas físicas, não se coaduna com os caracteres da atividade econômica moderna e aos elementos apontados há algumas décadas, acrescentando-se o da transnacionalização da economia; associado ao princípio de conflito de leis de que as sociedades regem-se pela lei do local de sua constituição, o fato de que em alguns países se admite a sociedade unipessoal, temos sociedades unipessoais atuando legitimamente dentro de outros países” - "Sociedades unipessoais e o Direito Brasileiro", **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 45, n. 179, jan-jun/1992, p. 149.

27 *"La Globalización jurídica"*, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 33, n. 202, Buenos Aires: LexisNexis-Depalma, 2003, p. 280. Este autor oferece excelente síntese sobre as etapas evolutivas da globalização, em especial no seu aspecto econômico. Vejamos: *"la primera, que abarca de 1870 a 1913, se caracterizó por una gran movilidad de los capitales y de la mano de obra, junto con un auge comercial basado en una dramática reducción de los costos de transporte, más que el libre comercio. La segunda, que se inicia después de la Segunda Guerra Mundial, abarca de 1945 a 1973 y se caracterizó por un gran esfuerzo por desarrollar instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial y por la notable expansión del comercio de manufacturas entre países desarrollados, pero también por la existencia de una gran variedad de modelos de organización económica y una limitada movilidad de capitales y de mano de obra, junto con un auge comercial basado en una dramática reducción de los costos de transportes más que por el libre comercio. En el último cuarto del siglo XX se consolidó una tercera fase de globalización, cuyas principales características son la gradual generalización del libre comercio, la creciente presencia en el escenario mundial de empresas transnacionales que funcionan como sistemas de producción integrados, la expansión y la considerable movilidad de los capitales, y una notable tendencia a lo homogeneización de los modelos de desarrollo, aunque como menciona la Cepal se observa la persistencia de restricciones al movimiento de mano de obra, añadiendo que las raíces de este largo proceso se nutren de las sucesivas revoluciones tecnológicas y, muy en particular, de las que han logrado reducir costos de transporte, información y comunicaciones"* - p. 280-281.

28 A mesma linha é trilhada por Ana Isabel Piaggi de Vanossi, afirmando: *"también es posible que una visión estrictamente nacionalista o regionalista del derecho societario no tenga mucho sentido hoy en día; la mundialización de los negocios, el a menudo carácter internacional de las sociedades, y la circunstancia que sus acciones se cotice en distintos Estados, hacen que el fenómeno sea fundamentalmente el mismo en los países con semejante nivel de desarrollo"* - **Estudios sobre la sociedad unipersonal**, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 21.

las que, por razões de cunho histórico, geográfico ou econômico, exercem sua influência na construção do pensamento jurídico nacional.

Acreditamos que o Direito Comparado, se adequadamente utilizado, representa um instrumento ímpar de auxílio na construção de soluções jurídicas internas, mormente na área da economia.

Em termos gerais, existem duas grandes linhas de orientação no tratamento destinado a esta matéria: a adoção da sociedade unipessoal e a separação patrimonial com patrimônio de afetação.

A primeira técnica de limitação da responsabilidade de forma descomprometida com a atuação coletiva na área empresarial é a **sociedade unipessoal**, contando com a simpatia de grande parte dos sistemas jurídicos e da doutrina especializada²⁹, sem, é claro, ficar imune a severas críticas fundadas em especial no seu enquadramento dogmático como tipo societário, frente ao esquadro tradicional da definição de contrato de sociedade, e a discussão sobre a dificuldade de se estabelecer uma política jurídica eficaz para assegurar a sua efetiva separação patrimonial.

Num primeiro momento, a concepção de uma sociedade formada pela contribuição de apenas uma pessoa pode fazer frente à visão tradicional da sociedade como fruto de um contrato, a exigir, por consequência, a presença de pelo menos dois sócios. Entretanto, a experiência de diversos países tem demonstrado que esta barreira já se mostra superada, estando vencido o dogma do contrato de sociedade, fruto de uma concepção arcaica e forjada sobre uma realidade pré-industrial. Hodiernameamente tem preponderado no pensamento jurídico empresarial a aceitação da noção de sociedade não como representação da organização de um grupo de pessoas, mas sim como técnica jurídica de organização da empresa³⁰. Como afirma Ana Isabel Piaggi de Vanossi, o significado de sociedade deve ser entendido como técnica de gestar ou estruturar uma empresa e administrar um patrimônio, funções estas que subsistem sem a necessidade de pluralidade de sócios³¹. Na verdade a discussão sobre a aceitação da sociedade unipessoal se coloca sobre outro patamar, alheio

29 Ana Isabel Piaggi de Vanossi, ao debruçar-se sobre o tema da sociedade unipessoal enfatiza: *"la figura se sitúa entre las más efectivas estrategias organizativas, y su origen puede individualizarse tanto en la evolución del concepto de responsabilidad en materia mercantil como en el proceso de separación gradual entre propiedad, control y gestan de empresa. Se trata de un instrumento técnico para limitar la responsabilidad del empresario individual – ya probado – que además sirve a otros fines específicos, como la articulación de los grupos de empresas"* - **Estudios sobre la sociedad unipersonal**, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 5.

30 Neste sentido são as lições de Jean Paillusseau, expressas na obra **La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise**, Paris: Sirey, 1967.

31 **Estudios sobre la sociedad unipersonal**, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 88.

a sua concepção histórica e sim voltada à análise da importância, necessidade e justificação da limitação de responsabilidade para aqueles que atuam na seara empresarial.

Por outro lado, a admissão da sociedade unipessoal representa uma reposta madura do ordenamento jurídico à prática reiterada e inequívoca das *sociedades de faz de conta* ou *sociedades fictícias*, realidade inequívoca nos mais diversos ordenamentos jurídicos, onde a pluralidade de sócios nada mais é do que um requisito formal, sem efetividade e facilmente contornável.

Ricardo Costa, ao se debruçar sobre o estudo do acolhimento desta modalidade pelo ordenamento jurídico lusitano, observa que *“a luta pelo reconhecimento da sociedade unipessoal é, pois, o combate pelo alargamento do benefício da autonomia patrimonial, que a personificação do ente societário legitima, e da irresponsabilidade pelas dívidas sociais ao sócio único. Enfim, é a luta pela igualdade no acesso à técnica societária entre sócio singular e sócio no plural”*³².

Nesta linha de raciocínio, não há como deixar de reconhecer que a disseminação das sociedades de capital, de forma paulatina e silenciosa, acabou por apresentar preciosa contribuição à aceitação das sociedades unipessoais, na medida em que estas corporações, por vezes, servem para patrocinar o caráter associativo das entidades societárias e, em outras ocasiões, encontram-se comprometidas tão somente com a finalidade de dar estrutura patrimonial ao desempenho de certa atividade.

De um modo geral, é possível se identificar a utilização da fórmula da sociedade unipessoal sob dois aspectos, que demonstram a flexibilidade deste esquema empresarial: como técnica organizativa do empresário individual ou de estruturação de grupos de empresas.

Calixto Salomão Filho, que segue esta orientação na análise da sociedade unipessoal, afirma que *“as sociedades unipessoais cujo sócio é uma pessoa física são, no caso típico, sociedades destinadas simplesmente a organizar juridicamente a atividade econômica de seu sócio, cujos interesses são basicamente os do ‘proprietário’ que quer limitar sua responsabilidade”* enquanto nas *“sociedades unipessoais controladas por pessoa jurídica predomina, ao contrário, o perfil do controle. Elas são, em última análise, forma de organização administrativa dos grupos. A sua utilidade maior está na criação de um ‘profit center’ juridicamente autônomo sobre*

32 “As sociedades unipessoais”, *Problemas do Direito das Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – IDET, Coimbra: Almedina, 2ª reimpressão, 2008, p. 27.

*cuja administração o 'sócio' tenha controle absoluto, podendo determinar livremente o fluxo de recursos no interior do grupo de sociedades*³³.

Todas as críticas dirigidas ao modelo da sociedade unipessoal certamente podem ser reduzidas a um único tronco comum, de caráter binário, que é, no plano teórico, a intensidade da tradição jurídica de ver na sociedade uma forma de expressão contratual, e no plano funcional, a desconfiança em relação a este esquema empresarial, em face da sua maior facilidade de abusos na utilização desta espécie³⁴.

No plano das ideias, a doutrina jurídica vem enfrentando esta problemática com a adoção de entendimentos teóricos que buscam enfraquecer o rigor da relação *sociedade-contrato*, dentre os quais tem alcançado destaque a chamada teoria do contrato-organização. Tal construção doutrinária parte da identificação da necessidade de separação entre contratos associativos e contratos de permuta, dotados de núcleos distintos, onde os primeiros têm por escopo a constituição de uma organização, enquanto os segundos a criação de direitos subjetivos entre os contratantes. Neste sentido, conclui Calixto Salomão Filho ser evidente que *"liberado do conceito de direito subjetivo e preso ao de organização, e identificado no ato de constituição de uma sociedade unipessoal um caráter organizativo, resulta admissível caracterizá-la como contrato associativo ou de sociedade"*, acrescentando ainda: *"a teoria do contrato-organização torna o*

33 **Sociedades unipessoais**, Malheiros, 1995, p. 13-14. Este jurista, ao traçar a clássica correlação entre propriedade e controle, observa que num contexto evolutivo o modelo da sociedade unipessoal pode representar um passo atrás *"que paradoxalmente pode levar a uma organização pré-capitalista ou altamente capitalista. Isso porque nela voltam a se confundir as figuras de controlador e proprietário"*, concluindo então que *"o direito societário deve então determinar qual perfil assume o sócio e qual o interesse que predomina, o de controlador ou de proprietário, para definir a disciplina aplicável: a disciplina das grandes sociedades modernas, aplicável ao sócio único controlador ou a disciplina que permita o incentivo de pequenas estruturas destinadas basicamente a promover os interesses dominiais de seu fundador, aplicável ao sócio único proprietário"* – p. 13.

34 Este quadro também aparece no direito argentino, onde segundo Daniel E. Moeremans *"el tema de las sociedades unipersonales há despertado una amplia controversia em la doctrina nacional. Los opositores de esta forma societaria se basan en argumentos netamente teóricos y otros que hacen al funcionamiento y los abusos a que pueden dar lugar este tipo societario"*, explicando: *"desde el punto de vista teórico, se sostiene que la sociedad unipersonal es una contradicción en adiecto, ya que al ser la sociedad un contrato, se requieren por lo menos dos personas para su conclusión. También se argumentó con la teoría del patrimonio, según la cual toda persona (física o jurídica) tiene un patrimonio (pero sólo uno) y todo patrimonio tiene sólo un titular. En el caso de las sociedades unipersonales la sociedad no es el resultado de un contrato y por hipótesis una única persona es titular de dos patrimonios. También se sostuvo que la personalidad jurídica sólo es reconocida por el ordenamiento jurídico al hombre en su acionar individual o colectivo. La imputación diferenciada de que gozan las sociedades estaria causada sólo por la actuación colectiva. Es por ello que la sociedad de un solo socio sería un negocio jurídico sin causa, o sea, un negocio jurídico nulo o imposible"*. O autor acrescenta ainda: *"en cuanto a tema de los abusos, las sociedades unipersonales serían un recurso técnico que puede ser facilmente utilizado para defraudar a los acreedores, incrementando con ello además los litigios, ya que en caso de desastre económico los acreedores buscarán perseguir el patrimonio exento, acreditando el fraude del empresario u otras violaciones del régimen legal"* - "Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el Proyecto de Unificación Civil Y Comercial en Argentina. Protección de los acreedores", **Revista de Informação Legislativa**, ano 27, nº 107, jul/set 1990, p. 290-293.

*reconhecimento da sociedade unipessoal possível mesmo em presença de uma concepção contratual de sociedade. Com eles é possível superar todos os problemas relacionados a reconhecimento da sociedade unipessoal*³⁵.

Neste mesmo sentido podemos encontrar as lições de Horacio P. Fargosi, que há considerável tempo vem defendendo, na doutrina argentina, a percepção de que a natureza de negócio jurídico plurilateral ao contrato de constituição de sociedade, ponderando que: *“no puede implicar que se produzca un aferramiento irrestricto y se prescinda de tener en cuenta que las tendencias más actuales llevan a enfatizar que la subjetivación colectiva no se apoya tanto en las personas físicas miembros, sino en organización jurídica o, dicho de otra manera, que lo esencial lo es la previsión y organización de una actividad”*, concluindo que *“el contacto de sociedad pertenece en primera línea a la economía, y no al derecho*³⁶.

Para a aceitação plena do modelo de sociedade unipessoal é necessário que o operador jurídico consiga visualizar a força da realidade sobre os conceitos jurídicos, limitados pela força dos dogmas acadêmicos. A realidade econômica demonstra que a ausência desta possibilidade abre espaço para paliativos que atuarão *a latere* do direito posto, como pode ser visto na proliferação descontrolada das sociedades limitadas de fachada em diversos ordenamentos que desconhecem a unipessoalidade societária. Como enfatizou Héctor Alegria, as sociedades unipessoais possuem, nos ordenamentos jurídicos que não a contemplam, uma *tipicidade social*, que não pode ser limitada apenas por caprichos tecnicistas³⁷. Neste mesmo sentido, Sérgio Le Pera teve a oportunidade de referir que as sociedades dotadas de um único sócio preocupam mais aos professores que aos negociantes, sendo compreensível que assim o seja³⁸.

35 **Sociedades unipessoais**, Malheiros, 1995, p. 58. O autor ainda explica: *“a especificidade da causa do contrato de sociedade, a diferenciá-lo do sinalagma dos contratos de escambo, não está no fim comum (de lucro) a ser buscado, mas sim na criação de uma organização apta a atribuir individualidade e perpetuidade ao patrimônio a esse fim destinado. Portanto, perde importância a pluralidade de sócios. Tanto a pluralidade como um único indivíduo pode ter interesse na criação de uma tal organização”* - p. 59. Felipe Cassiano dos Santos, ao enfrentar o tema da sociedade unipessoal por quotas no direito português, faz questão de afastar a concepção institucional de sociedade, argumentando: *“não nos parece exacta a afirmação segundo a qual, com a adoção com caráter geral da sociedade de um só sócio, o legislador deu impulso à concepção institucional de sociedade. Não só esta concepção vai muito para lá da delimitada questão do acto constitutivo, com o legislador quis apenas aproveitar um mecanismo que histórica e tradicionalmente tem origem contratual para o estender a outros fins e matriz distinta (unilateral) – num fenómeno muito comum de extensão dos mecanismos mercantis para lá do seu inicial campo de aplicação e que não desnatura a essência do mecanismo (a sociedade continua a ser um mecanismo tipicamente comercial e que se estrutura a partir da matriz da sua gênese contratual)”* - **A sociedade unipessoal por quota: comentários e anotações aos artigos 270^o -A a 270^o - G do Código das Sociedades Comerciais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 44.

36 Prólogo a obra **Estudios sobre las sociedades unipersonales**, Ana Isabel Piaggi de Vanossi, Buenos Aires: Depalma, p. XIII.

37 *“La sociedad unipersonal”*, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 27, v. 157/162, 1994, p. 05.

38 *“Sociedades unipersonales y subsidiarias totalmente controladas”*, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 5, n. 25, fev/1972, p. 14-15.

Em relação ao temor no sentido de que a figura da sociedade unipessoal venha a representar instrumento jurídico de contribuição para a prática de abusos no meio empresarial, cabe lembrar que o direito societário é adequadamente provido de mecanismos aptos a enfrentar estas já conhecidas situações que corriqueiramente ocorrem, diga de passagem, em modelos de sociedades de composição plural. Cabe citar-se, aqui, a conhecida teoria da desconsideração da personalidade jurídica societária, com todas as suas variantes, dentre outras técnicas de controle³⁹.

Em síntese, mostra-se oportuno trazer à colação a observação apontada por Ana Isabel Piaggi de Vanossi, ao tratar do tema da sociedade unipessoal, referindo que *“no se trata un nuevo tipo societário, solo de una estructura corporativa con régimen organico peculiar, en cuya virtud se aplican todas las disposiciones del régimen en las relaciones externas, e internamente algunas de ellas se verán modificadas al no existir pluralidad de sócios”*⁴⁰.

A segunda técnica que se mostra viável neste escopo de limitar a responsabilidade na atuação empresarial é a do **patrimônio de afetação**, que possibilita a pessoa natural separar parte de seu patrimônio pessoal para destiná-lo ao exercício da atividade empresarial, o qual passa, então, a responder de forma exclusiva pelos riscos da atividade. Apesar de não representar a forma mais difundida de limitação de responsabilidade na atuação empresarial desvinculada das formas coletivas, tem importância em especial no aspecto histórico, eis que norteou os primeiros debates mundiais sobre o tema⁴¹.

O patrimônio em geral é compreendido pelos doutrinadores como o conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis de determinado sujeito de direito.

39 Voltando as lições de Daniel E. Moeremans *“la prohibición de las sociedades unipersonales fundada en el temor de los abusos a que puede dar lugar, peca, según Le Pera, por exceso y por defecto. Por exceso porque la prohibición afectaría a situaciones que según las pautas sociales no merecen reproche alguno. Por ej. la del empresario individual que organiza su actividad a través de una SRL aportando a la misma un capital quizás superior al capital aportado por los fundadores de una S.A. o de los grupos de sociedades (Wholly-Owned Subsidiarites) que se organizan de esta manera por diversas razones: ventajas impositivas u organizativas o simplemente históricas, cuando, por ej. la sociedad dependiente era una sociedad independiente antes de su adquisición por el grupo. Por otro lado pecaría por defecto, porque el mismo problema funcional se presenta incluso en el caso de las sociedades simplemente controladas (pero no Wholly-Owned)”* - “Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el Proyecto de Unificación Civil Y Comercial en Argentina. Protección de los acreedores”, **Revista de Informação Legislativa**, ano 27, nº 107, jul/set 1990, p. 294.

40 **Estudios sobre la sociedad unipersonal**, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 11.

41 A análise histórica do tema do patrimônio de afetação na limitação de responsabilidade individual nos leva aos trabalhos precursores do comercialista suíço Karl Weiland, datado de 1895 e do austríaco Angel Pisko, de 1910, que acabaram por inspirar a adoção na sistemática no principado de Liechtenstein.

Francisco Amaral informa que a doutrina sobre o patrimônio pode ser concebida sob dois enfoques, que se sucederam no tempo. Inicialmente vigorava a teoria clássica ou subjetiva, que o visualizava como um conjunto unitário de bens, não passível de fracionamento, pois a pessoa não poderia ter mais de um patrimônio. Destarte, este era tido como uma forma de projeção da personalidade. A esta concepção clássica sobreveio a teoria moderna ou realista, que enxerga no patrimônio a possibilidade de divisão em núcleos separados, ou seja, conjunto de bens destinados a fins específicos, o que ficou conhecido como *patrimônio de afetação*⁴².

O patrimônio de afetação, portanto, representa a separação de um montante dos bens de determinada pessoa, vinculando-o a certa finalidade específica. Ocorre uma *cisão* no patrimônio do sujeito de direito, em que a parte separada ou segregada se torna exclusivamente afetada ao exercício de certa atividade empresarial. Cria-se um patrimônio separado (*patrimônio separati, Zweckvermögen*), que embora desprovido de personalidade jurídica própria, torna-se detentor de um regime específico de responsabilidade. Note-se que aqui se separa o patrimônio, mas essas frações continuam sob a mesma titularidade, de forma que esta *cisão* patrimonial tem por objetivo específico influenciar na limitação de responsabilidade no desempenho da atividade empresarial. Como enfatiza Caio Mario da Silva Pereira *“os bens objeto da afetação, acham-se, sem dúvida, vinculados ao fim, encontram-se gravados de encargo ou são objeto de restrição. Separados do patrimônio, e afetados a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo”*, concluindo: *“porém continuam encravados no patrimônio do sujeito”*⁴³.

A ideia de patrimônio de afetação, assim como a anterior, referente à sociedade unipessoal, também não passa imune às severas críticas de seus opositores, em geral fulcradas na total ausência de simpatia a formulação de um patrimônio segregado, o que vem a fazer frente com a concepção tradicional da unidade patrimonial do sujeito de direito⁴⁴.

42 **Direito Civil: introdução**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 339-340.

43 **Instituições de Direito Civil**, v. 1, "Introdução do Direito Civil: teoria geral do Direito Civil", 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, 342.

44 Carlos Roberto Zannoni, da doutrina argentina, sintetiza as críticas em relação à utilização do expediente do patrimônio de afetação como técnica de limitação da responsabilidade empresarial. Vajamos: *“no podemos ignorar la terminante y absoluta posición contraria expresada rotundamente por el eminente profesor español don Augustín Vicente y Goya. Afirma el maestro: pues bien, salvado nuestro respeto a quienes dicha tesis – la facultad legal del patrimonio de afectación – propugnan, estimamos que la responsabilidad limitada en la empresa individual: 1) no*

Esta resistência à noção de patrimônio separado é explicada por Calixto Salomão Filho, lembrando que *“a teoria da unidade do patrimônio do indivíduo (comerciante) reinou na França do século passado. O subjetivismo antropocentrista do Código Napoleão impedia que se distinguisse personalidade e patrimônio. A cada pessoa podia corresponder um só patrimônio. Aquele que desejasse limitar sua responsabilidade deveria necessariamente submeter-se a forma societária e a seus requisitos (entre eles, a existência de mais de um sócio). Nessa concepção, o patrimônio acabava por pouco distinguir-se da personalidade”*, arrematando: *“é nessa confusão sujeito-objeto que se baseiam as principais críticas teóricas”*⁴⁵.

Ainda nesta linha histórica, Maria Antonieta Lynch recorda que durante o século XIX reinava a teoria da unicidade patrimonial que, fundada em ideias individualistas, obstaculizava a aceitação da afetação patrimonial, explicando que *“tinha muitas razões de ser baseadas nas dificuldades creditícias, posto que a precariedade do sistema de crédito da época e a necessidade de encontrar meios capazes de agregar capital fundamentavam a unidade patrimonial, sem possibilitar situações jurídicas distintas, vez que poderiam se apresentar como perigosas”*⁴⁶. Entretanto, com o passar do tempo e as consequentes alterações econômicas verificadas no cenário econômico mundial no século XX, em especial no período pós-guerra, a superação da teoria da unicidade patrimonial tornou-se inevitável.

tiene ningún fundamento jurídico; 2) no está justificada por necesidad económica alguna; 3) sería imposible de organizarla con registro mercantil o sin el; 4) carecería de toda ventaja práctica; 5) es probable que sólo sirviera para defraudar a algunos contratantes de buena fe”, contrapondo-se: *“y en particular afirmamos: 1) el instituto tiene el mismo fundamento jurídico que la limitación de la responsabilidad limitada, en comandita o anónima. Frente a esa figura compete a los terceros adoptar las precauciones que corresponda; 2) la justificación de su conveniencia, tanto económica o social, finca en la posibilidad de hacer posibles logros que actualmente se abandonan por el riesgo que su procura pueda suponer; 3) el registro, no sólo es posible, sino que sólo se trata de reglamentarlo adecuadamente sobre la base de os presupuestos legales que enunciamos; 4) el riesgo de fraude a los contratantes de buena fe no es mayor que el que corre actualmente quien contrata con persona determinada o con sociedad”* – “Patrimonio de afectación”, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 11, ns. 61/66, 1978, p. 1507-1508.

45 **Sociedades unipessoais**, Malheiros, 1995, p. 28. O próprio autor coloca-se com reservas frente à utilização da categoria do patrimônio separado para o desempenho de atividades empresárias, ponderando: *“as categorias civilísticas de patrimônio separado e universalidade até agora utilizadas não se adaptam perfeitamente ao fenômeno empresarial. Isso porque se incluem nelas as oportunidades e probabilidades, como a clientela, a fama, a propaganda, e pois a empresa é mais que a soma de direitos”,* concluindo *“assim sendo, qualquer utilização de conceitos civilísticos como patrimônio separado à organização de uma empresa requer as adaptações necessárias a essa fatispecie específica”* – p. 30.

46 *“O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada”,* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 148, p. 102. A autora explica que *“esta indivisibilidade tem como fundamento o princípio segundo o qual a totalidade dos bens do indivíduo responde pelas dívidas. Os clássicos defendem que assim não fosse, os indivíduos teriam liberdade para formar vários patrimônios e dessa forma lesar os seus credores que só têm possibilidade executória patrimonial”* – p. 103.

Nesta modalidade ocorre a flexibilização do princípio geral da unidade ou da indivisibilidade do patrimônio, segundo o qual cada sujeito de direito pode ser titular de uma única massa patrimonial. Entretanto, cabe repisar que a figura do patrimônio de afetação não implica a transferência de titularidade de parte dos bens, na medida em que apenas os atrela a certa finalidade. Voltando às lições de Maria Antonieta Lynch “os patrimônios de afetação são incomunicáveis por natureza, o que não significa que ocorra uma cisão do patrimônio do titular”, sintetizando: “a afetação tem como finalidade atribuir autonomia funcional aos bens reservados que ficam condicionados a uma função imposta quando da sua constituição – no caso é econômica – que em nada afeta o direito de propriedade de seu titular”⁴⁷.

Uma das características mais marcantes da concepção de patrimônio de afetação é a sua necessária dependência de autorização legislativa, pois somente com a existência de previsão legal específica poderá este vir a ser criado e mantido em determinado sistema jurídico⁴⁸.

Nesses casos temos a utilização no Direito Comparado desta técnica da afetação patrimonial como instrumento de viabilização da limitação da responsabilidade na área empresarial, nas figuras do *empresário individual de responsabilidade limitada* ou o *estabelecimento empresarial de responsabilidade limitada*. Como exemplo de ordenamentos que trilharam este caminho, temos os sistemas jurídicos português e paraguaio.

Analisando esta questão sob o enfoque dos direitos da personalidade, Juyceane Bezerra de Menezes e Giovani Magalhães afirmam que o patrimônio de afetação seria o melhor dos métodos para garantir o mínimo existencial e a limitação de responsabilidade do empresário, argumentando que assim se pode “compatibilizar a ordem econômica nacio-

47 “O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 148, p. 106.

48 Por todos veja-se a lição de Caio Mario da Silva Pereira, ao afirmar que a afetação patrimonial tem “sua fonte essencial na lei, pois não é ela possível senão quando imposta ou autorizada pelo direito positivo” - *Instituições de Direito Civil*, v. 1, “Introdução do Direito Civil: teoria geral do Direito Civil”, 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, 341. Maria Antonieta Lynch lembra que os Projetos de Código Civil de 1963 e 1965 contemplavam a previsão de patrimônio de afetação (respectivamente: “art. 348. Patrimônio separado – Do patrimônio de uma pessoa pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular” e “art. 332. Patrimônio separado – Do patrimônio pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, assim por mandamento legal como por destinação do titular.”), o que não restou positivado na codificação civil atual - “O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 148, out-dez/2007, p. 104.

nal com a dignidade da pessoa humana, afetar um patrimônio mínimo, resguardando-o de qualquer possibilidade de desapossamento, o que implicaria a impossibilidade, sequer, da subsistência de seu titular, ou, com o mesmo efeito, afetar o patrimônio da empresa devendo apenas esse patrimônio afetado vir a responder pelos, e ficar sujeito aos, resultados da empresa”⁴⁹.

No Brasil, em que pese a inexistência de uma sistematização normativa, a presença da figura do patrimônio separado pode ser identificada em situações específicas⁵⁰, embora não tenha servido para a formulação da concepção da empresa individual de responsabilidade limitada, muito embora haja doutrinadores que defendam esse caminho como o instrumento mais adequado ao nosso direito⁵¹.

Também como será verificado a seguir, o Brasil parece ter optado por se afastar destas tendências do direito comparado e criado uma figura distinta, que é a criação de uma empresa individual de responsabilidade limitada, com a natureza de uma pessoa jurídica unipessoal.

49 "A limitação de responsabilidade civil do empresário individual em face o patrimônio indispensável ao desenvolvimento da personalidade", **Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**, v. 13, n. 2, jul-dez/2008, p. 231.

50 A presença do patrimônio de afetação pode ser vislumbrada na área da incorporação imobiliária, inserido pela Lei n. 10.931/2004, que inseriu na lei n. 4.591/64 o artigo 31-A, nos seguintes termos: *“A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime de afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. § 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. § 2º. O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação”*. Sobre o tema ver Cláudia Fonseca Tutikan, "Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária", **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 31, p. 46-55 e Melhim Namen Chalhub, "A incorporação imobiliária como patrimônio de afetação – A teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias, Comentários à MP n. 2.221, de 4.9.2001", **Revista de Direito Imobiliário**, v. 26, p. 72-73.

51 Maria Antonieta Lynch é representante desta linha doutrinária, mas que restou superada com a formatação atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada em nosso direito, na Lei n. 12.441/2011. Na visão desta jurista *“Embora em muitos países tenha sido permitida a utilização das sociedades unipessoais, adstritas ao direito societário, temos fortes argumentos que nos levam a escolher e a reconhecer como mais adequada a afetação patrimonial para a EIRL”*, arrematando: *“Deste modo, o empresário escolheria uma parte dos bens que compõem a totalidade de seu patrimônio para constituir a EIRL, de forma que a responsabilidade pelas obrigações contraídas na atividade econômica desenvolvida ficaria vinculada àquela parte do patrimônio que fora separada. Inicialmente a opção pode até surpreender, já que longe esta de ser a mais utilizada, além de não harmonizar com as características gerais que o instituto do patrimônio possui, mas é bom recordar que no caso das ciências sociais, pela própria natureza, podemos perfeitamente relativizar princípios gerais, admitindo figuras novas como exceções, sem a necessidade de precisão incontestes das ciências exatas”* - "O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada", **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 148, out-dez/2007, p. 103.

4. A PREDILEÇÃO BRASILEIRA PELA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Conforme demonstrado acima, o Direito Comparado, embora se tenha mantido coeso no sentido de admitir a necessidade de limitação de responsabilidade daquele que atua de forma individual no exercício da atividade empresarial, não se mostra parelho na feição jurídica a ser dada a esse instrumento. Assim, convivem mundialmente as figuras da sociedade unipessoal, do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, do empresário individual de responsabilidade limitada e da empresa individual de responsabilidade limitada, sendo está última a representativa da opção brasileira.

Não restam dúvidas de que estas diferentes escolhas representam síntese jurídico-formal de um mesmo fenômeno. Apenas há uma roupagem jurídica diversa, mas que sequer chega a sugerir a existência de distinção substancial entre estas figuras. Todas correspondem à mesma resposta jurídica a necessidade de estender a limitação de responsabilidade àquele que opta por se aventurar isoladamente no mercado.

A escolha brasileira, entretanto, não pode passar ilesa a um juízo crítico. Não se deve desconhecer que o direito é tributário não apenas de construções normativas. As reflexões doutrinárias também constroem o pensamento jurídico, dotando-se de adequada sistematicidade que, ao mesmo tempo, propicia a existência de diálogo jurídico coerente, o que é essencial nas relações negociais. A tradição, que passa pela adoção e conservação de linguagem e logicidade interna, também desempenha papel fundamental para a realização do direito. Direito é tradição.

Neste sentido, merece ser colocada em discussão a escolha legislativa nacional de formatar a limitação de responsabilidade daqueles que exercem individualmente a atividade empresarial na forma de *empresa* individual de responsabilidade limitada. O vocábulo empresa carrega uma longa e exaustiva cealuma doutrinária na busca de identificação da sua exata significação, levando a diversos caminhos e enfoques, que antes de servirem para a criação de uma definição difusa e excessivamente abrangente, auxiliam consolidação de sua representação como fenômeno capaz de interagir com vários setores, criando reflexões no sentido social, econômico e jurídico, dentre outros.

Tomando-se a expressão na sua conceituação mais representativa, em muito colidente com a dicção escolhida pela Codificação Civil, *empresa* pressupõe a existência de uma atividade organizada dirigida a determinada finalidade de caráter econômico, de produção ou circulação de mercadorias ou prestação de serviços, envolvendo a combinação de determinados fatores de produção, em especial capital e trabalho⁵².

O enfoque econômico da empresa, ao contrário do que se verifica no âmbito dos debates jurídicos, tem se mostrado mais aplainado. Antônio Martins Filho sintetizou a noção econômica de *empresa* como uma “*organização de caráter autônomo que, sob a direção de determinada pessoa singular ou societária, tem por finalidade conjugar os fatores da produção, com o fito de lucro*”⁵³. Esta definição econômica, centrada nos fatores de produção, certamente em muito auxilia no colóquio jurídico sobre o tema, mas não é capaz de representar investigação suficiente para os questionamentos apresentados pelos cultivadores dos debates acadêmicos no âmbito do direito.

A doutrina brasileira de direito mercantil tem se mostrado seguidora das lições de Alberto Asquini sobre a noção de empresa. Este autor, no ano de 1943, certamente inspirado pelos primeiros debates sobre o Código Civil Italiano unificado de 1942, formulou estudo que se tornou clássico entre os juristas que estudam esta matéria, sobre as potencialidades do conceito de empresa, ao qual atribuiu a condição de figura poliédrica⁵⁴.

Na lição de Alberto Asquini, a empresa pode ser concebida sobre quatro enfoques: (a) primeiro, o conceito subjetivo, que a visualiza como

52 Conceção similar é encontrada na clássica obra do jurista argentino Waldemar Arecha, para o qual “*empresa comercial es la unidad en que e manifiesta la organización del trabajo plurilateral aplicado sobre la riqueza para producir un resultado, intermediando para ello en la circulación de los bienes, o en el trabajo ajeno, o en el cambio de crédito, o en el cambio de eventos, o empleando valores industriales*” - **La empresa comercial**, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948, p. 383.

53 “Limitação da responsabilidade do comerciante individual”, Faculdade de Direito do Ceará, 1950, p. 35. O autor esmiúça a sua afirmação explicando: “*sucinta análise dos vários elementos consubstanciados nesta fórmula, não só demonstrará o fundamento econômico da empresa como também poderá fornecer o critério a ser adotado para o estabelecimento de sua noção de ordem jurídica: I – A idéia de empresa nos conduz imediatamente à de organização, isto é: complexo de bens e pluralidade de pessoas, sistematicamente dispostos e proporcionalmente coordenados, para a obtenção de um fim pré-estabelecido. II – A empresa, considerada com organização, possui um caráter autônomo. Esta autonomia resulta da existência de um patrimônio próprio; de um domicílio, que se confunde com o do respectivo titular; de um objeto ou fim econômico; do uso privado de uma firma ou denominação que se opera, etc. III – É a empresa dirigida pelo respectivo empresário, pessoa individual ou coletiva que nela exerce funções de titularidade e que agirá diretamente ou através do competente órgão de administração. IV – Na entrosagem da empresa são conjugados os fatores da produção – natureza, trabalho e capital – de maneira harmônica e racional, a fim de que o processo produtivo possa oferecer um máximo de rendimento com um mínimo de sacrifício. V – Por fim, ao mesmo tempo em que a empresa se destina a prestar serviços aos elementos externos que com ela se relacionam, também visa para si vantagem – o lucro – que, aliás, lhe constitui a característica econômica*” - p. 35-36.

54 “*Profili dell’impresa*”. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, Padova, v. 41, p. 1-20.

sujeito de direito, e que, portanto se confunde com a própria noção de empresário ou de sociedade empresária; (b) segundo o conceito objetivo, em que a concepção de empresa se mistura com a de estabelecimento, ou seja, conjunto de bens utilizados para o desempenho da atividade empresarial⁵⁵; (c) terceiro, o conceito corporativo, em que a empresa é entendida como a organização estruturada de pessoas, que se unem com o intuito de desempenho de uma atividade de escopo comum; (d) por fim, a noção de empresa como um conceito funcional, sendo considerada como a atividade desenvolvida pelo empresário ou pela sociedade empresária.

No direito empresarial brasileiro as três primeiras acepções de empresa não ganharam êxito, onde passou a preponderar a sua visualização como uma figura de caráter funcional, ou seja, como a atividade econômica organizada desenvolvida pelo sujeito da área empresarial⁵⁶. Esta é claramente a opção do texto da Codificação Civil atual, ao dispor no artigo 1.142 sobre o conceito de estabelecimento, nos seguintes termos: *“Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”*.

Portanto, ao optar por adotar a empresa individual de responsabilidade limitada e atribuir-lhe a condição de pessoa jurídica, o legislador acabou por contrariar o entendimento jurídico dominante sobre a teoria da empresa e, ao mesmo tempo, colocou em xeque o ideal de coerência que se deve ter na linguagem normativa, no caso, no próprio contexto interno do Código Civil. Cabe trazer à colação a observação formulada por Thiago Ferreira Cardoso Neves, ao apontar que *“contrariou, pois, o legislador, ao editar a Lei nº 12.441/2011, a própria teoria da empresa consagrada pelo Código Civil. Pela teoria da empresa, a pessoa é considerada, ou não, um empresário ou sociedade empresária pela forma como é exercida a atividade econômica por ela explorada. Se a atividade econômica é organizada, por reunir os quatro fatores de produção – capital, trabalho, tecnologia e matéria-prima -, é ela uma atividade empresarial. Estará a pessoa, nesse caso, exercendo a empresa. Vê-se que a empresa*

55 Sobre a noção de estabelecimento sugerimos a leitura do nosso estudo específico "O estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro", *Revista Síntese de Direito Empresarial*, v. 25, mar-abril/2012, p. 09-37.

56 Neste sentido a lição de Thiago Ferreira Cardoso Neves, ao afirmar: *“os três primeiros conceitos foram afastados de plano. Não há que se falar em identidade entre empresa e empresário, uma vez que a empresa não é titular de direitos; não há que se confundir, ainda, empresa com estabelecimento, isso porque a empresa não é objeto de direitos; e por fim, impossível é a utilização do conceito corporativo, especialmente em uma sociedade capitalista, em que o empregador e o empregado, em verdade, perseguem interesses antagonísticos”* - "A nova empresa individual de responsabilidade limitada: memórias póstumas do empresário individual", *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 56, outubro de 2011, p. 225.

*qualifica a atividade econômica. É a empresa uma espécie de atividade econômica: a atividade econômica organizada. Então, ela é sinônimo de atividade econômica organizada, e não de pessoa*⁵⁷.

Desta forma, não há como deixar de reconhecer a existência, no Direito Empresarial brasileiro atual, de nuances que refletem a presença da tendência de aceitação da personificação da empresa. Suzy Cavalcante Koury, que se posiciona na doutrina como defensora da personificação da empresa, argumenta que *“atualmente, todavia, vários fatores impõem que se reveja essa teoria clássica, como, por exemplo, a dissociação entre empresa e empresário, a preocupação com a recuperação das empresas, a qual, inclusive, norteia a nova Lei de Falências”*, complementando: *“percebe-se assim, que a nova Lei de Falências adota a personalização da empresa, a ponto de deixar claro que ela persiste, mesmo em sendo afastado o sócio controlador (art. 64, caput e § único), bem como ao destacar que a mesma ‘... visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa’*⁵⁸.

Ainda no plano doutrinário, se resgatarmos discussões que ocorreram no passado, vamos encontrar a defesa da personificação da empresa em diversas passagens. Quando da realização do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre em 1950, teve-se a oportunidade de serem travadas discussões sobre a limitação de responsabilidade na área empresarial, de forma desvinculada dos esquemas societários coletivos e, nesta ocasião, foi debatida a utilização da expressão *empresa individual de responsabilidade limitada*.

Mais adiante, no início da década de sessenta, J.M. Othon Sidou defendeu a referência à empresa como sujeito de direito, argumentando *“concordamos com que ‘empresa’ é um conceito econômico não jurídico. Mas poderá sê-lo se a lei reconhecer-lhe uma personalidade”*, acrescen-

57 "A nova empresa individual de responsabilidade limitada: memórias póstumas do empresário individual", **Revista da EMERJ**, v. 14, n. 56, out-dez de 2011, p. 225-226. Se mostra interessante transcrever observação feita por José Engrácia Antunes, ao analisar a situação jurídica lusitana onde convivem os esquemas do *estabelecimento individual de responsabilidade limitada e a sociedade unipessoal por quotas*, consignando que *“ao lado destes dois modelos regulatórios fundamentais, é também usual referenciar-se uma ‘terceira via’, consistente na personificação jurídica da própria empresa, criando um novo sujeito de direito (que não uma sociedade comercial) distinto do próprio empresário titular”*, mas ponderando: *“esta via alternativa, todavia, não suscitou adesão na lei ou mesmo doutrina comparada, dada a sua intrínseca complexidade técnica, ao exigir a coordenação dessa nova entidade jurídica com normas gerais de direito das obrigações, do direito das famílias, do direito das sucessões, do próprio direito comercial”* - "O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crônica de uma morte anunciada". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, v. 03, 2006, p. 432.

58 "Empresa no novo Código Civil: conceituação e dicotomia entre sociedades simples e empresárias", **Revista de Direito Privado**, v. 22, p. 277, abril/2005.

tando: “desde que a lei faça da empresa uma pessoa jurídica, como o fez com a fundação, ela integrará, sem malquistar, o elenco das pessoas jurídicas, por que empresa se cria (tal como a fundação) pela unidade que se imprime aos valores que a formam e se reconhece pelo nexu orgânico que os vincula a certo fim”⁵⁹.

A expressão *empresa individual de responsabilidade limitada* também se fez presente em obras hodiernamente tidas como clássicas sobre o assunto, como os trabalhos de Sylvio Marcondes Machado (“*Limitação da responsabilidade de comerciante individual*”) e Romano Cristiano (“*Personificação da empresa*”), dentre outras.

Desta forma, ao personificar a empresa o legislador deu vida à profecia lançada em nossos diálogos jurídicos nacionais por Antônio Martins Filho, ao defender, em sua época, a admissão da empresa individual de responsabilidade limitada, desde que lhe fosse reconhecida a personalidade jurídica, à semelhança do que ocorre em relação à maioria das sociedades⁶⁰.

4.1. A função da empresa individual de responsabilidade limitada

Conforme vem sendo salientado no presente ensaio, a inserção da empresa individual de responsabilidade limitada em nosso direito decorreu da combinação de diversos fatores que, ao se somarem, acarretaram a necessidade de mudança no curso da visão que o nosso ordenamento jurídico vinha agregando àquele que se dedica a atuação econômica.

Podemos concluir que a criação da figura da empresa individual de responsabilidade limitada deve ser traduzida como uma situação de ganho social, de incentivo a pequena e média atividade industrial, como

59 “Empresa individual de responsabilidade limitada”, **RF**, ano 60, v. 204, out-dez/63, p. 46.

60 “Limitação da responsabilidade do comerciante individual”, Faculdade de Direito do Ceará, 1950, p. 41. O autor para fundamentar o seu presságio fez alusão às lições de Francesco Ferrada, afirmando “a personalidade é um produto da ordem jurídica e surge por um reconhecimento do direito positivo. O homem é uma pessoa não por natureza e sim por obra do direito. A qualidade natural do homem, como de um ente racional e capaz de vontade, é só a base ética, para que o direito de um certo estágio de cultura reconheça a todos os homens personalidade. Porém a subjetividade não é inata no homem, não é uma qualidade inerente ao indivíduo, senão uma realização ideal que sem a ordem jurídica é inconcebível. Em período anterior à organização estatal, o homem não é pessoa. E mesmo constituída a ordem jurídica, a história demonstra que por um longo tempo houve uma classe de homens aos quais se negava a qualidade de sujeito de direito – os escravos. E não só isso: a personalidade também poderia ser perdida, por uma condenação penal (morte civil) ou por uma adoção do estado religioso (vida clausal). E também nos indivíduos capazes, a personalidade se mantinha como uma quantidade variável, que pode ser reconhecida em mais ou menos larga medida. Historicamente não foram iguais, sob o ponto de vista jurídico, homens e mulheres, cristãos e hebreus, nobres e vassalos, sendo que ainda hoje existe diferença entre nacionais e estrangeiros” - p. 41-42.

forma de reconhecimento da sua importância para o mercado. É mais um dos traços de efetivação do ideal de função social da empresa, que nos últimos tempos vem marcando de forma indelével o pensamento jurídico nacional. Na precisa pena de Wilges Bruscato: *“o reconhecimento da possibilidade de preservação do patrimônio pessoal do empresário individual não visa atender a uma causa egoística de torna-lo intocável ou, meramente, aumentar-lhe os ganhos, limitando as perdas. Mas, sim, busca incrementar a economia, incentivando mais pessoas a empreenderem, visto que à empresa se agregam valores sociais que merecem a proteção e a atenção do direito”*⁶¹.

De outra banda, não podemos olvidar que a empresa individual de responsabilidade limitada também funcionará como desestímulo à continuação da prática das sociedades limitadas de fachada, fictícias ou de *faz-de-conta*, constituídas com o intuito de proporcionar o benefício da responsabilidade limitada ao titular da sociedade que detém a grande maioria do seu capital.

4.2. Conceito de empresa individual de responsabilidade limitada

Para finalizar este tópico referente a predileção brasileira pela forma da *empresa individual de responsabilidade limitada*, não podemos nos furtar de traçar alguns delineamentos no sentido de se obter uma definição sobre este novel esquema empresarial. A Lei nº 12.441/2011, ao colocar esta figura em nosso sistema, não se preocupou em oferecer a sua definição, repassando esta tarefa para a doutrina. Contudo, da leitura atenta desta normatização é possível se formular, sem maiores dificuldades, a sua conceituação. Destarte, a empresa individual de responsabilidade limitada pode ser descrita como a pessoa jurídica de direito privado instituída por uma única pessoa natural, com capital em valor equivalente ao de pelo menos cem salários mínimos, totalmente integralizado e com responsabilidade limitada a este capital⁶².

61 "Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada– EIRELI: a saga continua", *Revista Índex Jur*, dez/2011.

62 Conforme indica o artigo 980-A do Código Civil: *“A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. § 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que*

5. A BUSCA PELA IDENTIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Como sói acontecer com as novas figuras que são inseridas em uma estrutura jurídica já formatada, onde a sua acomodação dentro dessa engrenagem nem sempre se realiza de forma simplificada e pacífica, a empresa individual foi recepcionada em nosso ordenamento cercada de uma enredada teia de discussões sobre a sua essência.

As experiências do direito comparado, somadas às construções doutrinárias que antecederam o acolhimento da empresa individual em nosso direito, acarretaram uma natural dificuldade de seu tratamento jurídico.

A celeuma sobre a natureza desta espécie se concentra na definição de sua feição como patrimônio de afetação ou patrimônio separado, para, num segundo momento, se analisar a viabilidade de esta ser compreendida como tipo de sociedade unipessoal.

A) Patrimônio de afetação ou patrimônio separado

O direito comparado, ao desvincular a limitação de responsabilidade do exercício coletivo da atuação empresarial, rumou por dois caminhos: a constituição de patrimônio de afetação ou de patrimônio separado. Por oportuno recordemos, sucintamente, estas concepções.

O modelo do patrimônio de afetação possibilita que seja destacada certa parcela de bens integrantes do acervo patrimonial de determinado sujeito de direito, submetendo-se a um regime jurídico diferenciado daquele que é atribuído ao restante do patrimônio, mas sem alteração de titularidade. Esta espécie é utilizada na concepção lusitana de estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

Na modalidade de patrimônio separado, de forma semelhante, também se destaca certa parcela patrimonial, destinando-lhe determinada finalidade, entretanto, com nova titularidade. Há, aqui, transferência patrimonial para pessoa distinta. Esta espécie está presente nos ordenamentos que adotaram a sociedade unipessoal.

motivaram tal concentração. § 4º (Vetado). § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas."

A forma escolhida por nosso sistema jurídico, ao conceber a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, aproxima-se, sensivelmente, mais do modelo do patrimônio separado, mas com características bastante próprias, que a distanciam da sociedade desprovida de pluralidade de sócios.

A empresa individual de responsabilidade limitada molda-se por um caráter fundacional, na medida em que o patrimônio que é segregado para a sua constituição ganha vida e autonomia jurídica própria. Uma vez registrado seu ato constitutivo, a empresa individual passa a ser pessoa jurídica, conforme determinação expressa do legislador. Entretanto, como bem destacado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto *“o capital da empresa individual de responsabilidade limitada é a grandeza que representa o valor destacado do patrimônio pessoal de seu criador para a formação do patrimônio dela. Assim, o patrimônio daquela não se desfalca: em troca do conjunto de bens transferidos para a Eireli ele recebe a titularidade de seu capital – ou seja, a titularidade dos direitos que seu capital representa”*⁶³.

O ato de constituição da empresa individual de responsabilidade limitada representa uma declaração unilateral de vontade, que muito se assemelha a criação de fundações, daí porque não se pode olvidar do seu caráter fundacional, sem, por óbvio, confundi-la com as fundações previstas na Codificação Civil⁶⁴.

A principal distinção que pode ser estabelecida em relação à natureza jurídica das fundações e da empresa individual de responsabilidade limitada, além, evidentemente, das suas finalidades, é o fato de que na primeira há uma integral desvinculação patrimonial entre o instituir e a en-

63 "A empresa individual de responsabilidade limitada", **Revista dos Tribunais**, v. 915, jan/2012, p. 162. Nesta mesma linha aponta Luiz Olavo Baptista, ao afirmar: *“o olhar para a fundação tem o mérito de – embora não nos dando a solução positiva para a empresa unipessoal – nos mostrar sob o ponto de vista teórico como é possível criar a pessoa jurídica sem que haja pluralidade de criadores (sócios)”* – “Sociedades unipessoais e o Direito Brasileiro”, **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 45, v. 179, jan-jun/1992, p. 156.

64 Este exercício de aproximação e diferenciação da empresa individual de responsabilidade limitada em relação à fundação é levado a cabo por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, lecionando: *“Como ato unilateral de vontade assemelhasse àquele que constitui uma fundação, com o mesmo efeito de conferir personalidade jurídica a um patrimônio, no que se distancia completamente da sociedade e da associação, que têm como pressuposto para sua constituição uma união de pessoas. Da fundação ela se aproxima, ainda, no tocante a criação de um novo ente, capaz de direitos e obrigações, com patrimônio próprios destinado à consecução de seus fins, mas dela se afasta pela diversidade destes fins (econômicos para a empresa e não econômicos para a fundação). Além disso, a fundação desvincula-se totalmente da pessoa do fundador, ao passo que a empresa individual de responsabilidade limitada permanece sempre vinculada à pessoa de quem a criou (ou, se outra for, da pessoa a quem pertence o seu capital). A vontade da fundação é própria; a da Eireli confunde-se com a do criador; o patrimônio da fundação desprende-se totalmente da pessoa do instituidor, sem qualquer contrapartida, ao passo que o daquela, conquanto autônomo, mantém-se vinculado à pessoa que for titular de seu capital”* - “A empresa individual de responsabilidade limitada”, **Revista dos Tribunais**, v. 915, jan/2012, p. 163.

tidade criada pela dotação patrimonial, o que não se verifica na empresa individual. Nesta modalidade o instituidor continua vinculado à empresa, na condição de seu titular (e na maioria das vezes, também administrador).

B) Sociedade unipessoal ou pessoa jurídica específica

Conforme indica expressamente a própria dicção da Lei nº 12.441/2011, a empresa individual tem a condição de pessoa jurídica, somando-se às demais espécies de pessoas morais de direito privado já existentes em nosso sistema normativo. Neste aspecto fica bem delimitada a distinção desta em relação ao tradicional empresário individual, que além de possuir responsabilidade ilimitada em relação às dívidas e encargos econômicos da atividade, não ostenta o status de ente personificado⁶⁵.

O artigo 44 do Código Civil, na sua versão originária, concebeu a existência de apenas três pessoas jurídicas de direito privado em nosso sistema, quais sejam, as associações, as fundações e as sociedades. As primeiras conceituadas como a união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. As fundações privadas, por sua vez, representam verdadeiro patrimônio personificado, instituído por escritura pública ou testamento, para a realização de fins religiosos, morais, culturais e de assistência. Já as sociedades são definidas no artigo 981 do Código Civil como o contrato por meio do qual pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Posteriormente, também passaram a usufruir a condição de pessoa jurídica de direito privado as organizações religiosas e os partidos políticos. Agora, a empresa individual de responsabilidade limitada passa a complementar a listagem normativa. Vejamos os exatos termos do artigo 44 da Codificação Civil: *“São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as fundações; III – as sociedades;*

65 Apesar do nosso Direito Tributário ter determinado a inscrição do empresário individual no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), trata-se de ficção jurídica que busca tão somente atender a formalidades fiscais, é um simples cadastro de contribuintes. A inscrição do empresário neste cadastro fiscal de pessoas jurídicas não lhe confere o benefício da separação patrimonial. Frederico Garcia Pinheiro apresenta adequada síntese sobre esta condição jurídica do empresário individual. Vejamos: *“O cadastro nacional de pessoas jurídicas (CNPJ) foi criado e disciplinado por instruções e outros atos normativos da Receita Federal do Brasil (RFB), e substituiu o extinto cadastro geral de contribuintes (CJC). Este último cadastro, por seu turno, foi criado pelo art. 1º da Lei n. 4.503/64 e, desde então, a ele também deveriam se submeter as pessoas físicas/naturais portadores de firma individual. Atualmente, os empresários individuais (que têm como nome empresarial uma firma individual) continuam tendo que se registrar no CNPJ, em que pese não explorarem empresa mediante uma pessoa jurídica”* "Empresa individual de responsabilidade limitada", *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, ano VII, n. 41, out-nov/2011, p. 61.

*IV – as organizações religiosas; V- os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada*⁶⁶.

Note-se que, ao fazer esta escolha, o legislador também inovou em nosso sistema jurídico, onde ainda exercia forte presença a noção de pessoa jurídica como ente coletivo, formado pela combinação de vontade de dois ou mais sujeitos de direito, noção esta mais arraigada às ideias de entidades associativas (associação e sociedades)⁶⁷. Entretanto, o reconhecimento da personificação das fundações já havia, há considerável tempo, desmistificado esta concepção histórica sobre a pessoa jurídica como necessariamente expressão de entes coletivos.

Cabe ressaltar que, seguindo a regra geral contida no artigo 45 do Código Civil, aplicável a todas as pessoas jurídicas de direito privado, a existência jurídica da empresa individual tem início com a inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro. Destarte, a personificação passa a lhe atribuir uma série de consequências jurídicas típicas desta condição, em especial conceder-lhe vida jurídica autônoma, integralmente independente da pessoa de seu instituidor.

Entretanto, a dicção escolhida pelo legislador ao disciplinar a empresa individual de responsabilidade limitada, por diversas vezes, planta a dúvida sobre a possibilidade de esta ser visualizada juridicamente como sociedade, ao referir-se a ela como forma societária. No próprio *caput* do artigo 980-A, o texto normativo se vale da expressão '*capital social*' e, na sequência, no parágrafo primeiro indica que a empresa individual de responsabilidade poderá utilizar-se de firma ou denominação '*social*' na formação do seu nome empresarial, dentre outras passagens que nos induzem a enxergar nesta espécie empresarial um tipo societário.

Na doutrina, Sérgio Campinho é enfático ao enxergar nesta modalidade uma espécie societária, afirmando: "*pela racionalidade que se possa*

66 O acréscimo do inciso VI ao artigo 44 do Código Civil não constava originalmente do Projeto de Lei nº 4.605/2009, tendo sido inserido posteriormente, por força do Projeto de Lei nº 4.953/2009, de autoria do Deputado Federal Eduardo Sciarra.

67 Neste sentido a manifestação de Thiago Ferreira Cardoso Neves, ao apontar: "*o legislador, então, contrariou toda a teoria acerca das pessoas jurídicas, dando origem a uma pessoa jurídica composta por uma única pessoa. Entendemos que é equivocada esta construção. Todavia, tendo assim disposto expressamente o legislador, sustentamos não ser possível contrariar aquilo que a lei expressamente previu. Portanto, de acordo com o Código Civil, a natureza jurídica da EIRELI é um fato inexorável: a empresa individual de responsabilidade limitada é uma pessoa jurídica, nova, peculiar, mas uma pessoa jurídica*" - "A nova empresa individual de responsabilidade limitada: memórias póstumas do empresário individual", **Revista da EMERJ**, v. 14, n. 56, out-dez de 2011, p. 226-227.

*extrair dos preceitos da Lei nº 12.441/2011, a EIRELI é, em verdade, uma sociedade, mas sociedade unipessoal. Essa unipessoalidade permanente que caracteriza a sua constituição é o seu marco permanente*⁶⁸.

Neste mesmo sentido posicionou-se Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, ao formular proposta de enunciado na V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nos seguintes termos: *“A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), é um tipo de sociedade e pode ser constituída para o exercício de atividade empresarial ou não, tendo em vista a disposição do § 5º do art. 980-A do Código Civil”*. A proposta veio acompanhada da seguinte justificativa: *“A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), embora disciplinada em Título próprio (I-A), é uma sociedade unipessoal. Não se trata de um ente personificado distinto como faz crer o acréscimo do inc. VI ao art. 44. A redação do art. 980-A denota claramente a opção do legislador por criar uma sociedade de tipo próprio (unipessoalidade permanente, capital mínimo e totalmente integralizado na constituição, aditivo EIRELI ao nome empresarial), especialmente nas seguintes passagens: capital social (caput), denominação social (§ 1º) e outra modalidade societária num único sócio (§ 3º)”*⁶⁹. Em que pese a proposta de enunciado não ter obtido êxito, serve para demonstrar a ausência de unanimidade sobre o tema.

Entretanto, o posicionamento desta nova figura empresarial no contexto do Código Civil nos leva a entendimento contrário a sua alocação como forma societária. Conforme já salientado, a Lei nº 12.441/2011, ao criar a empresa individual de responsabilidade limitada, inseriu um novo inciso no artigo 44 do Código Civil, que arrola as espécies de pessoas jurídicas de direito privado no ordenamento brasileiro. Assim, ao lado das sociedades, foi colocada a indicação das empresas individuais de responsabilidade limitada. Desta forma, se o legislador visse nessa espécie societária o quê não haveria a necessidade de inclusão de outro inciso ao artigo

68 **O Direito Empresarial à luz do Código Civil**, 12ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 284. Este autor inclusive considera a empresa individual de responsabilidade limitada como modalidade de sociedade limitada, explicando: *“É a EIRELI, em nosso sentir, uma modalidade de sociedade limitada, com o traço característico, que lhe imprime particularidade, de ser formada por um único sócio. Não nos soa estranho afirmar, portanto, que a EIRELI, de um certo modo, guardadas as necessárias distinções e proporções, está para a sociedade limitada, assim como a subsidiária integral está para a sociedade anônima (a ela também são aplicáveis as regras de tipo das sociedades anônimas no que for compatível com a sua estrutura unipessoal). O marco definitivo, pois, que caracteriza a modalidade societária (EIRELI e subsidiária integral) é a unipessoalidade, que se contrapõe à pluralidade social, necessária à constituição da sociedade limitada e da sociedade anônima (sociedades pluripessoais)”* – p. 285.

69 “V Jornada de Direito Civil”, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, p. 213.

44 da Codificação Civil, que já contemplava como ente personificado as sociedades. Neste mesmo sentido o legislador, ao regular esta fórmula, criou um tópico específico dentro do texto codificado, o “Título I – A”, em que a matéria foi posicionada, *a latere*, portanto, do “Título II”, que cuida do regimento das sociedades, precedendo-o⁷⁰.

Em que pesem as infundáveis discussões sobre a origem contratualista da noção de sociedade⁷¹, a esses aspectos acima arrolados, soma-se ainda a manutenção do conceito de sociedade, no artigo 981 deste Código, que nitidamente exige a pluralidade de partes, ao dispor que “*celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si dos resultados*”. Igualmente, soma-se também o fato de a Lei nº 12.441/2011 ter atribuído nova redação ao parágrafo único do artigo 1.033 da Codificação Civil, que dispõe sobre os casos que acarretam a dissolução das sociedades, fixando a possibilidade da falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias autorizar a transformação do registro da sociedade para empresa individual de responsabilidade limitada.

Ainda, é de se apontar que não podemos confundir os conceitos de pessoa jurídica com o de sociedade, que foram claramente delimitados pelo legislador civilista ao traçar as linhas de orientação do direito societário brasileiro, contemplando formas societárias que não são personificadas, como a sociedade em comum e a sociedade em conta de parti-

70 Wilges Bruscato observa que “*originalmente, o projeto apresentado pelo deputado Marcos Montes propunha a criação do artigo 985-A para acomodar a novidade da EIRELI. No entanto, em razão do apensamento do projeto nº 4.953/2009, de autoria do deputado Eduardo Sciarra, nas posteriores discussões legislativas, entendeu-se que ele estaria melhor ajustado antes de se dar início ao tratamento das sociedades, sendo deslocada a questão para o artigo 980-A*” (“Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI: A saga continua”, **Revista Index Jus**, suplemento especial, dez/2011).

71 Eduardo de Souza Carmo, ao tratar do tema da sociedade unipessoal, em 1989, já oferecia síntese sobre a visão crítica referente à concepção contratual de sociedade, afirmando: “*o contratualismo societário, típico, é tese amplamente superada. O contrato não explica a sociedade na medida em que o seu vínculo se rompe com a infringência. No direito vivo brasileiro o repúdio ao contratualismo societário está presente em muitos casos em que os tribunais- negando a dissolução total da sociedade por cotas de responsabilidade limitada – preferem a dissolução parcial delas e determinam o pagamento dos haveres ao sócio divergente. Preserva-se, assim, a sociedade que, antes de atender a compromissos com seus sócios, deve satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa. Como desconsiderar o fundamento institucional da sociedade, sabendo-se que o ato institucional, ao contrário do contrato, não se dispersa com a violação de suas cláusulas, condições e estipulações? Se o ato institucional regula organizações estáveis, em relação à ordem geral das coisas, e que constituem, por si mesmas, um estado de Direito? Ora, se o contrato autoriza a resolução pela inexecução das obrigações, as instituições, mais estáveis, não são bruscamente resolvidas ou dissolvidas, desde que, além de possuírem poder de duração, constam com poder de evolução e de adaptação às condições novas da vida*” - “Sociedade unipessoal por cotas de responsabilidade limitada”, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 75, jul-set/1989, p. 42.

cipação. Também não podemos nos esquecer da inserção da fundação no rol de pessoas jurídicas, ente sem base pessoal, fundado simplesmente da existência de um patrimônio de afetação, destinado a determinados fins.

Nestes termos, a pluralidade de sócios continua a ser característica indispensável para a identificação de sociedades em nosso direito, sendo a unipessoalidade uma situação precária, restrita ao limite temporal expressamente fixada na legislação, e a casos isolados, como na subsidiária integral e nas empresas públicas.

Em síntese, a empresa individual de responsabilidade limitada é constituída por meio de uma declaração unilateral de vontade; não adotando contrato social, mas sim ato constitutivo, afastando-se, portanto, de forma inequívoca, da estrutura societária.

Neste sentido, não temos como deixar de render críticas à dicção utilizada pelo legislador ao ditar a redação do artigo 980-A, valendo-se constantemente de expressões típicas da forma societária, para se referir à empresa individual de responsabilidade limitada. Na leitura deste dispositivo, portanto, devemos nos ater à efetiva natureza da empresa individual como técnica *sui generis*, específica, própria, desprezando as referências que a vinculam à natureza societária⁷².

Arrematado esta discussão, a V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, publicou os enunciados nº 469 e 472, dispondo, respectivamente que “*A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado*”⁷³ e “*É inadequada a utilização*

72 Neste sentido cabe trazer à colação o magistério de Wilges Bruscato: “todas as referências feitas ao adjetivo ‘social’, contidas no art. 980-A são equivocadas, inadequadas e impróprias: o titular da EIRELI não é sócio; o seu ato constitutivo não é um contrato social, o capital destinado à formação do patrimônio inicial da EIRELI não é capital social, o nome empresarial pode ser firma ou denominação, mas não denominação social; não há que se falar em outra modalidade societária para o surgimento da EIRELI. Não haverá órgãos societários, nem fracionamento do capital em quotas, nem deliberações sociais”, acrescentando: “além do uso desastrado do adjetivo social no artigo, ainda contribui com a confusão básica sobre a natureza do novel instituto o fato da lei ter feito remessa à aplicação subsidiária das regras previstas às sociedades limitadas à EIRELI, feita no parágrafo 6º do art. 980-A” (“Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI: A saga continua”, *Revista Índex Jus*, suplemento especial, dez/2011).

73 A proposta de criação deste enunciado foi acompanhada da seguinte justificativa, da lavra de Maurício Andere Von Bruck Lacerda: “*Seguindo uma tendência mundial, já verificada em outros ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como, por exemplo, nas leis portuguesa e alemã, o ordenamento jurídico brasileiro acaba por recepcionar – por meio do advento da Lei 12.441, que altera dispositivo do Código Civil brasileiro – com a criação de uma nova modalidade de pessoa jurídica, a possibilidade de exercício da empresa, de forma individual e com responsabilidade limitada. A nova figura possibilita que os riscos inerentes ao exercício da empresa sejam, em regra, dissociados do patrimônio pessoal do sujeito responsável pela gestão da atividade – na medida em que prevê a necessidade de constituição de um capital mínimo – e afasta a necessidade de constituição de sociedade ‘pro forma’ – para atender ao requisito da pluralidade de membros – cujo objetivo precípuo é o de garantir a limitação de res-*

da expressão 'social' para as empresas individuais de responsabilidade limitada"⁷⁴.

Em síntese, a empresa individual de responsabilidade limitada é colocada em nosso sistema jurídico como modalidade de pessoa jurídica, distinta das espécies até então existentes. Trata-se de ente com natureza jurídica própria, que se posiciona entre o empresário individual e a sociedade empresária, mas sem se confundir com estes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os debates sobre a limitação de responsabilidade daquele que atua individualmente na seara empresarial acompanham a nossa doutrina há pelo menos setenta anos, e somente agora vem a lume de forma positivada em nosso ordenamento jurídico. Durante este percurso de avanços, paradas e retrocessos, muitos debates foram realizados entre os defensores desta espécie e aqueles que a ela opunham resistência, propiciando um adequado amadurecimento sobre o tema.

A escolha legislativa, expressada na Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, foi pela adoção da personificação da empresa, mas sem ostentar coerência, confundindo as técnicas possíveis. Várias são as impropriedades encontradas na dicção legislativa do novel artigo 980-A do Código Civil, em que se mostra nítida a confusão dos institutos da empresa personificada com referências compatíveis com o modelo de sociedade unipessoal.

A falta de clareza do texto positivado, conseqüentemente, acaba por estimular debates doutrinários, necessários e oportunos, para que se possa obter a modulação que esta espécie exige⁷⁵. Vários juristas, dedica-

ponsabilidade dos sócios, sendo que, frequentemente, se verifica que um destes sócios mantém-se completamente alheio ao cotidiano da sociedade. Não obstante as críticas que possam ser levantadas a respeito do tratamento 'sui generis' conferido à referida figura, em especial se observadas as denominadas 'sociedades unipessoais' em realidades jurídicas estrangeiras, o fato é que o formato jurídico atribuído à EIRELI não interfere no tratamento conferido à 'sociedade' pela lei brasileira (art. 981 do CC), em especial no que se refere ao caráter transitório da 'sociedade unipessoal', salvo no caso das conhecidas 'sociedades subsidiárias integrais', previstas pelo artigo 251 da Lei 6.404/76" - "V Jornada de Direito Civil", Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, p. 216/217.

74 Este enunciado resultou da proposta formulada por Wilges Bruscato, sobre melhor a forma de interpretação do disposto no art. 980-A da Codificação Civil, originariamente com a seguinte dicção: "Todas as alusões à sociedade, como adjetivo social, usados nos dispositivos em questão devem ser tidos por não escritos". Na fundamentação a comercialista explicou: "Não foi utilizada a técnica da sociedade unipessoal para a limitação da responsabilidade do empresário individual e, sim, a da separação patrimonial. Disso decorre que qualquer menção à sociedade se representa atécnica, gerando discussões estereis e complexidades desnecessárias" - "V Jornada de Direito Civil", Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, 2012, p. 205.

75 A importância da presença de clareza na regulamentação da empresa individual de responsabilidade limitada já era apregoada por Rachel Sztajn no início da década de noventa, ao tecer comentários sobre os projetos de lei que

dos às lides empresariais, certamente irão, nos próximos anos, se debruçar sobre o tema, com a intenção de desvendar os meandros e as possibilidades da empresa individual de responsabilidade limitada, dando-lhe a consistência que, infelizmente, não lhe foi presenteada pelo legislador.

Tal situação legislativa precária, entretanto, é bom que se frise, em nada desmerece o trabalho legislativo ou lhe retira a importância. A vagueza legislativa, na criação da empresa individual de responsabilidade limitada, na verdade, permitirá que o ativismo doutrinário tenha a oportunidade de demonstrar a sua importância na construção do direito, que não se limita ao exposto e limitado texto da lei. O Direito é pensamento, enfrentamento de ideias. A lei apenas o princípio, jamais o fim.

A construção doutrinária será acompanhada pela atuação, sempre construtiva, do direito vivo representado pela sua realização em sede de decisões judiciais. Os tribunais serão parceiros na construção dos limites da empresa individual, dimensionando-o e realizando o seu acolhimento em um sistema jurídico repleto de figuras concedidas em momentos anteriores ao seu advento, e que com ela agora passam a conviver. O diálogo entre o novo e as formas anteriores que lhe recebem não é simplista, mas precisa ser realizado de maneira construtiva, garantindo assim, ao mesmo tempo, a coerência do direito e a sua coesão.

A integralidade desta nova figura jurídica vai decorrer, portanto, do trabalho conjunto dos doutrinadores e dos tribunais, de forma que sejam aparadas as suas arestas e colmatadas as lacunas normativas, dando plenas condições de ocupar o espaço que lhe cabe em nosso ordenamento jurídico. Resta-nos, aqui, parafrasear J.M. Othon Sidou, que na década de sessenta, ao debater sobre a conveniência da inserção em nosso sistema da empresa de responsabilidade limitada, professou: *‘só a prática do instituto dirá se ele é um reclamo das modernas relações mercantis ou não passa de uma cogitação bizantina. Se êxito não advier da sua aplicação, dele não mais se cuidará e será uma ideia histórica, a adensar as publicações jurídicas. Se, ao contrário, merecer acolhida, repetir-se-á a experiên-*

estavam em discussão na época, com o intuito de inserir esta espécie em nosso sistema jurídico ("Anotações aos anteprojetos sobre empresa mercantil e firma individual de responsabilidade limitada", **Revista do Advogado**, n. 36, mar/92, p. 93-98). No mesmo sentido, Fernando Antonio Sacchetim Cervo, em 2006, também reclamava projeto de lei que regulamentasse a matéria como um todo, *"pontuando questões fundamentais como a forma de constituição e dissolução, o regime falimentar e de recuperação, nome empresarial, capital social e integralização, que não podem ficar relegados a uma segunda etapa"* – "Regime jurídico de limitação de responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada", **Revista Magister de Direito Empresarial**, ano. II, n. 9, jun-jul/2006, p. 75.

cia a que se submeteu o instituto homônimo, o das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, cujo ingresso no quadro das instituições jurídicas não se fez sem a relutância dos eternos arautos do conservantismo, guardas de honra da tradição, no tempo e no espaço"⁷⁶. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alberti, Ulises Montoya. "*La globalización jurídica*", **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 33, n. 202, Buenos Aires: LexisNexis-Depalma. 2003, p. 278-305.

Alegria, Héctor. "*La sociedad unipersonal*", **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 27, v. 157/162, 1994, p. 01-12.

Amaral, Francisco. **Direito Civil: introdução**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Antunes, José Engrácia. "O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crónica de uma morte anunciada". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, v. 03, 2006, p. 401-442, Coimbra Editora.

Aramouni, Alberto. "Empresa Individual de Responsabilidad Limitada". **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 23, v. 1990-B, n. 136/138, Buenos Aires: Depalma, p. 459-472.

Arecha, Waldemar. **La empresa comercial**, Buenos Aires: Depalma, 1948.

Asquini, Alberto. "*Profili dell'impresa*". **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni**, Padova, v. 41, p. 1-20.

Baptista, Luiz Olavo. "Sociedades unipessoais e o Direito Brasileiro", **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 45, v. 179, jan-jun/1002, p. 135-160.

Bruscato, Wilges. "Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada- EIRELI: a saga continua", **Revista Índex Jur – Suplemento especial**, dez/2011.

Campinho, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Código Civil**, 12ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Cardoso, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade limitada**, São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷⁶ "Empresa individual de responsabilidade limitada", **Revista Forense**, ano 60, v. 204, out-dez/63, p. 48.

Carmo, Eduardo de Souza. "Sociedade unipessoal por cotas de responsabilidade limitada". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 75, jul-set/1989, p. 41-48.

Cervo, Fernando Antonio Sacchetim. "Regime jurídico de limitação de responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada", **Revista Magister de Direito Empresarial**, ano II, n. 9, jun-jul/2006, p. 75

Chalhub, Malhim Namen. "A incorporação imobiliária com patrimônio de afetação – a teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à MP n. 2.221, de 4.9.2001", **Revista de Direito Imobiliário**, v. 26, jul-dez/2003, p. 72-73.

Costa, Ricardo. "As sociedades unipessoais", **Problemas do Direito das Sociedades, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – IDET**, Coimbra: Almedina, 2ª reimpressão, 2008, p. 25-63.

Cristiano, Romano. **Personificação da empresa**, São Paulo: RT, 1982.

Easterbrook, Frank H.; Fischel, Daniel R. **The economic structure of Corporate Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1991.

Fargosi, Horacio P. **Prólogo à obra Estudios sobre la sociedad unipersonal**, Ana Isabel Piaggi de Vanossi, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. XI-XIV.

Frontini, Paulo Salvador. "Empresário. Pessoa natural. Seu patrimônio pessoal e a afetação de bens. Direitos e obrigações à atividade econômica. Separação dessas duas massas patrimoniais por força das normas do Código Civil vigente", **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, RT, ano 10, n. 20, jul-dez/2007, p. 263-270.

Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. "A empresa individual de responsabilidade limitada". **Revista dos Tribunais**, v. 915, jan/2012, p. 153.

Koury, Suzy Cavalcante. "Empresa no novo Código Civil: conceituação e dicotomia entre sociedades simples e empresárias". **Revista de Direito Privado**, v. 22, p. 277, abril/2005.

Le Pera, Sergio. "Sociedades unipersonales y subsidiarias totalmente controladas, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", ano 5, n. 25, Buenos Aires: Depalma, fev/1972, p. 07-36.

Lynch, Maria Antonieta. "O patrimônio de afetação e as empresas individuais de responsabilidade limitada", **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros Editores, n. 148, p. 100-108.

Machado, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**, São Paulo: Max Limonad, 1956.

Martins Filho, Antônio. "Limitação de responsabilidade do comerciante individual", Faculdade de Direito do Ceará, 1950.

Menezes, Joyceane Bezerra; Magalhães Giovani. "A limitação da responsabilidade civil do empresário individual em face o patrimônio mínimo indispensável ao desenvolvimento da personalidade", **Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**, v. 13, n. 2, jul-dez/2008.

Moeremans, Daniel E., "*Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el Proyecto de Unificación Civil Y Comercial en Argentina. Protección de los acreedores*", **Revista de Informação Legislativa**, ano 27, nº 107, jul/set 1990, p. 287-314.

Moisés, Benjamín. "Empresa unipersonal de responsabilidad limitada", **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano 37 A, 2004, p. 73-83.

Moraes, Felipe Ferreira Machado. "Empresário individual de responsabilidade limitada", **RMDE**, ano V, n. 30, dez-jan/2010, p. 34-43.

Neves, Thiago Ferreira Cardoso. "A nova empresa individual de responsabilidade limitada: memórias póstumas do empresário individual". **Revista EMERJ**, v. 14, n. 56, out-dez/2011, p. 215-234.

Paillusseau, Jean. **La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise**, Paris: Sirey, 1967.

Pereira, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1. Introdução ao Direito Civil: teoria geral do Direito Civil, 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Pinheiro, Frederico Garcia. "Empresa individual de responsabilidade limitada", **Revista Magister de Direito Empresarial**, ano VII, n. 41, out-nov/2011, p. 59-78.

Salomão Filho, Calixto. **A sociedade unipessoal**, São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

Santos, Filipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quota: comentários e anotações aos artigos 270º -A a 270º- G do Código das Sociedades Comerciais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Sidou, J. M. Othon. "Empresa individual de responsabilidade limitada", **Revista Forense**, ano 60, v. 204, out-dez/63, p. 39-48.

Sztajn, Rachel. "Terá a personificação das sociedades função econômica?", **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, jan-dez/2005, p. 63-77.

_____ "Anotações aos anteprojetos sobre empresa mercantil e firma individual de responsabilidade limitada", **Revista do Advogado**, n. 36, mar/92, p. 93-98.

Tutikian, Claudia Fonseca. "Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária", **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 31, set-out/2204, p. 46-55.

Valverde, Trajano de Miranda. "Estabelecimento autônomo". **Revista Forense**, v. 96, out/1943, p. 577-578.

Vanossi, Ana Isabel Piaggi. **Estudios sobre la sociedad unipersonal**, Buenos Aires: Depalma, 1997.

"V Jornada de Direito Civil", Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, 2012.

Xavier, José Tadeu Neves. "O estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro," **Revista Síntese de Direito Empresarial**, v. 25, mar-abril/2012, p. 09-37.

_____ "A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil", **Revista de Direito Privado**, n. 10, São Paulo:RT, p. 69-85.

Zannoni, Carlos Roberto. "*Patrimonio de afectación*", **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, ano. 11, n. 61/66, Buenos Aires: Depalma, 1978, os. 1495-1512.

Contrato de Cartão de Crédito: Relação entre “Estabelecimento” e Credenciadora

Leonam Machado de Souza

Pós-graduando em Direito na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito na UERJ, na linha de pesquisa de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual. Advogado.

INTRODUÇÃO

A expressão "contrato de cartão de crédito" é usada tanto para designar o contrato de emissão, quanto o contrato de credenciamento. Neste artigo, a expressão "contrato de credenciamento" será utilizada para designar o contrato celebrado entre a credenciadora e o fornecedor de bens e/ou serviços, denominado de “estabelecimento”, enquanto a expressão "contrato de emissão" designará o contrato celebrado entre a sociedade empresária emissora do cartão de crédito e o titular ou portador do cartão de crédito.

Deve ser ressaltado, logo de início, que a expressão “estabelecimento” nesses contratos é utilizada de forma atécnica. “Estabelecimento” significa o conjunto de bens materiais e imateriais utilizados para o exercício da empresa. Contudo, nos contratos de credenciamento a expressão “estabelecimento” é personificada e passa a se equiparar à própria sociedade empresária. Por isso, ao longo do texto, a expressão "estabelecimento", quando utilizada, não terá o significado técnico.

O objetivo deste trabalho é analisar o contrato de credenciamento. Para tanto, no primeiro capítulo, será realizado um breve estudo histórico sobre os cartões de crédito. No segundo capítulo, será estudado o sistema de cartões de crédito, com ênfase para as partes que compõem o sistema. Para então, no terceiro capítulo, poder ser estudada a relação entre

o estabelecimento e a credenciadora. Objetiva-se, até o final deste artigo, esmiuçar a relação entre essas duas partes do sistema de cartões de crédito, de forma a identificar as principais cláusulas desse contrato. Como forma de detalhar esses pontos, será utilizado como referência o contrato de credenciamento celebrado com a CIELO, que guarda semelhança com o da REDECARD, apenas divergindo em algumas denominações e forma de redação. Portanto, o estudo através do contrato da CIELO atingirá o mesmo resultado de um estudo que utilizar o contrato da REDECARD.

O estudo do tema é relevante em razão de o cartão de crédito ter se tornado um importante meio de pagamento, fato que obriga os fornecedores de bens e serviços a se credenciar ao sistema de cartões de crédito. Caso contrário, as vendas dos estabelecimentos ficam limitadas àqueles clientes que ainda utilizam cheque ou preferem comprar utilizando dinheiro em espécie.

1 - CARTÃO DE CRÉDITO

O cartão de crédito é um documento pessoal e intransferível, de propriedade da emissora de cartões de crédito, do qual o titular é fiel depositário.¹ Dentre as suas funções, o cartão de crédito, conforme Waldo Fazzio Junior:

*[...] enseja ao seu usuário concatenar transações junto a estabelecimentos fornecedores de bens ou serviços, previamente credenciados. Secundariamente, permite-lhe realizar saques de dinheiro em caixas automáticos do banco emissor, para pagamento futuro ou lançamento imediato em sua conta bancária, conforme se trate de cartão de crédito ou débito. É um instrumento de pagamento e crédito que não se basta e não circula. Não guarda nenhum ponto de contato com os títulos de crédito.*²

O cartão de crédito está atrelado a um contrato que lhe confere validade; ele “não implementa direitos nem obrigações, alojando-se no mundo dos efeitos de um complexo contratual”.³

1 FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Cartão de crédito, cheque e direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

2 *Ibid.*, p. 7.

3 *Ibid.*, p. 9.

O uso de cartões de crédito tem crescido a cada ano em razão da segurança que oferece para o consumidor e para o fornecedor, que não precisam ter em suas mãos dinheiro em espécie na hora de efetuar compras. Além disso, para o estabelecimento, traz uma outra vantagem considerável: não há o risco de inadimplimento, tendo em vista que o pagamento é efetuado pelo titular do cartão ao emissor, e o emissor do cartão se responsabiliza pelo adimplimento da obrigação perante o estabelecimento, independentemente da quitação do titular do cartão. Além disso, diminui o risco de recebimento de cheque falso. Portanto, as operações de crédito se tornam mais seguras com a utilização de cartões de crédito.

Dentre os benefícios da utilização do cartão de crédito, também pode ser ressaltado o fato de o cartão permitir que o consumidor satisfaça a sua necessidade ou vontade de adquirir um bem ou contratar um serviço no momento em que ele deseja. Ademais, o crédito já é aprovado. Logo, não há necessidade de realizar cadastro para efetuar a compra, basta ter o cartão, o que torna mais dinâmico o mercado de crédito.

Por trazer benefícios tanto para os consumidores, quanto para os fornecedores de bens ou serviços, o sistema de cartões de crédito se expandiu nas últimas décadas. De acordo com Waldo Fazzio Junior:

O crescente número de usuários de cartões dispostos a efetuar seus pagamentos por esse meio implementa o credenciamento de estabelecimentos comerciais. De outra parte, a ampla gama de estabelecimentos comerciais sensíveis à recepção de cartões de pagamento incentiva a demanda de usuários pelos cartões. É que a importância do cartão aumenta para o seu titular à medida que mais estabelecimentos passam a aceitá-lo e mais usuários aderem ao sistema. Para os estabelecimentos fornecedores de produtos e serviços, a elevação da quantidade de potenciais usuários acena com a possibilidade de haurir vantagens afiliando-se à rede de credenciados.⁴

Atualmente, a grande massa de consumidores realiza boa parte de suas compras com cartão, seja de crédito ou de débito. Sendo assim, com o avanço da rede de cartões de crédito e a disponibilização do cartão para

⁴ *Ibid.*, p. 236.

um grande número de consumidores, os fornecedores de bens e serviços se veem obrigados a se filiar ao sistema de cartões para angariar clientes e aumentar os seus lucros.

1.1 Evolução dos Cartões de Crédito

Os cartões de crédito surgiram originariamente como cartões de fidelização. Eram utilizados em postos de gasolina para facilitar o pagamento dos clientes: as vendas eram realizadas e posteriormente o cliente efetuava o pagamento das compras efetuadas durante um lapso temporal de uma só vez.

Sobre o surgimento dos cartões de crédito, afirma Fran Martins:

*Em linhas gerais, os estudiosos dos cartões de crédito afirmam o seu aparecimento e desenvolvimento nos Estados Unidos, onde, já por volta de 1920, as empresas de distribuição de gasolina Esso e Texaco os forneciam, como cartões de identificação, aos seus clientes, facilitando a esses o pagamento do consumo, feito em pequenas parcelas, de uma só vez, em uma época posterior, em regra no mês seguinte ao das vendas.*⁵

Nessa época, alguns hotéis também utilizavam o cartão de crédito da mesma forma. Tratava-se, de fato, de “cartões de identificação de bons pagadores, distribuídos entre os clientes das empresas com a finalidade de prender esses clientes às mesmas, facilitando-lhes um pagamento posterior das compras feitas em determinado período.”⁶

Posteriormente, com a criação do Diner’s Club pelos milionários Franck McNamara, Ralph Schneider e Alfred Bloomingdale, por volta de 1950, surgiram os cartões de crédito da forma como os conhecemos atualmente. A partir desse momento, houve um avanço na utilização e aceitação dos cartões.⁷

5 MARTINS, Fran. **Cartões de crédito: natureza jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 26.

6 *Ibid.*, p. 26.

7 Id. **Contratos e obrigações comerciais**, ed. rev. e aum. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 459/460.

Inicialmente, “(...) o Diner’s Club se destinava [...] a cobrir despesas em hotéis e restaurantes. Mas os seus fundadores [...] viram que tais modalidades de venda e pagamento através de cartões poderiam ser ampliadas para outros setores que não apenas hotéis e restaurantes.”⁸ Com a perspicácia desses empresários, logo o sistema se expandiu e passou a abranger os diversos ramos de fornecimento de bens e serviços.

À época da criação do Diner’s a relação jurídica que se formava entre as partes envolvidas no sistema de cartões de crédito era triangular, sendo o Diner’s um intermediário entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços. Portanto, havia três partes no sistema de cartões de crédito: o titular do cartão, o emissor e o fornecedor de bens ou serviços.

O fornecedor, ao celebrar o contrato com a emissora do cartão de crédito se comprometia a efetuar um pagamento à emissora do cartão, sobre o percentual das vendas que ele realizasse. Em contrapartida, o emissor do cartão lhe anteciparia o valor das vendas e teria sempre como meta ampliar a rede de cartões de crédito.

O titular do cartão, por sua vez, ao celebrar o contrato com a emissora do cartão de crédito também ficava obrigado a remunerá-la. O contrato celebrado era por prazo determinado, sendo que a cada renovação caberia nova remuneração do portador ao emissor.⁹

Como o emissor se comprometia a efetuar o pagamento das despesas efetuadas pelo titular do cartão aos fornecedores de bens e serviços, o emissor assumia o risco de inadimplemento pelo titular do cartão de crédito. Portanto, após a venda do bem ou a prestação do serviço, a relação obrigacional se dava entre o emissor/fornecedor e entre o emissor/titular do cartão de crédito.

Em 1951, o Franklin National Bank lançou um cartão de crédito que se diferenciava em um aspecto do cartão Diner’s: naquele, o titular do cartão tinha um crédito rotativo aprovado no banco. Sendo assim, o banco cobria as despesas do titular do cartão e à medida que o titular pagava a fatura do cartão o crédito, retornava para a sua conta.¹⁰ Contudo, a relação jurídica continuava sendo triangular.

8 MARTINS, Fran. *Op. cit.*, 1976, p. 27.

9 *Ibid.*, p. 27.

10 *Ibid.*, p. 28.

Em 1956, o Diner's foi lançado no Brasil, sendo que somente em 1968 surgiu no Brasil o primeiro cartão de crédito propriamente dito, com crédito rotativo, lançado pelo Bradesco, denominado de cartão ELO.¹¹

Na década de 60, ocorreu a intensificação do uso dos cartões de crédito, em razão de dois fatores: “a predominância dos cartões de crédito bancários, inclusive a associação de bancos e empresas não bancárias, e a grande aceitação dos cartões no mundo inteiro.”¹² Conforme Fran Martins:

Só em 1958 e 1959, com a entrada nos sistemas de cartões de crédito dos grandes bancos Mellon e Pittsburgh National, os cartões de crédito bancários começaram a dar bons resultados. Novas técnicas foram utilizadas e aperfeiçoadas e esse fato marca o segundo período dos cartões de crédito bancários. Já então os cartões de crédito começam a ser lançados por bancos europeus, notadamente na Inglaterra e na França.

*O terceiro período dos cartões de crédito bancários foi a partir de 1965, quando passaram a ser utilizados mundialmente, consolidando-se, assim, sua posição.*¹³

Posteriormente, as instituições financeiras passaram a possibilitar que os clientes sacassem dinheiro com o cartão de crédito.¹⁴

Foi em 1974 que surgiu uma rede global de meios de pagamento: “[...] o IBANCO, uma empresa de capital fechado, fez com que o BankAmericard, que é o primórdio do VISA, se transformasse numa entidade internacional”¹⁵.

Nos anos 80, além do fornecedor, emissor e titular do cartão, passaram a existir nessa relação jurídica as credenciadoras, responsá-

11 CHEDID, Eduardo. "O cartão de crédito no mundo e no Brasil." In: Seminário Sistema Jurídico e Operacional dos Cartões de Crédito, 2005, Búzios. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça – RJ, CEDES, 2005, p. 16.

12 MARTINS, Fran. *Op. cit.*, 1976, p. 29.

13 *Ibid.*, p. 140/141.

14 *Ibid.*, p. 40.

15 CHEDID, Eduardo. *Op. cit.*, p. 17.

veis por credenciar os fornecedores de bens e serviços, denominados de estabelecimentos, no sistema de cartões de crédito.

Foi também nessa época que a marca Visa passou a ser utilizada no Brasil. Inicialmente, pela CREDICARD. No entanto, “[...] em 86, o contrato entre VISA e CREDICARD é [foi] rescindido. Os cartões VISA passam [passaram] a ser emitidos por uma série de emissores, e a CREDICARD passa [passou] a emitir exclusivamente a marca MASTERCARD”.¹⁶

Em 1991, ocorreu outro marco na história dos cartões de crédito no Brasil. Naquele ano¹⁷, os cartões de crédito brasileiros passaram a ter aceitação internacional. Com o passar dos anos, esse meio de pagamento ganhou força na sociedade brasileira. Sendo assim, os fornecedores de bens e serviços se tornaram obrigados a ingressar no sistema de cartões de crédito.

2 - SISTEMA DE CARTÕES DE CRÉDITO

O sistema de cartões de crédito atualmente é formado por cinco partes: as bandeiras, as credenciadoras, as emissoras de cartões de crédito, os estabelecimentos credenciados e os titulares ou portadores de cartões de crédito.

As bandeiras são titulares das marcas, por exemplo, Visa, Master Card, American Express. São elas as responsáveis pela organização de todo o sistema de cartões de crédito e é através de parcerias com as bandeiras que os cartões de crédito emitidos no Brasil podem ser utilizados no exterior. De acordo com Waldo Fazzio Junior, as bandeiras:

[...] são pessoas jurídicas transnacionais que estabelecem as regras gerais de organização e funcionamento do sistema de cartões de pagamento. Nessa direção, exigem que credenciadores e emissores ofereçam garantias suficientes para fazer frente às obrigações de pagamento decorrentes do contrato de licença de uso da respectiva marca. [...] [Além disso] Definem as estratégias de utilização dos cartões, dão suporte à

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷ CHEDID, Eduardo. *Op. cit.*, p. 18.

*sua publicidade e uniformizam os procedimentos das instituições financeiras locais a quem cedem licença para utilização de sua marca. Como detêm os direitos de uso da marca, estabelecem os padrões e as regras para ingresso na sua rede. Auferem receita das tarifas de uso do sistema pelas emissoras e credenciadoras.*¹⁸

As emissoras possuem o contato direto com os titulares de cartões de crédito. Elas emitem os cartões, disponibilizam o crédito, bem como assumem o risco de inadimplência pelos titulares e de fraude no sistema, “(...) são instituições financeiras licenciadas para emitir cartões, que concedem crédito aos titulares de cartões de crédito para utilização no Brasil e/ou no exterior, e prestam serviços de administração e utilização dos cartões que emitem”.¹⁹

Os fornecedores de bens e serviços se relacionam diretamente com as credenciadoras e com os titulares de cartões de crédito. São eles que celebram o contrato de compra e venda ou prestação de serviços com os titulares. Após o pagamento, o crédito é automaticamente cedido para as emissoras de cartões de crédito.

As credenciadoras se relacionam diretamente com os “estabelecimentos”, através do credenciamento desses no sistema de cartões de crédito. Elas se responsabilizam pela instalação e manutenção da maquineta utilizada na transação com o cartão de crédito e pelo repasse dos créditos aos fornecedores. Em síntese, o titular do cartão paga a fatura para a emissora do cartão de crédito, a qual, por sua vez, após descontada a taxa devida, repassa o dinheiro para a credenciadora, que repassará para o estabelecimento, também com os devidos descontos. Deve-se lembrar que independentemente da quitação do titular, ocorrerá o repasse pela emissora à credenciadora.

A credenciadora opera com várias bandeiras. Logo, o fornecedor, ao se credenciar, poderá escolher com quais bandeiras ele irá trabalhar.

Por último, os titulares ou portadores de cartão de crédito. Esses são os que de fato movimentam todo o sistema. Eles realizam o contrato com a emissora de cartão de crédito, que disponibiliza a eles um crédito rotativo, que poderá ser utilizado para compras nos “estabelecimentos” credencia-

¹⁸ FAZZIO JUNIOR. *Op. cit.*, p. 16/17.

¹⁹ *Ibid.*, p. 17.

dos. Em contrapartida, eles assumem a obrigação de adimplir a fatura na data aprazada, havendo a incidência de multa e juros moratórios, caso não ocorra o pagamento. Além disso, assiste a eles o direito de efetuar o pagamento de parte da fatura, havendo a incidência de juros remuneratórios entre a diferença paga e o montante devido na respectiva fatura.

Ao tratar das partes que compõem o sistema de cartões de crédito, é importante chamar a atenção para o significado da expressão “administradora de cartão de crédito”. De acordo com o artigo 2º, § 2º, inciso I, da instrução normativa 341/2003, da Secretaria da Receita Federal, a expressão “administradora de cartão de crédito” pode ser usada em dois significados: em relação aos titulares de cartão de crédito será a emissora dos cartões, enquanto em relação aos fornecedores de bens ou serviços, será a credenciadora.

2.1 Relações entre as Partes Envolvidas no Sistema

As partes que compõem o sistema de cartões de crédito dão ensejo a três contratos: 1) contrato de emissão, celebrado entre a instituição financeira emissora do cartão de crédito e o titular do cartão; 2) contrato de aquisição de bens ou serviços, este é celebrado entre o estabelecimento e o titular do cartão; 3) contrato de credenciamento, realizado entre o estabelecimento e a credenciadora. Esses três contratos se complementam e são necessários para o “funcionamento do sistema de cartões, porque as obrigações envolvidas observam um [...] *iter* [...] que passa pelo credenciamento de estabelecimentos [...] emissão do cartão e, enfim, por transações entre os portadores de cartões e os estabelecimentos...”.²⁰ Conforme Waldirio Bulgarelli:

*Visto em conjunto, o cartão de crédito é um negócio jurídico com várias facetas. Integrado por vários contratos que se desdobram entre os componentes do negócio, unifica-se pela finalidade proposta: permitir que o consumidor adquira de imediato, em determinados estabelecimentos comerciais ou de serviços, os bens e serviços de que necessita.*²¹

²⁰ FAZZIO JUNIOR. *Op. cit.*, p. 14.

²¹ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 479.

Tanto o contrato de credenciamento, quanto o contrato de emissão de cartões de crédito, são contratos de adesão. Conforme Waldo Fazzio Junior:

As estruturas de ambas são formatadas por elementos pre-estabelecidos pelos estipulantes, cuja especificidade funcional não enseja subsunção exclusiva a nenhum tipo contratual preexistente (são contratos atípicos), mas congregam elementos de diversos contratos autônomos interconectados, produzindo contratos atípicos assentados na sua função socioeconômica.²²

Portanto, não há uma legislação específica para os cartões de crédito. Os contratos celebrados entre as partes integrantes desse sistema são denominados de atípicos. Conforme Waldo Fazzio Junior:

Produto da prática econômica e da liberdade comercial, o sistema de cartões não se coaduna com a interposição legislativa singular e específica, recolhendo subsídios normativos em diversos diplomas que tangenciam com alguns de seus aspectos, mas não com todos. A palavra mais adequada para o enquadramento dos cartões de crédito é complexidade e seu cenário é o da prática comercial no âmbito da formação socioeconômica, sem afinidade exclusiva com qualquer espécie contratual. Trata-se, de fato, de um complexo contratual interativo, porque composto de diversas submodalidades contratuais envolvendo intermediação financeira.²³

Essa complexidade formada por diversos negócios jurídicos constituem o sistema de cartões de crédito. Como não há “uma legislação específica, acende a necessidade de se adotar, combinadamente, um complexo de normas que envolve os direitos do consumidor, a teoria dos contratos, os princípios regentes das obrigações e, enfim, os princípios ge-

22 FAZZIO JUNIOR. *Op. cit.*, p. 14.

23 Id. **Cartão de crédito: explicação difícil, mecanismo fácil**. Disponível em: < <http://direitoplus.com.br/cartao-de-credito-explicacao-dificil-mecanismo-facil/>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

rais do direito”²⁴, com destaque para a livre iniciativa, a livre concorrência e a função social dos contratos. O fato de não haver uma legislação específica traz mais bônus do que ônus ao sistema. Nos Estados Unidos, as tentativas de regulamentar o complexo sistema de cartões de crédito não obtiveram êxito, o mesmo ocorreu com outros “[...] institutos que habitam o mercado, região onde imperam soluções socioeconômicas flexíveis”.²⁵

A manutenção desse sistema ocorre através de tarifas. O titular do cartão paga à emissora a “tarifa do portador”, denominada de anuidade. A credenciadora paga à emissora a “tarifa de intercâmbio”. Esta, ao repassar os valores das transações efetuadas pelo titular do cartão para aquela, já efetua o desconto dessa tarifa.

O estabelecimento paga à credenciadora uma taxa denominada de “desconto” ou “comissão”, que incide sobre o valor das transações efetuadas pelo titular do cartão com o estabelecimento. Portanto, ao efetuar o repasse desses valores para o estabelecimento, a credenciadora efetua o desconto dessa tarifa.²⁶ As bandeiras, por sua vez, recebem das credenciadoras e das emissoras de cartões de crédito uma taxa “pelo uso da marca e por serviços da rede internacional”.²⁷

3 - RELAÇÃO ENTRE “ESTABELECIMENTO” E CREDENCIADORA

O “estabelecimento” ao celebrar o contrato de filiação com a credenciadora se compromete a remunerá-la de acordo com um percentual sobre as vendas devidamente pré-fixado no contrato. Além disso, para que o sistema tenha êxito, o “estabelecimento” assume outras obrigações, tais como: pedir para o cliente apresentar um documento de identificação, conferir a assinatura do cliente, se o cartão não for de chip, e guardar os comprovantes impressos. Estes podem ser solicitados pela credenciadora para comprovar as transações efetuadas no terminal do estabelecimento.²⁸

²⁴ FAZZIO JUNIOR. *Op. cit.*, p. 10.

²⁵ *Ibid.*, p. 28.

²⁶ *Ibid.*, p. 19/20.

²⁷ *Ibid.*, p. 20.

²⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS. Faq. Disponível em: < <http://www.abecs.org.br/site2012/faqEstabelecimentos.asp> > Acesso em: 19 mar. 2013.

3.1 Contrato de Credenciamento

O contrato de credenciamento é um contrato de adesão. Trata-se de um contrato “bilateral, oneroso, comutativo, de execução diferida e impessoal, o contrato de credenciamento ou afiliação não conhece rótulo na sistemática contratual jurídico-positiva”.²⁹ É celebrado pelo fornecedor de bens e serviços para o incremento de sua atividade negocial. Logo, não incide sobre essa relação jurídica as regras do Código de Defesa do Consumidor. Esse é o entendimento da Quarta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, esboçado na Apelação Cível n. 0089734-81.2005.8.19.0001: “*Ab initio*, a relação jurídica entre as partes litigantes não se configura como de consumo, não se aplicando, pois, nesta hipótese, as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.”³⁰

No mesmo sentido, decidiu a Segunda Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n. 0016852-18.2005.8.19.0003:

*A relação jurídica firmada é regida pelo Código Civil, em que são partes a autora, sociedade microempresária atuante no ramo de materiais de construção, e o réu, Consórcio Rede-card, responsável pela administração e pagamento ao estabelecimento do valor líquido das transações efetuadas através de cartão.*³¹

No que pese as decisões citadas acima no sentido da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessas relações, a Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n. 0041336-89.2008.8.19.0004, se posicionou favoravelmente à aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Conforme se extrai do voto do relator, basta que seja constada a “[...] hipossuficiência técnica, jurídica

²⁹ FAZZIO JUNIOR. *Op. cit.*, p. 234.

³⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0089734-81.2005.8.19.0001. Quarta Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgado em: 26 set. 2012. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00045ADC7C52CC209A87638B3BAC3F0DBCF73B1C4573F0C06>> Acesso em: 19 mar. 2013.

³¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0016852-18.2005.8.19.0003. Segunda Câmara Cível. Rel. Desa. Elisabete Filizzola. Julgado em: 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003D04A839D2A4123367CC8693A337C253CA1C4030E235B>> Acesso em: 19 mar. 2013.

ou econômica na relação jurídica perante o fornecedor” para que seja caracterizada a relação de consumo. Sendo assim, “comprovada a hipossuficiência da pessoa jurídica consumidora diante da pessoa jurídica fornecedora, é de se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes.”³² Portanto, como, no caso concreto, estava de um lado a REDECARD e do outro, uma cabeleireira, a Primeira Câmara Cível concluiu pela aplicação do CDC. Logo, há casos específicos em que, pelos motivos expostos, o Código de Defesa do Consumidor poderia vir a ser aplicado na relação entre a credenciadora e o “estabelecimento”. No entanto, trata-se de posicionamento minoritário.

A definição de se tratar ou não de relação de consumo é fundamental para uma possível inversão do ônus da prova. Conforme se manifestou o Desembargador Roberto Guimarães, na Apelação Cível n. 0173700-68.2007.8.19.0001, seguindo a corrente majoritária:

*[...] a relação jurídica que consubstancia a causa de pedir remota da vertente demanda é, assim, regida pelas regras trazidas pelo Código Civil de 2002, sendo certo que, quanto a distribuição do ônus probatório atinente às alegações das partes, deve incidir o artigo 333, I e II, do Código de Processo Civil.*³³

Portanto, reconhecida a não incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de credenciamento, aplica-se as normas do Código de Processo Civil para a produção de provas.

Credenciar “[...] um estabelecimento para atuar no sistema (...) significa introduzi-lo no âmbito do esquema, associá-lo (...) a um mecanismo que (...) estimula os negócios da empresa”.³⁴ O contrato de credenciamento se aperfeiçoa quando ocorre uma das seguintes hipóteses:

-fornecimento ou instalação dos equipamentos necessários, pela credenciadora do sistema, no estabelecimento;

32 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0041336-89.2008.8.19.0004. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Maldonado de Carvalho. Julgado em: 10 mai. 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003B0FBC4BDED7341986DC86119F897F45231C40301612B>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

33 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0173700-68.2007.8.19.0001. Décima Primeira Câmara Cível. Desembargador Roberto Guimarães. Julgado em: 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00047694688C99C253370A9124BD1EA03DAAEEC45321531F>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

34 FAZZIO. *Op. cit.*, p. 235.

-habilitação, mediante a conexão da estação ou terminais à rede de captura e transmissão de transações;

-qualquer manifestação inequívoca de concordância do estabelecimento com os termos e condições postos no contrato, independentemente de discussão sobre sua elaboração.

A partir do credenciamento, o estabelecimento passa a responder pelas taxas e tarifas por transação, além de outros encargos eventualmente incidentes, conforme os serviços usufrutados entre os proporcionados pelo sistema a que aderiu.³⁵

Como se trata de um contrato de adesão, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, essas deverão ser interpretadas da forma “mais favorável ao aderente”, nos termos do artigo 423 do Código Civil. Portanto, em benefício do estabelecimento. Além disso, caso existam cláusulas que “estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”, essas serão reputadas nulas, conforme dispõe o artigo 424 do Código Civil. O intérprete do contrato de credenciamento, assim como de qualquer outro contrato, deve ter sempre em mente que a liberdade de contratar deve ser “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, nos termos do artigo 421 do Código Civil.

3.1.1 Domicílio Bancário

O domicílio bancário é o número da conta-corrente indicada pelo estabelecimento para que a credenciadora, após os descontos devidos, efetue o repasse das transações realizadas pelo estabelecimento por meio do cartão de crédito. Conforme Waldo Fazzio Junior:

Em regra, os contratos contemplam a transferência pelo estabelecimento à credenciadora dos poderes para representá-lo, como mandatária, exclusivamente para essas operações bancárias junto ao banco depositário. O domicílio bancário pode ser escolhido por bandeira (salvo se houver manuten-

³⁵ FAZZIO. *Op. cit.*, p. 237.

*ção de domicílio) e deverá ser sempre indicado pelo estabelecimento entre as instituições participantes do sistema. Independentemente da existência de filiais e/ou escritórios, somente um domicílio bancário deve ser apontado para efetuar o repasse dos créditos ou débitos. O zelo pela regularidade do domicílio bancário é ônus do estabelecimento.*³⁶

É possível a alteração do domicílio bancário pelo estabelecimento; basta que haja comunicação à credenciadora para que ocorra a alteração. A alteração só não poderá ocorrer se houver a “trava” ou “manutenção de domicílio bancário”.

3.1.1.1 Manutenção de Domicílio Bancário

Em síntese, a “manutenção do domicílio bancário” consiste em atrelar os créditos que o estabelecimento receberia de uma determinada bandeira da credenciadora a uma operação bancária realizada entre o estabelecimento e o banco no qual ele mantém o domicílio bancário.

*A **manutenção de domicílio bancário** é realizada pelos Bancos, mediante autorização do Estabelecimento, junto à Credenciadora, quando o Estabelecimento possui operações de crédito ou algum serviço bancário atrelado aos recebíveis provenientes das vendas realizadas com cartões de crédito e/ou débito das Bandeiras [...] Neste caso, os créditos das vendas realizadas com os cartões de referida bandeira irão para o Banco no qual estiver a **manutenção de domicílio bancário** daquela bandeira, independentemente da Credenciadora pela qual for realizada a transação de captura das vendas.*³⁷

Logo, o fato de os recebíveis de uma determinada bandeira servirem como garantia de uma operação de crédito do fornecedor de bens ou serviços, não impede que ele celebre contrato com uma outra cre-

³⁶ FAZZIO. *Op. cit.*, p. 244.

³⁷ FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. SCG – Sistema de Controle de Garantias. Disponível em: < http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id_texto=915&id_pagina=85 > Acesso em: 19 mar. 2013.

denciadora para utilização da mesma bandeira, tendo em vista que, independentemente da credenciadora, os créditos dessa bandeira serão depositados no domicílio bancário onde houver a **manutenção de domicílio bancário**.³⁸ Portanto, o domicílio bancário não é escolhido de acordo com a credenciadora; ele é escolhido conforme a bandeira.

Caso o estabelecimento não possua manutenção de domicílio bancário, ele poderá escolher um domicílio bancário para cada ponto de venda. Contudo, se houver manutenção de domicílio bancário, ele deverá indicar o mesmo domicílio bancário. Além disso, caso haja manutenção de domicílio bancário, o estabelecimento deverá indicar o mesmo domicílio bancário para operações de débito e crédito.³⁹

3.1.2 - Taxa de Comissão

Dentre as cláusulas do contrato de credenciamento, está a que prevê a taxa de comissão:

Cláusula 25ª - Em decorrência da afiliação e serviços previstos no CONTRATO, o ESTABELECIMENTO pagará uma COMISSÃO, da qual uma parte remunerará os serviços prestados pelo EMISSOR do respectivo CARTÃO ou MEIO DE PAGAMENTO e a outra parte remunerará os serviços prestados pela CIELO. Parágrafo Único - O valor da COMISSÃO será abatido automaticamente do valor bruto da TRANSAÇÃO e poderá ser diferente em função do tipo de TRANSAÇÃO, tipo de MEIO DE PAGAMENTO, segmento de atuação do ESTABELECIMENTO, e/ou forma de captura de dados, se eletrônica ou manual (maquineta).⁴⁰

Portanto, a taxa de comissão corresponde ao percentual que incide sobre o valor bruto das transações efetuadas pelo estabelecimento credenciado. Parte do valor dessa taxa é retido pela emissora no momento em que o titular do cartão efetua o pagamento da fatura, o restante do valor é

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ CIELO. Contrato de afiliação ao sistema CIELO. Disponível em: <<http://www.cielo.com.br/live/documents/f00422ad4b2f4c02bfeff3bf788d8a8.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2013

transferido para a credenciadora, que retira a parte que lhe compete e fica responsável por remunerar a bandeira, em razão da utilização da marca.

3.1.3 - Repasse

Conforme afirmado, nos contratos de cartões de crédito, o titular do cartão efetua o pagamento da fatura para a emissora do cartão. Esta fica responsável por efetuar a transferência do valor recebido para a credenciadora. Ao receber o valor, antes de efetuar o repasse para a credenciadora, a emissora “[...] deduz e retém a parte que lhe cabe da quantia correspondente à comissão.”⁴¹

A credenciadora, por sua vez, efetuará o repasse para o estabelecimento, após deduzido o percentual que lhe cabe na comissão, através de depósito no domicílio bancário do estabelecimento. Essa é a operação de repasse. Portanto, ela “se concretiza por meio de depósito no domicílio bancário, à vista ou de cada parcela para a transação parcelada”.⁴²

A operação de repasse está prevista na cláusula 18ª do contrato de credenciamento da CIELO.⁴³

3.1.3.1 - Prazo de Repasse

O prazo para que a credenciadora efetue o repasse dependerá de a venda ter ocorrido à vista ou a prazo. Caso a venda tenha ocorrido à vista, o repasse ocorrerá, em média, 30 dias após a realização da transação efetuada com o cartão de crédito. Se a transação foi realizada com cartão de débito, o prazo de repasse é, em média, de dois dias. No entanto, se a venda foi parcelada, o repasse ocorrerá conforme o vencimento das parcelas.⁴⁴

41 FAZZIO. *Op. cit.*, p. 251.

42 FAZZIO. *Op. cit.*, p. 251.

43 CIELO. *Op. cit.* Cláusula 18ª - O ESTABELECIMENTO reconhece que a sua adesão ao SISTEMA CIELO implica na contratação da CIELO para administrar a liquidação, e também na contratação do EMISSOR do CARTÃO para que este realize a cobrança do valor da TRANSAÇÃO junto ao PORTADOR, devendo tal valor ser repassado ao ESTABELECIMENTO no prazo acordado com a CIELO, desde que a TRANSAÇÃO tenha sido realizada de acordo com este CONTRATO, e depois de deduzidas a COMISSÃO, taxas e encargos aplicáveis. Parágrafo Primeiro – Quando do recebimento pelo EMISSOR do valor da TRANSAÇÃO em pagamento do valor devido pelo PORTADOR, o EMISSOR poderá deduzir e reter a parte que lhe for aplicável da quantia correspondente à COMISSÃO.

44 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório sobre a indústria de cartões de pagamento. Anexo H. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2013.

3.1.3.2 - Antecipação de Recebíveis

Caso o estabelecimento tenha interesse e a credenciadora concorde, os créditos a que o estabelecimento faz *jus* poderão ser antecipados. Essa operação é realizada por cessão, sobre ela incide a taxa de desconto, variável conforme à época da antecipação dos repasses.

*Cláusula 29ª - Caso o ESTABELECIMENTO queira negociar seus recebíveis de quaisquer MEIOS DE PAGAMENTO, deverá solicitar junto à CIELO ou à instituição financeira onde mantém seu DOMICÍLIO BANCÁRIO de cada MEIO DE PAGAMENTO, conforme disponibilidade e respectivas condições aplicáveis.*⁴⁵

A antecipação de recebíveis, portanto, também poderá ocorrer por solicitação à instituição financeira onde o estabelecimento mantém o seu domicílio bancário. Caso a operação de antecipação de recebíveis seja realizada perante a credenciadora, ela ocorrerá por meio de cessão de crédito.

Caso a operação seja realizada perante a instituição financeira onde o estabelecimento mantém domicílio bancário, caberá à credenciadora “(i) realizar a troca de titularidade dos recebíveis, no caso de cessão, ou (ii) realizar a trava de cada DOMICÍLIO BANCÁRIO do ESTABELECIMENTO, por prazo ou por valor acordado”.⁴⁶

3.1.3.3 - Chargeback

Em determinadas situações, pode ocorrer o cancelamento da compra feita pelo portador do cartão. Esse cancelamento denomina-se *chargeback* e “[...] pode acontecer por dois motivos: um deles é o não reconhecimento da compra por parte do titular do cartão, e o outro pode se dar pelo fato de a transação não obedecer às regulamentações previstas

45 CIELO. Contrato de afiliação ao sistema CIELO. Disponível em: <<http://www.cielo.com.br/live/documents/f00422ad4b2f4c02bfeeff3bf788d8a8.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2013

46 CIELO. Contrato de afiliação ao sistema CIELO. Disponível em: <<http://www.cielo.com.br/live/documents/f00422ad4b2f4c02bfeeff3bf788d8a8.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2013

no Contrato de Credenciamento [...]”⁴⁷. O *chargeback*, portanto, poderá “acarretar o cancelamento do repasse ou estorno do crédito, se já efetuado, pela credenciadora.”⁴⁸

Dentre as hipóteses em que pode ocorrer o *chargeback*, seja por violação do contrato de credenciamento ou alegação pelo titular do cartão de não reconhecimento da compra, podem ser elencadas:

[...]Comprovante de venda adulterado - o comprovante de venda apresenta rasura ou adulteração não reconhecida pelo portador do cartão. [...] Transação via telefone/Correio/Internet/M-Commerce/T-Commerce - o portador do cartão não reconhece uma compra feita através de um desses meios e a venda não está em conformidade com as regras, políticas ou regulamentações estabelecidas para o uso dos cartões nessas modalidades. Transação não reconhecida pelo portador do cartão - A venda é contestada pelo portador do cartão e o documento enviado pelo estabelecimento não comprova a presença do cartão na venda nem a autorização do portador para a realização da venda. Crédito não emitido em caso de devolução de mercadoria / Mercadoria não recebida / Serviços não prestados / Mercadoria entregue com defeito / Mercadoria diferente da descrita - caso o portador do cartão conteste a transação por um destes motivos e o estabelecimento não apresente prova contrária. Crédito não processado - o portador do cartão fez um acordo de cancelamento total ou parcial da venda junto ao estabelecimento [...] Duplicidade de transação - venda processada em duplicidade [...] Não recebimento da documentação que comprova a venda - Os estabelecimentos sempre devem fornecer a documentação que comprova a venda, quando isso for pedido pela Credenciadora, de forma legível até o prazo limite estipulado na carta de solicitação.”⁴⁹

47 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS. Faq. Disponível em: < <http://www.abecs.org.br/site2012/faqEstabelecimentos.asp> > Acesso em: 19 mar. 2013.

48 FAZZIO. *Op. cit.*, p. 252.

49 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS. Faq. Disponível em: < <http://www.abecs.org.br/site2012/faqEstabelecimentos.asp> > Acesso em: 19 mar. 2013.

A Segunda Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n. 0016852-18.2005.8.19.0003, julgou questão acerca do *chargeback*. No caso concreto, se discutia o fato de a credenciadora não ter realizado o repasse das transações efetuadas no mês de julho do ano de 2005 para o estabelecimento. A credenciadora alegou que o estabelecimento aceitou cartões fraudados por não ter tomado “[...] as cautelas necessárias, tais como, conferência de assinatura e verificação dos plásticos”. Além disso, a credenciadora alegou que o valor das transações efetuadas no mês de julho teria sido bem superior ao valor dos demais meses e sustentou que a sua conduta estava fundamentada na cláusula décima sexta do contrato de credenciamento firmado com o estabelecimento, que dispõe: “Estarão sujeitas a cancelamento as transações irregularmente realizadas pelo estabelecimento, de forma conivente ou não, que ocasionem fraudes ou visem à obtenção de vantagens ilícitas e/ou em desacordo com este contrato.”

No entanto, nesse caso concreto, o estabelecimento “[...] apresentou os comprovantes de vendas legíveis à administradora, na forma prevista no contrato [...]”. Dessa forma, a relatora considerou que não havia “[...] justificativa para negar o pagamento das transações que já haviam sido por ela [credenciadora] autorizadas [...] Portanto, competia ao réu demonstrar a ocorrência de fraude na realização das vendas, na forma do art. 333, II, do CPC, o que não foi feito.” A relatora ainda observa que, em razão de a credenciadora, no caso a REDECARD, auferir “[...] lucros com a atividade desenvolvida [...]”, ela deveria “garantir a segurança operacional da utilização dos cartões e, com isso, deve responder pelos prejuízos advindos.”⁵⁰

Portanto, a Segunda Câmara Cível, ao analisar a questão concluiu que, na hipótese de cancelamento dos créditos em razão da alegação de cometimento de fraude por parte do estabelecimento, restando as transações devidamente comprovadas pelo estabelecimento, constitui ônus da credenciadora provar a ocorrência da fraude.

Também no que tange à realização de operações supostamente fraudulentas, decidiu a Nona Câmara Cível, em Agravo Interno na Apelação Cível nº 0037669-37.2004.8.19.0004:

50 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0016852-18.2005.8.19.0003. Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Elisabete Filizzola. Julgado em: 31 ago. 2011. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003D04A839D2A4123367CC8693A337C253CA1C4030E235B>> Acesso em: 19 mar. 2013.

A alegação de que a demandante teria realizado operações comerciais de forma fraudulenta deveria ser cabalmente comprovada pela ré, de modo a embasar sua conduta. Contudo, não se extrai suficientemente dos elementos dos autos que a autora de fato tenha compactuado com a utilização de cartões de crédito clonados em seu estabelecimento (...) Destaque-se que o risco da atividade é todo da Redecard, que auferes os lucros do negócio, cabendo-lhe investir em técnicas que assegurem a segurança e diminuam a possibilidade de fraude (...) Assim, se a compra foi autorizada pelo sistema da própria demandada, não lhe cabe transferir o ônus da fraude à parte autora, de modo que é devido o valor pelo negócio objeto da lide [...]»⁵¹

A Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga, na Apelação Cível n. 0009526-41.2008.8.19.0087, em ação que também tinha como causa de pedir o *chargeback*, decidiu:

[...] o fato constitutivo do direito autoral está comprovado pelos comprovantes de autorização das transações. Por outro lado, a parte ré insiste em afirmar que a empresa não comprovou a veracidade das transações e, ainda, afirma, que o pagamento não foi repassado para a loja, posto que se tratava de operações fraudulentas, alegando que tomou conhecimento por parte dos operadores de crédito. [...] Portanto, incumbia ao recorrido o ônus de comprovar o fato impeditivo ou extintivo da pretensão ao recebimento do valor, que fora retido sob a alegação de transação realizada mediante fraude. Em que pese caber ao estabelecimento adotar as devidas precauções para evitar transações fraudulentas, insta salientar que a transação foi aprovada pelo sistema do réu. Portanto, cabia a ele provar que a retenção da quantia

51 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Apelação Cível nº 0037669-37.2004.8.19.0004. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira. Julgado em: 20 abr. 2011. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=000377A3445F80329C7E13E9898B4878342E22C402635A44> > Acesso em: 19 mar. 2013.

*era legítima. Em não provando que tenha havido irregularidade na aludida venda, a retenção do respectivo pagamento afigura-se indevida.*⁵²

A fundamentação da decisão foi no mesmo sentido da decisão da Desembargadora Elizabete Filizzola. Logo, conclui-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tende a admitir o *chargeback* em caso de fraude apenas se a credenciadora conseguir comprovar que a transação foi indevida, se o estabelecimento comprovar a venda ou prestação do serviço.

A Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, na Apelação Cível n. 0008892-19.2007.8.19.0204, decidiu a favor da credenciadora em caso concreto que se discutia a suspensão do repasse em razão da ocorrência de fraude. No caso concreto, o titular do cartão não reconheceu a compra. Dessa forma, segundo o relator:

*[...] para que pudesse a apelada [estabelecimento] reivindicar o repasse do valor da venda, deveria ter demonstrado que a compra foi realmente efetuada pelo usuário do cartão, ou ter tomado as precauções de praxe no ato da venda. Não o fazendo, outra conduta não poderia ter a apelante [credenciadora], senão agindo como o fez, segundo estipulações contratuais, não efetuando o depósito dos valores reivindicados, ante a notificação pelo real proprietário do cartão da ocorrência de fraude [...]*⁵³

O relator, no seu voto, ainda afirma que o comerciante é “[...] o responsável pela verificação da legitimidade do portador do cartão e da autenticidade desse.”⁵⁴

Nesse sentido, o Desembargador Roberto Guimarães na Apelação Cível n. 0173700-68.2007.8.19.0001 decidiu: “[...] de fato, o dever quanto

52 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0009526-41.2008.8.19.0087. Décima Sétima Câmara Cível. Rel. Des. Marcia Ferreira Alvarenga. Julgado em: 18 dez 2012. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004469A0C369DFAEE72A9F224191C7A08E3C50201415126> > Acesso em: 19 mar. 2013.

53 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0008892-19.2007.8.19.0204. Décima Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Celso Ferreira Filho. Julgado em: 21 jun. 2011. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00033A2D5AD08CB46675C9C8D8CF23FADE7420C40306553C> > Acesso em: 19 mar. 2013.

54 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0008892-19.2007.8.19.0204. Décima Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Celso Ferreira Filho. Julgado em: 21 jun. 2011. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00033A2D5AD08CB46675C9C8D8CF23FADE7420C40306553C> > Acesso em: 19 mar. 2013.

à verificação da identificação do usuário do cartão de crédito deve recair sobre a sociedade empresária [estabelecimento], associada à apelante, conforme previsão contratual [...]”. No entanto, conforme observou o Desembargador “[...] em momento algum comprovou a recorrente [credenciadora] o alegado pedido de estorno do valor por parte do titular do cartão de crédito[...]”⁵⁵. E concluiu:

*[...] a mera alegação da ocorrência de fraude no uso do mencionado cartão e de pedido de estorno do valor por seu titular, tudo desacompanhado de qualquer prova, não tem o condão de embasar a recusa do pagamento atinente à operação de venda [...] comprovada pela demandante [...]*⁵⁶

Portanto, a fundamentação da decisão citada acima corrobora com a percepção do autor acerca do entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre a possibilidade de *chargeback* na hipótese de ocorrência de fraude.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já se manifestou sobre o tema. No caso concreto, as partes celebraram contrato verbal para “[...] que a apelada [estabelecimento] disponibilize [disponibilizasse] seus produtos para venda pela internet com uso de cartões de crédito de diversas “bandeiras”. Contudo, em razão de ter recebido reclamações de titulares de cartões de crédito, alegando que não haviam realizado as compras, a credenciadora se absteve de efetuar o repasse dos respectivos valores das compras. No entanto, o estabelecimento comprovou que a credenciadora “[...] afirma que presta um serviço seguro, disponibilizando, inclusive, instrumento de prevenção à fraude, o chamado Serviço de Verificação de Dados Cadastrais (AVS), que aumenta a segurança de seu serviço[...]”. Ademais, a credenciadora não alegou

55 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0173700-68.2007.8.19.0001. Décima Primeira Câmara Cível. Desembargador Roberto Guimarães. Julgado em: 23 ago. 2012. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=00047694688C99C253370A9124BD1EA03DAAEEC45321531F>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

56 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0173700-68.2007.8.19.0001. Décima Primeira Câmara Cível. Desembargador Roberto Guimarães. Julgado em: 23 ago. 2012. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=00047694688C99C253370A9124BD1EA03DAAEEC45321531F>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

[...] qualquer cautela que poderia a apelada ter tomado para evitar a fraude além da utilização de programas como o AVS. Desta maneira, correto o sentenciante ao imputar à ré [credenciadora] a responsabilidade pelas fraudes ocorridas, sendo indevida a retenção realizada por esta dos valores correspondentes às vendas fraudadas.⁵⁷

Portanto, o *chargeback* no caso concreto foi considerado indevido.

Sendo assim, no que pese haver a possibilidade de *chargeback*, na linha de entendimento majoritário do tribunais e amparado em Waldo Fazzio Junior, compete à credenciadora comprovar a legalidade da medida.⁵⁸

3.1.4 - Fiscalização

Nos contratos de credenciamento, há expressa previsão de que a credenciadora poderá fiscalizar o estabelecimento. A fiscalização tem o objetivo de:

- conferir a regularidade das condutas praticadas na aceitação dos cartões;
- inspecionar os terminais ou estações;
- vistoriar a adequação da sinalização promocional;
- examinar a regularidade das transações; e
- verificar a guarda dos materiais e dados documentais sobre transações e portadores.⁵⁹

Essa cláusula é necessária em razão da necessidade de o estabelecimento prestar o serviço de forma adequada perante o consumidor. Dessa forma, todo o sistema de cartões de crédito é beneficiado. Caso contrário, os titulares de cartões de crédito perderiam a credibilidade no sistema.

57 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0024.10.229995-5/007. Décima Câmara Cível. Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em: 18 set. 2012. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.10.229995-5%2F007&pesquisaNumeroCNP=Pesquisar> >. Acesso em: 19 mar. 2013.

58 FAZZIO. *Op. cit.*, p. 252.

59 FAZZIO. *Op. cit.*, p. 241.

3.1.5 - Tarifas Devidas pelo Estabelecimento à Credenciadora

Além das taxas sobre as quais já foram feitas alusões até agora, como a taxa de comissão e a taxa de depósito, ainda existem outras. No contrato de credenciamento com a CIELO, tomado como referência para este artigo, na cláusula vigésima sexta, há a previsão de diversas dessas taxas.⁶⁰ Dentre essas, devem ser destacadas a taxa de afiliação ao sistema, devida pelo estabelecimento pela simples afiliação ao sistema e a taxa de aluguel do terminal. Aquela é devida anualmente, enquanto esta é devida mensalmente.

Mesmo diante de tantas taxas, em razão de a sociedade brasileira ter aumentado o consumo por meio de cartão de crédito, ainda traz benefícios ao estabelecimento a filiação ao sistema de cartões de crédito.

3.1.6 - Obrigatoriedade de Cobrar o Mesmo Valor das Vendas com Dinheiro

Nos contratos de credenciamento, há a previsão de que os estabelecimentos deverão cobrar nas transações realizadas com cartões de crédito o mesmo valor cobrado para as vendas à vista. Conforme se depreende da cláusula 9ª do contrato de credenciamento com a CIELO: “O ESTABELECIMENTO deverá praticar nas TRANSAÇÕES com MEIOS DE PA-

60 CIELO. *Op. cit.* Cláusula 26ª O ESTABELECIMENTO será responsável também pelo pagamento dos seguintes encargos, conforme os valores em vigor quando do fato gerador e conforme venham a ser exigidos pela CIELO:

- (i) Taxa de Cadastro: taxa devida pela análise cadastral e elaboração de ficha de cadastro do ESTABELECIMENTO e/ou alteração e/ou atualização das informações cadastrais existentes;
- (ii) Taxa de Afiliação / Anuidade: taxa devida pela adesão do ESTABELECIMENTO ao SISTEMA CIELO; pela inclusão de outro ESTABELECIMENTO dependente prevista na Cláusula 6ª, e pelas respectivas renovações anuais;
- (iii) Taxa por Inatividade: taxa devida pelo decurso de cada 3 (três) meses sem que o ESTABELECIMENTO efetue qualquer TRANSAÇÃO;
- (iv) Taxa de Emissão e Envio de Extrato em Papel: taxa pela emissão e envio do EXTRATO EM PAPEL;
- (v) Taxa de Emissão de Documento em Segunda Via: taxa por pedido de emissão, em segunda via, de extratos, relatórios, borderôs, entre outros documentos;
- (vi) Taxa de Conectividade: taxa devida pelo ESTABELECIMENTO pela conexão de cada TERMINAL ou equipamento próprio ou de terceiros autorizados na rede do SISTEMA CIELO;
- (vii) Aluguel de TERMINAL: remuneração mensal devida pelo ESTABELECIMENTO pela locação do TERMINAL conforme as condições do Capítulo VII;
- (viii) Taxa de Liquidação: taxa devida pela liquidação dos valores das TRANSAÇÕES no DOMICÍLIO BANCÁRIO do ESTABELECIMENTO.

Esta taxa incide sobre cada liquidação, seja de crédito ou de débito de valores, realizada no DOMICÍLIO BANCÁRIO do ESTABELECIMENTO; e

- (ix) Taxas operacionais: taxas devidas à CIELO por controle anormal ou extraordinário de TRANSAÇÕES efetuadas pelo ESTABELECIMENTO ou de créditos de repasse a ele devidos, incluindo, mas não se limitando, a ajustes realizados no cadastro ou AGENDA FINANCEIRA do ESTABELECIMENTO em decorrência de procedimentos ou determinações administrativos e/ou judiciais, tais como, cumprimento de ofícios, bloqueios, penhoras, arrestos etc. Esta taxa poderá ser cobrada do ESTABELECIMENTO pela CIELO, mensalmente ou por evento, a critério desta.

GAMENTO o mesmo preço que praticar nas vendas “à vista”, ou seja, sem acréscimo de juros, encargos, taxas ou restrições de qualquer natureza.”⁶¹

O fundamento dessa proibição “[...] vem da regra da Bandeira internacional, por que, em nenhum país do mundo, a Bandeira permite que haja diferenciação de preços entre o cartão de crédito, o cheque ou o dinheiro. Essa regra é mundial.”⁶² Portanto, ao aceitar trabalhar com uma bandeira internacional os estabelecimentos devem observar essas regras. Logo, não pode haver diferenciação de preços.⁶³ Se as credenciadoras receberem uma denúncia de que o estabelecimento está cobrando preço diferente para pagamento com cartão ou pagamento em dinheiro, primeiro o estabelecimento recebe uma advertência e, na hipótese de reincidência, o estabelecimento é descredenciado.⁶⁴

Enquanto o fundamento da proibição de cobrança de preços diferenciados está na utilização de bandeiras internacionais, a discussão acerca da possibilidade de cobrar preços distintos reside na natureza jurídica do pagamento. Conforme Alberto Amaral Junior:

*[...] o prazo de graça concedido ao consumidor, que jamais ultrapassa trinta dias, para que ele possa saldar o débito contratado, é inerente ao contrato de cartão de crédito, não o transformando por isso, em pagamento a prazo. Mais do que ser fruto de dispositivo contratual, a proibição da cobrança de preços diferenciados por parte do fornecedor direto, pertence à natureza do contrato coligado de cartão de crédito, não o transformando por isso, em pagamento a prazo. Mais do que ser fruto de dispositivo contratual, a proibição da cobrança de preços diferenciados por parte do fornecedor direto pertence à natureza do contrato coligado de cartão de crédito.*⁶⁵

Ademais, a cobrança de preço diferenciado implica, na verdade, na transferência do custo da taxa de comissão para o titular do cartão. Por-

61 CIELO. *Op. cit.*

62 ASSIS, Nair. "Estrutura jurídica e operacional do cartão de crédito". In: Seminário Sistema Jurídico e Operacional dos Cartões de Crédito, 2005, Búzios. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça – RJ, CEDES, 2005, p. 31.

63 *Ibid.*, p. 31.

64 *Ibid.*, p. 31

65 AMARAL JR, Alberto. "Cobrança de preço diferenciado com cartão de crédito". In: Seminário Sistema Jurídico e Operacional dos Cartões de Crédito, 2005, Búzios. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça – RJ, CEDES, 2005, p. 109.

tanto, transfere-se para o titular do cartão o ônus de uma relação jurídica da qual ele não faz parte. Por isso, a prática usual de conceder 5% ou 3% de desconto para os clientes que efetuam o pagamento em dinheiro constitui violação ao contrato de credenciamento e pode levar ao descredenciamento do estabelecimento.

Waldo Fazzio Junior, por sua vez, defende que a compra efetuada com cartão de crédito não poderia ser considerada pagamento à vista “[...] dado que o vendedor ou prestador só receberá o valor pertinente, da administradora do cartão, no mínimo, 30 dias após a transação [...]”.⁶⁶

No que pese haver a regra da bandeira internacional, na proposta de projeto de lei 213/2007, há previsão de regra de que não será vedada a fixação de preço diverso para pagamento à vista ou com cartão de crédito, desde que o consumidor seja devidamente informado.

3.1.7 - Adstrição ao Pedido de Integração

O estabelecimento, ao se credenciar no sistema de cartões de crédito, deve detalhar a atividade que exerce. Feito isso, ele só poderá utilizar o sistema de cartões de crédito se a transação estiver relacionada com o detalhamento da atividade apresentado no momento da celebração do contrato de credenciamento.

3.1.8 - Possibilidade de Modificação das Cláusulas Contratuais

As cláusulas do contrato de credenciamento poderão ser modificadas no curso do cumprimento do contrato, em razão da evolução do sistema de cartões de crédito. Por exemplo, uma nova tecnologia pode surgir e, em razão do custo para ela ser implementada, a credenciadora pode necessitar de uma contrapartida dos estabelecimentos.

Mesmo sendo comum ocorrer modificações no contrato de credenciamento, “a credenciadora precisa cientificar previamente o estabelecimento sobre alterações que direta ou obliquamente esbarrem nos deveres principais do contrato.”⁶⁷ Em síntese, deve ser observada a boa-fé objetiva e as obrigações secundárias decorrentes desse princípio.

66 FAZZIO JR, Waldo. “Preço e pagamento com cartão de crédito”. Disponível em: <<http://waldo.pro.br/preco-e-pagamento-com-cartao-de-credito/>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

67 FAZZIO JR. *Op. cit.*, p. 242.

3.1.9 - Confidencialidade

Vigora no contrato de credenciamento o dever de sigilo dos dados que o estabelecimento ou credenciadora venham a ter acesso, como, por exemplo, dados pessoais dos titulares dos cartões de crédito e transações por eles realizadas. Conforme Waldo Fazzio Junior:

Salvo para as finalidades estipuladas no contrato, tanto o estabelecimento, como a credenciadora mantêm em confidencialidade informações e dados acessados ou conhecidos sobre transações, titulares de cartão e condições comerciais de contrato. Eventual violação desse dever acarreta outro, o de indenizar. Por isso, as credenciadoras fazem inserir nos respectivos contratos de afiliação de estabelecimentos cláusula pela qual o estabelecimento se obriga a observar as regras, os padrões de segurança de dados, informações e especificações, prévia e periodicamente estipulados e considerados adequados, tanto pela credenciadora, quanto pela bandeira.⁶⁸

Essa previsão consta expressamente no contrato de credenciamento da CIELO:

Cláusula 31ª - Cada uma das partes se obriga, sob pena de indenização por perdas e danos e aplicação de multa, a manter em absoluto sigilo e confidencialidade, usando somente para os fins deste CONTRATO, todas as informações, dados ou especificações a que tiver acesso ou que porventura venha a conhecer ou ter ciência sobre as TRANSAÇÕES, PORTADORES, dados de CARTÕES e MEIOS DE PAGAMENTO e condições comerciais deste CONTRATO, sem prejuízo das obrigações de revelação ou dos reportes exigidos em lei ou por ordem judicial [...]⁶⁹

Portanto, a cláusula se aplica tanto para a credenciadora, quanto para o estabelecimento e obriga aquele que a violou a indenizar a parte prejudicada a título de perdas e danos.

⁶⁸ FAZZIO JR. *Op. cit.*, p. 246.

⁶⁹ CIELO. *Op. cit.*

3.1.10 - Possibilidade de Resilição/Rescisão do Contrato

O contrato de credenciamento pode ser rescindido ou resilido. A resilição se diferencia da rescisão. Na resilição, há a manifestação de vontade de uma ou ambas as partes no sentido da extinção do contrato. A resilição é possível nos contratos celebrados por prazo indeterminado, como o contrato de credenciamento. Conforme Waldo Fazzio Junior:

*O contrato poderá ser resilido, integral ou parcialmente, com relação a um respectivo estabelecimento e determinado tipo de transação ou cartão, por qualquer parte, a qualquer tempo, mediante aviso prévio por escrito à outra parte com pelo menos 30 (trinta) dias de antecedência, responsabilizando-se as partes pelas transações já realizadas.*⁷⁰

A possibilidade de resilição é prevista expressamente nos contratos de credenciamento.

*Cláusula 34ª – [...] O presente CONTRATO poderá ser resilido, integral ou parcialmente, sem ônus ou multa, com relação a um respectivo ESTABELECIMENTO e determinado tipo de TRANSAÇÃO, produto, MEIO DE PAGAMENTO ou CARTÃO, por qualquer parte, a qualquer tempo, mediante aviso prévio por escrito à outra parte com pelo menos 30 (trinta) dias de antecedência, responsabilizando-se as partes, nos termos e condições do presente, pelas TRANSAÇÕES já realizadas e pelas obrigações com caráter perene ou cujos prazos se estendam além do término da vigência deste CONTRATO. Parágrafo Segundo – Em caso de resilição, caberá à CIELO efetuar os repasses porventura devidos ao ESTABELECIMENTO, no prazo contratual, ficando plenamente quitada das suas obrigações decorrentes deste CONTRATO, e caberá ao ESTABELECIMENTO pagar ou restituir de imediato à CIELO as quantias eventualmente a ela devidas, na forma deste CONTRATO, sem prejuízo das perdas e danos aplicáveis.*⁷¹

⁷⁰ FAZZIO JR. *Op. cit.*, p. 247.

⁷¹ CIELO. *Op. cit.*

Portanto, caso haja a rescisão, a credenciadora deve efetuar o repasse dos créditos porventura existentes para o estabelecimento, enquanto este deverá pagar à credenciadora possíveis débitos existentes no momento da rescisão do contrato.

Os contratos de credenciamento também podem ser rescindidos. Neste artigo, não cuidaremos da utilização técnica desse termo, em razão de não ser o objeto do artigo. Pela leitura do contrato de credenciamento, a rescisão ocorrerá por causa superveniente à celebração do contrato. É comum haver previsão nesses contratos de que a recuperação judicial ou extrajudicial possibilita a rescisão:

Cláusula 35ª - A adesão do ESTABELECIMENTO a este CONTRATO será rescindida de pleno direito, independentemente de notificação, interpelação judicial ou extrajudicial, na hipótese de falência, recuperação judicial ou extrajudicial ou insolvência de qualquer das partes, decretada ou requerida.⁷²

Deve-se observar que essa cláusula é abusiva, tendo em vista que “o princípio norteador do instituto da recuperação judicial tem o objetivo de viabilizar a superação da crise econômico-financeira da empresa recuperanda”⁷³. Sendo assim, rescindir o contrato de credenciamento pode inviabilizar a própria recuperação da sociedade empresária.

Sobre o objetivo da recuperação, a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu:

É notório que o artigo 47 da Lei 11.101/2005 exprime o princípio basilar da recuperação judicial de empresas em colapso econômico. Tal princípio busca a manutenção de empregos, o estímulo à atividade empresarial e o crescimento econômico. Assim, ainda que o artigo 49, § 3º, determine que o arrendador não ficará sujeito aos efeitos da recuperação, importante observar o intuito do instituto em questão, que é recuperar a empresa. Deste modo, enten-

72 CIELO. *Op. cit.*

73 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 10148090661825004. Rel. Des. Selma Marques. Julgado em: 30 jun. 2010. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNI EspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0148.09.066182-5%2F004&pesquisaNumeroCNI=Pesquisar> > Acesso em: 19 mar. 2013.

do acertada a decisão hostilizada, eis que tratando de bem essencial à atividade da empresa recuperanda, a reintegração, ainda que após o prazo de 180 dias, não poderá ser efetivada, sob pena de inviabilizar a recuperação da empresa. (grifo do autor)⁷⁴

Portanto, pelo mesmo raciocínio da decisão citada, essa cláusula deve ser considerada inválida.

No entanto, há outras hipóteses em que há previsão de rescisão do contrato de credenciamento. Trata-se de hipóteses que estão atreladas, em síntese, ao descumprimento do contrato ou à impossibilidade de cumprimento, como, por exemplo, se o estabelecimento ficar impossibilitado de manter um domicílio bancário.⁷⁵

Nessas hipóteses ocorrerá a rescisão sem prejuízo do pagamento da multa no valor equivalente à soma do valor das transações realizadas nos últimos três meses. Além disso, a credenciadora poderá rescindir o

74 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 10148090661825004. Rel. Des. Selma Marques. Julgado em: 30 jun. 2010. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0148.09.066182-5%2F004&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> > Acesso em: 19 mar. 2013.

75 CIELO. *Op. cit.* Cláusula 36ª - Também motiva a rescisão de pleno direito, e sem prejuízo da multa não compensatória no valor equivalente à somatória das TRANSAÇÕES efetivadas nos últimos 3 (três) meses e do ressarcimento das perdas e danos eventualmente acarretados, o não cumprimento pelo ESTABELECIMENTO de qualquer das cláusulas ou obrigações dispostas em qualquer dos documentos que compõem o CONTRATO, ou ainda se ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: a) se o ESTABELECIMENTO sugerir ao PORTADOR que substitua o pagamento com CARTÃO por outro meio de pagamento; b) se o ESTABELECIMENTO, sem autorização da CIELO, (i) ceder ou transferir para terceiros, emprestar-lhes ou entregar-lhes os equipamentos ou materiais que receber em virtude deste CONTRATO, (ii) utilizar equipamentos ou materiais de terceiros sem autorização da CIELO, ou ainda, (iii) ceder a terceiros, mesmo parcialmente, os direitos e/ou obrigações decorrentes deste CONTRATO. As vedações aqui previstas são válidas e aplicáveis para filiais e empresas do mesmo grupo econômico do ESTABELECIMENTO; c) se o ESTABELECIMENTO ficar impedido de abrir ou manter conta-corrente de depósitos em estabelecimentos bancários ou caso fique, por qualquer período de tempo e por qualquer motivo, sem DOMICÍLIO BANCÁRIO para receber seus créditos de CARTÕES; d) se o ESTABELECIMENTO não pagar quaisquer taxas, comissões ou quaisquer outros encargos contratados ou se recusar a fazê-lo; e) se o ESTABELECIMENTO aceitar MEIOS DE PAGAMENTO em negócio ou segmento diverso do cadastrado no SISTEMA CIELO sem comunicação e aprovação da CIELO quanto à manutenção da afiliação do ESTABELECIMENTO; f) se o ESTABELECIMENTO praticar ou tentar praticar quaisquer atos que tenham por objetivo, direto ou indireto, realizar TRANSAÇÕES consideradas ilegítimas, fraudulentas ou que infrinjam o CONTRATO ou que pretendam burlar ou descumprir o CONTRATO, quaisquer regras ou requisitos operacionais ou de segurança da CIELO ou da BANDEIRA, ou qualquer lei ou regulamento municipal, estadual ou federal; g) se qualquer das informações escritas ou verbais dadas pelo ESTABELECIMENTO, incluindo, mas não se limitando àquelas constantes do Formulário de Afiliação ao SISTEMA CIELO, bem como representação legal e dados cadastrais do ESTABELECIMENTO, não corresponderem com a verdade ou não forem atualizadas pelo ESTABELECIMENTO em, no máximo 30 (trinta) dias, em caso de alteração; h) não cumprir a legislação e regulamentação aplicável ao ESTABELECIMENTO, bem como as regras estabelecidas pela CIELO e/ou pelas BANDEIRAS. Parágrafo Primeiro - Nos casos previstos nesta Cláusula, a CIELO não estará obrigada a cumprir o prazo de 30 (trinta) dias podendo efetivar a rescisão no momento de sua ciência da ocorrência de quaisquer das hipóteses acima. Parágrafo Segundo - Em caso de suspeita de fraude ou qualquer outra atividade ilícita, a CIELO poderá, no momento efetivo da rescisão, reter eventuais repasses a serem realizados ao ESTABELECIMENTO pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da data da rescisão, até conclusão de auditoria sobre os eventos.

contrato no momento da ciência do fato, sem precisar observar o prazo de 30 dias. Caso haja suspeita de fraude, a credenciadora poderá reter possíveis créditos pelo prazo de 120 dias.

O Desembargador Carlos Santos de Oliveira, relator do Agravo Interno na Apelação Cível nº 0037669-37.2004.8.19.0004, ao julgar lide em que envolvia a rescisão do contrato de credenciamento, dispôs:

Por fim, quanto ao pedido de manutenção do contrato, rescindido pela parte ré, merece ser acolhido. Não obstante estarmos diante de relação jurídica de direito privado, regulado pelo macroprincípio da autonomia da vontade, devemos prestigiar no caso também os princípios da pacta sunt servanda e da boa-fé objetiva. Ora, o contrato firmado entre as partes (fl. 21) tem prazo indeterminado e não estamos diante de hipótese de resilição (desfazimento por simples manifestação de vontade). Ao contrário, a extinção do contrato teve fundamento na cláusula vigésima quarta do instrumento de fl. 21, que previu especificamente as hipóteses de resolução, dentre elas a ocorrência de fraude, motivo apontado no caso dos autos. Mas a ocorrência de fraude não restou minimamente comprovada, como reconhecido tanto pela sentença, quanto pela decisão monocrática ora agravada, de modo que não subsistiria, portanto, o motivo para rescisão do contrato.⁷⁶

Portanto, para que haja a rescisão em razão da verificação de alguma das hipóteses elencadas no contrato, deve haver a comprovação dos fatos. Devendo ter em mente, que, apesar de o contrato poder ser resiliado a qualquer tempo, a rescisão não pode ser confundida com a resilição.

Ao se interpretar o contrato diante do caso concreto e para dar eficácia às cláusulas de rescisão e resilição previstas no contrato, o intérprete deve se ater, conforme observou o desembargador relator em seu voto:

76 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Apelação Cível nº 0037669-37.2004.8.19.0004. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira. Julgado em: 20 abr. 2011. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000377A3445F80329C7E13E9898B4878342E22C402635A44>> Acesso em: 19 mar. 2013.

[...] às disposições dos artigos 421 e 422 do Código Civil, que condicionam o exercício da liberdade de contratar aos limites da função social do contrato e instituem a boa-fé objetiva como uma regra de conduta, a ser observada por todos os contratantes, tanto na conclusão do contrato como na sua execução. A boa-fé objetiva é regra que desde o advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 permeia todos os contratos, exigindo dos contratantes um comportamento probo e honesto a ser observado durante toda a existência da relação contratual, não apenas no momento de sua execução, mas também nas fases pré e pós-contratual.⁷⁷

Portanto, por maior que seja a liberdade de contratar das partes e por mais detalhado que seja o contrato de credenciamento, a boa-fé objetiva continuará sendo a base e o limite dos contratos.

CONCLUSÃO

O sistema de cartões de crédito evoluiu consideravelmente ao longo dos anos. Atualmente, entre as três partes tradicionais que compõem o sistema, figura também a credenciadora, que credencia os estabelecimentos de bens e serviços no sistema, e as bandeiras.

O contrato de credenciamento de cartão de crédito apresenta inúmeras regras que obrigam o estabelecimento. Não cabe ao estabelecimento discutir essas regras, ele deve aderir ou não ao contrato. Isso faz com que o estabelecimento fique sujeito a cláusulas que lhe são desfavoráveis e, muitas vezes, abusivas, como, por exemplo, a cláusula que prevê a rescisão do contrato na hipótese de recuperação judicial ou extrajudicial.

Em razão da conduta abusiva das credenciadoras, os tribunais, ao julgarem os casos que envolvem o contrato de credenciamento, são cautelosos, justamente por se tratar de um contrato de adesão, bem como em razão do fato de estar credenciado ao sistema de cartões de crédito

77 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Apelação Cível nº 0037669-37.2004.8.19.0004. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira. Julgado em: 20 abr. 2011. Disponível em: <xxxx> Acesso em: 19 mar. 2013.

ter se tornado imprescindível para os estabelecimentos. Sendo assim, as partes são postas novamente em equilíbrio perante o Judiciário, com fulcro na aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

No que pese essa constatação negativa advinda do contrato de credenciamento de cartões de crédito, deve-se considerar que o complexo sistema de cartões de crédito é capaz de aumentar significativamente a clientela do estabelecimento. Além disso, ele ganhou grandes proporções no Brasil e se tornou um importante mecanismo de fomento ao consumo. ❖

REFERÊNCIAS

AMARAL JR, Alberto. "Cobrança de preço diferenciado com cartão de crédito". *In: Seminário Sistema Jurídico e Operacional dos Cartões de Crédito*, 2005, Búzios. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça – RJ, CEDES, 2005, p. 109.

ASSIS, Nair. "Estrutura jurídica e operacional do cartão de crédito". *In: Seminário Sistema Jurídico e Operacional dos Cartões de Crédito*, 2005, Búzios. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça – RJ, CEDES, 2005, p. 31.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS. Faq. Disponível em: < <http://www.abecs.org.br/site2012/fa-qEstabelecimentos.asp>> Acesso em: 19 mar. 2013.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório sobre a indústria de cartões de pagamento. Anexo H. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2013.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 479.

CIELO. Contrato de afiliação ao sistema CIELO. Disponível em: <<http://www.cielo.com.br/live/documents/f00422ad4b2f4c02bfee-ff3bf788d8a8.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2013.

CHEDID, Eduardo. "O cartão de crédito no mundo e no Brasil". *In: Seminário Sistema Jurídico e Operacional dos Cartões de Crédito*, 2005, Búzios. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça – RJ, CEDES, 2005, p. 16.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Cartão de crédito, cheque e direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

FAZZIO JR, Waldo. "Preço e pagamento com cartão de crédito". Disponível em: < <http://waldo.pro.br/preco-e-pagamento-com->

-cartao-de-credito/>. Acesso em: 19 mar. 2013.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. SCG – "Sistema de Controle de Garantias". Disponível em: < http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id_texto=915&id_pagina=85> Acesso em: 19 mar. 2013.

MARTINS, Fran. **Cartões de crédito: natureza jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 26.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, ed. rev. e aum. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 459/460.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0024.10.229995-5/007. Décima Câmara Cível. Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em: 18 set. 2012. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.10.229995-5%2F007&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 10148090661825004. Rel. Desa. Selma Marques. Julgado em: 30 jun. 2010. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0148.09.066182-5%2F004&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 19 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0089734-81.2005.8.19.0001. Quarta Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgado em: 26 set. 2012. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00045ADC7C52CC209A87638B3BAC3F0DBC73B1C4573F0C06>> Acesso em: 19 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0016852-18.2005.8.19.0003. Segunda Câmara Cível. Rel. Desa. Elisabete Filizola. Julgado em: 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003D04A839D2A4123367CC8693A337C253CA1C4030E235B>> Acesso em: 19 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0041336-89.2008.8.19.0004. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Maldonado de Carvalho. Julgado em: 10 mai. 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003B0FBC4BDED7341986DC86119F897F45231C40301612B>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0173700-

68.2007.8.19.0001. Décima Primeira Câmara Cível. Desembargador Roberto Guimarães. Julgado em: 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00047694688C99C253370A9124BD1EA03DAAEEC45321531F>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Apelação Cível nº 0037669-37.2004.8.19.0004. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira. Julgado em: 20 abr. 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000377A3445F80329C7E13E9898B4878342E22C402635A44>> Acesso em: 19 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0009526-41.2008.8.19.0087. Décima Sétima Câmara Cível. Rela. Desa. Marcia Ferreira Alvarenga. Julgado em: 18 dez 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004469A0C369DFAEE72A9F224191C7A08E3C50201415126>> Acesso em: 19 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0008892-19.2007.8.19.0204. Décima Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Celso Ferreira Filho. Julgado em: 21 jun. 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00033A2D5AD08CB46675C9C8D8CF23FADE7420C40306553C>> Acesso em: 19 mar. 2013.

Psicologia e Direito de Família (O Relato de uma Experiência)

Lidia Levy

Doutora, Professora Assistente do Departamento de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Psicanalista, Membro da Sociedade de Psicanálise da Cidade do Rio de Janeiro (SP-CRJ) e da Sociedade de Psicanálise Iracy Doyle (SPID).

Luciana Pimentel Duarte Gomes de Almeida

Advogada e Psicóloga.

Maria Cristina de Brito Lima

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito das Relações Econômicas pela Universidade Gama Filho; Pós-graduada em Políticas Públicas e Governo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

RESUMO

A necessidade de implementar modelos consensuais de solução de conflitos em contraposição ao modelo adversarial predominante no Judiciário está na origem de uma palestra intitulada “Audiência Prévia Coletiva”, objeto de estudo neste trabalho. A iniciativa surge como alternativa de um espaço patrocinador da construção de diálogo diante de conflitos, em uma Vara de Família do Rio de Janeiro. São apresentados os temas que organizam a palestra, elaborada a partir de uma articulação dos sabe-

res psicológicos e jurídicos, e discutidos seus resultados. Conclui-se que a palestra contribui para desconstruir a imagem de uma justiça pautada no modelo adversarial e, provocando a humanização do processo, auxilia na facilitação do diálogo entre as partes.

A sociedade tem enfrentado desafios advindos de transformações em todas as camadas da coletividade, e o cidadão encontra cada vez mais dificuldades para solucionar seus conflitos. A complexidade nas relações, as mudanças culturais e, até mesmo, as inovações tecnológicas têm impacto direto sobre a qualidade da convivência dos membros da sociedade. O Poder Judiciário, na condição de garantidor de direitos, é convocado a decidir sobre os conflitos que não alcançaram soluções aceitáveis pelos litigantes e para os quais o legislador só encontra resposta na aplicação da lei.

No âmbito das relações sociais, verifica-se, hoje, uma “explosão de litigiosidade”, com a intensa procura pela prestação jurisdicional e um desproporcional número de processos em relação à estrutura disponível para atendê-los. Este quadro se agrava ainda mais pelo fato de que no Brasil há um ensino jurídico moldado pelo sistema de contradição, que forma profissionais combativos e treinados para o confronto em torno de uma lide. Desse modo, o país padece com uma cultura jurídica essencialmente litigiosa e o Poder Judiciário, baseado em uma política de enfrentamento e num raciocínio dialético, falha na sua missão de pacificar a sociedade.

O fracasso do tipo de justiça que se apoia num modelo adversarial e no binômio ganhar-perder resultou na procura de uma forma de composição de conflitos que restabelecesse de maneira fácil, ágil e efetiva a desejada paz social. Assim, em contraposição a um modelo existente de delegar a um terceiro a capacidade de resolver conflitos, métodos alternativos de solução de conflito emergiram na contemporaneidade. Enquanto nos modelos adversariais há sempre vencedores e vencidos, nos modelos consensuais buscam-se soluções “vencedoras” (ganha/ganha).

Com a implementação de um modelo conciliatório, complementar e consensual de solução de conflitos, espera-se que seja reduzido o formalismo jurídico belicoso, que exclui a probabilidade de escuta do sujeito, o qual perde sua voz no momento em que submete suas angústias ao Poder Judiciário.

A busca por mecanismos novos, mas que fossem eficientes e eficazes no favorecimento do diálogo imprescindível entre as partes de um processo de família, deu lugar a uma iniciativa pioneira de uma das autoras deste artigo, juíza titular da 1ª. Vara de Família da Barra da Tijuca, Rio

de Janeiro, Dra. Maria Cristina de Brito Lima. Foi por ela preparada uma palestra fundamentada em aspectos psicológicos e legais, intitulada “Audiência Prévia Coletiva”, na intenção de mobilizar as partes dos processos judiciais a construir um acordo ainda em sua fase inicial. O presente estudo pretende examinar a relevância deste procedimento enquanto um instrumento de facilitação do diálogo entre as partes.

PSICOLOGIA E DIREITO DE FAMÍLIA: UM INTERCÂMBIO NECESSÁRIO

À primeira vista, a relação da Psicologia e do Direito pode parecer de difícil manejo. Há, evidentemente, um distanciamento entre o aspecto mais racional e objetivo do Direito e o campo mais subjetivo e emocional que predomina na área da Psicologia. Porém, diante de um conflito, especialmente o intrafamiliar, não se trata simplesmente de aplicar a lei, mas de contextualizar o problema apresentado como um fato além do jurídico.

Inserido no Direito Civil, o Direito de Família, por sua natureza, apresenta características que o difere dos demais ramos do Direito Privado. Enquanto as outras áreas do Direito versam sobre relações puramente materiais, o Direito Familiar trata de laços afetivos e emocionais.

Nos últimos anos, mudanças significativas ocorreram na estrutura da família nuclear, e o Direito de Família precisou ser dinâmico para acompanhar de perto as transformações da sociedade e suas relações. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família adquiriu uma perspectiva mais abrangente, abrigoando as novas entidades familiares. O Código Civil de 2002 veio a ratificar a Lei Magna, fornecendo uma nova concepção de família, adaptada ao novo século. Este atual estatuto busca estabelecer a igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, do homem e da mulher. Além disso, a obra contempla a igualdade jurídica de todos os filhos, não importando sua origem. No novo código, ainda, o pátrio poder é substituído pelo poder familiar, a saber, aquele que é exercido como um poder-dever em igualdade de condições por ambos os progenitores.

É evidente que a variedade dos novos arranjos familiares e amorosos fazem surgir novos problemas, novas divergências nas relações. Como o desentendimento que se origina de questões familiares desemboca, por vezes, no meio jurídico, cabe ao Estado estruturar os meios assistenciais e judiciais, legais e materiais para o acesso à justiça e para a proteção da família em situações de conflito. Devido à peculiaridade do mérito, os

juízes e tribunais de família devem possuir um perfil totalmente distinto daqueles destinados a resolver conflitos patrimoniais.

Nota-se que os conflitos familiares são deveras delicados e, muitas vezes, não se resolvem com uma sentença. Pelo contrário, é comum que a intervenção de um poder de comando autoritário agrave, ainda mais, a situação *sub judice*, ocorrendo a repetição dos problemas que não foram elaborados com a volta da questão à justiça, num processo longo e penoso sem a atenuação do conflito. Assim sendo, torna-se cada vez mais necessário o atendimento de equipes interdisciplinares junto às Varas de Família.

Segundo Brandão (2008:51), “sem o respaldo da equipe interprofissional, a ação do Juiz é insuficiente para regular as relações entre os sexos e de parentesco.” Cresce a importância do mediador e da mediação, do conciliador e da conciliação, bem como dos profissionais convocados de outras áreas como auxiliares do tribunal: psicólogos, sociólogos e assistentes sociais.

O entrelace de motes jurídicos e psicológicos demanda uma intervenção especializada para a melhor solução do litígio, como ilustra a psicóloga Perissini da Silva:

As leis existem para normatizar as relações humanas. Mas, no caso do Direito de Família, as relações são permeadas de afetos, desejos, sentimentos, interesses, vontades e motivações que não estão no âmbito de aplicação do Direito e sim, abrangidas pela Psicologia.” (SILVA, 2009:3)

Também para Figuiêredo Alves, desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

Os novos direitos de família estão a exigir, em benefício de suas próprias noções fundamentais e do efetivo exercício que eles reclamam, a atuação interprofissional daqueles que direta ou indiretamente participam das questões familiares, de forma preponderante no âmbito judicial. (ALVES, 2002).

As questões tratadas nas varas de família possuem, portanto, caráter diverso e específico dos méritos levados às demais varas do Sistema Judiciário Brasileiro. As demandas familiares são mais amplas e complexas e, por conseguinte, a letra fria e objetiva da lei, na maioria das vezes, não

obtem êxito em dirimir as questões levadas ao judiciário. Os conflitos manifestos organizam-se em torno de conflitos latentes, melhor compreendidos com os conhecimentos e instrumentos fornecidos pela Psicologia.

Refletindo sobre a complexidade e as contradições das questões familiares, a diretora do Instituto de Estudos Interdisciplinares do Direito de Família, Eliana Nazareth, considera que a conjugalidade é “terreno extenso e propiciador, por um lado, de construção, desenvolvimento, elaboração e crescimento humano, mas por outro lado, pode vir a se transformar em palco de lutas, rivalidades e rixas” (NAZARETH, 2007:79)

Além disso, os processos pertinentes ao Direito Familiar envolvem, via de regra, a criança. No desenrolar das demandas, são os filhos os mais vulneráveis e os que mais precisam ser amparados durante a litigiosidade de seus pais. Ao redor do menor, decisões delicadas são promulgadas e, segundo Muszkat (2008:61), “é no espaço da família que são vividas as primeiras experiências conflitivas e que a criança introjeta as diferentes formas de resolução dos conflitos.”

Na busca de uma forma criativa e alternativa para abordar as causas familiares, destacam-se as práticas da conciliação e da mediação. Estas surgem como modalidades de resolução de conflitos menos sofridas e mais diligentes, ampliando o espaço de atuação da psicologia nas demandas relacionadas ao Direito de Família e ratificando a necessidade de uma interdisciplinaridade. Tais práticas permitem repensar a forma tradicionalista de contenciosidade de algumas demandas, mudando os paradigmas do confronto judicial para a busca de uma solução mais justa.

Segundo Bacellar (2011a), espera-se que através de um trabalho de mediação, as partes em conflito possam conectar-se com seus verdadeiros interesses e construir um acordo no qual todos reconheçam ganhos. Quanto à conciliação, trata-se, segundo definição de Azevedo e Bacellar (2007:19), de um “processo pelo qual um terceiro imparcial facilita a negociação entre pessoas em conflito, as habilita a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.”

Embora existam muitas semelhanças entre as duas modalidades acima mencionadas, o conciliador também age como facilitador do diálogo, todavia, foge da neutralidade, sendo mais ativo na condução do processo para um acordo. Este opina e propõe soluções, utilizando-se de

seus conhecimentos técnicos com considerações que viabilizem acordos os quais o juiz deverá homologar (ARSÊNIO, 2007). Já na mediação, está vetado aos mediadores sugerir, opinar ou propor qualquer possibilidade de solução. Este é um procedimento estruturado e com fases pré-definidas, no qual o mediador utiliza técnicas e ferramentas adequadas conforme cada caso. As duas modalidades são bem caracterizadas na seguinte afirmação de Almeida (2011):

Tanto a Mediação como a Conciliação têm por objetivo auxiliar pessoas a construírem consenso sobre uma determinada desavença. A Conciliação tem nos acordos o seu objetivo maior e, por vezes, único. A Mediação não tem na construção de acordos a sua vocação maior e, de maneira alguma, seu único objetivo. A Mediação privilegia a desconstrução do conflito e a conseqüente restauração da convivência pacífica entre pessoas.

Não obstante ser a mediação um meio eficaz e eficiente de lidar com a solução do conflito, seu procedimento é vagaroso. O envio do processo à mediação pode ser demorado graças aos rotineiros entraves processuais e, depois que este é encaminhado, leva-se em média seis encontros para alcançar um consenso satisfatório às partes. Em se tratando de questões pertinentes à Vara de Família, a morosidade desta modalidade pode vir a ser um obstáculo. Querelas familiares envolvem questões emocionais densas e necessitam, por vezes, de resoluções mais imediatas para que não se prolongue o sofrimento dos envolvidos.

Em relação à conciliação, algumas dificuldades também são observadas. Com a instauração das audiências de conciliação visava o legislador a aperfeiçoar os mecanismos processuais para buscar uma rápida e eficiente solução de conflitos e diminuir os atos do processo. Porém, como na maioria das vezes, a tentativa de conciliação é presidida por conciliadores escolhidos dentre os estudantes de direito e bacharéis, treinados ao confronto, que prestam serviço voluntário, na qualidade de estagiários ou colaboradores do Poder Judiciário, o insucesso do concílio é recorrente. Geralmente, a única função que cabe a esses profissionais é a de indagar às partes se há interesse em conciliar numa audiência rápida, não havendo uma intervenção ativa.

Ressalte-se, novamente, a importância do intercâmbio entre a psicologia e o Direito, sobretudo, quando os aspectos emocionais e afetivos inerentes aos conflitos familiares estão em voga. É inegável que o movimento conciliatório abarcado pela justiça contemporânea é bastante expressivo; todavia, há ainda um grande caminho a se percorrer para combater a praga da litigiosidade tão impregnada na seara jurídica. Mesmo que a psicologia esteja ultimamente sendo convidada a participar mais efetivamente do sistema jurisdicional, seu papel ainda é coadjuvante. Na conciliação, ainda vigora um amadorismo nas relações; o conciliador, de formação jurídica, não é remunerado e muitas vezes não conhece a fundo o processo. Quanto à mediação, sua longa espera por legalização é um impeditivo para a sua implementação mais ampla.

UMA PROPOSTA DE FACILITAÇÃO DE DIÁLOGO

Com o acúmulo de processos e algumas das soluções ainda distantes, há espaços para buscar novas alternativas eficientes para a solução de conflitos em Varas de Família. O quadro atual do Judiciário, nas palavras de Müller (2005:144), mostra “a necessidade de novos e criativos olhares frente às maneiras tradicionais de resolução de conflitos relacionais; de forma que, na contemporaneidade, a composição da diferença seja mais adequada à realidade atual e, principalmente, mais eficiente”.

Uma estratégia original e alternativa emergiu na 1ª Vara de Família do Fórum da Barra da Tijuca da cidade do Rio de Janeiro. Com foco na resolução eficaz e eficiente dos conflitos familiares, a Juíza titular da referida Vara buscou uma maneira de conscientizar as partes em litígio das benesses de um acordo na instauração de um processo judicial. Para tanto, elaborou uma palestra intitulada de Audiência Prévia Coletiva, na qual, além da informação jurídica, utiliza conceitos da psicologia como ferramenta para a conciliação das partes, antes do recebimento da contestação, ou seja, antes de formalizar o conflito. Muszkat (2008:30) nos ensina que “quanto mais cedo pudermos intervir, mais brando e mais fácil de mediar será”.

Na plateia, encontram-se as partes (autores e réus), em sua maioria ex-casais, convocados para a ocasião, e alguns representantes legais. As partes são citadas para audiência especial, com base no artigo 125, inciso IV, do Código de Processo Civil, que diz que “o juiz dirigirá o processo

conforme as disposições deste código, competindo-lhe: tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

A palestra é realizada em um auditório no Fórum onde, mensalmente, a Juíza discorre sobre os principais temas e ações que figuram no Direito de Família em um discurso coloquial, com vocabulário e exemplos próximos à realidade dos ouvintes, criando uma identidade com a plateia, que inevitavelmente se reconhece no discurso. Reale, citado em Silva e Castro (2011), analisa a importância de o juiz saber se colocar no lugar do outro, uma vez que a neutralidade não significa fugir das pessoas em litígio, mas saber se pôr no lugar delas.

A palestra tem como foco central no bem-estar da criança, acima de tudo. Além das informações jurídicas necessárias para a compreensão do processo judicial, conceitos do campo da psicologia permeiam a exposição. Se, no passado, segundo Montesquieu, o juiz era a “boca inanimada da lei” e seu papel era de mero aplicador das normas aos casos concretos, atualmente passa-se a exigir do magistrado conhecimentos humanitários, psicológicos, sociais, além de uma visão global e transdisciplinar (BACELLAR, 2011b:194).

A modernização do judiciário passaria por uma humanização da justiça na figura de um juiz sensível, como defendeu Fátima Andrighi, ministra do Superior Tribunal de Justiça, em palestra na Universidade de Salamanca, Espanha;

(...) não se vislumbra a modernização do Poder Judiciário sem a humanização da justiça, o que exige do juiz manter a sua sensibilidade viva, nunca olvidando que, por trás de cada página do processo, há um ser humano ansioso e aflito no aguardo da sua decisão, e que esta, a par do reconhecimento do melhor direito, deve buscar a diluição do conflito e proporcionar à alma do jurisdicionado paz e conforto (ANDRIGHI, 2000).

É nesse sentido que a magistrada incentiva a promoção do diálogo e a conseqüente construção do acordo, confrontando a lógica adversarial e esclarecendo que a conciliação agilizará as questões formais do processo, enquanto o prolongamento da ação exacerbaria, ainda mais, as questões emocionais já existentes.

Evidentemente, o lugar de representante do Estado atribui força ao discurso. A sociedade sempre apostou na máquina formal do Direito como uma maneira de regular o laço social. (BARROS, 2001). Além disso, segundo Levy (2003), cada vez mais, famílias buscam o judiciário na resolução de seus próprios conflitos. Este fenômeno se dá devido ao enfraquecimento da estrutura familiar contemporânea. Como os papéis da parentalidade e da conjugalidade encontram-se divididos e não mais pautados numa figura paterna central e atuante, espontaneamente emerge um terceiro poder representado na pessoa do juiz para atuar como reestruturador das relações.

Destacamos do conteúdo da palestra os seguintes temas:

1- Da Família

Parte-se da ideia de que as funções familiares não estão mais tão claras como antigamente e os valores afetivos são uma construção diária. O tema da tolerância frente às diferenças é introduzido e considera-se que, se atualmente expressamos mais nossas vontades dentro do núcleo familiar, mais conflitos são gerados.

2- Da Separação

Uma parte significativa da palestra é dedicada às questões do rompimento da sociedade conjugal e os efeitos desta sobre a criança. Mesmo a separação sendo inevitável, a criança continua a necessitar da atenção, do afeto e da proteção dos pais. Com o término do vínculo conjugal, o vínculo parental não se extingue, pelo contrário, ele cresce. Ressaltam-se as dificuldades provenientes da falta de diálogo e valoriza-se o consenso, importantíssimo em família, alcançado apenas se houver investimento dos pais neste sentido.

3- Da regulamentação de visitas

Logo de início, a palestrante esclarece que o termo regulamentação de visita não é mais adequado, tendo sido substituído por regulamentação de convivência parental. Explica que pai e mãe não são visitas e que os progenitores devem ter responsabilidades com sua prole, sendo no convívio frequente que essas responsabilidades são exercidas. A singularidade de cada processo é destacada de modo que a convivência será estipulada de acordo com cada caso, observando as peculiaridades envolvidas.

4- Da Guarda Compartilhada

Esse tema é apresentado de forma bem didática e informativa. Informa-se que atualmente a guarda compartilhada, na qual os pais possuem autoridade equivalente, deveria ser a regra, e a exceção seria a guarda uniparental. A criança, segundo a conferencista, deve ter um lugar de referência, um endereço determinado, mas ter pleno acesso a ambos os pais. Essa convivência, em casos de crianças muito novas ou que foram afastadas dos pais por longo período de tempo, se dá de forma gradual ou até mesmo assistida por alguém do convívio diário da criança. Aponta em seguida que é muito comum os pais divergirem sob alguns aspectos da educação da criança e diz que seria melhor que conversassem e dialogassem com os filhos sobre essa questão divergente.

5- Da Alienação Parental

Informa-se sobre a chamada Síndrome da Alienação Parental, sua definição dada pela lei e os efeitos que a lei atribui àquele genitor ou responsável que a pratica, podendo chegar à inversão da guarda e outras sanções.

6- Da Pensão Alimentícia

Uma explicação bem detalhada é oferecida sobre a estipulação dos alimentos. O enfoque sobre esse tema é essencialmente jurídico. Os artigos do Código Civil que regulam a Obrigação Alimentar são apresentados bem como o binômio necessidade-possibilidade, observando-se as necessidades básicas dos alimentantes.

7- Do Papel do Advogado no Juízo de Família

É enfatizado na palestra que os advogados que atuam no Direito de Família devam ser mais sensíveis e menos beligerantes, para evitar o prolongamento do sofrimento das partes.

Ao final da palestra, é dado início ao processo de teor conciliatório, ou seja, as partes são encaminhadas às salas de audiência onde serão recebidas pelos conciliadores. O que se espera é que as palavras da magistrada sejam introjetadas nas partes e um acordo seja facilitado para a resolução do litígio daquelas famílias.

É evidente na fala da juíza que o aspecto emocional é mais valorizado do que a lei e a sentença. O discurso é investido da legitimidade social e o público se reconhece nele. Kehl (2003) ilustra que a restauração do espaço público não pode ser deixada a encargo do Um – um governante que

represente, no imaginário popular, o patriarca protetor. A costura do espaço público, ainda segundo a autora, só se legitima se for resultante do trabalho e do pacto entre os cidadãos. É neste contexto que a medida alternativa de busca de resolução de conflito tem tudo para se tornar eficaz e efetiva.

RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA

Neste estudo, pretende-se avaliar e discutir os efeitos de uma palestra que objetiva ser facilitadora do diálogo, ou seja, analisar se a palestra influencia na vontade de construção de um acordo. A apresentação realmente levaria a plateia a selar um acordo? Qual é a atuação do saber psicológico na conjuntura jurídica dos conflitos familiares? O lugar que a juíza ocupa influencia os espectadores em suas decisões? Como é vista a iniciativa por parte das pessoas em litígio?

Na tentativa de responder a essas questões, foram entrevistados 13 homens e 13 mulheres que figuravam como autores ou réus em processos judiciais ajuizados na 1a Vara de família do Fórum da Barra da Tijuca, no ano de 2011. No momento inaugural do processo, as partes citadas judicialmente, por meio de mandado, compareceram ao Auditório do Fórum da Barra da Tijuca em dia e hora designados pela Juíza Titular da Vara em questão, para assistir a uma “Audiência Prévia Coletiva”. Portanto, os sujeitos entrevistados figuravam como parte em ação ajuizada na 1a Vara de Família do Fórum da Barra da Tijuca e haviam assistido à referida palestra. Imediatamente após o término desta, e enquanto aguardavam serem chamados para a audiência de conciliação, os sujeitos foram convidados, individualmente, por um psicólogo, a falar sobre a experiência e sobre os possíveis efeitos por ela produzidos. Na ocasião, foi por eles assinado o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Levando em conta o objetivo de investigar em que medida a proposta de uma audiência prévia coletiva funciona como instrumento de facilitação de diálogo, a partir das entrevistas realizadas, levantamos quatro temáticas: humanização do processo, mobilização das partes, autoimplicação x distanciamento frente à criança e flexibilização da posição x culpabilização do outro.

Humanização do Processo

Afigura-se necessário para a facilitação de um diálogo desconstruir a noção adversarial tão própria da justiça tradicional. A partir da análise das entrevistas, foi possível observar que os entrevistados perceberam o espaço criado pela juíza na 1a Vara de Família da Barra da Tijuca como um ambiente mais humano, desconstruindo, assim, a ideia de um Judiciário belicoso, presente no imaginário das partes.

A surpresa dos entrevistados diante de um ambiente acolhedor comprova como o Judiciário é visto negativamente por aqueles que o procuram no intuito de solucionar seus conflitos domésticos. As falas abaixo refletem bem a impressão favorável das partes diante da atmosfera criada no auditório:

"Fiquei extremamente aliviada e cheguei até a me emocionar com o ambiente acolhedor e de diálogo que encontrei. Havia sido preparada para encontrar um campo de batalha."(f)1

"Gostei muito da palestra, pois esta humanizou o processo que pensava anteriormente ser só técnico."(m)2

Segundo Brito (1999), cada indivíduo que chega ao judiciário carrega consigo sua história, suas dores, seus medos, suas revoltas, seu desejos e tende a se sentir desamparado diante da frieza da lei. Assim, os sujeitos desta pesquisa, ao se verem diante de um discurso que priorizava aspectos emocionais e afetivos ao invés de aspectos formais e objetivos, comumente presentes nas ações impetradas em juízo, sentiram-se amparados, e, possivelmente, tiveram suas resistências minadas e a possibilidade de acordo, conseqüentemente, ficou mais iminente.

O teor psicológico presente no discurso da juíza traz uma importante contribuição para o Direito: humanizar o Judiciário na busca da construção do ideal de justiça (SILVA, 2009). Ainda, conforme Andrighi, (2000), a modernização do Poder Judiciário, que busca a diluição do conflito, deve ser pautada na humanização da justiça, através da sensibilidade do juiz, o qual reconhece que em cada processo existe um ser humano aflito.

1 feminino.

2 masculino.

Mobilização das Partes

É muito comum a desorientação do casal e da família após a separação, impondo-se a cada um a busca de parâmetros para se situar diante da nova condição (BRANDÃO, 2008). Por vezes, o insucesso em encontrar tais parâmetros faz com que os indivíduos levem seus conflitos ao Judiciário, acentuando ainda mais essa desorientação.

A palestra, tal como foi elaborada, resgata a subjetividade presente no processo, isto é, aborda o ponto de vista psicológico das questões sob decisão judicial e procura conscientizar os pais do lugar que a criança ocupa nas disputas familiares. São apresentados às partes fragmentos de suas vivências, angústias, incertezas por meio de testemunhos, metáforas e histórias narradas pela autoridade que possui grande intimidade com a matéria do conflito. A narrativa empática gera identificação e reconhecimento. Sobre isso, Vezzulla (2006:36) esclarece que o reconhecimento “envolve a capacidade de refletir não apenas sobre a sua situação, mas também sobre a situação do outro, a realidade e o sentir do outro.”

Os participantes que chegam ao Judiciário fragilizados pela experiência de enfrentamento se surpreendem novamente por estarem diante de alguém que os compreende e, portanto, se identificam e se reconhecem no discurso, como ilustrado a seguir:

"Me senti compreendido. Vi que o que está acontecendo comigo acontece com os outros. Me senti aliviado por alguém conseguir enxergar o que está acontecendo."(m)

"A palestra também me ajudou a pensar e a me colocar no lugar do pai do meu filho."(f)

"A palestra chegou a me emocionar, pois os casos ilustrados têm a ver com a minha vida, e o bem-estar da criança tem que estar sempre acima de tudo. "(m)

"A palestra me fez refletir muito sobre meu processo. Me identifiquei com várias passagens da palestra. Mudei até de opinião quanto a não deixar que os pais do meu ex-marido compareçam na festa do meu filho."(f)

Do exposto, se infere que, em meio ao sofrimento e às desorientações vividos pelos ex-casais em litígio, a palestra oferece subsídios para

melhor acolhimento e compreensão dos conflitos intra e interpessoais, possibilitando aos sujeitos reorganizarem seus objetivos.

Autoimplicação X distanciamento frente à criança

Na palestra, a criança, colocada pelos pais como objeto da disputa, é retratada como sujeito de direitos. Durante toda a apresentação, há uma tentativa de assegurar que, mesmo em meio a uma estrutura familiar falida ou conflituosa, deve haver o compromisso de preservar os vínculos entre cada um dos pais e as crianças envolvidas. Como efeito, muitos entrevistados afirmaram terem sido sensibilizados diante da situação vivida pela criança em meio ao litígio; todavia, os discursos apresentaram reações diferentes diante deste tópico. Por um lado, percebemos falas nas quais os sujeitos pareciam emocionalmente impactados pelo reconhecimento das consequências de suas próprias ações sobre os filhos, como ilustrado a seguir:

"Mexeu comigo a parte da palestra em que demonstrava que a criança é colocada no meio do conflito dos pais, que acabam descontando seus problemas nelas. Admito que usei minha filha para atingir meu ex-marido algumas vezes. A palestra me ajudou a refletir sobre o que fazia."(f)

"Após a palestra desisti de tirar da mãe a guarda do meu filho. Abri mão do atual processo e decidi continuar com a visitação como está, sempre que quiser, porém, usando o bom senso, como respeitar datas como o dia das mães."(m)

Por outro lado, encontramos, também, entrevistados cujo discurso poderia ser caracterizado como defensivo, ou seja, pareciam refletir o desejo de se mostrarem adequados, através de um discurso esperado pela sociedade e pela autoridade. Observa-se que as falas destes entrevistados estão na terceira pessoa do singular, como se estivessem distanciados e eles mesmos não tivessem responsabilidade alguma pela situação vivenciada pela criança.

"Enquanto os pais brigam, a criança é colocada no meio. Isso leva ao sofrimento da criança, que se sente culpada pelo conflito dos pais." (f)

"É preciso respeitar o desejo da criança." (f)

Com a finalidade de se restabelecer o diálogo e construir um acordo, os ex-casais devem repensar e legitimar seus lugares e atribuições no conflito. O que foi demonstrado por meio dos depoimentos é que o discurso, no que concerne à criança, foi percebido pelos sujeitos de duas formas distintas. Para alguns, a palestra teve um potencial transformador, para outros não provocou reflexão, confirmando apenas o que já se pensava anteriormente.

Flexibilização da posição x culpabilização do outro

Geralmente as disputas nas ações de família estão baseadas numa lógica adversarial em que um genitor tenta não somente mostrar que é mais apto para cuidar e educar os filhos, como expor as falhas do outro para tal função. Brito (1999) reconhece que esta lógica, presente nos encaminhamentos jurídicos no contexto do Direito de Família, favorece o aumento de tensão entre os ex-cônjuges, em função do enfrentamento que se impõe, levando, portanto, ao agravamento do conflito.

A palestra, foco do presente estudo, tem como intento principal facilitar o diálogo para uma maior mobilização em prol da conciliação. Nesse sentido, a fala da juíza tem por finalidade fornecer às partes a possibilidade de rever seus padrões de conduta. Assim sendo, o que se verifica é que, ao final da palestra, diante da questão sobre a intenção de conciliar, encontramos quatro posturas:

A primeira delas refere-se àqueles que demonstravam interesse em transigir e já haviam determinado essa intenção antes mesmo de assistir à palestra, que, portanto, estava alinhada com o desejo dos entrevistados, reforçando-o.

"Tenho o interesse de conciliar e já havia esse interesse antes de assistir a palestra." (f)

"Há o interesse de conciliar e já trouxemos o acordo pronto." (f)

A segunda diz respeito aos entrevistados para quem a palestra parece ter contribuído no sentido de dar maior segurança ao próprio movimento conciliatório.

"Já vim com a intenção em conciliar, mas agora acredito que esteja bem mais flexível." (f)

"Já cheguei certa de conciliar e, após a palestra, minha vontade só aumentou." (f)

Observamos, ainda, casos em que não havia a intenção de conciliar e a palestra veio provocar uma transformação que favoreceu o diálogo construtivo; isso é refletido nas falas abaixo:

"No começo, não pensava em fazer acordo. Depois da palestra, acho importante ter uma conversa mais sadia." (m)

"A palestra provocou em mim a transformação de desistir de pedir a inversão de guarda e da ação de regulamentação de visita." (m)

No sentido contrário às posturas anteriores e, em que pese o estudo em voga não possuir um foco quantitativo, destacamos que dos 26 sujeitos questionados sobre a intenção de conciliar, apenas 3 não demonstraram interesse na conciliação. Nos três casos, as respostas foram dadas por mulheres que atribuíram a impossibilidade de acordo ao pai da criança.

"Não há interesse em conciliar, pois o meu caso é diferente do que foi abordado na palestra. Gostaria que o pai da criança fosse normal, que não tivesse problema mental." (f)

"Acredito que não é possível conciliar, pois sou ré no processo e o pai da criança não quer conciliar." (f)

"Não vejo como conciliar se ele (o pai da criança) não mudar de atitude." (f)

Finalmente, vale a pena ressaltar o depoimento de uma entrevistada que, apesar da intenção de conciliar, julgou que um único encontro seria insuficiente para a construção de um acordo e optou pela mediação oferecida pelo tribunal. Neste caso, consideramos que a opção pela mediação se fez possível, porque na palestra tal opção é apresentada às partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudar a inserção da Psicologia na conjuntura judicial pertencente ao Direito de Família é uma questão de suma relevância. Como visto, vários autores exaltam a importância e a necessidade desse estudo, na evidência de que a matéria jurídica encontra-se impregnada de componentes psicológicos. Sabe-se, entretanto, que os procedimentos presentes no judiciário tradicional reforçam ainda mais as disputas familiares, causando prejuízos emocionais para todos os membros da família, em especial para a criança. Difícilmente a solução de conflitos familiares, na sua maioria de cunho subjetivo, se dará somente com a objetividade do Direito.

Nesse sentido, a Psicologia agrega conhecimento ao Direito, possibilitando um novo olhar que contempla a subjetividade entre as partes e favorece a construção de um espaço relacional que incentiva o diálogo e estimula o acordo.

A Audiência Prévia Coletiva, criada e elaborada com a finalidade de mobilizar as partes envolvidas em processos judiciais para a construção de acordos, é um movimento no sentido de buscar uma solução mais eficaz e justa diante de conflitos familiares, considerando-se que, antes de serem conflitos de Direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais e evitados de sofrimento.

Ao procurarmos verificar se a palestra funcionava como instrumento de facilitação de diálogo entre as partes, concluiu-se que, elaborada a partir de uma articulação dos saberes psicológicos e jurídicos, contribuiu, inquestionavelmente, para desconstruir a imagem de uma justiça pautada no modelo adversarial, provocou a humanização do processo e, portanto, facilitou o diálogo.

Entretanto, em que pese os resultados desta pesquisa apontarem para a promoção de um maior diálogo entre as partes, não foi possível averiguar se no momento da audiência de conciliação, realizada em seguida à palestra, este fato foi suficiente para que as partes obtivessem sucesso em selar um acordo. Para tanto, seria necessária uma nova investiga-

ção em momento subsequente ao estudado aqui. No entanto, vale refletir sobre a relevância de se criar uma “conciliação ampliada”, que contaria com a participação do psicólogo, viabilizando, assim, uma rica escuta interdisciplinar no campo da conciliação.

Enfim, é certo que iniciativas como a descrita aqui e o intercâmbio da Psicologia com o Direito, por meio de propostas inovadoras e criativas, contribuem para a implementação de mudanças do tratamento dado aos conflitos no âmbito do Judiciário, já que a construção de um espaço favorável ao diálogo é fundamental para alcançar a pacificação e a justiça social. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, T. **Mediação e conciliação: duas práticas distintas, dois paradigmas diversos**. Disponível em www.mediare.com.br. Acessado em 5 de outubro de 2011.

ALVES, J.F. **Psicologia aplicada ao direito de família**, 2002. Disponível em <http://jus.uol.com.br>. Acessado em 12 de junho de 2011.

ANDRIGHI, F.N. "Estrutura e organização do sistema jurídico brasileiro". Palestra Proferida em 19.06.2000 na Universidade de Salamanca. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br>. Acessado em 3 de novembro de 2011.

ARSÊNIO, J. "A mediação como facilitador dos processos judiciais". **Revista Psique Ciência e Vida**. São Paulo: Editora Escala, ano I, nº 5, p.38-44, 2007.

AZEVEDO, A.G.; BACELLAR, R.P. **Manual de autocomposição judicial**. Brasília: 2007. Disponível em www.trf4.jus.br. Acessado em 10 de setembro de 2011.

BACELLAR, R.P. "O poder judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos". In: PELUSO, A.C.; RICHA, M.A. **Conciliação e Mediação: Estrutura Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 31-37, 2011 a.

_____. "Técnicas de mediação para magistrados." In: PELUSO, A.C.; RICHA, M. A.: **Conciliação e Mediação: Estrutura Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 181-197, 2011b.

- BARROS, F.O. de. **Do Direito ao Pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BRASIL. **Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988.
- BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL, **Código de Processo Civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRITO, L.M.T. "De Competências e Convivências: caminhos da psicologia junto ao Direito de Família." *In*: BRITO, L.M.T. **Temas de Psicologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará, p. 171-185, 1999.
- BRANDÃO, E.P. "A interlocução do Direito à luz das práticas psicológicas em Varas de Família." *In*: BRANDÃO, E.P.; GONÇALVES, H.S. (orgs.). **Psicologia Jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Nau, p. 51-97, 2008.
- KEHL, M.R. **Em defesa da família tentacular**, 2003. Disponível em www.mariaritakehl.psc.br. Acessado em 10 de setembro de 2011.
- LEVY, L. "Quero falar com o Dr. Siro": o Poder Judiciário e a função paterna. *In*: Féres-Carneiro, T. (org.). **Família e Casal: arranjos e demandas contemporâneas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, p. 35-45, 2003.
- MÜLLER, F. G. "Insuficiência da justiça estatal, mediação e conflito." *In*: CRUZ, R.M.; MACIEL, S.K.; RAMIREZ, H.D.C. (orgs). **O trabalho do Psicólogo no Campo Jurídico**. São Paulo. Casa do Psicólogo, 2005.
- MUSZKAT, M.E. **Guia Prático de Mediação de Conflitos em Famílias e Organizações**. São Paulo: Ed. Summus, 2008.
- NAZARETH, E.R. "A construção da prática de mediação nos centros de integração da cidadania." Dissertação de Mestrado, Curso de pós-graduação em psicologia clínica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.
- SILVA, D.M.P. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Casa do Psicólogo, 2009.
- SILVA, E.Z.M. e CASTRO, L.R.F. **Psicologia Jurídica: para Concurso de Magistratura**. São Paulo: Edipro, 2011.
- VEZZULLA, J.C. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Hábitus editora, 2006.

Accountability* e o Processo de Construção de uma Nova Magistratura

MARCIUS DA COSTA FERREIRA

Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude da Capital/RJ.

1 - INTRODUÇÃO

Inúmeros são os desafios existentes em relação às questões estruturais que permeiam a Justiça no Brasil. Se me utilizo aqui da palavra "Justiça", é justamente para ampliar a dimensão deste debate e repensá-lo em um contexto que ultrapassa a ciência jurídica. Nesse sentido, a proposta apresentada neste trabalho é, a partir de um reconhecimento de uma demanda da sociedade, cujos desdobramentos indicam questões relevantes para a Justiça no atual cenário contemporâneo brasileiro, identificar um processo de construção de identidade de uma nova magistratura, utilizando como caso concreto as implicações de algumas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça.

2 - A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

O primeiro passo é o reconhecimento do momento especial vivido por todos nós: estamos no bojo de um caminho sem volta; colhemos, inevitavelmente, os frutos de uma reforma, resultado de um quadro global de transformações. Nesse percurso, o processo de modernização do Estado e da Administração Pública são as peças fundamentais para a solução de antigos conflitos. Se não se pode negar que o país – atualmente considerado uma economia emergente – ainda exige reformas básicas em seus diversos setores, que as promessas de bem-estar social pelo Estado estão

* Trabalho apresentado no curso "Sociologia Jurídica" realizado em 24 de agosto, 21 e 28 de setembro e 5 de outubro de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ.

longe de serem cumpridas e que persistem sérias questões de natureza estrutural; por outro lado, também não se pode negar que esforços vêm se consolidando para a transformação desse quadro — principalmente no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário.

A tão esperada Reforma do Judiciário, presente sobretudo com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/04, trouxe a promessa de uma nova Justiça, comprometida com o processo de redemocratização brasileiro e atenta às necessidades sociais. Assim é que, em anexo ao texto da Reforma, temos o I Pacto Republicano, assinado pelos Chefes dos três Poderes, em prol de um Judiciário rápido e eficiente, de maneira a valorizar a efetividade da prestação jurisdicional, que deverá estar em conjunção com os princípios constitucionais, principalmente o do acesso à Justiça e o da dignidade da pessoa humana. As transformações advindas foram tão produtivas, a ponto de no ano de dois mil e nove, ser assinado o II Pacto Republicano, cujos objetivos são o acesso à Justiça, a melhoria da prestação jurisdicional e o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições do Estado. Entre uma das medidas a serem adotadas para consolidar esses objetivos, encontramos a da conclusão das normas referentes ao funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, órgão criado com a Emenda Constitucional nº. 45/04, de natureza administrativa, cuja função essencial é, por meio de políticas de linhas de atuação e de planejamento de diretrizes, ser um centro contínuo de reflexão e aprimoramento para a esfera judiciária.

A importância do CNJ para o desenvolvimento do Judiciário não somente vai ao encontro de um dos pressupostos de existência de uma nova gestão pública, principalmente no que se refere à chamada *accountability*, como também contribui para a construção de uma nova magistratura, em que a figura do Juiz deve ser não mais associada à daquele que é a “boca da lei”, na conhecida expressão de Montesquieu, mas sim à daquele que está em constante transformação e reciclagem, acompanhando o dinamismo inerente às relações e mudanças sociais.

Aliás, podemos dizer que essa nova imagem já estava presente no espírito da Constituição Federal em que se substituem antigas teorias da jurisdição que conferiam ao juiz o encargo de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetendo-se a um positivismo acríptico, por uma jurisdição fundada nos princípios constitucionais. Para Luiz Guilherme Marinoni:

O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. (MARINONI, 2005, p.13-66)

Como se pode perceber, a leitura dessa “nova” jurisdição trazida pela Constituição de 88 implica a promessa de uma Justiça como instrumento de realização efetiva de direitos, individuais ou coletivos, e a figura do juiz como protagonista social, quase um agente político e gestor, garantidor do cumprimento desses direitos, atento às complexidades de uma sociedade em constante transformação. Esse ponto de mutação da magistratura brasileira foi tão significativo a partir da Carta Magna, que observamos, cada vez mais, o aumento de seu destaque a ponto de ser a magistratura até objeto de investigação científica. Ada Pellegrini Grinover, em obra publicada em 1998, destacou este ponto sensível, anterior à passagem assinalada, ao enfatizar a necessidade premente de mudança de mentalidade da magistratura:

O esquema burocrático e verticalizado da magistratura brasileira, a inexistência de controles externos, o próprio método de recrutamento dos juízes, a incorrência, até pouco tempo atrás, de cursos de aperfeiçoamento e especialização para os membros do Judiciário, o distanciamento dos julgadores, que tem reflexos até mesmo na linguagem, tudo isso tem levado, no curso dos tempos, ao excessivo corporativismo dos juízes, encastelados em posições de gabinete que pouco ou nada tem a ver com a realidade de uma sociedade em transformação. (GRINOVER, 1998, p. 25)

Ao contrário do que se depreende da citação acima, a realidade agora é outra. Desencastelando-nos cada vez mais dos nossos “castelos”, realizando cursos de aperfeiçoamento e especialização, desburocratizando a máquina administrativa, participando da arena do CNJ, consolidando

práticas de cidadania, delineamos com tintas, cada dia mais fortes, uma nova identidade profissional da magistratura.

No livro **A Reforma Silenciosa da Justiça**, publicado em 2006 e organizado pela Fundação Getúlio Vargas, temos significativos exemplos dessa mudança: esta obra reúne experiências pioneiras realizadas pelos Tribunais de Justiça e que foram contempladas com o Prêmio *Innovare* em razão das soluções adotadas para a Justiça Brasileira. Assim, os projetos apresentados no livro, e à época foram mais de quatrocentas propostas, indicam a concretização da reforma do Judiciário e sinalizam, indicando que a mudança ocorre no dia a dia, no cotidiano das Varas, dos Cartórios e Tribunais, onde se desenvolvem métodos de racionalização do trabalho e práticas que permitem o maior acesso à Justiça. Aproveito para dizer junto com Joaquim Falcão, no prefácio desta obra, que “definitivamente, o clima mudou!” E nesta reforma silenciosa, admitimos que o Judiciário não está mais sozinho, de forma que os outros Poderes e a própria sociedade começaram a reconhecer a sua parcela de responsabilidade e consequente contribuição. O autor nesse livro reconhece que uma das frentes para esta mudança é a formação dos juízes, sendo necessário um programa de formação que nos capacite para as tarefas gerenciais e estratégicas a serem enfrentadas.

3 - ACCOUNTABILITY E A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA MAGISTRATURA

Mas o que possibilitou esta mudança, ocorrida a partir da Constituição Federal até a nossa atualidade, para obtermos e perseguirmos estes resultados efetivos? É incontestável o fato de haver no contexto mundial, nas últimas quatro décadas, um quadro geral de transformações provenientes de alterações econômicas, sociais, políticas e tecnológicas, que têm causado forte impacto na atuação de empresas, não somente privadas, como também nas organizações do setor público. Essas mudanças causam maiores níveis de incerteza, complexidade e perplexidade para a tomada e implementação de decisões (CUNHA, 2010, p. 127). Este panorama mundial, a partir dos anos 80, levou as empresas privadas a responderem a tais desafios exercitando novas competências, caracterizadas principalmente pela capacidade de lidar com ambientes problemáticos e complexos, de maneira a utilizar o conhecimento, a informação e o aprendizado como ferramentas de combate. Segundo Armando Cunha:

Nessa perspectiva, tem-se testemunhado a utilização ampliada de novas modelagens, caracterizadas pela capacidade de reação rápida, contato permanente com os clientes, obsessão pela qualidade, desenvolvimento da cultura organizacional, inovação contínua, simplificação das estruturas orgânicas, mobilização dos recursos humanos por meio da delegação, utilização intensa de forças-tarefa entre outros conceitos e práticas. (CUNHA, 2010, p. 128)

A reação da iniciativa privada teve seu correspondente no setor público, em que assistimos a verdadeiros esforços de modernização administrativa. Logo, ante a fragilidade do Estado perante esta nova realidade, foi preciso a delimitação de uma política de gestão pública que engendrasses as regras institucionais e as práticas administrativas a nortearem todo o setor público no desempenho de suas funções precípuas. Assim, partindo-se da década de 80, percebe-se a intensificação de buscas de novas modelagens e referenciais para a Administração Pública, sendo uma dessas formas conhecida como Nova Gestão Pública (*New Public Management* – NGP). Podemos indicar como pontos centrais desses movimentos reformadores a revisão das relações estabelecidas entre o centro governamental e os variados órgãos públicos da Administração e a ampliação da *accountability* por resultados. Esta fase pós-burocrática existente em nossa contemporaneidade tem como fundamentos o planejamento estratégico e operacional, a redução de custos, a utilização de medidas de desempenho, avaliação e auditoria, o contínuo controle de gestão, a orientação para os “clientes” e a transparência.

Retomando o eixo do presente trabalho, a denominada *accountability* configura-se como elemento mediador contemporâneo entre uma demanda social já antiga e o delineamento de uma nova Justiça brasileira. Nesse sentido, estamos muito próximos a uma compreensão sociológica do Direito, pois para a Sociologia Jurídica, este é uma ciência essencialmente social, proveniente da sociedade e para a sociedade. A noção de *accountability* nessa direção vai ratificar uma das consequências do uso da concepção sociológica do Direito, pois, para Cavalieri, este foi democratizado quando passou a ter origem na sociedade. Conforme o autor, o acesso à Justiça passou a ser sua principal finalidade, “(...) o povo passou a ter consciência dos seus direitos como aspecto da cidadania; o Direito ganhou as ruas, as praças e fez-se linguagem de todo o povo.” (CAVALIERI, 2004, p. 9).

Dessa forma, para a sobrevivência digna da “máquina” do Judiciário, é preciso, antes de tudo, haver comprometimento com as necessidades e demandas sociais. Ainda que sejamos herdeiros da *civil law*, este momento de impasse institucional foi mais do que reconhecido e superado: ou a ciência jurídica acompanharia o dinamismo das relações sociais, indicando soluções viáveis e adequadas para se manterem a paz e a ordem no Estado Democrático de Direito, ou se tornaria totalmente obsoleta e despida de qualquer utilidade, faltando com a devida prestação jurisdicional. E, nessa equação surgida, a *accountability* foi um dos termômetros medidores da contenda.

Mas, para melhor entendermos a amplitude da questão, necessário seria nos perguntarmos: qual é o significado desta palavra? Transparência, prestação de contas, obrigação de resultados, responsabilidade, imputabilidade, controle? Tão grande é a complexidade do tema, que é suficiente para a produção de artigo científico, como assim o fez Anna Maria S. Campos em “*Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?” A resposta a essa pergunta ultrapassa os limites deste texto, no entanto é possível uma tentativa de aproximação principalmente no que se refere às relações entre este vocábulo e a construção de uma nova identidade para a magistratura brasileira. Para Campos, o debate em torno desta palavra percorre a compreensão de seu significado, o qual deve anteceder o esforço de mera tradução literal, assim *accountability* tem a ver com as relações entre a Administração Pública e o seu público, ou seja, é também a própria noção de público. Nesse sentido, podemos dizer que este termo expressa a “obrigação” que a organização, a Administração Pública, tem em prestar contas dos resultados obtidos em função da posição e do poder ocupados. Logo, a ampliação e o uso dessa forma de agir traz como consequências uma maior preocupação com a probidade, a qualidade e a transparência.

Logo, praticar o conceito de *accountability* é estabelecer no âmbito do Judiciário uma Justiça social que dialoga com os demais Poderes e atende a antigas necessidades sociais, engajada com o processo de redemocratização brasileiro. Nesse contexto, temos com a atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça práticas indicadoras na direção de transparência, prestação de contas e responsabilidade – no sentido primeiro da palavra, ou seja, de dar uma resposta à sociedade -; tais práticas, por sua vez, vêm consolidando e ajudando a engendrar uma nova imagem da magistratura brasileira.

Assim, utilizaremos como casos exemplares de atuação do CNJ no processo de transformação da magistratura as Resoluções que versam sobre o critério de mobilidade funcional, por meio de remoção, permuta e promoção, e a que dispõe sobre a necessidade e importância de constante aperfeiçoamento na carreira.

Apesar de haver uma reconhecida juvenilização da magistratura brasileira, o que é até desejado por muitos em razão da função de oxigenação do Judiciário, percebe-se que, em certo momento, este movimento é estagnado por causa das dificuldades de progressão em uma carreira cuja estrutura apresenta-se afunilada. Nesse caso, temos a Resolução do CNJ de nº. 106, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau, e a Resolução de nº. 32, que dispõe sobre as remoções a pedido e permuta de magistrados de igual entrância e que foi alterada pela Resolução nº. 97. Essas Resoluções complementam o texto constitucional, de forma a transparecer e objetivar melhor os critérios de promoção na carreira anteriormente previstos. Segundo Fragale Filho, a adoção de uma maior transparência, referente às questões de mobilidade funcional, diminui a opacidade anteriormente hegemônica, confere visibilidade à questão, propiciando inclusive uma espécie de controle realizado de fora para dentro, de modo a eliminar quase que totalmente qualquer espécie de subjetivismo. Ou seja, a mobilidade funcional na carreira deixou de ser assunto *interna corporis* para ganhar dimensão institucional, cujo carro-chefe é a transparência (FRAGALHO FILHO, 2010, p. 113).

Um importante ponto a ser observado aqui diz respeito à crítica realizada por muitos aos critérios de aferição de produtividade dos magistrados, previstos nas Resoluções do CNJ, serem uma espécie de controle de decisão judicial, constituindo um atentado ao princípio da autonomia dos Poderes e uma ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito. Até que ponto os atos administrativos e as políticas estabelecidas pelo CNJ seriam uma réplica de um modelo ditatorial ao homogeneizar e quantificar a produtividade e a função judicante? Sem deixar de reconhecer os riscos, ou melhor, os desafios de uma agenda excessivamente quantitativa, e todas as implicações contidas em um processo de homogeneização nacional, é possível repensar esta questão pelo viés da *accountability*. Ou seja, em vez de controle, melhor pensar que temos a opção da porosidade e o direito à informação e resposta à sociedade; em vez de subjetivismo e

discrionariedade, tem-se um movimento de normatização e a adoção de critérios objetivos; em vez de falta de autonomia, tem-se uma nova forma de gestão.

Importante ressaltar que, em relação à questão da aferição da produtividade, o CNJ já decidiu sobre a necessidade de ampla publicidade de dados informativos dos candidatos, além de ter estabelecido que a vinculação da aferição de produtividade a dados quantitativos não pode retirar a liberdade de convicção do examinador e que o livre exercício do ofício e o respeito do princípio do livre convencimento motivado restam prejudicados pelo critério que vincula a qualidade da sentença à sua confirmação pelo segundo grau (cf. PCA nº. 2008.10.00.001799-0, relator conselheiro Altino Pedrozo dos Santos).

Outra importante e muito recente Resolução a ser indicada é a de nº. 159, de 17 de outubro deste ano, que dispõe sobre a formação de magistrados e servidores do Poder Judiciário. Nesse ato administrativo, chamo a atenção para a utilização, entre outros argumentos, do art. 29 do Código de Ética da Magistratura que preceitua ser a exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados um dos fundamentos do direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça. A preocupação da atualização e aperfeiçoamento dos servidores e agentes do Poder Judiciário indica a abertura do Judiciário às demandas da sociedade, e o reconhecimento de que o juiz deve se desfazer de qualquer imagem e atitude de encastelamento para se humanizar, constituindo uma nova identidade como cidadão, participante de uma sociedade. Essa atuação é registrada em decisão do CNJ em que se admite que o juiz, hoje, “é um partícipe da sociedade; ele tem que estar integrado; tem que sentir o próprio sentido etimológico da palavra sentença ‘daquele que sente’. E, para sentir, ele tem que participar da vida; ele não pode ser homem afastado do seu cotidiano; enfim, ele tem que ser humano.” (cf. PP. nº. 75, relator conselheiro Marcus Faver)

Esta preocupação em integração social da figura do magistrado se reflete especialmente na dimensão acadêmica da necessidade e revalorização da formação humanística, filosófica, sociológica e política, que são temáticas agora presentes tanto no concurso para ingresso no corpo da magistratura quanto no curso de formação e nos de aperfeiçoamento. Cabe observar que essa política de ação já vem sendo há bastante tempo

adotada pelo nosso Tribunal; vale lembrar que, em artigo publicado em 2005, a desembargadora Leila Mariano já estava atenta às metas e filosofias educacionais a serem desenvolvidas pela Administração do TJRJ, que:

(...) elegeu como filosofia estabelecer seu foco prioritário nas pessoas. Assim, há cerca de oito anos vem buscando disseminar o conceito de gestão compartilhada, através da conscientização e capacitação dos magistrados e servidores de seu importante e indelegável papel de administradores.

Em razão disto, as duas Escolas, da Magistratura e de Administração Judiciária, vêm sendo desenvolvidas para servir como celeiro da transformação cultural, indispensável ao sucesso de projeto de fortalecimento e modernização de gestão tão complexo como o que está sendo implementado no Judiciário deste estado. (MARIANO, 2005, p. 166-167)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diversidade de direitos conquistados nos últimos anos é extensa a ponto de historiadores identificarem o século XX como a “Era dos Direitos”. Em nossa contemporaneidade, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos é não somente efetivado, como também leva em conta o fato de aquele representar um ser social, de forma a haver cada vez mais intenso estreitamento e diálogo entre as ciências sociais e as ciências jurídicas. O Brasil, como não poderia deixar de ser, se integra a essa nova ordem mundial, mas há ainda um caminho a ser percorrido entre a letra da lei e sua plena eficácia social. Todavia, há, ainda sim, observando-se o senso comum, influenciado pela mídia e pela opinião pública, resquícios da construção — cuja realidade, felizmente, está em pleno processo de transformação — da imagem de uma Justiça no Brasil como um torvelinho infundável de problemas: morosa, com um modelo de burocracia tradicional, ineficaz, onerosa, incapaz de exercer sua função precípua de forma simples e objetiva. O que se sedimentou no passado para a sociedade brasileira com o passar do tempo é a ideia de uma Justiça como um verda-

deiro processo kafkiano, e o juiz como um semideus intocável e inabalável em suas vestes talares. Além disso, lidamos não somente com um desafio, mas com dois: o primeiro é desenvolver de forma eficaz e contínua essa reforma – cuja implementação e desenvolvimento já se iniciaram; o segundo é desfazer o pensamento equivocado de que a origem do problema da crise do Judiciário repousa somente neste.

A concretização das mudanças ocorridas nesse cenário anterior, a partir da implementação da Reforma do Judiciário, indica que a construção de um novo modelo já é uma realidade, e que neste processo vem se formando uma nova identidade da magistratura brasileira. Este novo juiz é agora atuante e gestor de uma espaço de Justiça, que se tornou um espaço de exigibilidade da democracia. Dessa forma, o ato de julgar, função primeira de nossa atividade, ultrapassa a mera adequação do caso concreto à moldura legal, e exige, nas palavras de Paul Ricoeur, uma recapitulação de todos os seus significados usuais: julgar é opinar, avaliar, considerar verdadeiro ou justo, por fim, tomar posição. ❖

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Anna Maria S. “Accountability: quando poderemos trazê-la para o português?” In: **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 1990, v. 24, n. 2, p. 3-50.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, 11ª edição.

CHIAVENATO, Idalberto. **Comportamento Organizacional – a dinâmica do sucesso das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Atos administrativos - Resoluções”. Brasília, outubro de 2012. Disponível em [HTTP://www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br).

CUNHA, Armando. “Os desafios ao Estado, à governança e à gestão pública: explorando ideias para subsidiar os esforços de reforma da gestão nas organizações do Poder Judiciário”. In: **Poder Judiciário – Novos olhares sobre gestão e jurisdição**. (organizador: José Ricardo Cunha). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 127-148, 2010.

FRAGALE FILHO, Roberto. “Reconfigurações profissionais da magistratura: um exercício (preliminar) a partir da jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça.” In: **Poder Judiciário – Novos olhares sobre gestão e**

jurisdição. (organizador: José Ricardo Cunha). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 97-125, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2ª edição, 1998.

MARIANO, Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro. “Escola de Administração Judiciária: experiência do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro” *In: A Reforma do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 165-180, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. “A jurisdição no Estado contemporâneo”. *In: Estudos de Direito Processual Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13-66, 2005.

RICOEUR, Paul. **O Justo – A Justiça como regra moral e como instituição.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Há Motivos para Reincidir na Reincidência?

Marcos Augusto Ramos Peixoto

Juiz de Direito - TJERJ

“Minha hipótese é que a prisão esteve, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos. Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósito de criminosos, depósito cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. Isso não é verdade. Os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para mostrar. Desde o começo, a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa” (Michel Foucault).¹

É um grave equívoco reincidir no mesmo erro.

Mais ainda quando tal erro afronta a Constituição Federal.

¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 75.

Partiremos aqui das brilhantes considerações do eminente juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rubens Roberto Rebello Casara, lançadas nos autos do Processo nº 0000623-76.2011.8.19.0001², para traçar algumas considerações em torno da inconstitucionalidade de reincidência, assim como de todas as previsões legais paralelas acerca de “*antecedentes*”, “*conduta social*” ou “*personalidade*” do alegado autor de um delito. Diz o magistrado:

“Aduzo que não pretendo abdicar dos fatos descritos na denúncia para julgar o autor. Impossível substituir a moderna noção de culpabilidade pela ultrapassada ideia de periculosidade do réu ou por outros meios de valoração moral da pessoa do acusado (lições de SALO DE CARVALHO). Nesse sentido, deve-se preservar a diretriz da presunção de inocência (artigo. 5º, LXII, da Constituição da República).

De igual sorte, não há como analisar a “personalidade do agente”, posto que no curso do processo não foi solicitada pelas partes a realização de testes objetivos (MMPI, MCMI, STAI, ...) e projetivos (TAT, teste de Rorschach,...).

Não se desconhece que o arbítrio judicial na análise das chamadas “circunstâncias judiciais” existe e é fonte de violações à normatividade constitucional, na medida em que não podem ser (razoavelmente) justificadas na fundamentação das sentenças e impedem (ou dificultam extraordinariamente) o contraste dialético exigido pelos princípios da ampla defesa e do contraditório (como contradizer a seca afirmação “personalidade voltada para o crime”?). Procura-se, nesta sentença, fugir dessas (habituais) práticas antigarristas. Nesse sentido:

PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. *As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no artigo. 59 do Código Penal, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e*

² Disponível na internet em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=146&descMov=Senten%E7a>, consultado em 15 de fevereiro de 2013.

não para lhe agravar a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face à boa conduta e/ou boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta (lato sensu) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o” (Apelação Criminal nº 70000907659, 6ª Câmara Criminal, TJRS, Des. Sylvio Baptista, j. 15.6.2000).

Assim, o acusado, em que pese as anotações de sua folha penal, não merece resposta penal acima da mínima prevista em abstrato para o crime."

Esta é, portanto, a primeira linha argumentativa, diretamente relacionada aos “*antecedentes*”, à “*conduta social*” e “*à personalidade do agente*” previstas no artigo 59 do Código Penal, estreitamente vinculadas a um ultrapassado e autoritário direito penal do autor, que visa a punir os alegados praticantes de delitos não pelo que fizeram de acordo com a imputação deduzida nos autos (e, portanto, em (des)consideração aos princípios da ampla defesa, contraditório, e da correlação entre acusação e sentença), mas sim pelo que teriam feito antes disso e, principalmente, pelo que seriam enquanto cidadãos e seres humanos, fatores de todo estranhos a um processo criminal garantista, que não se coaduna com teses afetas ao direito penal do inimigo que pretendem, a partir de um indesejável etiquetamento³, prolongar no tempo, com severos reflexos penais, o passado como se fosse presente e possível futuro (i.e., a malfadada “*periculosidade*”, via de regra pretensamente aferida por exames superficiais em que se pretende diagnosticar a “*personalidade*” do autor do fato, como se tal fosse possível em duas ou três entrevistas⁴), sem qualquer mínimo respal-

³ “A partir do momento em que alguém entrava na prisão, se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinquente” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.76).

⁴ “Estas referências a anteriores delitos em nada se ligam ao fato posterior, somente sendo relevantes pela convenção legal estabelecida em torno de uma presumida periculosidade do agente que, na grande maioria das vezes, é

do em provas ou mesmo argumentos mais sólidos que não meras sentenças vazias de conteúdo e sentido, considerações de ordem moral (quando não religiosa), frases feitas e raciocínios estigmatizantes, com graves prejuízos, enfim, aos princípios da secularização e da dignidade da pessoa humana – e, portanto, implicando em indisfarçável inconstitucionalidade.

Quem melhor e mais detidamente analisou todas essas nuances, certamente, foi Alexandre Morais da Rosa, em sua brilhante obra **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Para este culto magistrado de Santa Catarina, *“as ‘circunstâncias judiciais’ previstas no art. 59 do Código Penal, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as circunstâncias e consequências do crime, precisam ser analisadas mais detidamente, uma vez que a ‘pletora de significantes’ é utilizada de maneira antigarantista, desprezando-se o processo de secularização da sociedade contemporânea. De sorte que o julgamento, bom se lembrar, é da conduta e não da pessoa do acusado que, todavia, na fase de aplicação da pena é esquecido em nome da ‘Defesa Social’, pois, como afirma Carvalho, em obra pioneira, “no momento da sentença penal condenatória, o sistema revela toda sua perversidade e ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado com averiguação probatória.” Nesse pensar, Andrade possui razão ao argumentar que tudo já se encontra em frases feitas repassadas nos ‘cursinhos para concurso’, depois utilizadas na prática forense, sem qualquer reflexão crítica, tornando as decisões absolutamente nulas num ‘Estado Democrático de Direito’”*.⁵

Vale, então, considerar as palavras desse autor acerca de cada um dos temas acima apontados:

averiguada através de exames psicológicos ou psiquiátricos que não duram mais que uma hora, bem como pelos contatos que o juiz mantém com o processado. Isso se constitui em um absurdo técnico. A averiguação destes meandros internos de formação psíquica do agente demanda a realização de uma investigação muito longa, o que tem sido impossível. Em nosso sistema judicial-punitivo, em razão das enormes carências que o mesmo apresenta. Não raras vezes percorrem os indivíduos uma vida inteira sem que tenham conseguido descobrir a verdadeira personalidade de pessoas que lhes são muito próximas. O que dizer então das investigações psicológicas de uma hora ou duas que levam a uma classificação dos homens em perigosos ou não perigosos, em disciplinados ou não disciplinados? O que é possível inferir-se é que a manutenção da reincidência no sistema, mais uma vez, realça o caráter estigmatizante que sempre maculou o direito penal. Essa distinção convencionalizada acerca dos graus de agravação em razão dos delitos anteriores, aponta, na verdade, a função simbólica da pena, com o objetivo de reafirmar a autoridade do Estado frente ao indisciplinado” (COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 194).

5 ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**, disponível na internet http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/decisao_processo_penal_alexandre_rosa.pdf consultado em 15 de fevereiro de 2013, p. 348/349.

Sobre os **antecedentes**: “...Suannes, após invocar os Direitos Humanos e discorrer sobre a construção doutrinária e jurisprudencial dos ‘antecedentes’, afirma corretamente: ‘Tais considerações [da Escola Positiva] são absolutamente incompatíveis com o pensamento da Criminologia contemporânea, que não mais vê na pena propósitos reeducacionais ou recuperadores, mas tão somente aquilo que, na prática, ela realmente é: uma retribuição por aquilo que se fez. Fez, pagou. Caso encerrado. Censurável eticamente esse bis in idem (o fato anterior é levado em conta duas vezes: quando sentenciado lá e quando sentenciado aqui!)’”. De sorte que, levando-se a sério os Direitos Fundamentais, nada pode ser considerado como ‘maus antecedentes’, eis que as construções ‘positivas’, manifestadas pela ‘periculosidade’ e ‘Defesa Social’ foram desterradas de uma sociedade que se quer democrática, sendo o agravamento evidente bis in idem”.⁶

Sobre a **conduta social**: “A conduta social, também na linha da ‘mentalidade criminológica’ (Rauter) vasculha qualquer situação da vida pessoal para ali encontrar, retoricamente, um motivo para majoração da pena. Qualquer pessoa possui na sua ‘história progressa’ situações traumáticas, geradoras de situações psicológicas (neuroses, psicoses, etc.) e qualquer acontecimento é pescado para justificar a majoração da pena. O passado é retomado, não no sentido que pretende a psicanálise, mas para justificar o presente, a pena.

...

Ninguém discute que a ‘seleção’ e o ‘etiquetamento’ daqueles que serão pegos pelas malhas da Justiça recai sobre a população excluída, em que o modelo ‘tradicional’ de família não vigora, e é tão democrático como o de qualquer outro; inexistente um modelo ‘chapa branca’ de família, malgrado alguns totalitaristas ainda de plantão. A miséria, a exclusão, então, no momento da aplicação da pena são novamente invocados para, desde uma perspectiva de ‘periculosidade’ e ‘Defesa Social’, prevenir-se do ‘outro’, do ‘estranho’ (Freud), prendendo-o o maior tempo possível. Pura canalhice”.⁷

⁶ Idem, *op. cit.*, p. 351.

⁷ *Ibidem*, p. 354/355.

Sobre a personalidade do agente: “Sobre a ‘personalidade’ do agente, os julgamentos moralizantes desfilam com todo o vigor. Autoarvorando-se em censores de toda-a-ordem-moral, a maioria dos magistrados adjetivam muito mais do que democraticamente poderia se esperar. Julgam, enfim, o ‘pária’ com um desdém demoníaco, em nome da ‘segurança jurídica’ e do ‘bem’, obviamente. Apesar de assim procederem, suas pseudoconstatações são o mais puro exercício de imaginação, quiçá um autojulgamento, projetando no ‘outro’ seu ‘inimigo interno’ (Abreu), sem, ademais, qualquer hipótese comprovada, refutável em contraditório, mas tão somente impressões pessoais, lugares-comuns, incontroláveis, fascistas.

*A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: ‘o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade – cada um a tem como entende’. (...) Mais, a alegação de ‘voltada para a prática delitiva’ é retórica, juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispendo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ dessa natureza”.*⁸

Portanto, o que um ser humano **fez** ou **foi** em seu passado, ou **é** no presente, não necessariamente se refletirá em seu futuro, nem tampouco pode servir para puni-lo de forma mais gravosa⁹, mormente quando seu agir já foi objeto de consideração e punição pelo sistema penal em senten-

8 *Ibidem*, p. 351/352.

9 “Quando o discurso jurídico-penal pretende legitimar a sanção ao homem **pelo que é** e não **pelo que fez**, quebra um princípio fundamental do direito penal de garantias, que é a intangibilidade da consciência moral da pessoa, sustentada com a mesma ênfase através de argumentos racionais e religiosos: trata-se de uma regra laica fundamental do moderno Estado de Direito e, ao mesmo tempo, da proibição ética de julgar evangélica (Mates, VII, 1; Paulo, Epístola, XIV, 4) (cf. FERRAJOLI). É inquestionável que quando se quebra esta regra e se entra, ainda que com pretensões limitadas, num direito penal de autor, abre-se caminho para o exercício de um poder meramente disciplinar, que exalta a ordem como um valor autônomo, onde vêm se juntar ambos os discursos de justificação da reincidência (o que pretende o injusto maior e o que pretende a maior culpabilidade). A quebra desta regra implica na quebra do princípio fundamental que, desde 1948, preside a elaboração da teoria dos Direitos Humanos: **todo ser humano é pessoa**. Pode-se mesmo dizer que todo o resto da teoria dos Direitos Humanos é exegese e desenvolvimento desta afirmação fundamental, ameaçada a partir do momento em que o Estado se atribui o direito de julgar o ‘ser’ dos homens” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Reincidência: um Conceito do Direito Penal Autoritário”, in **Livro de Estudos Jurídicos** n.º 6, Rio de Janeiro: IEJ, 1993, p. 57/58).

ça condenatória transitada em julgado, pelo que neste ponto alcançamos especificamente a questão da **reincidência** enquanto agravante e como critério norteador (e prejudicial) da concessão de inúmeros benefícios ¹⁰.

Retornemos, então, às considerações de Rubens Casara:

“Reconheço, ainda, a ilegitimidade/inconstitucionalidade da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal (lições de ZAFFARONI). Os princípios da secularização e da dignidade da pessoa humana impedem que um cidadão seja punido duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*). Ninguém pode ser punido pelo que é (ser traficante, ser criminoso), mas tão somente pelo que faz (ato de traficância, ato criminoso). O conceito de reincidência é autoritário (uma espécie de estigma inquisitorial) e mostra-se em oposição às diretrizes constitucionais (liberdade, dignidade humana, presunção de inocência,...). Agravar a pena por um fato pretérito, pelo qual o agente já foi punido, é ressuscitar a culpabilidade do mesmo, instrumental teórico de sistemas totalitários.

Não há que se falar em maior reprovabilidade (culpabilidade) da conduta do réu reincidente. Vale, sobre o tema, relembrar as lições de FIGUEIREDO DIAS: “*A verdadeira função da culpabilidade no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpabilidade*

10 Dentre outros, a “reincidência provoca uma série de efeitos no sentido da agravação da situação jurídica do agente, tais como: (a) aumento da pena na condenação pelo crime posterior (causa legal de aumento de pena), (art. 61, I, do CP); (b) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes (última parte do art. 67 do CP); (c) impede a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP); (d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, do CP); (e) interrompe a prescrição (art. 117, VI, do CP); (f) impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (arts. 44, II, 60, § 2.º, e 77, I, do CP); (g) obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto ou o semiaberto, salvo tratando-se de pena de detenção (art. 33, § 2.º, b e c, do CP); (h) produz a revogação obrigatória da suspensão condicional da pena na hipótese de condenação por crime doloso (art. 81, I, do CP); (i) autoriza a revogação facultativa, na hipótese da condenação por crime culposo ou por contravenção penal, desde que não imposta pena privativa de liberdade (art. 81, § 1.º, do CP); (j) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade (art. 86 do CP); (k) autoriza a revogação facultativa do livramento condicional, em caso de crime ou contravenção penal, se não imposta pena privativa de liberdade (art. 87 do CP); (l) revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação à pena que não seja de multa (art. 95 do CP); (m) aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (caput do art. 110 do CP); (n) impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição da pena, como nas hipóteses dos arts. 155, § 2.º; 170 e 171, § 1.º, do Código Penal); (o) impede a concessão da fiança na hipótese da condenação por crime doloso (art. 323, III, do CPP)” (FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Freitas. “Reincidência e Repressão Penal”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Nov / 2009, v. 81, p. 92).

não é fundamento da pena, mas constitui o seu limite inultrapassável, obtemperando que é um veto incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar” (Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999).

A pena privativa de liberdade, dizem os manuais, serve para a regeneração individual (lições de RAYMOND SALEILLES). Trata-se de uma obrigação que o Estado declara pretender cumprir. Ora, o (esperado) fracasso estatal na atuação regeneradora não pode ser imputado ao indivíduo, réu-objeto da política carcerária brasileira. Ademais, com as desigualdades sociais encontradas no Brasil, facilmente percebe-se que a agravante não produz qualquer desestímulo ao desvio tipificado como crime. Como diz o Desembargador ARAMIS NAS-SIF, *“a pena é um mal necessário. A reincidência, não. Sem função teleológica, sem aplicação a agravante. Nada a justifica” (Reincidência: necessidade de um novo paradigma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).*

Ademais, a intangibilidade da coisa julgada (artigo. 5º, XXXVI, da CR) é mais um argumento para impedir a agravação da pena em razão de outro fato (outro crime) já definitivamente julgado (nesse sentido: processo nº 70001004530 – Apelação Criminal, TJRS, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sylvio Baptista)”).

Roberto Lyra assevera com precisão que *“a reincidência (de recidere – recair) não se subordina aos critérios da responsabilidade e sim aos da periculosidade. Não é à técnica jurídica, porém à política criminal, que devem ser pedidos os seus fundamentos, as suas modalidades e os seus efeitos. A doutrina não conseguiu unanimidade, sequer, para a inclusão da reincidência entra as agravantes”*¹¹⁻¹², indicando com isso, já em 1942, se tratar de opção de **política criminal** (mais ou menos democrática e humanística¹³,

11 LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1942, v. 2, p. 282.

12 Idêntica dificuldade é salientada por Zaffaroni: *“É difícil fornecer um conceito satisfatório de reincidência em nível internacional, dado que os esforços que vêm se realizando nesse sentido, há décadas, não se mostram alentadores, como demonstram as tentativas feitas no Congresso Internacional de Criminologia de 1955 e no Curso Internacional de 1971 (cf. BERGALLI)”* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 49).

13 Roberto Lyra aponta alguns “usos” da reincidência no passado longínquo: *“O chamado direito bárbaro desconheceu o problema, que voltou a ser mais caracteristicamente enfrentado sob Liutprando. Assim, no 14º ano de seu reinado (726), cominou-se pena mais severa para o segundo furto, exacerbada no terceiro até o banimento. As capitulares de Carlos Magno puniam o primeiro furto com a perda de um olho; o segundo, com a perda do nariz e o terceiro, si se non emenda verit, com a morte. A constituição carolíngia considerava a reincidência no furto e sancio-*

como veremos em seguida) que, por óbvio, há de se submeter aos ditames da Constituição Federal como pressuposto de sua validade.

E tal submissão **inexiste**. Vale dizer: o instituto da reincidência (mais ainda – se é que é possível – que os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente...), bem como todos os seus corolários (regras positivadas que ora aumentam a pena, ora impedem benefícios despenalizadores como a suspensão condicional do processo ou a transação penal, ora afastam institutos desencarceradores como as penas alternativas ou o *sursis*, ora dificultam benefícios na seara da execução penal, etc.), não se coadunam com os princípios penais, expressos ou implícitos, contidos na Constituição Federal.

Cabe mencionar aqui o breve excuro histórico levado a efeito pelo IBCCRIM no memorial¹⁴ apresentado na qualidade de *Amicus Curiae* perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 591.563-8¹⁵, e que demonstra claramente os resquícios de periculosidade inerentes ao direito penal do autor ínsitos à reincidência:

“No sistema da Parte Geral do Código Penal de 1940, um dos fatores de presunção da *periculosidade* era, justamente, a reincidência em crime doloso (antigo artigo 78). Seriam presumidamente perigosos: (a) os inimputáveis, (b) os semi-imputáveis, (c) os condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, se habitual, (d) *os reincidentes em crimes dolosos*, e (e) os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha.

Presumida a periculosidade, sobreviria o *estado perigoso*. “A *reincidência* – dizia Hungria – *é sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte.*”

Em 1984, com a vedação da possibilidade de imposição da medida de segurança (sistema do duplo binário) ao reincidente, a agravante permanece como forma de prolongar sua

nava o terceiro furto com a morte, vislumbrando-se a reincidência também no perjúrio” (LYRA, Roberto, *Op. cit.*, p. 281) – que o legislador brasileiro não nos leia, e não tire daqui algumas “novas” ideias punitivas...

¹⁴Disponível na internet em http://www.ibccrim.org.br/novo/docs/amicus_curiae/RE_n._59156-8Reincid%C3%Aancia.pdf, consultado em 18 de fevereiro de 2013.

¹⁵ Abrangido pelo julgamento com Repercussão Geral do RE 453.000/RS, abaixo mencionado.

pena. Nota-se, pois, que apesar da orientação da Reforma em direção à implementação da responsabilidade penal baseada na culpabilidade, o fundamento periculosista, típico do sistema de *direito penal de autor*, é mantido”.

Evidenciada, assim, também historicamente, a permanência, na reincidência, de sua natureza perigosista com origem e fundamento no direito penal do autor, ninguém melhor do que Alberto Silva Franco estudou a colisão daquele instituto com os princípios constitucionais garantistas, pelo que compete analisar suas considerações, que podem ser resumidas nos seguintes tópicos:

Princípio do *ne bis in idem*: há clara colidência da reincidência com este princípio implícito, que é uma decorrência lógica dos princípios da legalidade e proporcionalidade, e que veda, sob ótica processual, múltipla persecução penal quanto a um mesmo fato acerca da mesma pessoa, e sob ótica material proíbe a dupla valoração penal de fato precedente na forma da inaceitável aplicação de um *plus* de pena ao fato subsequente por mera decorrência da condenação anterior.¹⁶

Princípio da legalidade: a reincidência acarreta uma estranha ultratividade da condenação anterior, afastando o juiz, no momento da aplicação da pena, dos fatos analisados no segundo processo, aplicando uma reprimenda superior à cominada ao segundo delito por fatores extra autos.¹⁷

16 “Prima facie vislumbra-se um ponto de colisão no desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*, princípio esse que, embora não esteja expressamente consignado na Constituição Federal, tem inafastável conexão com os princípios da legalidade e da proporcionalidade. O significado fulcral do princípio constitucional *ne bis in idem* reside no seu caráter bifronte: uma face processual e outra material. Sob a primeira perspectiva, o princípio inadmite uma persecução penal múltipla, isto é, que uma mesma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente. Com razão, assevera-se que tal princípio ‘representa fechar definitivamente as portas de um episódio que já foi objeto de um processo penal’. Sob a angulação material, proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, consequências penais. Ora, a reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através de manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de *reincidente ao condenado por fato criminoso anterior*, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença condenatória anterior como pressuposto do *plus* punitivo. É evidente que um mesmo fato não pode ser duplamente aferido, posto que ‘a maior gravidade da pena do segundo delito é um *plus* de gravidade por causa do primeiro’, o que faz, ‘no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes’, e que haja assim ‘uma inadmissível reiteração no exercício do *ius puniendi do Estado*’ (FRANCO, Alberto Silva. “Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988. Breves anotações.” in **Direito Penal na Atualidade: Escritos em Homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 06/07).

17 “Com efeito, na medida em que a reincidência acarreta uma espécie de ultratividade das consequências de um delito anterior já julgado, estendendo seus efeitos a um delito posterior totalmente independente, e provoca necessariamente o aumento do *quantum punitivo* por extensão do fato criminoso anterior, põe em xeque o princípio da le-

Princípio da proporcionalidade: aplicada ao condenado um agravamento de pena por conta de fato anterior, daí decorre que a nova pena no processo subsequente não guarda proporção com os fatos nele apurados e, portanto, com a infração concretamente praticada.¹⁸

Princípio do direito penal do fato: este princípio implícito decorre diretamente do princípio democrático, que não se coaduna com punições a cidadãos pelo que eles são, e não pelo que fizeram. O direito penal do autor é estreitamente vinculado a estados totalitários nos quais se deixa de lado a punição a condutas delitivas para deslocar a delinquência do fato para a pessoa, que torna-se criminosa pelo que é, pelo que pensa, pelo modo como se comporta, e não pelo que praticou em determinada situação concreta. Pune-se, assim, um currículo, e não um ato isolado praticado e devidamente apurado em dado processo penal, o que atenta contra diversidade inerente à democracia, dando ensejo à criação de “inimigos” e a um tratamento diferenciado a estes pelo simples fato de serem diferentes. Em suma, em um Estado Democrático de Direito, deve-se exercer a tolerância inclusive com os intolerantes.¹⁹

galidade que obriga o juiz a permanecer estritamente atado aos dados componentes da figura típica em julgamento e à quantidade sancionatória nela cominada. Qualquer transbordamento judicante, não previsto na moldura típica, significa gravosa ofensa ao princípio já consagrado constitucionalmente” (FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.*, p. 07/08)

18 “...a reincidência, ao materializar uma sanção penal não cominada legalmente, provoca uma reação punitiva desproporcionada na medida em que inflige ao condenado uma sanção que não guarda a necessária proporção com a infração cometida. Com inteira propriedade, considera-se que ‘a pena provocada pela reincidência, ao exceder a gravidade do injusto cometido, para a ele somar-se um plus que obedece a outro injusto, é desproporcionada e, em consequência, injusta” (Idem. *Op. cit.*, p. 08).

19 “O verbo ser tem inúmeras acepções e, dentre elas, a de ‘ter qualidade, característica ou propriedade intrínseca referida ou mencionada por uma palavra ou expressão’. Ser recidente significa aderir uma qualidade subjetiva ao infrator, já condenado irrecorrivelmente, que comete nova infração penal. É um desvio pessoal que não afeta, em si mesmo, nenhum bem jurídico ou, de forma mais sintética, ‘é um modo de ser mais do que um modo de atuar’. E, no campo do direito penal, a pessoa só pode responder pelo que fez, não pelo que é. ‘O princípio do direito penal do fato expressa o pressuposto mínimo exigível à intervenção penal do Estado, já que esta não se legitima sem a lesividade e danosidade que, ao menos, o fato cometido representa’. O princípio contrário, o princípio oposto, o princípio que conflita aberta e integralmente com o princípio do direito do fato é exatamente o princípio do direito penal do autor, que se fundamenta no pressuposto de que o interesse punitivo deve estar endereçado não ao fato cometido, mas a seu autor. Mais do que a pessoa fez, interessa ao mecanismo punitivo o que a pessoa é. Cria-se não uma tipologia de fatos, mas uma tipologia de determinados autores, porque o que passa a ser levado em linha de conta é quem praticou o fato, sua personalidade e suas características pessoais. É óbvio que o princípio do autor é um caminho aberto a todo tipo de totalitarismo, e o Direito Penal acolhedor da tipologia de autores não encontra forma de acomodação à ideia de um Estado de Direito. Ora, adicionar uma agravamento de pena por ser o réu recidente constitui consagrar um tipo de autor, o que é de todo insuportável num direito penal de conteúdo garantístico. E mais do que isso, é uma perigosa oportunidade de alastramento de pernicioso infecção no organismo penal por meio de vírus do

Princípio da culpabilidade: este decorre, em escala constitucional, do caráter personalíssimo da responsabilidade penal, que somente há como ser reconhecida quando decorrente do dolo ou da culpa do agente, pelo que não se sustenta qualquer agravamento de pena por fator estranho à subjetividade do autor de um fato típico, i.e., por razões alheias à sua vontade de praticar determinado ato ou de negligenciar algum dever objetivo de cuidado, que devem estar imbrincados na conduta em apuração no processo subsequente, pelo que irrelevantes dolos ou culpas antecedentes e estranhas ao novo fato em apuração.²⁰

Princípio da igualdade: não é legal ou mesmo legítima a aplicação de penas diversas a autores que praticaram fatos idênticos, regidos pela identidade de fatores objetivos e subjetivos, sob pena de se abrir margem ao arbítrio. Coautores de um mesmo fato devem ser punidos de uma mesma forma, eis que desigualar os iguais, neste contexto, é flagrantemente injustificável e essencialmente injusto.²¹

Princípio da presunção de inocência: não há espaço para presunções outras em matéria processual penal, senão a de que ninguém será considerado culpado antes de sentença

direito penal do inimigo” (Ibidem. p. 08/09).

20 “Na compreensão desse caráter pessoal está inserida a ideia de que a responsabilidade penal é subjetiva, isto é, ‘pertence a seu autor, é própria dele, na medida em que é responsável pelo fato praticado porque quis ou porque tal fato é devido à falta de um dever de cuidado. Em resumo, o fato é seu porque agiu com dolo, ou no mínimo, com culpa’, deixando transparecer a reprovabilidade de seu proceder. Como conciliar esse entendimento com o plus de agravação punitiva que é imposto fora do querer do agente - e não há cogitar, no caso, de culpa - ou, dito de outra forma, como fundamentar juridicamente a agravante da reincidência com base no querer derivado, não do fato objeto de julgamento, mas de um outro fato, já julgado, distinto e anterior? Como pode o agente ser penalmente responsabilizado com carga punitiva maior em face da conduta em julgamento, se o dolo e a reprovabilidade de seu comportamento estão incrustados no fato criminoso antecedente, objeto de uma condenação transitada em julgado? E, sem culpabilidade, qual o fundamento possível do acréscimo punitivo?” (Ibidem. p. 10).

21 “O princípio da igualdade contrapõe-se, em verdade, ‘ao arbítrio, ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo os critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe a discriminação, ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas’. Ora, é patente que a agravação penal provocada pela reincidência acarreta um tratamento desigual entre os acusados que praticaram o mesmo ato. A condenação mais grave aplicada ao reincente torna sua pena maior do que a do primário, e o arbítrio, nessa forma de tratamento punitivo, fica à mostra ao verificar-se que o acréscimo punitivo não decorre do fato criminoso ajuizado, mas em função de condenação por ele sofrida anteriormente. Trata-se, no caso, de um tratamento punitivo que deixa uma discriminação perversa. Se o relevante para os efeitos da determinação da pena é a gravidade do fato punível censurável, não pode levar-se em conta um fato punido anteriormente porque aí reside a discriminação e consequentemente a violação ao princípio da igualdade: outro acusado que haja cometido um fato igualmente grave e reprovável, se não registra uma pena anterior, vai receber uma pena mais baixa, legítima e que é ajustada à gravidade do fato considerado individualmente como deve ser o direito penal do fato e não do autor” (Ibidem. p. 10/11).

condenatória irrecorrível. Contudo, a reincidência cria uma inadmissível presunção absoluta de periculosidade do agente. Caracterizada a reincidência, sua pena será majorada em razão dessa presunção, não havendo prova possível apta a afastá-la, i.e., não há o que o réu possa fazer para comprovar que não faz jus a este agravamento em sua punição. Presume-se que deve receber reprimenda mais grave, quando nem sempre um réu reincidente é mais perigoso que outro não reincidente.²²

Princípio da dignidade da pessoa humana: não se adequam a este princípio considerações que denigram um ser humano por sua opção de vida, por sua forma de ser e de viver – ainda que contrárias ao direito! O respeito à pessoa humana perpassa, inclusive, pelo respeito a opções que não sejam aquelas ordinárias, usuais, comuns. Se um cidadão opta por um modo de vida afeto à criminalidade, deve responder não pelo que é enquanto pessoa, mas pelo que fez – e a respectiva pena deve ser aplicada a partir deste fator, não daquele, afinal, o crime é inerente à condição humana, sempre existiu, sempre existirá, sem que isto transforme quem o pratique em alguma coisa abaixo do humano.²³

Mas também resta vulnerado o **princípio da individualização das penas**. Um determinado raciocínio, fortemente equivocado, alega que a reincidência tem o condão de melhor individualizar as penas, em específico no caso de concurso de agentes, fixando uma punição mais gravosa

22 “Além disso, fere ainda o princípio da presunção de inocência o fato de a perigosidade do agente ser presumida iuris et de iure. Ocorrida a reincidência, não cabe discutir se é ela reveladora ou não de uma pessoa perigosa: o acréscimo punitivo é aplicável, sem que se possa em momento algum fazer-se a prova da carência dessa perigosidade. E nem sempre o réu reincidente é mais perigoso do que o réu não reincidente. Afinal, o agente pode ser primário, não obstante tenha praticado diversos delitos, assim como pode ser reincidente em crime de menor potencial ofensivo. É de reconhecer, portanto, que a reincidência já não constitui um sintoma seguro de maior perigosidade, não se justificando, também por esta razão, sua existência” (Ibidem. p. 11).

23 “...o instituto da reincidência vai de encontro ao princípio fulcral do Estado Democrático (e Social) de Direito, ou seja, àquele que permeia, como fio condutor, toda a principiológica constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana. Se por respeito aos direitos humanos deve ser excluída da política pública – da criminal é apenas uma espécie – toda forma de discriminação arbitrária que impeça ou embarace o exercício dos direitos fundamentais do ser humano, devem ficar excluídas, por antonomásia, as discriminações que se fundem na conformidade moral do indivíduo, na sua posição permanente frente ao Direito ou na pretendida perigosidade. [...] A única sustentação possível da reincidência como causa de agravação penal do indivíduo enraiza-se nas características já mencionadas, motivo pelo qual, em última análise, tal instituto é contrário à dignidade da pessoa humana” (Ibidem. p. 11/12).

para o reincidente, diferenciando a pena daquele coautor não reincidente. Ocorre que não há, no contexto, mínima individualização, mas sim a repetição automática de uma imposição legal abstrata sem se analisar concretamente, dentro das peculiaridades do caso posto em Juízo, a efetiva necessidade de uma maior apenação, já que, como dito, o sistema atual não abre espaço à produção de provas em favor do afastamento da agravante.

Um derradeiro enfoque (já acima antecipado nas palavras de Rubens Casara) merece aqui consideração, encontrando-se sintetizado nas precisas palavras de Rogério Greco: *“A reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora”*²⁴, cabendo lembrar as altíssimas taxas de reincidência em nosso país, a demonstrar, de maneira cabal, o efeito criminógeno do cárcere²⁵, pelo que, como sustenta Juarez Cirino dos Santos, *“se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados. A reincidência real deveria ser circunstância atenuante e a reincidência ficta é, de fato, um indiferente penal”*.²⁶

Enfim, nas palavras de Zaffaroni, *“um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica num bis in idem; que contribui para afastar o discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da comunidade internacional, moldada nos instrumentos jushumanistas; um*

24 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2010, p. 545.

25 *“Certamente, a prisão enquanto forma do conteúdo tem ela própria seus enunciados, seus regulamentos. Certamente, o direito penal enquanto forma da expressão, enunciados de delinquência, tem seus conteúdos: nem que fosse apenas um novo tipo de infrações, atentados à propriedade mais que agressões às pessoas. E as duas formas não param de entrar em contato, insinuando-se uma dentro da outra, cada uma arrancando um segmento da outra: o direito penal não para de remeter à prisão, de fornecer presos, enquanto a prisão não para de reproduzir a delinquência, de fazer dela um ‘objeto’ e de realizar seus objetivos que o direito penal concebida de outra forma (defesa da sociedade, transformação do apenado, modulação da pena, individualização). Há pressuposição recíproca entre as duas formas”* (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Brasília: Ed. Brasiliense, 1991. Citado por NASSIF, Aramis. “Reincidência: necessidade de um novo paradigma”. *In Revista de Estudos Criminais*, Rio Grande do Sul: Notadez Informação, 2001, v. 4, p. 125).

26 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris – Curitiba: ICPC, 2006, p. 570.

instituto como este deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal” (os grifos estão no original) ²⁷.

Diante de todos os argumentos acima apontados, não há como se ter condescendência com este instituto – ou, *permissa venia*, com autores que não obstante reconheçam a inconstitucionalidade da reincidência somente o façam (à guisa de uma deturpada interpretação conforme a constituição²⁸) para efeito de afastar a possibilidade de agravamento da pena, mantendo-a operante quanto a todas as demais consequências relacionadas ao instituto previstas no direito penal pátrio, como se entendessem ser a reincidência “meio inconstitucional”, i.e., para um único efeito sim, mas para todos os outros não, entendimento nada menos que insustentável já que, como demonstrado, não há leitura, linha interpretativa ou sentido possível do instituto que o compatibilize, sob qualquer ótica, com a Carta Maior em vigor.

No sentido dos posicionamentos aqui adotados (e trazendo, ainda, novos argumentos), em nosso país, podemos citar os seguintes arestos, oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

FURTO. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE POR REPRESENTAR ‘BIS IN IDEM’. VOTO VENCIDO. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA ACUSAÇÃO POR MAIORIA (TJRS, Apelação Crime 699291050, 5a Câmara Criminal, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 11.09.99).

ROUBO MAJORADO TENTADO. EXISTÊNCIA E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. AFASTADA A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, POR INCONSTITUCIONAL.

27 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 58.

28 Nos ensina Luis Roberto Barroso que “à vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140).

PRECEDENTES DA CÂMARA. PENA REDIMENSIONADA. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, Apelação Crime 70016965345, 5ª Câmara Criminal, Rel. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 05.04.07).

PENA. PORTE ILEGAL DE ARMA. DOSIMETRIA.

Omissis...

PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se sua conduta ('lato sensu') for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais) elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA ÚLTIMA. Tendo em vista o moderno entendimento a respeito da reincidência - o 'bis in idem' e que nem sempre o reincidente tem mais culpabilidade que o primário - e a obrigatoriedade da atenuação pela confissão espontânea em razão de seu valor - ela gera uma decisão judicial mais rápida para o caso concreto e complexo e afasta a incerteza da decisão - é de se afirmar que a atenuante citada prepondera sobre a agravante mencionada e (se for aplicada) deverá, sempre, ter um peso maior na fixação da pena. (TJRS, Apelação Crime nº 70001004530, 6ª Câmara Criminal, Relator Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 25.05.00).

PENA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ISONOMIA AO ROUBO DE IGUAL QUALIDADE.

Omissis...

PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato sensu') for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. DESVALOR DE AGRAVAMENTO. Afasta-se o agravamento da punição pela reincidência, pois, além do 'bis in idem', inclui-la como causa de agravação da pena, não leva em conta que o delinquente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário. Depois, não pode o próprio Estado, um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador, exigir que se exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, desprezou a formal advertência expressa nessa condenação e, assim, revelou uma culpabilidade mais intensa. (TJRS, Apelação Crime nº 70001014810, Sexta Câmara Criminal, Relator Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 08.06.00).

É bem verdade que o e. Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgado, apreciando o RE 453.000/RS, aplicando o regime de repercus-

são geral (portanto sem efeito vinculante), declarou de forma unânime a **constitucionalidade** da reincidência²⁹.

Ocorre que mais uma vez aqui a Corte Interamericana de Direitos Humanos se encontra com sua jurisprudência muito mais avançada que aquela atual, do Supremo Tribunal Federal. Em julgamento proferido no caso *Fermín Ramírez vs Guatemala*³⁰, já entendeu aquela Corte Internacional no sentido da total incompatibilidade de dispositivos legais que se baseiem direta ou indiretamente no conceito de periculosidade face aos superiores princípios que regem o direito internacional dos direitos humanos. Vejamos:

94. En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

95. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es.

29 “ O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Determinou, ainda, aplicar o regime da repercussão geral reconhecida no RE 591.563. Autorizados os ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, Subdefensor Público-Geral Federal e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki. Plenário, 04.04.2013”, na internet em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2282540>, consultado aos 22 de abril de 2013.

30 Disponível na internet em http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=129, consultado aos 23 de fevereiro de 2013.

Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado.

96. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.

97. El artículo 2 de la Convención señala el deber que tienen los Estados Parte en la Convención de adecuar su legislación interna a las obligaciones derivadas de la Convención. En este sentido, la Corte ha señalado que:

[s]i los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del artículo 2 de la Convención.

98. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ha violado el artículo 9 de la Convención, en relación con el artículo 2 de la misma, por haber mantenido vigente la parte del artículo 132 del Código Penal que se refiere a la peligrosidad del agente, una vez ratificada la Convención por parte de Guatemala.³¹

31 Em tradução livre: "94. Na concepção desta Corte, o problema levantado pela invocação da periculosidade não pode ser analisado somente à luz das garantias do devido processo legal nos termos do artigo 8º da Convenção. Esta invocação tem maior escopo e gravidade. Na verdade, constitui claramente uma expressão do exercício do ius puniendi estatal, com base em características pessoais do agente e não do fato cometido, ou seja, substitui o Direito Penal do ato ou do fato, próprio do sistema penal de uma sociedade democrática, pelo Direito Penal de autor, o que abre a porta para o autoritarismo precisamente em uma matéria em que se acham em jogo os bens jurídicos de maior hierarquia.

95. A valoração da periculosidade do agente implica na apreciação pelo juiz acerca das probabilidades de que o acusado cometa atos criminosos no futuro, ou seja, agrega à acusação feita pelos fatos, a previsão de eventos futuros que possam vir a ocorrer. Com essa base, fica patente a função penal do Estado. No final das contas, se sancionaria

Cabe lembrar que nosso país – assim como a Guatemala – também é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969, e ratificada pelo Brasil em 25/09/1992³²), logo, os fundamentos da sentença acima citada igualmente se aplicam, em nosso país, como sólido e importante critério interpretativo de todos os ditames legais direta ou indiretamente relacionados à periculosidade do agente – ainda que os efeitos desta sentença não se estendam automaticamente ao Brasil por não ter sido parte no processo (artigo 68-1 da Convenção).

Por todo o exposto, conclui-se que não há alternativa senão declarar, em específico, a não recepção pela ordem constitucional vigente dos artigos 63, 64 e inciso I do artigo 61, todos do Código Penal, e, de forma mais ampla, todos os demais dispositivos na esfera penal, processual penal e de execução penal que considerem a reincidência como fator apto a cercar direitos ou agravar a situação jurídica de acusados em processos criminais, bem como, enfim, a inconstitucionalidade de previsões legais acerca de “*antecedentes*”, “*conduta social*” ou “*personalidade*” dos imputados. ❖

o indivíduo – com pena de morte inclusive - não com apoio no que ele fez, mas no que é. Desnecessário ponderar as implicações, que são evidentes, desse retorno ao passado, absolutamente inaceitável do ponto de vista dos direitos humanos. O prognóstico será feito, no melhor dos casos, a partir do diagnóstico oferecido por uma perícia psicológica ou psiquiátrica do imputado.

96. Consequentemente, a introdução do texto penal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e para a aplicação de certas sanções, é incompatível com o princípio da legalidade criminal e, portanto, contrária à Convenção.

97. O artigo 2º da Convenção estabelece o dever que têm os Estados-Parte da Convenção de adequar sua legislação interna às obrigações derivadas da Convenção. A este respeito, a Corte já declarou que:

Se os Estados têm, de acordo com o artigo 2º da Convenção Americana, a obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para assegurar o exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção, com maior razão estão obrigados a não promulgar leis que não respeitem esses direitos ou obstaculizem seu exercício, e a suprimir ou modificar as que tenham este último de alcance. Caso contrário, incorrem em violação ao artigo 2º da Convenção.

98. *Com base no exposto, a Corte considera que o Estado violou o artigo 9º da Convenção, em conjugação com o artigo 2º, por ter mantido vigente a parte do artigo 132 do Código Penal que se refere à periculosidade do agente, uma vez ratificada a Convenção pela Guatemala.*

32 Sendo que ao depositar a carta de adesão à Convenção, o Estado Brasileiro após **uma única** declaração interpretativa quanto aos artigos 42 e 48, alínea *d*, no seguinte sentido: “*O Governo do Brasil entende que os artigos 42 e 48, alínea “d”, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado.*”

Os Tribunais do Século XXI

Reis Friede

Mestre e Doutor em Direito, Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público.

Continuamos a discutir, com notável persistência, - e agora sob a égide da eminente aprovação de Projeto de Lei que amplia a composição dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRF's) em mais 137 Juizes (mais do que dobrando, portanto, o quantitativo nacional de julgadores), além da recente aprovação de um PEC que cria mais quatro TRF's com o conseqüente aumento (inclusive redundante) de juizes -, a premente questão relativa à notória *ineficiência* da Justiça Federal sem, no entanto, mais uma vez, *data maxima venia*, adentrar nas verdadeiras razões da inconteste morosidade da prestação jurisdicional, apontando, como causa fundamental, em evidente e persistente equívoco, o excessivo número de processos em tramitação *vis-à-vis* com a presumível carência de magistrados.

Não há, todavia, em efetiva contrariedade à irrefletida tese reinante, um quantitativo verdadeiramente exagerado de processos em tramitação. Muito pelo contrário, o número de *temas* julgados é relativamente pequeno em comparação com a agigantada dimensão da estrutura da Justiça Federal, sendo certo que o que há, em última análise, é um absurdo e inconcebível número de *processos absolutamente idênticos* que, por mais espantoso que pareça, têm de ser julgados, por imperativo legal, caso a caso. À guisa de exemplo, deve ser consignado que a Justiça Federal julgou, nos últimos 10 anos, mais de 3 milhões de ações, que versavam sobre FGTS, exatamente iguais, o que obrigou a um dispêndio de recursos humanos e materiais de enorme monta para, após pacificada a questão no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, estabelecer, finalmente, uma uniformidade decisória que, - apesar de tudo -, ainda é, por mais inacreditável que pareça, contestada, em parte, não só pelos jurisdicionados, mas também por alguns juizes que insistem em julgar as mesmas questões já pacificadas de forma diversa.

Portanto, ampliar constantemente o quantitativo de Juizes de 1º Grau (como vem sendo feito, sistematicamente, sem qualquer resultado prático há mais de vinte anos), - ou mesmo de Desembargadores Federais -, não irá certamente resolver o problema, pois acaba por atacar os seus *efeitos* e não propriamente as *causas motivacionais* da morosidade da prestação jurisdicional, que somente pode ser combatida, neste especial, através de novos instrumentos processuais que impeçam, de forma sinérgica, o constante rejuízo de questões idênticas.

No que concerne, em particular, a ampliação do quantitativo de Tribunais, a proposta, não obstante aprovada, desconsidera, por absurdo, que os *Tribunais do Século XXI* não se constituem mais de simples *instalações físicas*, uma vez que *as novas tecnologias* (*processo eletrônico, vídeo conferência* etc.) tornam completamente ultrapassados os antigos (e repetidos) argumentos *geográficos* e *dimensionais* em favor da construção de novos, suntuosos e caríssimos prédios (e conseqüente a ampliação da estrutura de juizes e funcionários) para prover a reclamada eficiência da prestação jurisdicional. Muito pelo contrário, os Tribunais do novo século, vale consignar, se caracterizam muito mais pela *eficiência operacional* através, sobretudo, da *virtualidade instrumental*, ou, em outras palavras, pela absoluta ausência de volumosos *processos de papel* que, desta feita, dispensam o correspondente espaço de construção civil, bem como dispensam a *presença física* das partes e advogados, substituída por modernas tecnologias de imagem de alta definição em tempo real.

Por efeito conseqüente, precisamos, com a máxima urgência, estabelecer uma necessária e profunda *reflexão*, buscando, em última análise, uma solução derradeira que resolva definitivamente a *ineficiência da Justiça Federal*, atacando as *causas* da morosidade da prestação jurisdicional e não apenas seus visíveis e condenáveis *efeitos*. ❖

Intenção e Gesto: Possibilidades Lógicas no Direito

Renata Celeste Sales

Mestre e Doutoranda em Direito pela UFPE, Assessora do TJPE, Professora Adjunta da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Estagiária Docente UFPE.

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar as práticas de Direito enquanto passíveis de uma colocação no plano da formalização, tentando inferir uma resposta acerca da presença de uma escritura lógica no raciocínio jurídico.

Ainda discutirá como o discurso de racionalidade jurídica dá forma a uma realidade autêntica e própria, realizando um cruzamento com a ideia de simulacro deleuziano e a formação de verdades explícitas.

Busca-se a partir das ideias elencadas traçar os espaços da lógica informante do simulacro, neste caso um modelo jurídico, e da lógica operante nos usos do direito. A pretensão reside em indicar como realidade e ilusão dialogam para a sustentação do necessário, garantindo um sistema de linguagem para a (ir)racionalidade das formas jurídicas.

1 - INTENÇÕES LÓGICAS

As consequências de base racional iluminista se apresentaram para o direito como uma necessidade de afirmação formalista. O período moderno inscreve um pensamento cientificista que força o Direito a uma representação formal válida de uma inspiração semântica mínima.

Para tanto, esse desejo formalista se apresentou na confecção de códigos que agregaram um sistema de linguagem próprio e possibilitaram

a necessária segurança em regras previamente organizadas. A intenção racionalista consistiu na simplificação do processo, a prática deveria ser reduzida a conhecer o fato, encontrar a regra e aplicá-la, modelo próximo a um dispositivo maquinal.

Esse cientificismo foi a chave para os processos codificadores e a pressão positivista no Direito. A imposição da semântica normativa deveria, aos moldes da época, ser capaz de guiar o ser para o dever-ser com precisão e lógica. De certo modo, podemos ousar dizer que essa força codificadora deu formas a um sujeito abstrato unitário¹ identificado como Direito, leia-se abstrato porque são formas vocabulares que partem de uma intenção do criador e unitário, uma vez que deve partir do corpo formalizado a resposta para os fatos. A esse sujeito está entregue a função de movimentar e frear um projeto de sociedade.

De forma inteiramente necessária para o cenário teórico e prático, o silogismo aparece como técnica e fé. A norma se transforma em premissa maior, a lógica silogística passa a figurar como forte argumento racional no discurso jurídico, fazendo uso das fórmulas abstratas (**todo A é B ; D é A; logo D é B**), para esse modelo formal, norma e ação possuem uma conexão transparente, facilmente reconhecível e portanto ligada a uma decisão lógica. A utilização desse raciocínio deve pressupor alguns indicativos, um deles o de que é possível uma resposta única na realidade jurídica. Dentro de um plano teórico, esse pensamento pode ser sustentado de forma plausível, entretanto problemas surgem quando da interferência do plano empírico da aplicação do direito.

A realidade jurídica mostra-se multifacetada demonstrando um grande conjunto de respostas possíveis para cada caso (**A → B; A → C ... A → Y etc.**). Podemos, dizer que a ligação norma e ação, quando rompem os limites do universo teórico e adentram o meio empírico, encontram uma terceira via, a da contingência informada por valores políticos, sociais e emotivos. Assim, o uso do silogismo realiza muito mais uma política jurídica a um método de Direito.

Expressões matemáticas e lógicas são unívocas². Diferentemente dos termos encontrados no Direito, estes são repletos de possibilidades de significado. No raciocínio lógico formal, podemos identificar relações

1 Adaptação do termo utilizado por Antonio Negri e Michael Hardt na obra intitulada **O trabalho de Dioniso**.

2 Extraído de artigo ainda não publicado do Prof. Torquato de Castro Jr. "Formalização do raciocínio jurídico: o desafio da redução semântica".

do tipo (**se A é F, é falso dizer que A é não-F**). O Direito nos oferece essa dupla identidade ausente de mecanismo lógico (**se A é F; A pode ser não-F**), isso a depender da modificação dos significados da semântica operada por quem aplica a regra.

Contudo, a evidência da negação das premissas maiores para a representação adequada do Direito não encerra por si a negação da possibilidade de formalização no Direito, uma vez que não se trata de um único sistema de lógica a surgir como plausível ao invólucro jurídico. Nesse rastro, segue-se o problema de determinar a possibilidade de uma linguagem calculada no Direito ou em seu procedimento e até que ponto pode ser reconhecida a estabilidade dos sistemas jurídicos.

2 - A SEMÂNTICA E O ENTORNO DAS REGRAS

O que são regras? O que significa dizer que uma regra existe? Os tribunais aplicam, na realidade, regras ou fingem meramente fazê-lo? (HART, 1994:13). A própria definição de regra já impõe o problema da redução semântica. A rigor, se a precisão do termo fosse imprescindível, estaríamos lidando com uma ontologia, e bem possivelmente isso poderia levar à incomunicabilidade explícita.

Mas o que são regras? São somente conceitos organizados e expressos? Também envolvem conceitos implícitos, morais, por exemplo, nesse caso informado por valores culturais e subjetivos? Para que são feitos? Para a obediência ou para fazer valer a partir da desobediência? As especulações sobre o por que e o para que das regras nos levaria a uma infinidade de imprecisões e outra infinidade de possibilidades, contudo não é a finalidade do texto. A opção pelo questionamento é tentativa de demonstrar o terreno pouco confortável no qual o Direito se põe.

No Direito, as regras possuem múltiplas funções, uma delas, a de dizer o que é pelo que deve-ser, estabelecendo regras de conduta as quais tentam amalgamar, via *mens legislatoris*, não só razões formais, mas também valores morais. A invenção das regras é, por assim dizer, um processo impuro em termos de rigorismo, pois vai atender a uma diversa ordem de valores e finalidades políticas, econômicas, sociais e de marketing pessoal.

O desejo de uma semântica no Direito inicia-se, assim, de modo aleatório e pouco convincente. O instrumento do Direito deriva de uma gênese viciada pelos interesses que participam do jogo de linguagem.

Além dessa imprecisão de finalidade da lei, é necessário lembrar que o tempo marca a figura do legislador e a escritura da lei, demonstrando um outro empecilho ao raciocínio formal: se **A hoje é B**, em quarenta anos, pode **vir a ser F** ou perder sentido na sua existência. A marca do tempo é incontornável e está ligada à função que o Direito cumpre, distintamente, de acordo com as exigências do tempo.

A redução semântica aparentemente almejada para alcançar o reino da segurança jurídica, na verdade é indesejável. Para a própria funcionalidade do Direito, ela deve manter um mínimo de abertura, seu fechamento ensejaria o colapso do sistema, tornaria visível a inconsistência dos postulados jurídicos e as contradições de suas intenções lógicas. Por outro lado, a imposição de uma semântica única deixaria mais suscetível de evidência o fazer arbitrário do Direito. Assim o arbitrário se impõe, mas em uma forma difusa, organizadamente desorganizada e com menor visibilidade através da escolha daquele que aplica a norma. Das incertezas, o Direito vai construindo suas certezas em um eterno paradoxo, sua lógica é de manutenção e não de formas.

Desse modo, não podemos falar em uma realidade jurídica, mas sim em diversas realidades jurídicas (**A, B, C, D etc.**). A realidade jurídica do legislador (**A**) nem sempre representa a realidade jurídica do aplicador. A linguagem natural em que se expressa o Direito é multívoca e faz surgir distintas possibilidades interpretativas (de fato, o que o legislador quis dizer com **A**?). A questão é não somente acerca da possibilidade de se alcançar uma interpretação única carregada de certeza, mas também versa sobre a existência dessa certeza ainda no âmbito da realidade do legislador. Uma norma **A**, criada para regular uma situação **B**, muitas vezes não regula a situação **B**. A norma se depara então não só com a maleabilidade de seu significado, mas também com a plasticidade dos fatos jurídicos.

O mundo próprio do Direito apresenta entornos específicos de difícil abertura para se falar na lógica como informante de um modelo de escritura jurídica. Embora possua a pretensão das formas certas, trabalha o tempo inteiro com a multiplicidade de possibilidades dos conteúdos incertos. A tradução dessa pluralidade se opera pelas vias interpretativas, as quais têm seu maior relevo nos lugares de decisão. Mesmo que a ideia da lógica deontica como inscrita no Direito seja bem aceita, sua observação nas zonas de aplicação do Direito demonstram sua limitação enquanto moldura para a concepção e as práticas jurídicas. Estabelecer proibido,

permitido, obrigado no campo teórico do Direito se mostra viável, mas o contexto multifacetado da expressão do Direito na realidade revela a insuficiência do modelo deôntico. A incoerência do ordenamento, somada ao aparato subjetivo do aplicador, finda por invalidar uma subsunção lógica norma/ação, dado que **A** nem sempre será **B**.

Os impasses da linguagem normatizada resolvem-se com uso de outra linguagem, a linguagem interpretativa ancorada pela possibilidade dos múltiplos significados, “com respeito a essa variedade não é correto perguntar qual o significado correto, já que não existe um significado verdadeiro de uma palavra” (TUGENDHART, WOLF, 2005:9). O instante de aplicação do Direito e seu aparato hermenêutico permitem que o racional e o emotivo dialoguem para a decisão, processo facilitado pela não explicitação da norma³. A lógica, diferentemente do Direito, não trabalha com a interpretação; enquanto a interpretação pode dar numerosos resultados, para a lógica isso não é desejável, nem possível. Como contornar esse problema e assinalar a lógica do Direito?

O momento da interpretação é arbitrário, a imposição lógica também o é, contudo quando a lógica constrói **dado A é B**, ela elimina as possibilidades de que **A** seja **C** diferente de **B**. No Direito, esse fechamento não existe, mesmo que uma decisão arbitrariamente diga que **A → B**, outra decisão de maior força pode decidir por **A → F**.

A linguagem lógica significando lógica formal parece inadequada ao Direito ou situa-se fora de seu entorno. Possivelmente poderíamos optar pela negação de qualquer modelo lógico aplicado ao Direito, porém isso não seria exatamente seguro. Prefere-se aceitar o espaço da lógica no Direito e ressaltar sua função duvidosa (ou seria necessária?) de fornecer um formato de legitimação para as decisões jurídicas. Entende-se aqui a lógica antes como uma forma de apresentação da decisão, forjando silogismos, a um modelo aplicável ou reconhecido no Direito.

O processo decisório, muito antes de ser técnico é arbitrário e definido por impressões produzidas pela subjetividade, valorações sociais, morais, religiosas e outras. No entanto, essa predisposição valorativa é negada pela ficção da neutralidade axiológica do juiz; assim, está fora do jogo de linguagem explícita. O momento do não dito, da violação axiológica, vem a ser preenchido pela ilusão do silogismo falsamente repre-

3 Ideia defendida por Katharina Sobota em: “Don’t Mention the Norm!”. *International Journal for Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7. Recife: Ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

sentado nos dispositivos finais da sentença. A força do não dito resiste duplamente, uma vez deixando no espaço do implícito toda a carga indesejável utilizada pelo aplicador na interpretação fato/norma e depois obscurecendo o processo lógico, o qual exterioriza somente o necessário à legitimidade da decisão. Mesmo assim não é prudente negar a possibilidade mínima de uma formalização válida para um procedimento jurídico. No entanto, essa observação se faz mais provável enquanto expediente ficcional e não puramente lógico.

3 - A LÓGICA DO SIMULACRO E AS VERDADES DA CAVERNA

O termo "simulacro" tem sido muitas vezes associado ao artificial, a um conjunto de ficções cujo valor é equiparável ao de uma verdade, ainda que os meios expressivos pelos quais é recebido sejam o que indica antes de tudo o seu valor. Através do simulacro é realizada a integração do falso para reformular uma teoria; a tensão lógico e ilógico no Direito produz um simulacro que assimila uma falsa identidade lógica e cria um ambiente ficcional e estável, onde operam as normas e os juristas.

A necessidade de uma lógica aparente que torne o Direito aceitável frente aos outros sistemas supera a sua ilogicidade material com a criação de um simulacro, no qual suas incertezas formam certezas e suas regras possuem valor de verdade. O simulacro aparece assim como uma racionalidade do ceticismo e possui mecanismos próprios, sendo um deles a capacidade de inserir o próprio observador na observação. Para o jurista, isso se apresenta como a crença quase lúdica em um sistema funcional. Ele não está no fora; ele está dentro do sistema, logo o simulacro não é o falso, é o verdadeiro. Por esse mecanismo, o jurista alimenta a crença no Direito enquanto sistema lógico e prestes a garantir o fetiche da segurança jurídica.

Deleuze identifica o simulacro com um certo uso da linguagem que dá origem a formas consistentes e identificáveis como tais. Aqui o simulacro revela uma potência natural para a criação. Em outras palavras, a potência para a simulação⁴. O Direito se mostra pela força de sua palavra, não a palavra certa, a palavra que é, mas a palavra que vem a ser, são interposições de simulações que, tão fortemente amparadas por um uso de uma linguagem própria, se transformam na realidade.

⁴ Termo utilizado por Deleuze para identificar as muitas possibilidades de criação.

O simulacro jurídico está longe da ingenuidade. Sua organização bem fundada possibilita sua invisibilidade; o ordenamento e a prática constituem uma ficção que funciona. Os solecismos no ambiente jurídico ganham outra representação simbólica; em vez de representarem erros sintáticos e incorreções de linguagem, seus usos conseguem dar a entender o contrário daquilo que expressam e travestem-se da roupagem de verdade. Na lógica do simulacro, não há compromisso com as verdades do mundo, nele as verdades são mais especificadas, seu ambiente cria suas próprias regras e produz uma esfera de subjetivação. Por esse raciocínio, o Direito existe e persiste enquanto sistema estruturado compactado, como sujeito abstrato autônomo de interferência máxima no corpo social.

É difícil reconhecer o Direito como simulacro, vez que a própria noção de simulacro ainda possui uma derivação negativa ainda proveniente da sua representação feita por Platão. O simulacro era a cópia ruim da mimesis. De fato aceitar uma teoria de verdade limitada mostrou-se inconcebível durante muito tempo. No entanto, parece que as verdades só se tornam possíveis e compreensíveis quando pensadas enquanto ficção; os tempos pós-modernos criam as realidades ficcionais ou o inverso. A tênue diferença entre o aborto e a antecipação terapêutica do parto representa uma simulação do diferente no ambiente jurídico, mas essa simulação torna possível o uso razoável do Direito.

Uma vez que os artifícios utilizados pelo Direito são tão persuasivos, o reconhecimento do jurista frente a cada situação não é de questionamento, mas de crença na existência do sistema jurídico.

Tal qual na alegoria da caverna platônica, os juristas estão presos a um sistema de crenças que cessa a capacidade crítica e o pensamento livre sobre o Direito, suas normas e sua função na realidade empírica. A doxa jurídica não somente ignora a descrição das normas e do Direito posto, como fabrica imagens para emprestar sentido ao jogo de simulação convincente. A caverna do Direito reproduz uma estrutura tão fortemente sedimentada que o jurista já não sabe com qual imagem-tipo se confronta. O real não é reconhecível, é criado. Os mecanismos de simulação do Direito facilitam sua existência autônoma, separada das explicações de outros sistemas. Com o simulacro, o Direito gira sobre seu próprio eixo, distanciando-se das demais ciências e tornando seu universo teórico e prático incompreensível para quem está no fora.

CONCLUSÃO

Mesmo sendo difícil traçar representações lógicas válidas no Direito, não se pode concluir pela impossibilidade de qualquer formalização no espaço de aplicação e feitura das normas. Em termos de manipulação do pensamento para confirmação de legitimidade jurídica, a lógica tem uso fundamental prescindindo de validade.

Apesar de possuir um grau de lugar-comum, vale reafirmar que o Direito é um ambiente de realidade ficcional. Contudo, é assim que ele funciona e talvez em outro formato se tornasse incomunicável. A diferença que marca sua artificialidade das demais está no fato da invisibilidade da ficção; o pensamento circular do jurista crê que o sistema é uma tradução semântica do Direito.

Embora os princípios pragmáticos não estejam presentes na configuração inicial do jogo, eles surgem quando são necessários para a manutenção dos resultados previstos; eles não regem o Direito, mas são regidos pela ocasião jurídica.

Não se fala em uma realidade jurídica, nem em uma única possibilidade lógica para o Direito. As realidades se apresentam em camadas, várias camadas de realidade que vão se abrindo umas sobre outras, e para cada realidade um jogo próprio e menor que converte para o jogo maior. E dessa forma aleatória o Direito tem tornado possível sua grande tarefa de possibilitar uma ordem social duradoura.

Se a representação na lógica formal não é evidente, nem por isso se pode concluir pela exclusão de toda a lógica no sistema jurídico. O simulacro jurídico se mantém e, de certo modo, produz cópias do mundo e informa identidades para esse mesmo mundo. O simulacro de Direito não possui estrutura ontológica; sua estrutura é epistemológica e política. O questionamento sobre quais presenças lógicas ocupam essa epistemologia resta em aberto, mas algumas de suas funções estão evidenciadas. ❖

REFERÊNCIAS :

DELEUZE, G. (1988). **Diferença e repetição**. Trad. de Luiz B. L. Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal.

CASTRO JR, Torquato (2010). "Formalização do raciocínio jurídico: o desafio da redução semântica". Artigo para publicação.

HART, Herbert (1994). **O conceito de Direito**. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael (2004). **O Trabalho de Dioniso: para a crítica ao Estado Pós-Moderno**. Minas Gerais: Editora UFJF-Pazulin.

SOBOTA, Katharina (1991). "Don't Mention the Norm!". **International journal for Semiotics of Law**, IV/10, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, nº 7. Recife: Ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

TUGENDHAT, Ernest, WOLF, Ursula (2010). **Propedêutica Lógico Semântica**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes.

MADARASZ, Norman(2005). "The power for simulation: Deleuze, Nietzsche and the figurative challenges of rethinking the models of concrete philosophy." *Educ. Soc.*, Campinas, v. 26, n. 93, 2005 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302005000400006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 Sep 2007.

O Avanço da Responsabilidade Civil Sob a Ótica da Perda da Chance

Rodrigo Sergio Gomes Bitencourt*

Advogado.

I – A VISÃO CONSTITUCIONALIZADA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o advento de nossa Carta Política de 1988, o instituto da responsabilidade civil, para aferição dos danos morais, materiais etc., ganhou muita força, por conta da evolução dos direitos fundamentais trazidos na dita Carta cidadã, inseridos em seu título II, no capítulo I, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais, sob o prisma dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos¹, respectivamente. Mais precisamente, ao tratar da responsabilidade civil, o Legislador Constituinte fez por bem trazer de forma expressa no art. 5º, V e X da CF/88 o seguinte:

V – é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – 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.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais, através de seus princípios norteadores, foram ganhando forma e corpo de verdadeiras normas constitucionais, ao passo que nos dias atuais, juízes e tribunais fundamentam e decidem uma lide, ou conflito de interesses, utilizando-se dos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico, como forma de pronunciar com mais justeza a tutela jurisdicional que lhes foi trazida, valendo-se sempre da proporcionalidade e razoabilidade em suas decisões.

* Dedico este trabalho ao meu pai Antonio Carlos dos Santos Bitencourt, desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aos meus irmãos Marcus, Ana Carolina, Carlos Eduardo e Bruno, minha mãe Ana Lúcia, bem como Vera, e minha noiva Raquel pelo engrandecimento em minha formação profissional.

1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Outro ponto de bastante importância junto às normas constitucionais vem a ser a produção e efeitos dentro de uma relação privada, como a dita eficácia horizontal ou *privada*² (doutrina da *state action*) dos direitos fundamentais, a qual visa a buscar uma relação de igualdade, fazendo com que os particulares se encontrem numa hipotética relação de coordenação, importante fundamento de igualdade formal e substancial, trazendo à tona o velho brocardo de que “*todos devem ser tratados da mesma forma perante a lei*”, devendo ser respeitados todos os direitos e deveres, sob pena de incorrer-se em perdas e danos nos termos da lei. Segundo Marcelo Novelino, “de acordo com o grau de incidência, podem ser destacados três modelos: um que nega os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e dois que admitem a produção de efeitos, um de forma *direta*, e outro apenas *indiretamente*”³.

Sob a ótica da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, que foi pioneiramente advogada pelo alemão Hans Carl Nipperdey, na década de 50, ganhou muito vulto no tocante à relação entre particulares, fazendo com que sua aplicação se revestisse de oponibilidade *erga omnes*⁴. O doutrinador alemão se expressa no sentido de que os “perigos” relacionados aos direitos fundamentais num mundo atual não incidem apenas no sentido do estado contra o particular, mas que, devido à força alcançada pelos direitos sociais, esses perigos podem atingir particulares entre si, e, como consequência disso, a eficácia direta e imediata, vista sob um ângulo horizontal, deve ser aplicada de forma racional e estendida às relações entre particulares, na dita esfera privada.

Sob o prisma do Direito Constitucional positivo, a afirmação feita para os direitos fundamentais do homem acaba por revestir-se de transcendental importância, como afirma Maurice Hauriou: “*não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado*”. Não por menos, Ruy Barbosa expõe que deve haver uma interpretação em separado entre o direito e as garantias, ao passo que uma coisa é a declaração de um direito reconhecido, outra coisa é o caso das garantias asseguradas para fazer valer um direito sufragado. Segue de forma brilhante José Afonso da Silva⁵, quan-

2 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Método, 2011.

3 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

4 BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução Democrática do Direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007.

5 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

do afirma que, no texto da *lex* fundamental, as disposições *meramente declaratórias* funcionam como indicadoras da existência legal dos direitos reconhecidos, e que as disposições *assecuratórias* visam à defesa dos direitos, consubstanciando uma limitação do poder. Em outras palavras, não são suficientes para afirmar as chamadas prestações negativas que perfilham os direitos fundamentais do indivíduo, se não houver a garantia da prestação positiva que se utilize de ferramenta ou mecanismo para a atuação do direito conferido pela *lex legum*.

II – UMA VISÃO AMPLA E BREVE DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

O que se entende por responsabilidade civil é a ideia de garantia e segurança de recomposição, restituição de algum sacrifício suportado por quem quer que seja dentro de uma relação jurídica, podendo ser uma pessoa natural ou jurídica, a depender do caso em tela.

Define-se a responsabilidade civil como um instituto que tem por finalidade buscar uma efetivação (tutela jurisdicional) de reparação dos danos, seja ele moral, material, que possa ser causado direta ou indiretamente a *outrem*.

De acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶, “a responsabilidade civil é a consequência da imputação civil do dano a pessoa que lhe deu causa ou que responde pela indenização correspondente, nos termos da lei ou do contrato”.

Por oportuno, a responsabilidade civil está consagrada pelo princípio do *altere non laedere* ou, *neminem laedere*, que parte do pressuposto de que não se deve lesar a *outrem*, trazendo a correspondência básica de direito e justiça frente à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, com fulcro no art. 1º, III de nossa Carta Magna.

Corroborando tal entendimento exposto linhas acima, o referido instituto encontra seu fundamento de forma remota na Constituição da República Federativa do Brasil, especificadamente nos arts. 1º, III, e 5º, V, X e XXXV, que remetem à dignidade da pessoa humana e à defesa de seus direitos. Seguindo essa trilha constitucionalizada da responsabilidade civil, a atual *lex civil* de 2002 fez por bem colacionar o tema em diversos dis-

6 SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida & CASCALDI, Luis de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

positivos espalhados ao longo da codificação, como em seus artigos 389, 395 e 927 e seguintes, que tratam da responsabilidade civil contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva, etc.

Com efeito, a responsabilidade civil mostra-se amparada por um conjunto interligado de fatores, dentre os quais encontram-se o nexo de causalidade (*a conduta praticada e o dano*), tornando o vínculo de imputabilidade indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, e o dano praticado e produzido, que deve ser interpretado na expressão “*violar direito e causar dano a outrem*” com fulcro no art. 186 do mesmo diploma em comento. Temos também alguns casos em que a demonstração da culpa parte do pressuposto de que o dano tenha ocorrido de uma ação ou omissão culposa ou dolosa (responsabilidade subjetiva), e que para se chegar a tal conclusão devemos juntar os requisitos como: conduta comissiva ou omissiva do agente; culpa de forma *lato sensu*; dano e nexo de causalidade.

Nesse diapasão é que nosso Código Civil, em seu art. 927, inserido na parte especial, mais precisamente no Livro I, Título IX, prevê outra modalidade obrigacional, que é a *obrigação de indenizar*, assim como as já existentes de dar, fazer, não fazer. Contudo, afirma Sergio Cavalieri Filho que o ato ilícito torna-se fruto de uma obrigação de indenizar, conforme diz nosso diploma civil de 2002, chegando-se à conclusão de que quem comete ato ilícito deverá indenizar pelos danos causados, pois a responsabilidade civil se opera a partir do cometimento do ato ilícito, tornando certa a obrigação de indenizar tendo como finalidade tornar *indemne*⁷ o lesado, colocando a vítima numa situação de como não tivesse ocorrido o fato danoso.

Pois bem, com tantas indagações acerca do tema, qual seria de fato a natureza jurídica dessa obrigação de indenizar? Segundo a melhor nomenclatura jurídica, a obrigação de indenizar divide-se em *voluntárias* e *legais*, ao passo que as primeiras são formadas através de negócio jurídico como os contratos, tendo por base o princípio da autonomia da vontade que permeia os negócios jurídicos em geral, e as segundas nascem de obrigações impostas por lei, com conteúdo já preestabelecido.

Vale ressaltar que o instituto da responsabilidade civil tem como função precípua a busca da indenização, com intuito de obrigar o agente causador do dano a repará-lo, pois inspira-se num sentimento de justiça, em que há uma necessidade fundamental de se restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, re-

7 FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

colocando o prejudicado em seu *status quo ante*, operando-se o princípio da *restitutio in integrum*, que repõe a vítima na situação anterior à lesão sofrida. Nessa esteira é que se chega à conclusão sobre a teoria de Ihering de que a obrigação de reparar o dano surge da culpa e não do dolo.

III – O INSTITUTO DA PERDA DA CHANCE

A teoria da perda da chance (*perdre d' une chance*), surgida na França e adotada em alguns países como Estados Unidos e Itália, encontra-se inserida dentro da matéria de responsabilidade civil, fazendo com que nosso ordenamento jurídico atentasse e despertasse para o interesse pertinente à matéria.

Tal teoria parte do pressuposto de que o autor do dano será responsabilizado quando privar, impedir alguém de obter certa vantagem. Contudo, não se trata da aferição de responsabilidade por um prejuízo que alguém venha a sofrer, mas sim de uma probabilidade.

Com a reforma do diploma civil de 2002, o legislador ordinário trouxe esse instituto inovador, tendo como fundamento o seu art. 402, que muito se parece com o dos lucros cessantes, mas que com eles não se confundem.

Contudo, para entender a teoria da perda da chance, e conforme colacionado linhas acima, o operador do direito não poderá se valer única e exclusivamente do sofrimento, transtorno, ou do mal causado a *outrem* com a produção de uma lesão grave ou dano de difícil reparação como fundamento, mas sim num juízo de probabilidade, que faça entender que o credor, dentro das circunstâncias do caso concreto, efetivamente venha a ter uma perda, ou deixe de lucrar algo vantajoso, e que razoavelmente deixe de obter.

Portanto, a perda de uma chance se dá nas hipóteses em que se retira da vítima ou credor uma efetiva possibilidade de se obter um benefício futuro incerto, mas que fosse fortemente provável e razoável, ante a conduta lesante do causador do dano *in potentia*.

Outrossim, a indenização se faz na medida, tão somente, da própria chance ou oportunidade que lhe foi ceifada, ou seja, mister saber que indeniza-se a própria chance perdida e não o lucro que dela poderia ser resultante.

Segundo entendimento de José Carlos Van Cleef de Almeida Santos corroborado por Luís de carvalho Cascaldi em seu manual de direito civil⁸, sob a coordenação de Nelson Nery Jr., “a indenização deverá guardar relação com a possibilidade, no sentido de probabilidade, de efetivação do lucro que lhe foi tolhido”.

Nesse sentido é que nossos Tribunais vêm decidindo e se importando mais de perto sobre esse novo tema em responsabilidade civil, com o fito de relativizar uma provável perda real, mesmo que incerta, de um dano extrapatrimonial; enfim, proteger uma chance perdida.

De acordo com o civilista Miguel Maria de Serpa Lopes, “a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo deve ser muito fundada, pois a indenização se refere à própria chance, não ao lucro ou perda que dela era objeto”.

Outra peculiaridade trazida pela teoria da perda da chance diz respeito aos casos referentes à responsabilidade pelas obrigações de meio, muito comum aos profissionais liberais, como médicos, advogados, etc., uma vez que tal responsabilidade civil aplica-se aos casos de negligência desses profissionais, já que, como dito, possuem obrigação de meio, não de resultado, devendo conduzir o trabalho da forma mais responsável, com toda diligência necessária.

Nesse sentido, analisando o que nossa jurisprudência tem trazido acerca do instituto da perda da chance, temos como *leading case*⁹ o julgamento do caso relativo ao programa televisivo de perguntas e respostas, conhecido como “**show do milhão**”, em que a candidata não logrou êxito na última pergunta, ao passo que todas as assertivas não mostravam qual seria considerada como correta, vindo a ceifar por completo uma real probabilidade de tornar milionária a competidora. Tal decisão, que fora proferida no dia 08/11/2005, pelo Ministro já aposentado Fernando Gonçalves no Recurso Especial nº 788459/BA, mostra com clareza a aplicação do referido princípio que passou a ser sufragado pelo Direito Brasileiro a partir dessa pioneira construção jurisprudencial, como fonte valiosa de produção de regra ou norma jurídica *lato sensu*, como se vê da ementa abaixo:

8 SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida & CASCALDI, Luis de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

9 WWW.stj.gov.br/portal/stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area, publicado em 21/11/2010, acesso em 04/02/2013.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Os Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator. Impedido o Ministro Aldir Passarinho Junior. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Notas

Processo em que se busca ser indenizado por dano moral e dano material, em decorrência de incidente ocorrido durante a participação da autora no “SHOW DO MILHÃO” do SBT.

Para melhor compreensão do referido julgado, vejamos a elucidação dos fatos, assim como a conclusão a que chegaram os Ministros da Corte Especial: tratou-se de ação proposta em face da BF Utilidades Domésticas Ltda., grupo econômico ligado ao empresário Silvio Santos, em que a autora pleiteava o pagamento por danos materiais referentes ao valor correspondente ao prêmio máximo do programa, além de danos morais pela frustração que veio a sofrer por conta da possível perda da chance de se tornar milionária.

Destarte, a empresa foi condenada em primeira instância a indenizar a autora no valor de R\$ 500 mil reais referente aos danos materiais, contudo, a parte adversa recorreu, pedindo a redução da indenização para R\$ 125 mil reais.

Chegando o caso ao STJ, o Ministro Relator, em seu voto, afirma categoricamente que não havia como afirmar que a autora realmente acertaria o questionamento da pergunta final, que valeria R\$ 1 milhão de reais, caso este fosse realmente formulado corretamente. Contudo, há uma série de fatores em jogo, como a dificuldade progressiva que o programa submete aos candidatos, além do lado psicológico que influencia os concorrentes, e a enorme carga emocional que a indagação final submete os candidatos, ao passo que mesmo na esfera da probabilidade não poderia se chegar a uma conclusão de que realmente ela conseguiria êxito na resposta.

Com base na análise fática trazida, o Ministro Relator Fernando Gonçalves decidiu por reduzir a indenização postulada pela candidata, por entender que o valor advinha de uma “probabilidade matemática” de acerto numa questão que possuía quatro itens e refletia as reais possibilidades de êxito da mulher.

Contudo, com base no precedente apresentado, nossa melhor doutrina resolveu debater os impactos trazidos por esse novo instituto, para fins de aferição da responsabilidade civil no âmbito da esfera privada.

Sergio Cavalieri Filho, por seu turno, afirma que a perda da chance se relaciona, e muito, com os lucros cessantes, ao passo que sustenta que a doutrina francesa, de onde surgiu tal teoria na década de 60 do século passado, se utiliza de sua aplicação nos casos em que o ato ilícito conseguiria tirar da vítima uma oportunidade de almejar uma situação melhor, que visasse um efetivo lucro¹⁰. O exímio doutrinador constrói seu raciocínio à luz da conduta de alguém que faz desaparecer uma real probabilidade de um evento se concretizar, fazendo com que *outrem* (vítima) seja impedida de encontrar-se numa situação melhor, que realmente possa trazer-lhe um benefício. Continua Cavalieri no sentido de que não se deve olhar para a chance perdida como fruto de um resultado certo, pois não se sabe se o evento, de fato, se realizará, devendo-se olhar a perda como uma possibilidade de conseguir um resultado positivo, e não de obtê-lo ou de se evitar um risco de dano de difícil reparação.

10 FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Como forma de corroborar tal entendimento acima ilustrado, Caio Mario aduz com muita propriedade que a teoria da perda da chance repousa em um juízo de probabilidade¹¹ do resultado e certeza da chance, para fins de reparação do dano sofrido, ao passo que a chance seria uma realidade, uma vez que a vantagem perdida resultaria em real prejuízo. Segue o doutrinador dizendo que deverá existir uma chance concreta de se chegar ao resultado querido, devendo, com isso, ser aplicado o princípio da razoabilidade, levando em consideração fatores culturais, socioeconômicos, políticos, etc., que envolvam a questão do caso concreto, conforme vem entendendo nossa Suprema Corte.

Pois bem, a teoria da perda da chance conduz ao entendimento de que a chance perdida se fundamenta numa probabilidade, devendo ser afastado qualquer dano hipotético, assim como uma suposição de possibilidade aleatória que venha a ser alegada pelo ofendido. O que torna necessária, para fins de comprovação da perda da chance, é a caracterização do dano material ou imaterial, dependendo do caso concreto, na consumação do fato, com intuito de se evitar abrir portas para oportunismo, sob pena de caracterizar a velha máxima do enriquecimento sem causa ou ilícito. Nessa esteira é que partimos do seguinte pressuposto: como alguém pode exigir a reparação equivalente ao valor da vitória, se há dúvidas quanto à sua ocorrência? Com base nesse questionamento é que se articula o raciocínio de que a chance significa uma probabilidade de se almejar uma determinada vantagem como bem mensurável e, por isso, de específico (a chance) valor patrimonial.

Entretanto, a expectativa não pode ter o mesmo valor econômico daquele resultado alcançado em caso de sucesso. Com base em tal assertiva, Sergio Savi ressalta que *“a chance de vitória terá sempre valor inferior à vitória futura, o que refletirá no montante da indenização”*. Contudo, entende o ilustre doutrinador que no pedido de indenização é de suma importância a aplicação de todas as excludentes inerentes à responsabilidade subjetiva¹², assim como a objetiva, que, *mutatis mutandis*, incidem no âmbito do Direito Penal, como a legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, porque implicam o afastamento da ilicitude do fato ou do nexo de causalidade, pois,

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense.

¹² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas: Malheiros, 2006.

se possivelmente demonstrado, mesmo que com a perda da chance, o resultado útil não seria alcançado.

Questiona-se, então: qual deve ser a real indenização pela perda da chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante? A questão é muito debatida na doutrina, assim como na jurisprudência, certo é que nossos tribunais têm fixado indenização pela perda da chance, ora por lucros cessantes, outras vezes por dano moral.

Contudo, há de se ressaltar que existe corrente doutrinária que coloca a teoria da perda da chance como terceiro gênero de indenização, dosando um pouco de dano emergente e lucro cessante, mas que, de qualquer forma, a indenização recairá sobre a própria chance perdida, que o magistrado apreciará *in concreto*, e não o lucro ou perda que dela era objeto.

Devemos partir do pressuposto de que a perda da chance nasce de uma obrigação *sui generis* em termos de responsabilidade civil, uma vez que se torna difícil a aferição dos elementos encontrados dentro de um caso concreto, ao passo que, o que se consegue enxergar é um prejuízo direcionado à vítima, mas não o dano certo e determinado ou ao menos determinável. Entretanto, firmou-se o entendimento de que o dano não é reparado, mas sim a chance frustrada, desde que sejam certas e muito prováveis de acontecer, lembrando que nosso Direito veda a reparação do dano por mera expectativa. Leia-se: *incertas e pouco prováveis*.

Repise-se. Nossa jurisprudência ainda não firmou posição sobre qual o tipo de indenização a se aplicar em casos de responsabilidade pela perda da chance, ou seja, se de fato refletem a obrigação de indenizar a título de dano moral ou de lucros cessantes. Por exemplo, a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, adotando entendimento no sentido da indenização se amoldar a título de danos morais, no julgamento da Apelação Cível nº 8.137/2006 de relatoria do Desembargador Roberto de Abreu e Silva, fez por bem aplicar com muita propriedade a teoria da perda da chance, em que o paciente havia sofrido deslocamento da retina, não pela cegueira, mas pela *perda da chance* de salvar a sua visão, uma vez que, quando a clínica de olhos foi procurada, deixou de realizar o procedimento cirúrgico no paciente por falta de profissionais disponíveis na ocasião. Vejamos o teor da ementa, *in verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA. CLÍNICA DE OLHOS. DESLOCAMENTO DE RETINA, PERDA DE VISÃO. ATENDIMENTO TARDIO. PERDA DA CHANCE. REPARAÇÃO. Inequívoca a responsabilidade civil da autora por perpetrar a autora perda da chance de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29/12/1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 03/01/2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcione, ao menos, possibilidade de sucesso e salvaguarda de sua visão. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO E DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO.”

O Desembargador relator no caso em tela entendeu por indenizar a ré a título de dano moral, conforme expos em seu voto, relatando que dentro das circunstâncias, havia sido comprovado o dano à autora, com a falta do dever de cuidado por parte da ré, fato que corroborou em configurar a perda da chance¹³ quanto ao atendimento cirúrgico, e não como causa principal determinante da perda da visão, oportunidade em que impôs uma responsabilidade mitigada da ré, a título de reparação por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Vale destacar que nosso ordenamento jurídico pátrio, em termos de responsabilidade civil, ao longo dos anos, passa por inúmeras modificações e criativas reformulações. Nos dias atuais, o que nossa justiça tem procurado fazer é a busca de uma reparação mais justa e equilibrada, sob os aspectos da razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito, se apoiando nos anseios de uma reparação integral frente aos prejuízos sofridos pela parte lesada, buscando-se mecanismos e artifícios juridicamente fundamentados, com intuito de salvaguardar o direito requerido, e possibilitando assim uma reparação efetiva dos danos.

¹³ www.pesquisadireito.com/artigos/civil/tpccr, acesso em 07/02/2013.

Por fim, a teoria da perda da chance constitui uma nova e importantíssima modalidade de responsabilidade civil, consoante vem demonstrando nossa melhor doutrina. Contudo, e com toda certeza, a polêmica em torno do assunto determinará ainda muitas discussões, com o intuito de pacificar o entendimento a respeito desse novo instituto, que nos trouxe uma visão cada vez mais voltada para o neoconstitucionalismo e menos positivista, do ponto de vista da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico pátrio. ❖

Da Cessão do Contrato e do Estabelecimento: Posição da Doutrina e da Construção Pretoriana

Sylvio Capanema de Souza

Desembargador (aposentado).

Professor Universitário e Advogado.

No curso da vida do contrato de locação, que muitas vezes se prolonga por décadas, alguns fatos podem ocorrer, e que se refletem em sua estrutura interna.

Entre eles, prevê e disciplina a lei, a cessão do contrato, assim como a sublocação, total ou parcial do imóvel, e o seu empréstimo.

Na cessão, o locatário original transfere o contrato a um terceiro, o cessionário, que assume todas as suas obrigações e direitos.

Assim sendo, o locatário é expelido da relação contratual, passando a integrá-la o cessionário, em razão da sub-rogação.

Nenhum vínculo persistirá a ligar o locador e o primitivo locatário, surgindo nova relação jurídica com o cessionário. Ocorre, assim, verdadeira substituição subjetiva.

Não é o que ocorre na sublocação, em que o locatário permanece como parte do contrato, respondendo perante o locador pelos aluguéis e demais encargos ali estabelecidos.

Na sublocação, duas relações contratuais passam a existir: a primeira, a ligar o locador ao locatário, que remanesce, e a segunda, que surge entre o locatário-sublocador e o sublocatário.

Justamente por isso, a Lei 8.245/91 estabelece que “aplicam-se às sublocações, no que couber, as disposições relativas às locações”, como se vê de seu artigo 14.

Em princípio, portanto, não há relação contratual direta entre o locador e o sublocatário.

Será total a sublocação quando o locatário se retira do imóvel, transferindo integralmente a sua posse ao sublocatário, e parcial quando ainda permanece ele a ocupá-lo.

Como se vê, na sublocação, a cessão da posse é onerosa, o que já não ocorre em se tratando de empréstimo, em que é ela gratuita, e que também pode ser total ou parcial.

O que importa é que a lei condiciona tanto a cessão quanto a sublocação e o empréstimo à anuência prévia e expressa do locador, como se lê do seu artigo 13, não se presumindo o consentimento tácito pela simples demora do locador em ajuizar a ação de despejo por infração legal e/ou contratual.

Assim se estabeleceu para que o locatário não se aproveite do patrimônio do locador por ele construído, passando a auferir renda decorrente da posse do imóvel.

Exemplo eloquente desta preocupação é o que dispõe o artigo 21, segundo o qual “o aluguel da sublocação não poderá exceder a da locação; nas habitações coletivas, multifamiliares, a soma dos aluguéis não poderá ser superior ao dobro do valor da locação”.

Mas o grande problema que surge é quanto à cessão do estabelecimento, como um todo, ou do capital social, quando o locatário é pessoa jurídica.

Ao contrário do que muitos imaginam, não se confunde a cessão do contrato com a do estabelecimento ou do fundo empresarial.

Como se sabe, o estabelecimento é um complexo de bens organizado para exercício da empresa, constituindo uma universalidade de bens materiais e imateriais, na qual se incluem, entre outros, o próprio contrato de locação, as mercadorias, instalações, marcas e patentes.

Tudo isto constitui o fundo empresarial, que não se confunde com a locação, e que pertence, integralmente, ao locatário, já que por ele construído.

Assim sendo, pode o locatário dispor do que é seu, já que este é um dos poderes inerentes ao domínio, não se admitindo, por via de consequência, qualquer ingerência do locador.

Seria o mesmo que submeter a cessão dos direitos aquisitivos do promissário comprador de um imóvel à anuência do promitente vende-

dor, o que no passado chegou a se admitir, mas hoje é vedado, de forma consolidada, tanto na doutrina quanto em copiosa jurisprudência.

Após algumas vacilações iniciais, firmou-se o entendimento de que, pertencendo o fundo empresarial ao locatário, e com exclusividade, pode ele aliená-lo, onerosa ou gratuitamente, independente de autorização do locador.

Aí se inclui, como decorrência lógica, eventual modificação societária do locatário, ainda mais em economia de mercado, como hoje se criou, em que circulam os capitais, como mecanismo de preservação das empresas.

Tornam-se abusivas, e, portanto, inadmissíveis, cláusulas que entavam a sua franca movimentação. E se o contrato de locação indubitavelmente o integra, também estará alforriado para ser alienado.

Sob o ponto de vista econômico e social, a interação fundo-ponto é decisiva para a exploração comercial.

Não há, sob qualquer pretexto, como se retirar o fundo empresarial da corrente de giro patrimonial, o que equivaleria à sua perda pelo locatário, que, com seu exclusivo esforço, o construiu.

Já nasce fulminada pela sanção da nulidade qualquer cláusula inserida no contrato de locação que iniba ou dificulte a cessão do estabelecimento, quando nele se inclui o fundo empresarial.

Em nosso livro **A Lei do Inquilinato Comentada**, 8ª edição, Ed. Forense, na página 85, enfrentamos longamente o tema, afirmando que “importante distinção se impõe entre a cessão do contrato e a do estabelecimento ou do fundo de comércio, que pertence, exclusivamente, ao locatário”.

E logo a seguir, rematamos: “ao locatário, como se disse, pertence o estabelecimento, não se admitindo que pudesse ser ele inibido de dispor do que é seu, cedendo-o a terceiro”.

Se não pode o inquilino sofrer entraves opostos pelo locador para transferir o fundo empresarial, o que não dizer, então, do seu capital social.

Como se pode admitir, à luz dos paradigmas que hoje informam o direito privado, que o locador interfira na composição acionária do locatário, determinando quem possa ser excluído ou admitido na sociedade, o que traria consequências catastróficas para o normal desenvolvimento do negócio.

A regra ainda mais se fortalece em se tratando a locatária, ou sua controladora, de uma pessoa jurídica, organizada sob a forma de sociedade anônima, na qual não se distinguem as pessoas naturais que a integram.

A cessão do capital social votante em nada repercute no contrato de locação, já que se opera automática sub-rogação nos direitos e deveres do titular anterior.

Não se pode olvidar que desde os romanos se consagrou a regra segundo a qual a personalidade jurídica não se confunde com a natural, das pessoas que a integram.

No Código de 1916, o preceito vinha expresso em seu artigo 20.

Nem se diga que o Código atual não o reproduziu, o que nem de longe significa que o teria revogado, o que seria impensável.

Justifica-se não ter feito o legislador de 2002 menção expressa à regra pelo fato de se ter admitido, como exceção, e em situações específicas, a desconsideração da personalidade jurídica no artigo 50 do Código Civil.

Mas o novo instituto, que também consta do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, nem de leve arranhou a milenar doutrina e a sólida construção pretoriana no sentido da independência entre as personalidades jurídica e natural.

A matéria é enfrentada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em Acórdão assim ementado:

“Locação não residencial. Ação de despejo ajuizada por locador, alegando a ocorrência de infração contratual, consubstanciada na alteração, sem a sua anuência, do quadro social da empresa locatária. Situação que, de acordo com o pacto locatício, é comparada à sublocação, cessão ou transferência da locação, que só poderiam ocorrer com consentimento prévio e escrito do locador. Nulidade da referida cláusula contratual. Locação firmada pela pessoa jurídica, não por seus sócios, com os quais não se confunde. Locatária que continuou sendo a mesma empresa, não obstante a modificação na sua composição social. Exigência de autorização do locador que implica em indevida intromissão na vida societária. Contrato de locação que, ademais, não pode equiparar situações não comparadas pelo próprio ordenamento jurídico. Recurso não provido.”

A seguir, continua o Acórdão:

“O contrato em questão expressamente prevê que a sublocação ou cessão da locação são vedadas salvo prévia e escrita autorização do locador. Tal previsão está de acordo com o art. 13 da Lei do Inquilinato, não se questionando da sua validade. No entanto, é nula a disposição contratual que equipara à sublocação ou cessão, não autorizadas qualquer alteração que venha a ser feita na empresa locatária, na sua razão social ou nas suas quotas, sem anuência expressa do locador (fls. 42).

A propósito:

*“É nula a cláusula que, em contrato de locação, equipara à sublocação ou à cessão do prédio, para o fim de sujeitá-la a prévio consentimento escrito do locador, toda alteração em contrato social de locatário pessoa jurídica (JTA 87/332)” (in Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondiolo, **Código Civil e legislação civil em vigor**, 30ª edição, Editora Saraiva, 2011, p. 1316, nota 1ª ao art. 45 da Lei 8.245/91).*

Em primeiro lugar, a locação foi celebrada pela pessoa jurídica, cuja personalidade, como é sabido, não se confunde com a dos seus sócios.

Assim, ainda que ocorra modificação na razão social ou na composição da empresa em destaque, isto não acarreta alteração do vínculo locatício existente, eis que a locatária e ocupante do imóvel continuam sendo a mesma pessoa jurídica que celebrou o contrato de locação.

Se não bastasse, a exigência de autorização do locador para que ocorra qualquer alteração na sociedade representaria indevida intromissão na vida societária.

O contrato de locação não pode, ademais, pretender equiparar duas situações que para o próprio ordenamento jurídico são bem distintas.

Em suma, ante a nulidade da referida cláusula contratual, a alteração no quadro societário da locatária não justifica o despejo pretendido pela apelante”.

O Acórdão é da AC 907 6451-98.2009.8.26.0000, sendo Relator o Desembargador Cesar Lacerda.

Quando aprovada a Lei 12.112, em dezembro de 2009, sendo enviada para sanção, o Presidente da República vetou, parcialmente, o seu texto.

E a parte vetada foi justamente o dispositivo que previa a anuência do proprietário e/ou locador para a manutenção do contrato quando houver mudança societária na estrutura interna da pessoa jurídica locatária.

A justificativa, acolhida pelo Congresso, que manteve o veto, é no sentido de que “o contrato de locação firmado entre o locador e a pessoa jurídica não guarda qualquer relação de dependência com a estruturação societária da pessoa jurídica locatária”, e esta é a transcrição exata das razões do veto.

Não pode o terceiro, ainda que seja o locador, imiscuir-se na estrutura societária do locatário, sob pena de se travar a roda da economia das empresas, com catastróficas consequências para a sociedade, como um todo, o que constituiria agressão insuportável ao princípio da função social dos contratos. ❖