

Agosto 2015

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 12 - 2015

Caroline Souza Emilio
Daniel Leonhardt dos Santos
Demétrio Beck da Silva Giannakos
Felipe Kirchner
Filipe Gonçalves Arnoni
Gabriel Freitas Siqueira
Letícia Burgel
Ligia Mori Madeira
Luan Christ Rodrigues
Núcleo de Defesa Agrária e da Moradia
Renan Eschiletti Machado Guimarães
Ricardo Aronne
Telma Rocha Lisowski

Coord. Editorial
Felipe Kirchner



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul

Porto Alegre/RS
2015



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 6, V.12 (maio/agosto.2015). – Porto Alegre: DPE, 2015 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Yara Nasario

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS
INSTITUCIONAIS**

Marcelo Dadalt

**SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS
ADMINISTRATIVOS**

Luciana Pereira Kern

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS
JURÍDICOS**

Jaderson Paluchowski

COORDENADOR DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Felipe Kirchner

CONSELHO EDITORIAL

Alvaro Roberto Antanavicius Fernandes

Gustavo Lindenmeyer Barbieri

Vivian Rigo

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico

CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
DEFENSORES PÚBLICOS COMO AGENTES POLÍTICOS NO BRASIL: RECRUTAMENTO E PERCEPÇÕES	13
<i>Ligia Mori Madeira</i>	
A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	51
<i>Telma Rocha Lisowski</i>	
A INSERÇÃO DO TERMO “COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL” ORIUNDO DO PROJETO DE LEI N. 8.046/2010....	81
<i>Demétrio Beck da Silva Giannakos</i>	
O DIREITO À MORADIA DO CÔNJUGE ABANDONADO?	101
<i>Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento, Andressa Rissetti Paim, Juliano Ruschel, Laura Silva Dias, Letícia Ana Basso, Maina Ribeiro Pech, Rodolfo Lorea Malhão e Valéria Santiago Silva</i>	
EM NOME DO PAI: DIREITO À INVESTIGAÇÃO GENÉTICA	128
<i>Ricardo Aronne e Luan Christ Rodrigues</i>	
TESTAMENTO VITAL: APLICABILIDADE FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	165
<i>Filipe Gonçalves Arnoni</i>	
O PAPEL DAS CONDUTAS ALTERNATIVAS CONFORME O DIREITO (RECHTMÄSSIGEN ALTERNATIVVERHALTEN) NA IMPUTAÇÃO DO RESULTADO NOS CRIMES CULPOSOS	208
<i>Daniel Leonhardt dos Santos e Letícia Burgel</i>	

SANÇÕES PENAS APLICADAS AOS PSICOPATAS NO BRASIL231

Caroline Souza Emilio

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA VERDE URBANA: UMA
NECESSIDADE BRASILEIRA E LATINO-AMERICANA251

Renan Eschiletti Machado Guimarães

A IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA FRENTE ÀS MANIFESTAÇÕES
ONLINE: UMA ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DO **SITE**
“RECLAME AQUI” E OS DANOS DESSE SERVIÇO ÀS SOCIEDADES
EMPRESÁRIAS DE MÉDIO E PEQUENO PORTE276

Felipe Kirchner e Gabriel Freitas Siqueira

APRESENTAÇÃO

É com grande entusiasmo que a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul chega à décima segunda edição de sua Revista, periódico de veiculação quadrimestral que conta com artigos não só da área jurídica, mas também de áreas afins, como a sociologia e a bioética.

Neste número os artigos discorrem sobre a condição de agentes políticos dos Defensores Públicos, controle constitucionalidade, cooperação jurídica internacional, direito à moradia, investigação genética, testamento vital, efeito das condutas alternativas nos crimes culposos, imputabilidade ou semi-imputabilidade dos psicopatas no País, meio-ambiente e imagem da pessoa jurídica.

Elaborada por profissionais das carreiras jurídicas e das ciências sociais aplicadas, esta edição conta com dez artigos, os quais revelam sua faceta multidisciplinar e comprovam a necessidade e a importância de que o Direito seja uma ciência dinâmica, capaz de acompanhar a evolução da sociedade, estando sempre próximo dos fatos sociais e sendo pensada não apenas a partir da norma, mas principalmente da situação normada.

O primeiro trabalho, da lavra da autora Ligia Mori Madeira faz um levantamento sociológico das Defensorias Públicas no Brasil, tomando por base a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, investigando as trajetórias, o recrutamento e as percepções dos Defensores Públicos, com ênfase no papel assumido pela Instituição a partir da Reforma do Judiciário (2004).

Segue o artigo voltado ao Direito Constitucional, de autoria de Telma Rocha Lisowski, o qual aborda o sistema vigente no Brasil, analisando a eficácia produzida pelas decisões de (in) constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, procurando

estabelecer as diferenças entre as que se originam do controle direto e as que derivam do controle incidental.

Ampliando os horizontes jurídicos e conduzindo para o ramo do Direito Internacional, o autor Demétrio Beck da Silva Giannakos discorre sobre o tema da Cooperação Jurídica Internacional no Projeto de Lei nº 8.046/2010, demonstrando que com a criação do Novo Código de Processo Civil os mecanismos gerais de cooperação passaram a ser positivados de maneira mais específica e prática, possibilitando a utilização destes por todos os agentes de direito no País.

Seguindo na análise de inovações do universo jurídico, os(as) colegas Adriana Oliveira Schefer do Nascimento, Andressa Rissetti Paim, Juliano Ruschel, Laura Silva Dias, Leticia Ana Basso, Maína Ribeiro Pech, Rodolfo Lorea Malhão e Valéria Santiago Silva, discorrem sobre o usucapião familiar, nova modalidade prevista no artigo 1.240-A do Código Civil e que ainda pende de pacificação sobre alguns dos seus requisitos. Sendo instituto ainda pouco utilizado, os autores desbravam as suas especificidades e esclarecem seus principais pontos dúbios, como forma de resguardar os direitos dos assistidos, diretriz precípua das Defensorias Públicas.

Ainda no compasso da modernidade e atentos aos avanços da medicina, com foco na bioética, Ricardo Aronne e Luan Christ Rodrigues dissertam sobre a problematização atinente às técnicas de reprodução assistida heteróloga, mais especificamente, o direito ao sigilo de identidade do doador de material genético *versus* o direito à investigação genética do concebido por tal método reprodutivo.

Do mesmo modo, o autor Filipe Gonçalves Arnoni trabalha a validade do testamento vital, contestada por parte da doutrina nacional, instituto ao qual estão relacionados os conceitos e as pretensões relativas a eutanásia, a ortotanásia, a distanásia e ao suicídio assistido. O artigo discute os limites da autonomia da vontade do paciente e a necessidade de modificações na legislação penal, a fim de adaptar o

sistema normativo aos valores, necessidades e anseios da sociedade contemporânea.

No âmbito do Direito Penal os autores Daniel Leonhardt dos Santos e Letícia Burgel questionam a relevância que o critério das condutas alternativas possui para fins de imputação do resultado nos delitos culposos nos casos em que não é certo, mas apenas provável ou possível, que o comportamento alternativo evitaria o resultado, adentrando, ainda, na definição de quais critérios devem ser utilizados para determinar a evitabilidade do resultado.

A reflexão da autora Caroline Souza Emilio alcança o tema das sanções penais aplicadas aos psicopatas, constatando que no País não existe homogeneidade nas decisões judiciais, a partir do que questiona a forma mais adequada de sancionar o comportamento desses indivíduos, que ora são tidos como imputáveis, sofrendo a aplicação da pena privativa de liberdade, e ora são considerados semi-imputáveis, recebendo ou a redução da pena criminal ou a aplicação da medida de segurança.

Voltando atenção para as questões ambientais, o autor Renan Eschiletti Machado Guimarães relata a importância do desenvolvimento de políticas públicas ambientais de infraestrutura verde para o Brasil e as demais nações latino-americanas, apontando exemplos dessas atitudes de gestão pública.

Encerra-se a jornada desta edição com matéria relacionada ao Direito do Consumidor, em artigo que assino juntamente com Gabriel Freitas Siqueira, o qual tem como objeto a análise da proteção da imagem da pessoa jurídica perante a estrutura do site “Reclame Aqui” e as consequências das manifestações dos consumidores em face dos direitos das sociedades empresárias de médio e pequeno porte, pautando-nos no enfrentamento ao conflito de princípios constitucionais e no estudo dos pressupostos da responsabilidade civil.

Com isso, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul,

por meio de mais esta edição, convida a todos a percorrer e revisitar as diversas áreas do direito e das ciências afins, fazendo votos de uma jornada que leve o leitor a novas e instigantes reflexões.

Porto Alegre, setembro de 2015.

FELIPE KIRCHNER

Defensor Público

Coordenador da Revista da Defensoria

DEFENSORES PÚBLICOS COMO AGENTES POLÍTICOS NO BRASIL: RECRUTAMENTO E PERCEPÇÕES

Ligia Mori Madeira¹

RESUMO: A pesquisa investiga trajetórias, recrutamento e percepções dos defensores públicos no Rio Grande do Sul, enfatizando o papel assumido pela Defensoria a partir da Reforma do Judiciário (2004). A pesquisa fez uso de entrevistas com defensores em postos chave na instituição. Resultados revelaram a presença de jovens atores, cuja busca pela instituição deve-se à atuação para os setores mais vulneráveis da população. Quanto aos padrões de moralidade, percebe-se um discurso de proteção a direitos humanos, uma crítica ao uso indiscriminado do sistema penal, bem como uma visão quanto à necessidade do protagonismo da instituição no processo tanto de democratização dos tribunais, quanto da própria sociedade, a partir de um papel socializador do Defensor Público.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça e reformas judiciais; Defensores públicos; Sociologia das profissões; Carreiras do sistema de justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Defensoria Pública no Brasil: mudanças institucionais e escopo de atuação. 3. Defensores públicos no Brasil. 4. Recrutamento, origem social e socialização profissional nas carreiras jurídicas brasileiras. 5. Defensores públicos no Brasil: quem são e o que pensam. 6. Defensores públicos no Rio Grande do Sul: o que pensa a elite da instituição gaúcha. 6.1. Recrutamento e escolha da carreira. 6.2 Socialização e espírito de corpo dos defensores públicos. 6.3. Luta e conquista de autonomia, igualdade entre as carreiras e o papel da Defensoria Pública na democracia brasileira. 6.4. Relações com os demais poderes e instituições do sistema de justiça. 6.5. Direitos humanos como *ethos* por excelência da Defensoria

¹ Doutora em Sociologia, Professora dos PPGs em Ciência Política e em Políticas Públicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atualmente é Professora Visitante no Departamento de Política Social da London School of Economics and Political Science (LSE), onde realiza estágio de pós-doutorado com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior (CAPES).

Pública. 6.6. Visões contra majoritárias. 6.7. Sistema de justiça criminal: visões quanto à efetividade do poder punitivo no combate à criminalidade e à violência. 7. Considerações Finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O estudo dos tribunais e das percepções políticas de atores do sistema de justiça não é novo no Brasil, tendo iniciado por autores da ciência política como Werneck Vianna, investigando trajetórias e recrutamento de magistrados, Maria Teresa Sadek, investigando juízes, promotores de justiça, delegados de polícia e as relações entre esses atores no sistema de justiça, bem como no âmbito da sociologia das profissões, com Maria da Glória Bonelli olhando para questões de identidade e gênero entre os operadores do sistema.

No âmbito desses estudos das cortes e das demais instituições do sistema de justiça no Brasil, vem recebendo destaque atualmente a Defensoria Pública e seu papel como órgão voltado à prestação de assistência jurídica às populações vulneráveis. Investigada do ponto de vista das mudanças institucionais, seja pelo ganho de independência e autonomia, seja pela equiparação salarial, em alguns estados, com outras carreiras jurídicas, como promotores de justiça, a Defensoria Pública e os defensores têm suscitado a curiosidade acadêmica por parte da ciência política brasileira e latino-americana.

No entanto, para além dos Diagnósticos realizados pelo Ministério da Justiça entre os anos 2004, 2006 e 2009 e o recente estudo do IPEA (2013), ainda são em menor número os estudos empíricos voltados a conhecer as especificidades dessa instituição e desses atores em processo de empoderamento e de ampliação da visibilidade política.

Este artigo integra uma pesquisa mais ampla, que investigou as mudanças institucionais e a atuação da Defensoria Pública no Brasil, tendo como foco os defensores públicos no Rio Grande do Sul, suas percepções e seu papel como agentes políticos. A pesquisa investigou trajetórias,

recrutamento e percepções dos defensores públicos no Rio Grande do Sul, dando ênfase ao novo papel que eles assumiram após a Reforma do Judiciário, através da Emenda Constitucional n.45/ 2004. Em termos metodológicos, a pesquisa baseou-se em entrevistas com defensores públicos em postos chave na instituição². Em relação a princípios de moralidade pública e privada, os profissionais foram questionados sobre trajetória e a escolha da carreira; recrutamento, socialização e espírito de corpo da instituição; luta e conquista de autonomia, igualdade entre as carreiras e o papel da Defensoria Pública na democracia brasileira; relações com os demais poderes e instituições do sistema de justiça; e visões contra majoritária, especialmente no sistema de justiça criminal, de crítica à efetividade do poder punitivo no combate à criminalidade e à violência.

2 DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL: MUDANÇAS INSTITUCIONAIS E ESCOPO DE ATUAÇÃO

Criada pela Constituição Federal de 1988, com o objetivo de garantir acesso à justiça para os grupos menos privilegiados da população brasileira, através da prestação pública de assistência jurídica, levou mais de duas décadas para que os estados implementassem suas instituições. Após um lento processo de institucionalização, a instituição sofre uma grande mudança com a edição da Emenda Constitucional n. 45, em 2004, que no âmbito da Reforma do Judiciário, concede independência e novas competências à Defensoria Pública Brasileira.

Em termos de estrutura, a defensoria pública no Brasil organiza-se em três ramos: as defensorias dos estados, a defensoria pública da união e a defensoria pública do distrito federal e dos territórios.

A Defensoria Pública é regida pela Lei Complementar n. 80/ 1994,

² Realizamos também uma survey com o universo dos defensores no estado, mas esta não obteve representatividade estatística em termos amostrais que permitisse generalizações. Na survey os defensores estão sendo questionados quanto a temas controversos na sociedade brasileira, entre eles união homoafetiva e a possibilidade de adoção; aborto; violência doméstica; temas de violação de direitos humanos, especialmente sobre as condições prisionais; ampliação do uso do sistema penal e penitenciário como forma de buscar a redução da criminalidade através da punição; redução da maioridade penal.

que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas para a sua organização nos Estados. Tal legislação sofre uma série de modificações pela edição de uma nova lei (Lei Complementar n. 132/2009), voltada a regulamentar as modificações oriundas da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A partir dessa nova legislação, a Defensoria Pública é instituída como permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento da democracia, estando incumbida da orientação jurídica, da promoção de direitos humanos e defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Os princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional foram garantidos pela lei.

Além disso, há o estabelecimento de uma série de objetivos que fundamentam a atuação da Defensoria Pública como instituição instrumento da democracia, como a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades, a afirmação do Estado democrático de direito, a prevalência e efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Em relação às funções institucionais, regidas pelo art. 4º. da referida lei, é interessante mencionar, para além da prestação de orientação jurídica e defesa dos necessitados, novas funções ligadas a este novo papel como ente promotor de cidadania e direitos humanos como, por exemplo, a representação aos sistemas internacionais, a promoção de ação civil pública e de defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como a defesa de grupos sociais vulneráveis, como crianças e adolescentes, idosos, portadores de necessidades especiais, mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, entre outros. São também funções da nova defensoria pública a atuação em estabelecimentos policiais, penitenciários, de internação de adolescentes, bem como a atuação na preservação e reparação de direitos de vítimas

de tortura, abusos sexuais, discriminação ou outras formas de opressão e violência.

Com relação à conquista e exercício de autonomia, a estipulação de regras relativas à escolha dos Defensores Públicos Gerais da União e dos estados é sinal de uma preocupação com a efetivação de tal garantia. Sendo assim, o art. 6º., que trata dos Defensores Públicos da União e o art. 99, que trata dos Defensores Públicos Estaduais, estipulam a nomeação pelo Presidente da República ou Governador dos Estados, dentre membros estáveis da carreira, escolhidos por lista tríplice formada por voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, para mandato de 2 anos.

No caso das Defensorias Públicas estaduais, além da autonomia funcional e administrativa, foi concedida a iniciativa para elaboração de proposta orçamentária, abertura de concurso e provimento de cargos, composição dos órgãos de administração, dentre outras prerrogativas de organização.

Assim como o Poder Judiciário e o Ministério Público tiveram criados Conselhos Superiores com a EC. 45/2004, a Defensoria Pública também conta com um Conselho Superior da Defensoria Pública da União e previsão de criação de Conselhos Superiores nos estados.

Em termos de garantias de carreira, assim como juízes e promotores de justiça, os defensores públicos contam com independência funcional no desempenho de suas atribuições, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e estabilidade.

3 DEFENSORES PÚBLICOS NO BRASIL

No ano de 2013, o IPEA publicou o Mapa da defensoria pública no Brasil, no qual delimitou dados atualizados sobre o universo dos defensores estaduais no país. Segundo estes dados houve uma ampliação para 5.054

defensores públicos atendendo em todo o país, havendo uma vacância de 40%, na medida em que foram ofertados 8.489 cargos. Todavia, observou-se uma criação de 1.914 novos cargos, em comparação com 2006. Pode-se observar abaixo o gradual crescimento do número de defensores atuantes distribuídos nos estados, no intervalo de dez anos:

Tabela n° 1: Cargos de defensores públicos providos (2003-2013)³

	2003	2005	2008	2009	2013
AC	34	40	60	56	49
AL	40	35	30	30	72
AM	28	52	57	55	47
AP	0	0	0	0	0
BA	102	97	201	200	224
CE	157	145	252	250	293
DF	80	113	160	171	208
ES	80	113	160	171	150
GO	0	0	0	0	0
MA	24	37	46	43	110
MG	425	545	474	408	596
MS	135	152	148	148	153
MT	60	74	117	117	143
PA	199	184	212	205	280
PB	340	342	327	327	271
PE	230	218	245	245	270
PI	24	56	62	90	86
PR	0	0	0	0	20
RJ	698	674	720	750	796
RN	0	0	0	0	40
RO	32	57	25	26	41
RR	27	39	38	37	37
RS	257	271	345	357	385
SC	0	0	0	0	0
SE	69	74	95	93	86
SP	0	0	397	391	610
TO	40	40	85	85	97

Fonte: IPEA, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013

Entretanto, mesmo com esse aumento descrito acima, somente 28% do território brasileiro possuía o atendimento da instituição, tendo em vista que das 2.680 comarcas do país, somente 754 eram atendidas enquanto que as 1.926 restantes não possuíam qualquer tipo de

³ Tabela adaptada publicação original. (IPEA, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013)

amparo por parte das Defensorias Públicas dos Estados, DPE's. Assim, havia ainda uma grande vacância, a qual combinada com o número de comarcas não atendidas configurava um cenário de baixo atendimento em termos territoriais. Isso ocorria, pois, na mesma medida em que novos cargos foram preenchidos, muitas aposentadorias e exonerações eram efetuadas, fazendo com que os novos defensores funcionassem apenas como meras reposições, anulando o objetivo final da ampliação, isto é, o maior atendimento da população.

Tabela n° 2: Comarcas atendidas e não atendidas pela Defensoria Pública⁴

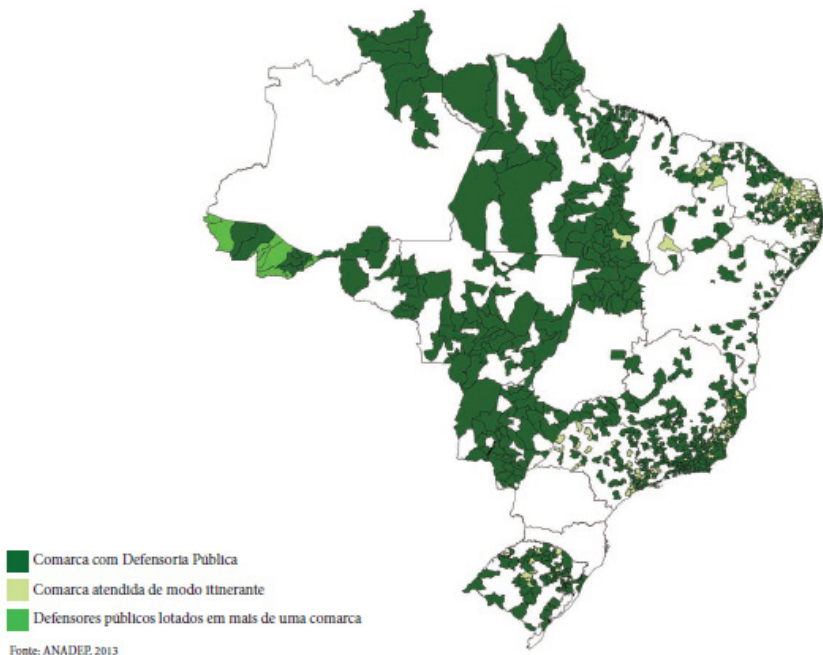
	Atendidas pela DPE	Não atendidas pela DPE	% de comarcas atendidas
AP	12	0	100
RR	7	0	100,0
DF	1	0	100
AC	15	0	100
TO	40	5	95,2
RJ	75	6	92,6
MS	40	14	74,1
PB	50	28	64,1
RO	12	10	54,5
PA	56	51	52,3
AL	29	28	50,9
MT	36	43	45,6
RS	70	93	42,9
ES	26	39	40
MG	105	190	35,6
CE	48	88	35,3
SE	12	25	32,4
PI	17	77	18,1
SP	41	231	15,1
MA	15	109	12,1
RN	7	58	10,8
PE	15	136	9,9
BA	24	254	8,6
AM	2	58	3,3
GO	0	119	0
PR	0	156	0
SC	0	110	0
Brasil	754	1926	28,1

Fonte: IPEA, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013

⁴ Tabela adaptada publicação original. (IPEA, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013)

Alguns estados apresentavam baixíssimos índices de abrangência em suas comarcas, tais como o Amazonas com apenas 3,3%, a Bahia (8,6%) e o Pernambuco (9,9%), todos estes não chegando nem ao pífio índice de 10% de abrangência. Por outro lado, Distrito Federal, Roraima e Acre eram as unidades federativas nas quais a Defensoria Pública estava presente em todas as comarcas circunscritas, sendo seguidas pelo Tocantins (95,2%) e Rio de Janeiro (92,6% - IPEA, Mapa da defensoria Pública no Brasil, 2013). Desta maneira, observavam-se significativas diferenças estatais quanto à organização e a estrutura da instituição, denotando diferentes condições de atendimento a população de cada estado. Estes contrastes podem ser observados a partir da figura abaixo:

Figura n° 1: Comarcas atendidas pela Defensoria Pública



Fonte: IPEA, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013

Se seguida a recomendação do Ministério da Justiça de que era preciso a presença de um defensor público para cada 10 a 15 mil pessoas e se conjuntamente considerarmos pessoas com até três salários mínimos como população vulnerável

(mesmo que não seja a totalidade de seu público alvo) o número de pessoas com rendimento mensal até três salários-mínimos, na comparação por cargo existente de defensor público no Brasil obtínhamos um índice de 18.336 pessoas por cada cargo de defensor público existente. No entanto, essa proporção subia para 56.620 pessoas, quando a comparação era feita com cargos providos, de modo que bastaria o integral preenchimento dos cargos por meio de concursos públicos para se alcançar a universalização dos serviços.

Tabela n° 3: Número de pessoas com rendimento mensal até três salários mínimos por defensor público⁵

Estados	Pessoas por cargos existentes	Pessoas por cargos providos
DF	6.723	7.758
RR	7.013	8.529
TO	8.657	10.620
AC	8.620	10.731
PB	9.072	10.981
MS	7.115	11.765
RJ	14.499	14.663
MT	11.179	15.635
ES	9.751	17.486
SE	15.952	18.549
PA	16.237	20.296
RS	19.015	20.497
CE	16.199	22.945
MG	12.563	25.294
PE	22.978	25.531
RO	8.167	28.285
PI	5.380	28.651
AL	33.371	33.371
MA	38.704	45.741
SP	32.826	48.432
BA	18.911	49.218
AM	14.790	53.497
RN	24.292	61.945
AP	7.795	-
PR	13.204	768.461
GO	34.497	-
SC	74.849	-

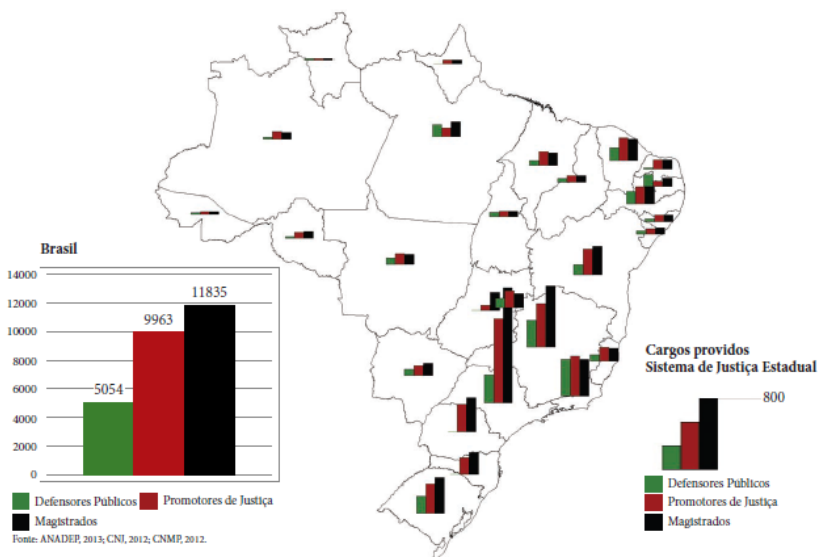
Fonte: IPEA, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013

⁵ Tabela adaptada publicação original. (IPEA, Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013)

A partir da figura podemos notar que somente nove estados possuíam o índice recomendado pelo Ministério da Justiça de cargos existentes de defensores públicos, e esse número caía mais ainda se considerássemos os cargos providos, abarcando assim, somente sete estados: Distrito Federal, Roraima, Tocantins, Acre, Paraíba, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro. Concomitante a isso, notava-se, na parte inferior da tabela, situações alarmantes da precariedade da abrangência no atendimento, em cinco estados, os quais ultrapassavam o triplo do índice recomendado, de no máximo 15 mil habitantes por defensor.

Os dados demonstrados reforçam a percepção sobre a grande disparidade entre os defensores públicos e os outros atores do sistema de justiça, especialmente Judiciário e Ministério Público. Os estados contavam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos (nas 1ª e 2ª instâncias). O número de magistrados e de membros dos promotores permitia que esses serviços fossem oferecidos na quase totalidade das comarcas brasileiras. Na maioria delas (72%), contudo, a população contava apenas com o estado-juiz, o estado-acusação/fiscal da lei, mas não contava com o estado-defensor, que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população que não pode contratar um advogado particular (IPEA, Mapa da defensoria Pública no Brasil, 2013).

Figura nº 2: Cargos providos no sistema de justiça estadual



Dado esse panorama, passamos a discussão do objeto do artigo: as carreiras de defensor público em comparação com as demais carreiras no sistema de justiça.

4 RECRUTAMENTO, ORIGEM SOCIAL E SOCIALIZAÇÃO PROFISSIONAL NAS CARREIRAS JURÍDICAS BRASILEIRAS

O estudo das carreiras jurídicas inicia-se no Brasil com pesquisas sobre o Judiciário e seus atores. Estes estudos acreditam ser a origem social uma variável imprescindível para compreender os padrões de mobilidade, os processos de recrutamento de elites e suas mudanças de padrões em uma sociedade como a brasileira, marcada por profundas desigualdades.

Em um dos primeiros estudos sobre esse tema no Brasil, Vianna et al (1997), investigando magistrados, verificou uma possível compatibilidade entre o perfil do operador e a democratização da prática jurídica, uma vez que estudos demonstram o quanto a procura pelas carreiras jurídicas e demais profissões qualificadas da administração pública constituíram-se em grande mercado ocupacional para camadas médias e jovens de origem subalterna que tiveram acesso ao ensino universitário.

No recrutamento dos integrantes do Poder Judiciário, Vianna verificou a existência de dois processos, a feminilização da magistratura, somada à juvenilização, como reflexo das mudanças ocorridas no sistema educacional e no mercado de trabalho, muito mais do que uma política do próprio poder judiciário. A pesquisa revelou que o recrutamento por concurso permitiu o ingresso na carreira de profissionais com menos de 30 anos, implicando em uma juvenilização dissociada de qualquer mecanismo de socialização prévia para o exercício profissional.

Verificou-se também a procura do Judiciário por integrantes de

outras instituições do campo jurídico, que convertiam suas trajetórias profissionais, trazendo composições plurais à corporação, uma vez que as perspectivas doutrinárias e as opções valorativas eram realizadas em processo de socialização no campo jurídico, mas em situação de externalidade à cultura organizacional do juiz (VIANNA, 1997, p. 65).

Embora tenha havido uma permeabilidade das elites à incorporação de setores originários de estratos médios e inferiores da população, Vianna demonstra o retorno a uma elevação na participação de setores médios educados nos concursos mais recentes, o que revelaria uma lenta reapropriação da atividade por setores educados, de origem social mais elevada, especialmente das novas elites que fizeram sua trajetória associada ao ingresso no curso superior (VIANNA, 1997, p.101)

No Brasil, a incorporação de novos segmentos sociais à elite não estaria implicando uma confirmação de valores e de sistemas de orientação já consagrados, gerando, além de uma heterogeneidade quanto à origem de seus membros, uma tendência à conformação plural de concepções de mundo (VIANNA ET ALL, 1997, p. 8).

Estudos posteriores, desenvolvidos por Sadek (2006), demonstram uma imagem em movimento na magistratura brasileira, derrubando certezas a respeito de quem são e o que pensam:

Os resultados apontam que o juiz típico não é um jovem, recém-formado, sem nenhuma experiência. Ao contrário, os traços que compõem o magistrado característico desenham um personagem de média idade, que ingressou na magistratura após alguns anos de formado. A esse amadurecimento soma-se uma predominância do gênero masculino, mas já não tão absoluta quanto no passado. A presença feminina tem ocupado espaços, fazendo-se notar, especialmente nos juizados especiais e entre aqueles com menos anos de atividade jurisdicional. Ademais, características de natureza social marcam um perfil eminentemente plural. Parte considerável dos magistrados não provem de famílias que compõem as elites econômica e social. [...]. Sobreponha-se a esses traços um recrutamento predominantemente exógeno: a extensa maioria não tem parentes na magistratura e nem mesmo em outras carreiras jurídicas que exigem o diploma em direito. [...] Diante

dessas imagens multifacetadas, dificilmente se poderia sustentar que a magistratura é composta por indivíduos que formam um grupo homogêneo. Mesmo traços corporativos, normalmente salientados, mostraram-se pouco coesos (Sadek, 2006, p. 98).

Buscando ir além dos estudos que focalizam os operadores jurídicos do ponto de vista da origem social, do gênero, do nível de renda e da trajetória profissional, Perissinotto et all (2008, p. 151), em sua pesquisa sobre a elite judiciária no Paraná, faz uma análise da relação entre valores, socialização e comportamento. Para o autor, “*é o conjunto de valores e crenças – adquirido tanto nas escolas de Direito como ao longo da própria atividade profissional – que intermedeia a relação dos magistrados com os constrangimentos institucionais*”.

O autor alerta para a carência de análises sobre as instituições socializadoras desses operadores, bem como das próprias decisões produzidas sobre esses agentes, afirmando que “*um estudo das elites judiciárias teria muito a ganhar com um desenho de pesquisa que procurasse integrar esses três tipos de abordagens (dos valores, da socialização e do comportamento)*.” (Perissinotto et all, 2008, p. 152).

Nenhum estudo de elites estará completo se não somar, ao mapeamento dos sistemas de valores e dos padrões comportamentais, uma análise específica sobre o processo social de produção dos membros destas elites. [...]. Para isso, é necessário tomar como objeto de análise os mecanismos de socialização e reprodução por meio dos quais os diferentes grupos transmitam suas heranças (econômicas e culturais) e dentro dos quais a família e a escola desempenham um papel preponderante. É, portanto, o processo de produção social do habitus dos desembargadores que devemos focar se não quisermos nos limitar a um estudo substancialista de seus atributos (Perissinotto et all, 2008, p. 157).

Na análise que realiza sobre os magistrados paranaenses, parte do pressuposto de que a socialização, em fases primária e secundária, ocorre no interior de duas instituições estratégicas, as escolas de direito, e ao longo da atuação profissional já dentro da instituição judiciária. Esta última, entendida como socialização *intra corporis*, implica na “*incorporação de*

capacidades, ao mesmo tempo técnicas e sociais, exigidas por determinada carreira ou atividade” (Perissinotto et all, 2008, p. 159).

Na caracterização dos magistrados, é sempre presente a dicotomia entre o paradigma normativo-formalista e a adesão a princípios gerais de justiça social e dignidade humana. Na pesquisa, os autores encontraram “[...] alternativas que representam posições intermediárias do espectro de valores jurídicos, com o restante das respostas dividindo-se entre os dois polos opostos, um caracterizado por termos como “certeza jurídica” e “neutralidade” e outro, por termos como “justiça social” e “cidadania”, com uma ligeira vantagem para este último.

Outros aspectos relacionados a questões de gênero e identidade caracterizam também os estudos sobre magistrados no Brasil. Análises de sociologia das profissões desenvolvidas por Bonelli (2010), tendo como objeto integrantes do Tribunal de Justiça de São Paulo destacam as questões de gênero que envolvem a magistratura.

Bonelli (2010, p. 277) aponta as consequências da reforma, que implicando em mudanças em termos de recrutamento, gerou toda uma estratégia por parte do tribunal no intuito de manter-se como uma instituição elitizada:

Entendemos que em um contexto de reforma, com um ambiente externo pressionando por mudanças e um ambiente interno mais heterogêneo, o tribunal buscou estratégias para manter sua alta posição social em vez de experimentar queda no prestígio e na seletividade de seu recrutamento. A diversificação da origem social de seus membros passou a ser apresentada como o trunfo do profissionalismo do Judiciário, enfatizando o rigor da seleção por mérito, a remuneração elevada, as garantias de carreira e a independência judicial. A competitividade em termos de desempenho cresceu, tornando a vaga de juiz (a) muito cobiçada. O recrutamento deslocou-se da classe social para o saber especializado. [...]. A eficácia simbólica que transforma a magistratura em corpo passa pela construção coletiva de qual é a postura que condiz com o pertencimento institucional, produzindo uma estetização do modelo de juiz (a), que dá concretude a algo abstrato, como ser vocacionado (a) (Bonelli, 2010, p. 277).

Esta questão sobre a neutralidade (seja ela de gênero, etnia, entre outros), tem íntima relação com os processos de seleção. Bonelli explica que “a dimensão subjetiva do processo de seleção é acompanhada do anedotário que circula no mundo jurídico e na própria magistratura, sobre o controle que as bancas dos concursos detêm, barrando a entrada dos candidatos vistos como diferentes na entrevista pessoal. Até a década de 1960, falava-se na barreira étnica, nas dificuldades de acesso dos descendentes de imigrantes que não tinham “berço”. No início dos anos 1990, já com a expansão dos cursos superiores de Direito e o aumento da participação feminina no mercado de trabalho jurídico, foi a vez de se destacar a barreira para o ingresso das mulheres na magistratura paulista”.

Nesse contexto, surge o fenômeno chamado por Bonelli (2010, p. 278) de “*o apagamento do gênero como diferença identitária*”, uma ação promovida por mulheres em carreiras tradicionalmente masculinas, em que “*a experiência na profissão traz mais reconhecimento e valorização social, reforçando a identificação profissional perante o pertencimento a outra comunidade, como a de gênero*”.

As outras carreiras do sistema de justiça também tem sido objeto de análises. Dentre elas destacam-se os estudos sobre o Ministério Público e os promotores de justiça. Silva (2001) explica que o Ministério Público, ao longo dos anos 1980 e 1990, firmou-se como órgão de proteção aos fracos, reivindicando para si o papel de guardião da sociedade. Neste sentido, por meio de modificações causadas por legislações sucessivas e, com a promulgação da Constituição de 1988, tal instituição consolidou-se com um novo perfil em todo o país, assumindo importantes funções e garantindo aos seus membros as mesmas prerrogativas dos juízes.

Analisando promotores de justiça que atuam na defesa de direitos e interesses coletivos e sociais, a autora salienta a formação de um ethos que revela linguagem e postura de uma carreira marcada pela uniformidade:

A carreira demarca, por sua vez, um lugar comum a partir do qual os promotores se posicionam perante as demais carreiras jurídicas. [...]. Donde a comparação sistemática com os juízes: os promotores desejavam demonstrar a relação de

igualdade (vencimentos, garantias, respeitabilidade) que sua carreira guarda hoje com a dos juizes e, ao mesmo tempo, as diferentes atribuições que os separam da magistratura e que fazem deles agentes provocadores do Poder Judiciário. Nesta comparação com os juizes, os promotores de justiça demarcavam indiretamente suas diferenças em relação aos demais operadores jurídicos, sobretudo delegados e procuradores do Estado (advogados e representantes do Estado) (Silva, 2001, p. 130).

Bonelli em outro estudo (2002) também se dedica a olhar o Ministério Público e seus atores. Segundo ela as mudanças no perfil da instituição teriam gerado condições para o fortalecimento de uma ideologia profissional que rejeita a política, sobretudo a convencional.

Em outras análises, promotores de justiça são investigados do ponto de vista de sua visão quanto à política criminal e outros aspectos ideológicos e valorativos. Azevedo (2005) constatou que mais da metade dos integrantes do Ministério Público gaúcho se identificavam com a corrente de Tolerância Zero, seguida pelas correntes de funcionalismo penal. Tais achados demonstram a opção dos operadores por visões punitivistas.

Outras carreiras, como a de delegado de polícia, também têm sido investigadas.

Bonelli menciona que o grupo de delegados é predominantemente masculino, entretanto, as modificações no processo seletivo geraram mudanças ao longo do tempo, inserindo as mulheres nesta carreira. No tocante às representações,

os delegados experimentaram um processo de deslegitimação ante juizes, promotores e advogados. O mesmo ocorreu em relação à população, uma vez que foram inevitavelmente associados à imagem corrupta e incompetente da polícia. [...] Assim, perda de prestígio social, politização do cargo, preocupação dos governantes em controlar a polícia e baixa identificação com a expertise (mérito, conhecimento científico, opinião dos pares, exclusividade sobre determinada função) atuaram como impedimentos à profissionalização, favorecendo a predominância da política convencional. Os delegados são,

portanto, os mais distantes da ideologia da profissionalização e, não por acaso, de todas as carreiras jurídicas analisadas, de menor status social e menor poder aquisitivo (Bonelli, 2002).

5 DEFENSORES PÚBLICOS NO BRASIL: QUEM SÃO E O QUE PENSAM

Os primeiros dados produzidos sobre o perfil dos defensores públicos no Brasil (MJ, 2004, 2006 e 2009) revelavam a presença de uma maioria de membros do sexo feminino (54,5%), com média de 43 anos, casados (64%) e de cor branca (80%). As escolaridades dos pais revelavam baixos índices de grau universitário, o que demonstrava um processo de mobilidade social ascendente. Entre os casados, havia predominância de cônjuges e companheiros com grau universitário (68,4%) e um baixo número de filhos, se comparado à média dos pais (Estudo diagnóstico, 2004).

Dados mais recentes revelaram poucas mudanças no perfil demográfico dos defensores, uma vez que houve uma leve preponderância de membros do sexo masculino (50,1%), mantendo-se casados (60,4%), e de cor branca (77,3%), com idade média de 39 anos. Com relação aos pais, houve um aumento em termos de escolaridade, sendo o ensino superior a mais encontrada entre pais (22,43%) e mães (27,18%), seguidos do ensino médio completo de pais (12,69%) e mães (22,19%). Entre os casados, manteve-se a predominância de cônjuges com ensino superior completo ou pós-graduação (mais de 85%) e entre um ou dois filhos.

Comparando tal perfil com as outras carreiras do sistema jurídico descritas acima, é interessante perceber o quanto o recrutamento dos defensores também sofreu um processo de elitização, selecionando operadores vindos de famílias mais escolarizadas, no entanto, a feminilização não foi tão intensa, ao mesmo tempo em que as médias de idade também revelaram a presença de profissionais já experimentados no mercado de trabalho. Tal processo incidirá, como veremos, nas visões dos

operadores quanto à sociedade em geral e a atuação em uma instituição voltada aos setores vulneráveis da população.

Outro dado interessante em relação às origens familiares é que não houve a preponderância das “famílias públicas” encontradas em outras carreiras do campo jurídico como a magistratura, uma vez que os pais tinham diferentes tipos de ocupação, tanto no setor público quanto privado.

Em termos de formação, a maioria dos defensores (60,6%) concluiu o Bacharelado em Direito em universidades privadas, confirmando os estudos de Vianna quanto à democratização do acesso às carreiras jurídicas pela expansão do ensino superior no Brasil. Quanto à formação pós-graduada, quase 70% dos defensores realizou cursos, sendo de apenas 7% o percentual de defensores atuando como docentes em universidades.

Nos últimos anos o percentual de defensores ingressante na carreira através de concurso subiu para 82% e o número de concursos realizados subiu para cinco.

Pelos dados do diagnóstico de 2004, 85% dos defensores realizaram outra atividade profissional antes de ingressar na carreira, a maioria em atividades na área jurídica (71,7%), sendo baixo o percentual de recrutados com familiares na defensoria (11,5%) ou em outros órgãos do sistema de justiça como a magistratura (19%) e o Ministério Público (16,1%).

Em sendo uma carreira relativamente nova no Brasil, somada a um processo de modernização que coloca o interesse público cada vez mais como regra frente a critérios patrimonialistas e clientelistas, é interessante perceber o quanto as carreiras de defensores parecem manter-se alheias a heranças familiares na constituição de uma nobreza de Estado. Tal fato comprova-se uma vez que nos estados com menores índices de desenvolvimento humanos estavam os maiores números de defensores com parentes no campo jurídico, indicando que “o recrutamento é mais endógeno nos estados em que são piores os níveis educacionais e mais

exógeno nos estados com os melhores indicadores de qualidade de vida” (Estudo diagnóstico, 2004, p. 101).

Em relação à visão dos defensores públicos, os dados dos diagnósticos revelaram que a busca pela carreira deu-se pela possibilidade de advogar para pessoas carentes (93,3%), seguida da estabilidade no emprego (92,9%) e da possibilidade de realizar um trabalho social (89,5%).

Estes dados confirmam a hipótese de uma busca cada vez maior pelo ingresso nas carreiras públicas, o que revela uma concorrência cada vez maior nos concursos e uma escolha profissional muito centrada na preocupação com a estabilidade dada pelas profissões estatais. No entanto, a vocação pela atividade com pessoas carentes e o papel social desempenhado pela instituição são fatores fundamentais para a busca pela carreira. Já quanto às características valorizadas para um bom exercício profissional estão o saber técnico jurídico (97,9%) e a independência funcional (95,3%), sendo a titulação acadêmica e o engajamento nas causas corporativas os fatores de menor importância.

Em relação ao prestígio das carreiras jurídicas, a magistratura e o ministério público federais despontam como as principais carreiras (com notas próximas de 9,0), seguidas da magistratura e do ministério público estadual (com notas maiores de 8,5), posteriormente situam a defensoria pública e a advocacia geral da união (notas próximas de 7,0), na sequência a procuradoria do estado e a polícia federal (notas próximas de 6,5). Dentre as carreiras de menor prestígio situa-se a polícia civil (com nota 4,0).

É visível a existência dentro do campo jurídico brasileiro de um escalonamento entre carreiras públicas que está relacionado a critérios como autonomia, reconhecimento e aspectos salariais. Nesse sentido, a magistratura aparece como a mais desejada das profissões, seguida pelo Ministério Público que, apesar de uma constituição recente, conseguiu galgar posições no sentido de legitimar-se entre o rol de carreiras mais importantes e de prestígio. As diferenciações em termos de status entre

as carreiras públicas federais e as estaduais também são interessantes de perceber. Na outra ponta estão as carreiras policiais, tidas como as menos prestigiadas e com as piores condições de trabalho.

Tal reconhecimento não se restringe aos integrantes do campo, sendo percebido entre a população em geral, conforme demonstram as pesquisas de Sadek.

Em termos de confiabilidade, os defensores consideravam a Defensoria Pública (92,5%), o Ministério Público (87%) e o Poder Judiciário (71,2%) como as instituições com os melhores índices, em oposição às polícias civil (12,6%) e militar (17%).

Apesar do escalonamento em termos de prestígio, no quesito confiabilidade a Defensoria despontava em primeiro lugar na visão de seus integrantes, o que revelava um grande reconhecimento quanto ao papel e a forma de execução das atividades na instituição.

A percepção das diferentes carreiras por parte dos defensores estava em muito relacionada com a busca por mobilidade, antes das conquistas institucionais que tem implicado em autonomia e equiparação com as demais carreiras. Sendo assim, chamava a atenção o fato de que cerca de 30% dos defensores gostariam de exercer outra carreira jurídica. Tal descontentamento era maior nas defensorias mais antigas, estando atrelado diretamente aos vencimentos, pois entre os defensores que tinham vencimentos menores o percentual era de 40%, enquanto para os de vencimentos mais altos o percentual caía para 10 pontos. As notas dadas às diferentes carreiras jurídicas indicavam que a Defensoria Pública não era vista pelos entrevistados no ápice da hierarquia de reconhecimento social. Isto poderia significar um estímulo para procurar por outras carreiras, especialmente por aquelas de maior prestígio. É claro que o movimento ou a intenção de abandonar a carreira não se explicariam apenas pelo maior ou menor prestígio de uma instituição (Estudo diagnóstico, 2004, p. 109).

Outras carreiras jurídicas eram almeçadas por cerca de 30% dos

defensores estaduais e quase 50% dos defensores da União, sendo que quase 40% dos defensores estava se preparando para ingressar em outra carreira, sendo a magistratura federal e o MPF os órgãos mais requisitados. Entre os motivos para a escolha de outras carreiras estavam a falta de estrutura de trabalho, os baixos salários e a falta de prestígio da carreira.

Segundo os dados do primeiro diagnóstico, realizado previamente à Emenda Constitucional n. 45 e, portanto, antes da decretação da autonomia das defensorias públicas, na visão dos defensores a melhora da instituição requeria a concessão de autonomia, a legitimação da instituição para o ajuizamento de ações coletivas, e a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos e apoio multidisciplinar. Em relação às reformas, salientam a necessidade de haver distribuição paritária de vagas do quinto constitucional entre membros do MP, advogados e defensores, a positivação do princípio da celeridade processual, a instituição de quarentena para os magistrados e a instituição do Conselho Nacional de Justiça, que controle o Judiciário. Quanto aos assuntos polêmicos, apoiavam a federalização dos crimes contra os direitos humanos, a instituição do porte de arma para defensores, rejeitando a instituição de pena de morte e prisão perpétua e as súmulas de efeito vinculante.

Com relação à crise no sistema de justiça brasileiro, os defensores apontavam a falta de recursos materiais, a estrutura e o excesso de formalismo do Judiciário, percebendo sua atuação como a menos responsável pela crise.

Pelos dados do terceiro diagnóstico, os defensores apontavam uma grande concordância com a autonomia funcional, administrativa e orçamentária, bem como a legitimação para a atuação em ações coletivas, o apoio multidisciplinar e o uso de meios alternativos de resolução de conflitos; já medidas como o controle externo da Defensoria Pública, a participação da sociedade civil na definição das prioridades de atuação e a presença de um ouvidor não integrante dos quadros de carreira despertam a discordância dos defensores.

Em termos de democratização do acesso à justiça, a maioria dos defensores acreditava desempenhar seu papel no processo de transformação social, sendo a aproximação com a sociedade civil vista como muito importante pelos defensores públicos. Em termos de avaliação do serviço prestado, 85% dos defensores consideravam a qualidade do trabalho como boa ou ótima, apesar de considerarem excessivo o volume de trabalho sob sua responsabilidade, apontando como problemas a falta de servidores de apoio, a falta de espaço para atendimento ao público e espaço físico em geral, a falta de estagiários e de sistemas informatizados.

6 DEFENSORES PÚBLICOS NO RIO GRANDE DO SUL: O QUE PENSA A ELITE DA INSTITUIÇÃO GAÚCHA

Buscando compreender a relação entre trajetória, padrões de recrutamento e percepções de defensores públicos quanto ao seu papel como agentes políticos, a análise abaixo foi realizada a partir da realização de entrevistas em profundidade⁶ e com defensores que ocupavam postos-chave na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (defensores públicos gerais – atual e recentes, coordenadores de núcleos e de áreas regionais).

6.1 RECRUTAMENTO E ESCOLHA DA CARREIRA

A análise do recrutamento dos entrevistados revelou aspectos de grande similaridade entre si, bem como entre os dados descritos no perfil dos defensores públicos no Brasil. Todos os entrevistados ingressaram na Defensoria Pública do RS através de concurso público. Como o primeiro concurso ocorreu apenas em 1999, todos os entrevistados tinham uma atuação recente na Defensoria, no entanto, com uma política de renovação dos quadros de chefia, a DPE permitiu que, em pouco tempo, os novos defensores estivessem na coordenação da entidade, o que veremos, será

⁶ As entrevistas realizadas compuseram um banco de dados cuja análise integra o Relatório de Pesquisa Acesso à Justiça em Contexto de judicialização da Política: um Estudo Sobre o papel e a efetividade da Atuação da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (MADEIRA, 2014b).

responsável pelo desenvolvimento de uma visão institucional bastante explícita e uníssonas.

Reproduzindo as análises nacionais, todos os entrevistados tiveram experiência profissional prévia ao ingresso na Defensoria, na maioria dos casos, em outros órgãos do sistema de justiça, como o Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas, onde desempenhavam funções atreladas aos outros operadores. São comuns os casos de assessores, cuja atuação bem remunerada, mas despida de autonomia, foi substituída por uma atuação autônoma como defensor público.

A busca de uma carreira de defensor público aparece nas falas dos mesmos como uma questão de vocação: “A defensoria pública é uma causa, então, trabalhar, não é um emprego, é uma ideologia, uma função, sabe, é quase um sacerdócio”.

A opção pela carreira se dá em razão da função social do trabalho desenvolvido, o que, segundo os defensores, não se verifica em todas as áreas da atividade jurídica:

Quando eu era advogado, apesar de gostar muito da advocacia, eu não via muita função social do meu trabalho, eu não via muita perspectiva de que os ganhos das causas do meu trabalho redundassem numa melhoria social, talvez isso existisse numa forma indireta né, claro que sim! Mas, a Defensoria surgiu pra mim com esta perspectiva: de galgar um posto em que eu pudesse unir essas duas atividades: uma atividade que pra mim era prazerosa, que era a advocacia e com uma possibilidade de transformação social. Aí a opção pelo concurso da Defensoria. (Entrevista n.º 10)

E a vocação aparece nas falas como o requisito, como a qualificação necessária para atuar com o público da instituição:

[...] a nossa atividade – quer queira, quer não, ela é uma atividade matizada ideologicamente; bem simples pra vocês: pobre tem cheiro, pobre tem rosto, se tu não gosta de pessoas, se tu não gosta de pobre não seja Defensor Público; e a gente tem caso de uma colega que foi exonerada no estágio probatório por dificuldades de assimilar isso. E, é claro, isso redundou numa série de consequências práticas de mal atendimentos e etc. Porque é um ponto sensível? [...]

para nós é uma dificuldade extrema, como é que vou fazer de uma pessoa que não tem contato com essa realidade social crítica que ela seja aberta para aquilo? Ou que aquilo sensibilize a pessoa... (Entrevista n.º 10)

Nós não somos diferentes, mas é que como para nós o problema, a capa do processo, tem nome, tem rosto, tem dor e sofre, acho que é isso que nos contamina. É isso que nos faz ter essa visão um pouco diferente. Se tu conversar com qualquer defensor público, ele vai dizer isso. Quando a gente vai para uma audiência, quando a gente senta para peticionar alguma coisa, nós vemos o rosto da pessoa, a gente sabe o problema que a pessoa enfrenta e é aquilo que te envolve e que traz toda essa carga, que a defensoria pública se torna mais humana. (Entrevista n.º 5)

Também é esse contato próximo com o público que garante o reconhecimento e a legitimidade do trabalho: “Por todo o trabalho que é feito, pelo contato com a população, pelo resgate da cidadania, não é uma questão assistencial, é uma questão de direitos de resgate de cidadania. Então eu vejo como uma das carreiras mais bonitas do Direito, sabe? Eu acho que talvez não tenha tanto reconhecimento externo, mas para quem é defensor, tem um reconhecimento interno, do dia a dia, e com o assistido, muito grande”.

6.2 SOCIALIZAÇÃO E ESPÍRITO DE CORPO DOS DEFENSORES PÚBLICOS

Partindo da análise de Perissinotto (2008) a respeito dos processos de socialização dos magistrados nas escolas de direitos e na própria instituição, é possível inferir os padrões de socialização que acometem os defensores públicos. Em sendo a defensoria uma instituição ainda nova, cuja visibilidade dentro das escolas de direito ainda é restrita, percebemos o quanto a socialização secundária, ocorrida após o ingresso na instituição, é marcante no sentido de construir um *habitus* profissional e o *ethos* de defensor público.

Ainda que a gente hoje seja mais conhecido e mais trabalhado nas academias, na verdade a grande maioria dos nossos

colegas que recorrem à instituição, já se tem uma ideia do que seja, mas só vão saber mesmo o que é a defensoria pública ao tomarem posse e ao irem para a linha de frente e é ali que tem esse vírus, é aí que a gente se contamina, no olhar do assistido, poder ser útil. (Entrevista n.º 5)

O ingresso na carreira pode ser analisado em dois momentos distintos, condizentes com a trajetória institucional e seu ganho em termos de autonomia.

Se os primeiros ingressantes buscaram-na pela vocação, muitas vezes abrindo mão de outras atividades profissionais mais rentosas, a realidade atual no RS, desde o ganho de equiparação salarial com os outros operadores do sistema de justiça, como promotores de justiça, vem alterando o perfil dos que buscam a instituição agora não mais exclusivamente pela vocação, mas pela estabilidade de uma carreira jurídica bem remunerada.

Se por um lado esse processo tem aumentado a competitividade dos concursos, o que resulta em um ingresso de operadores qualificados do ponto de vista do conhecimento jurídico, por outro lado, resulta em uma alteração do perfil típico do defensor público, provavelmente com consequências sobre a própria tentativa de universalização de valores e comportamentos, tão presente nas falas da elite da instituição.

As outras carreiras não tem essa depuração. E mais: elas pegam o modelo, e é o modelo que nós queremos quebrar no nosso concurso, só que é difícil, porque as pessoas que estão fazendo, são as pessoas que estão fazendo concurso para todas. Eu acho que existe uma sensibilização, eles vão ter contato com o Fulano, com o Ciclano, com a Corregedoria que vai tentar colocar os caras na linha. Isso funciona para todos? Não, alguns vão ser infelizes na carreira. É triste, mas faz parte da atuação do estado; mas, de maneira geral existe uma forma de sensibilização mínima. (Entrevista n.º 10)

Assim como apontado por Bonelli (2010) como estratégia de manutenção de posições sociais por parte da magistratura paulista, há uma evidente preocupação por parte da elite dos defensores gaúchos com a manutenção de um espírito de corpo, que se consubstancia na

estetização em um modelo de defensor público.

É interessante perceber também o quanto o referido processo de politização ou de desneutralização do Judiciário já nasce como marca da atuação ou da visão dos defensores. A partir do momento em que se intitulam agentes políticos, cuja atuação é crucial para o resguardo da democracia e da cidadania no Brasil, não carregam em nada as concepções formalistas ou legalistas que tanto constituíram e constituem os integrantes de outras instituições, especialmente o Judiciário.

Se nas análises sobre juízes é recorrente a referência à neutralidade ou à certeza jurídica, ou mais explicitamente ao peso da lei em suas atuações, nas falas dos defensores aparece justamente o oposto: *“Porque a defensoria ela tem também essa peculiaridade. Não é que nós não primamos pela legalidade, mas nós temos uma atuação menos burocrática”* (Entrevista n.º 6).

Nesse sentido, os defensores públicos percebem-se como os atores por excelência dos processos de construção do Estado Social, reproduzindo, em tempos e contextos diferentes, as análises de sociologia dos tribunais (Santos, 2001; 2003a; 2003b) e do papel do direito como instrumento de democratização (Habermas, 2003; Vianna, 1997).

Assim como nos achados da pesquisa de Perissinotto (2008, p. 161), há entre os defensores um sentimento ambíguo de injustiça e potência quanto às más condições de trabalho, em comparação aos demais atores do sistema de justiça, que também se reveste de fator de coesão e solidariedade do grupo, reforçando o “espírito de corpo” dessa categoria. A atuação em condições tão díspares com os outros operadores se, por um lado, é usada como justificativa para déficits em termos de cobertura e atendimento, por outro, reforça a visão de desigualdade dentro do sistema de justiça.

O que a gente vê? Que com a nossa falta de capacidade e falta de estrutura, a gente acaba tendo ainda que arbitrariamente, priorizar atuações – é como um médico do SUS, que ele tem que escolher a vida de quem ele vai salvar. (Entrevista n.º 10)

Nós não temos ainda a infraestrutura material, nós não temos servidores ainda, não temos quadro de apoio. Então o defensor ele abre a comarca, ele fecha a porta, ele atende telefone, ele, muitas vezes, leva os processos no Fórum. Então essa parte material que nós não temos nos gera uma imagem de uma estrutura muito deficitária. É vista como uma instituição que trabalha muito e tem pouca estrutura. Essa é a visão externa. (Entrevista n.º 4)

Perissinotto et al (2008, p. 164) finalizam sua análise afirmando que:

[...] é inegável que se as trajetórias sociais dos indivíduos e os atributos que eles adquirem ao percorrê-las tem algum significado sociológico, este significado deve estar ligado, em alguma medida e de algum modo, ao comportamento adotado por eles. Deve-se supor, do ponto de vista sociológico, que se os indivíduos de um dado grupo são portadores do mesmo habitus, então é provável que eles adotem o mesmo comportamento frente a situações sociais semelhantes.

Na análise dos defensores, é possível verificar o quanto origens sociais similares, somadas a processos de socialização secundária dentro da Defensoria são responsáveis pelo desenvolvimento de discursos e práticas muito similares, que acabam, pela incipiência da instituição, por construir seu discurso institucional.

6.3 LUTA E CONQUISTA DE AUTONOMIA, IGUALDADE ENTRE AS CARREIRAS E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

A conquista de autonomia da instituição, a partir da EC 45/2004, já analisada em outros momentos (Madeira, 2014a), é vista pelos defensores como uma forma de equiparar os polos da relação judicial, a partir do momento em que a balança do Estado brasileiro, tradicionalmente repressivo, seria flexibilizada pela emergência de uma instituição cuja essência é a defesa: “Quando tu tens uma instituição própria para fazer acusação, para reprimir, tu tens que ter uma instituição própria para defender, é a contrapartida do Estado”.

Vocês sabem da nossa importância, sabem da paridade de armas. O Estado acusador faz isso e o Estado defensor não tem nada. [...] Porque na verdade hoje o Estado social, tu vai numa vila, não existe. Mas o repressor está lá. Eles invadem a vila para buscar o cidadão dentro de casa, eles invadem sem mandado judicial, eles cortam benefícios de investimentos ali e vão para outro lugar. Então o repressor está sempre ali, o social não está. E o defensor tem que ter as mesmas condições. Se o Estado é o maior opressor. (Entrevista n.º 6)

É a partir desse argumento que os defensores pleitearam todas as conquistas salariais e de equiparação formal com os demais órgãos do sistema de justiça, especialmente com o Ministério Público: *“O juiz é assessorado por dois órgãos de justiça, o MP, que acusa, e a DP, que defende; parece-te justo que quem acusa ganhe mais do que quem defende? E isso era uma coisa que nos fazia muito mal. Eles ganhavam lá em cima e nós lá embaixo. Quando conseguimos, eles engoliram esse subsídio muito mal”* (Entrevista n.º 11).

A igualdade entre as carreiras resulta, segundo os defensores, em uma atuação profissional que resguarda o exercício das funções e impede a dança entre as instituições por parte de agentes que buscariam, a todo o momento, melhores condições salariais e de trabalho.

Nada mais justo que dentro das carreiras jurídicas haja igualdade de tratamento. Cada um exercendo o seu papel profissional. Então nós temos primeiro o judiciário, o judiciário atingiu uma determinada postura. Depois o Ministério Público acabou se igualando ao judiciário. Depois a Defensoria Pública acabou se igualando ao judiciário e ao MP. Depois a Procuradoria do estado acabou se igualando ao judiciário, ao MP e a Defensoria Pública. E agora nós estamos vendo os delegados se igualarem a todos. Então isso dá o quê? Dá tranquilidade para que cada um possa exercer a sua função institucional com respeito, com dignidade, com atuação, [...] e também sem que a gente tenha fuga de cérebros. (Entrevista n.º 1)

Os defensores atribuem um grande papel à instituição no processo de democratização e garantia de direitos no Brasil. Nesse sentido, apontam que não há exercício de cidadania, e, portanto, de democracia, sem a instituição e seu papel no atendimento dos cidadãos hipossuficientes:

“O ideal é que todo mundo conseguisse usufruir dos seus direitos, e conseguisse valer os seus direitos por meios próprios, e não pelo meio do Estado. Mas o ideal não existe. Então a gente é essencial para equilibrar as partes na sociedade” (Entrevista n.º 6).

Na fala dos defensores a perspectiva de equidade baliza os discursos: “Eu vejo a Defensoria como uma instituição nova no estado Democrático. Não existe democracia se tu não inclui as pessoas dentro do sistema”.

A gente tem que dar as mesmas condições. Se eu tenho condição de estudar num colégio particular bom, e a pessoa não tem, eu tenho que fazer com que ela tenha um estudo bom na área pública. Eu tenho que dar um acesso à educação para ela. Se um tem direito a ter saúde, o outro tem que ter direito também. Agora, se o acesso à saúde vai gerar juiz, político, não interessa, cada um pelos seus méritos vai exercer a sua função. Agora, os dois tem que ter direito à saúde. Os dois tem que ter direito à educação, os dois tem que ter uma boa defesa no processo criminal. Agora, se um é culpado, o outro é inocente, isso aí é um mérito. (Entrevista n.º 6)

Surge dessa visão a crença do papel da Defensoria como um ente indutor da implementação de políticas públicas: “A gente vai falar um pouco sobre a ineficiência de políticas públicas, daquele modelo em que o judiciário judicializa a questão, porque existe uma omissão dos poderes que deveriam realizar aquelas políticas públicas... Se eu não tenho uma instituição que faça essa condução, a Defensoria vem do ponto de vista normativo, como essa bengala de sustentação do Estado Democrático”.

6.4 RELAÇÕES COM OS DEMAIS PODERES E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Assim como nas pesquisas sobre integrantes do Ministério Público, há uma clara busca de equiparação, em termos de carreira, mas também em termos simbólicos e de legitimidade, entre promotores e juizes, as falas dos defensores públicos demarcam, em vários momentos, o embate

com o Ministério Público.

Em sendo atores em polos opostos da atuação judicial, os conflitos são explícitos: “Defensoria e Ministério Público são até o dia de hoje os melhores inimigos íntimos que eu conheço, porque se ele puder me passar rasteira, ele passa, e eu também não vou deixar barato. É um relacionamento proforma... Mas, eles não nos dão folga”.

Acho que uma coisa... é da democracia, né. A gente divergir, batalhar, eles tem essa busca de espaço, mas o que na verdade aconteceu? O Ministério Público, em 88, a defensoria não existia, o Ministério Público já existia. Então tinha várias competências que ninguém queria. E o que ele fez? Ele foi muito inteligente. Para crescer ele avocou tudo para ele, então tem infância, dá aqui que eu faço; tem idoso, dá aqui que eu faço; não tem improbidade, dá aqui que eu faço. Ele foi pegando tudo para ele. E ele achou que se pegasse tudo para ele, no momento que ele pegasse tudo para ele, ele teria exclusividade nisso. E na verdade a nossa interpretação é que ele não tem. E por que ele não tem? Porque se eu posso ter duas instituições públicas, com agente político que faz concurso, preparado, e tal, para tutelar o interesse do cidadão, é melhor para o cidadão, melhor para o Estado. (Entrevista n.º 6)

Na verdade, é uma briga por defesa das suas competências, para não perder espaço. (Entrevista n.º 6)

6.5 DIREITOS HUMANOS COMO ETHOS POR EXCELÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Na visão dos defensores, em termos de modificações de competência pelas quais a Defensoria Pública passou com a edição da EC 45/ 2004, a grande inovação está no posicionamento da instituição como a grande defensora de direitos humanos no país, que teria constituído um ethos institucional, diferenciando-a das demais instituições do sistema de justiça que, apesar de compartilharem competências em uma série de assuntos, constroem-se, do ponto de vista discursivo, totalmente opostas.

Em termos de avanço, a grande diferença vem com a 132 – Lei Complementar que alterou a Lei 80 de 1994 que é a nossa Lei Orgânica: O artigo para mim é simbólico, ele coloca

à Defensoria três funções básicas: a primeira é a orientação jurídica, integral e gratuita – que nós já fazíamos, em todos os âmbitos, civil, crime, etc., não é nenhuma novidade; a outra é a tutela coletiva que é um pouquinho de novidade, mas, já estava dentro do sistema a representação coletiva; e a nova, que é o seguinte: zelar pelos direitos humanos no Estado Democrático de Direito. Isso para mim é uma virada, em termos simbólicos de Estado Democrático, o Estado que secularmente é um estado que reprime, ele julga, ele acusa, é um Estado que se propõem agora em defender, e nós não sabemos como é que nós vamos criar um estado que acolhe, que entende e que defende. (Entrevista n.º 10)

Qual é o nosso ethos? O nosso ethos, na verdade, é o DH – mas, o que é isso? O DH compreende eu acusar também? Agora, o que nós temos que resolver com essa questão do novo paradigma é de que forma nós vamos atuar, porque antes [até 2009] nós estávamos vinculados a esse paradigma econômico, a ideia de que nós éramos ‘advogados de pobres’ –, e não é mais assim. A defensoria tem função institucional de defesa individual e coletiva da criança e adolescente, idoso, mulheres vítimas de violência doméstica, e outros grupos vulneráveis que mereçam proteção do Estado. Então, de que forma nós vamos fazer isso? Não importa mais se o cara é rico ou pobre, se a mulher é vítima de violência doméstica, ela pode ser mulher do bilionário eu vou tratar ela igual, porque ela é uma vítima de DH. Então, a Defensoria avoca para si outro paradigma de atuação e me parece que ela cresce, não do ponto de vista próprio/corporativo, ela cresce socialmente, sua importância social de ser esse freio para o Estado. (Entrevista n.º 10)

Na visão dos defensores, as alterações legais trazem como consequência a própria alteração do critério de atendimento da instituição, tradicionalmente vinculado a aspectos econômicos, e agora voltado a essa visão mais ampla e mais complexa da vulnerabilidade social.

É nos casos de violência doméstica que essa alteração de critério traz as principais consequências, tanto na forma de conceber essa realidade quanto intervir sobre ela.

A questão é que realmente a violência ela ocorre em todas as classes sociais. Só que o que se identifica é que, às vezes, nas classes mais altas são mais escondidas, as situações, por vergonha, do que talvez numa classe mais baixa. Esta é a realidade. Mas eu acho que isso é uma questão de mudança de paradigma, mudança de cultura.

(Entrevista n.º 4)

É claro que se essa mulher, passado esse primeiro estágio da vulnerabilidade... Em razão dessa situação de vulnerabilidade, ela está num patamar de desigualdade naquela situação. Desigualdade material. Então ela precisa de um apoio, e ela tem direito a ser assistida por uma instituição que possa dar assistência para ela, assistência jurídica, orientação jurídica, naquele primeiro momento, sem que ela precise então contratar um advogado. O Estado tem que facilitar a resolução daquele problema. Então o que se entende? Nesse primeiro momento, tanto o encaminhamento para delegacia, enfim, as medidas protetivas, essa parte de urgência, qualquer cautelar, qualquer medida cautelar, medida protetiva de urgência que ela tenha necessidade, independe da renda. (Entrevista n.º 4)

Não são apenas as alterações legais que tem promovido mudanças no padrão de atendimento da Defensoria Pública. As alterações socioeconômicas pelas quais a sociedade brasileira vem passando, especialmente na última década, tem trazido consequências no âmbito do consumo e dos direitos:

[...] nós temos uma camada de pessoas subincludas – elas são o meu público, as pessoas que cresceram da classe ‘C’ e ‘D’ que conseguem participar do sistema e, uma parte de superincludos, que estão fora desse sistema, tão fora porque estão acima da lei, ou se consideram acima da lei. E nós temos visto o que: que esse processo de inclusão das pessoas gera novos desafios, desafios em várias frentes. Falando, por exemplo, sobre o consumidor: estamos falando de vários desafios com relação a isto, pessoas que não estavam dentro do mercado de consumo e agora estão, e vão trazer problemas coletivos de outra ordem; antes quem tinha acesso a um carro, era um público ‘x’ que tinha uma possibilidade de informação ‘x’; agora há um novo seguimento que talvez exija outro dever de informação para aquela pessoa e assim sucessivamente outros produtos e outras áreas. (Entrevista n.º 10)

6.6 VISÕES CONTRA MAJORITÁRIAS

O novo *ethos* institucional, de instituição defensora de direitos humanos, como representante do polo defensor do Estado, cujo critério

de atendimento passa a ser a vulnerabilidade, traz uma clara visão quanto ao tipo de discurso produzido no âmbito do sistema de justiça.

O nosso pensamento é contra majoritário em muitas áreas: nessa área da violência doméstica; na questão de gênero, questão sexual, na questão racial. Nosso concurso agora vai abrir cotas – para negros e índios, vai chover mandado de segurança contra isso, mas é uma postura, nós precisamos evoluir. (Entrevista n.º 10)

Eu tenho uma visão de que a Defensoria Pública deve encampar um discurso estatal do estado defensor. É uma visão minha e que eu entendo que deva ser uma visão da Defensoria Pública: de que não existem cidadãos de primeira, segunda ou terceira classe, todos somos cidadãos. (Entrevista n.º 9)

Então essa é uma luta constante da Defensoria, conseguir se mostrar essencial para conseguir se aparelhar e para, cada vez mais, poder ser essa visão diferente, ser efetivamente defensora de Direitos Humanos e poder ser transformadora um pouco dessa realidade como discurso. (Entrevista n.º 9)

6.7 SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: VISÕES QUANTO À EFETIVIDADE DO PODER PUNITIVO NO COMBATE À CRIMINALIDADE E À VIOLÊNCIA

Se há uma percepção quanto a um discurso contra majoritário que seria exercido em várias áreas, é no campo da justiça criminal que ele se demonstra mais destoante, crítico e em choque com as visões majoritárias dos demais atores do sistema de justiça.

Na questão criminal, tu dizer hoje que não adianta, o direito criminal não adianta, não é essa a solução para o país. Tem que ter direito criminal? Tem, tu tem que reprimir as pessoas, ninguém é contra que o cara que cometeu um crime seja sancionado; agora, não vamos usar disso como solução, tá longe de ser solução. (Entrevista n.º 10)

É importante que as pessoas vejam que à Defensoria Pública e aos Defensores Públicos, não interessa a escalada da violência, nós somos vítima da violência, até porque somos também parte daquela parcela da população que é beneficiada pelo status quo, que tem dinheiro, que

tem bens, que pode consumir. Mas eu acho que uma crítica que deve ser feita a essa visão da repressão como uma resposta, como algo que vai solucionar o problema da violência urbana. (Entrevista n.º 9)

Demonstramos, na descrição da carreira e das visões de mundo dos promotores de justiça o quanto há uma prevalência de percepções punitivistas por parte desses atores (Azevedo, 2006). Em contraponto a essa visão, é explícito o posicionamento oposto, no que se refere às tendências de política criminal entre os defensores públicos, especialmente por parte daqueles que trabalham diretamente com as áreas criminal e penitenciária:

O Brasil, ele condena muito, as pessoas acham que é o país da impunidade, que ninguém vai preso e se vai preso sai, mas o Brasil é o terceiro País do mundo que mais encarcera, então, essa parte do sistema funciona, as pessoas estão sendo presas, e na prática tu vê isso, o delegado vai saber disso também lá, e o promotor, que o cara que está praticando delitos lá, o cara está sendo preso. O traficante, infelizmente não só o traficante, mas os usuários também, como traficantes, mas estão sendo presos. (Entrevista n.º 9)

A violência é um fenômeno social que está sendo tratado como algo pontual, assim, é o problema daquele cara, do Zé das Couves, que é aquele que nós temos que botar na cadeia e deixar ele cinquenta anos na cadeia. Daí tu vê um debate entre delegados e promotores, geralmente os Defensores estão fora desse discurso, porque também não é simpático, quando surge a notícia de um crime querem falar de repressão, mas volta e meia os caras dizem: “não, mas a gente está enxugando gelo, porque a gente prende e daí vem outro”. Quer dizer, a resposta está ali, né, prender não é a solução, prender é necessário para uma resposta social àquela conduta, mas não é a solução. A solução desse problema de violência está em atacar o problema social que gera essa violência. E daí então, no papel do discurso eu vejo a Defensoria como uma instituição que deve cavar esse espaço, que é um espaço que não existe hoje, é muito incipiente, o espaço da mídia é o espaço da repressão, é o espaço do congresso nacional, é o espaço que tem para se dar essa resposta para o leigo, que aprendeu essas ideias de que tem que prender, tem que encarcerar e tal. (Entrevista n.º 9)

Soma-se a essa percepção, a visão crítica em relação ao Ministério

Público, o Judiciário e os órgãos policiais:

Quando a vítima é o dono da loja não precisa mais nenhuma prova, a gente pode pegar quinhentos mil processos nesse sentido, ninguém viu nada, mas a vítima disse que foi assim e a pessoa vai ser condenada porque a vítima disse, porque a vítima, ela é classe média, é classe alta ou ela está dentro da sociedade, é um dos nossos. E a vítima que apanha do policial, quando é pobre, quando é negro, a palavra dele não serve, ele vai lá e diz sentado na frente do Juiz, para o promotor: olha, eu apanhei do policial, se não é a atuação de um Defensor, de pedir cópias desse relato, entra por um ouvido e sai pelo outro, todo santo dias, nos Fóruns. (Entrevista n.º 9)

E o Ministério Público, ele é por excelência o órgão acusatório, e ele não consegue se desvencilhar disso, então, ele é o braço do poderio econômico para garantir que os caras possam acumular mais riqueza, ao custo que for. É uma instituição que nasceu e se criou para ser o garantidor das condições para que o rico continue acumulando riquezas. Mas nessa visão, eu, utopicamente, acredito que um dia o rico também possa ver que o pobre precisa ter dignidade para que ele tenha uma qualidade de vida melhor, para que ele, o rico, tenha uma qualidade de vida melhor, que ele não precise ficar encastelado no seu condomínio fechado. (Entrevista n.º 9)

Eu vejo a instituição judiciário como um reverberador, como um parceiro dessa visão encarceradora punitiva.[...] a minha experiência é muito clara: o Juiz entende que ele é responsável, não por entregar a justiça, mas para dar uma resposta à sociedade que anseia a punição para o criminoso. (Entrevista n.º 9)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As análises revelaram a presença de defensores públicos cuja busca pela instituição deveu-se ao tipo de trabalho desenvolvido, pela atuação para os setores mais vulneráveis da população, sendo a preocupação com questões sociais uma máxima entre os operadores. Experiências prévias no sistema de justiça fizeram-nos buscar na Defensoria uma carreira autônoma, com grande função social, nem que para isso, primeiramente houvesse redução salarial e piora das condições de trabalho.

Já na instituição, a preocupação gira em torno do recrutamento e da socialização secundária de defensores que se identifiquem com o *ethos* de defesa de direitos humanos que a instituição adquiriu a partir da Reforma do Judiciário. Há também preocupação com as conquistas formais, que representam equiparação, mas especialmente embate com outros operadores, dentre eles, prioritariamente o Ministério Público.

Em termos de visões, os defensores creem no papel da Defensoria como instituição de consolidação da democracia e resguardo da cidadania, na ampliação dos critérios de atuação da instituição, levando-se em conta a vulnerabilidade e não mais os requisitos econômicos, mas especialmente tem uma visão destoante e crítica no que se refere ao sistema de justiça criminal e sua inefetividade em reduzir criminalidade e violência, através do poder punitivo e do uso exacerbado do sistema penitenciário.

Sendo assim, no que se refere aos padrões de moralidade, percebe-se um discurso de proteção a direitos humanos, uma crítica quanto ao uso indiscriminado do sistema penal e sua seletividade, bem como uma visão quanto à necessidade do protagonismo da instituição no processo tanto de democratização dos tribunais, quanto da própria sociedade, a partir da crença do papel socializador e educador dos defensores públicos.

8 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo G. **Ministério Público gaúcho: quem são e o que pensam os Promotores e Procuradores de Justiça sobre os desafios da política criminal**. Porto Alegre: Ministério Público do RS, 2005.

BONELLI, Maria da Glória. **Profissionalismo e Política no mundo do Direito**. São Paulo: FAPESP/EdUFSCAR/Sumaré, 2002.

BONELLI, Maria da Glória. Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista. **Civitas**, v. 10, n. 2, Porto Alegre, maio-agosto 2010, p. 270-292.

BONELLI, Maria da Glória. Perfil Social e de Carreira dos Delegados de Polícia. In: **Delegados de Polícia** / Maria Tereza Sadek [org.]. – São Paulo: Sumaré, 2003.

BRASIL, Republica Federativa. Constituição da República federativa do Brasil de 1988. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Access in 14/09/2012.

BRASIL, Republica Federativa. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Access in 14/09/2012.

BRASIL, Republica Federativa. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Access in 14/09/2012.

BRASIL, Republica Federativa. Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm. Access in 14/09/2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MADEIRA, Ligia Mori. **Institutionalisation, Reform and Independence of the Public Defender's Office in Brazil**. Brazilian Political Science Review, v. 8, p. 48-69, 2014a.

MADEIRA, Ligia Mori. **Acesso à justiça em contexto de judicialização da política: um estudo sobre o papel e a efetividade da atuação da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: UFRGS, 2014b.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. 2004. Estudo Diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil. Brasília.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. 2006. II Diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil. Brasília.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. 2009. III Diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil. Brasília. IPEA. Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013.

PERISSINOTTO, Renato M; MEDEIROS, Rafael T.; WOWK, Pedro Leonardo. **Valores, socialização e comportamento: sugestões para uma sociologia da elite judiciária.** Revista de Sociologia e Política, v. 16, n. 30, Curitiba, jun. 2008, p. 151-165.

SADEK, Maria Tereza (coord.). **Magistrados: uma imagem em movimento.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade.** 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 65, p. 3-76, maio 2003a.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b.

SILVA, Cátia Aida. **Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos.** *RBCS*, v. 16, n. 34, São Paulo, fevereiro de 2001, p. 127-144.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 1997. 3ª edição.

A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Telma Rocha Lisowski^{1*}

RESUMO: No atual sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, convivem decisões proferidas incidentalmente ao julgamento de uma lide concreta, para as quais todas as instâncias judiciais possuem competência, e decisões proferidas por via direta, que são atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, ao exercer seu papel de guarda da Constituição definido pela própria Carta Magna, representa não apenas um órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas também um verdadeiro Tribunal Constitucional. O objetivo deste trabalho é analisar a eficácia produzida pelas decisões de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, procurando estabelecer, em princípio, as diferenças entre as que se originam do controle direto e as que derivam do controle incidental, mas buscando analisar principalmente as modificações legislativas e jurisprudenciais recentes que indicam no sentido de uma convergência entre as duas hipóteses.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade; Controle Incidental; Controle Direto; Eficácia *Erga Omnes*; Efeito Vinculante; Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle direto. 3. A eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental. 4. Conclusão. 5. Referências.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola de Direito do Brasil. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa debater a questão da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade e questionar a visão habitual, segundo a qual apenas as decisões em controle direto e abstrato seriam capazes de produzir efeitos gerais e vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Para tanto, será feita uma primeira incursão no tema da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, estudando o significado e as principais características e aplicações dos institutos. Após, será feita uma análise a respeito de algumas conformações legais que têm sido responsáveis por um alargamento da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal mesmo em sede de controle incidental de constitucionalidade. Por fim, será abordada a evolução jurisprudencial da Excelsa Corte e a eventual ocorrência de uma mutação constitucional no que concerne ao tema aqui tratado.

A dificuldade no manejo dogmático das decisões do Supremo Tribunal Federal decorre do fato de não se tratar o nosso Tribunal Supremo de uma Corte Constitucional pura, mas sim de um órgão de cúpula do Poder Judiciário². Dessa forma, a par de possuir competência para o julgamento de questões estritamente constitucionais que surjam para sua apreciação de forma direta, através dos instrumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também julga recursos que chegam até si na qualidade de instância extraordinária.

Convivem no mesmo sistema de fiscalização de constitucionalidade, então, decisões proferidas por uma mesma Corte em controle abstrato, pela via principal, e em controle concreto, pela via incidental. As características e efeitos produzidos por essas duas vias são, a princípio, essencialmente distintos; entretanto, conforme será demonstrado, há uma tendência a

² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. “Bem se vê, destarte, que o STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Tribunal da Constituição, com atribuições para resolver, originariamente ou em instância recursal, as demandas em que se alega ofensa a dispositivo constitucional.” Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 16.

uma aproximação entre ambas, o que decorre principalmente do papel institucional representado pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, o de guardião da Constituição.

2 A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DIRETO

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle direto de constitucionalidade hoje não mais constituem matéria controvertida. Decorrem, em verdade, de disposições expressas tanto da própria Constituição, na atual redação de seu artigo 102, §2º, quanto da legislação ordinária, especificamente da lei nº 9.868/99, que disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Dispõe o mencionado artigo 102, §2º, da Constituição Federal: “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Já o parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99, com redação um tanto distinta, determina que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Cabem aqui duas digressões, uma de cunho histórico e outra de cunho dogmático. Em primeiro lugar, essa situação de unanimidade a respeito da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle direto de constitucionalidade nem sempre foi o cenário vigente entre nós. Pelo contrário, o tema foi objeto de grande discussão doutrinária

e de importante divergência jurisprudencial³. Em segundo lugar, mesmo que hoje existam disposições expressas a respeito dessa eficácia, ainda há algumas dificuldades que decorrem da própria formulação encontrada pelo legislador ordinário, na Lei 9.868, e pelo constituinte reformador, no artigo 102, §2º, da Constituição Federal.

Começamos pelo aspecto histórico. A redação atual do artigo 102, §2º, da CF somente surgiu a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Anteriormente a esse marco, havia na Constituição apenas uma previsão expressa em relação à eficácia das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade, modalidade essa introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Dispunha a redação anterior que *“as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”*.

A razão dessa inclusão apenas em relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade era clara. Se na Ação Direta de Inconstitucionalidade o objetivo principal é declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e, assim, expulsá-lo do ordenamento, na Ação Declaratória de Constitucionalidade ocorre exatamente o oposto. Quer dizer, a intenção não é negar a validade e a aplicabilidade de uma norma, mas, muito pelo contrário, atestar sua plena conformidade com a Carta Magna. Só que essa providência de atestar a constitucionalidade não produz por si só um efeito material, uma vez que a lei independe de qualquer declaração judicial para que seja plenamente válida. Em outras palavras, a declaração de constitucionalidade não provoca uma alteração substancial no estatuto da norma questionada: ela era válida antes e assim o continuará sendo.

³ Pelo menos em relação ao efeito vinculante, conforme será demonstrado; cabe fazer a ressalva de que a eficácia *erga omnes* dessas decisões já foi reconhecida em posicionamento antigo do próprio Supremo Tribunal Federal, como relata MORAES, Alexandre de, in: Direito Constitucional. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. Pág.790.

Mas, se nenhuma alteração derivaria da declaração de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, então qual seria o sentido dessa providência? Aí é que entra a necessidade de uma previsão expressa desses efeitos, que não são exatamente uma decorrência lógica da própria confirmação da constitucionalidade, mas são antes consequências processuais e institucionais desejadas e conferidas pelo constituinte⁴. O que se pretendia essencialmente era que a lei ou ato normativo que já tivesse passado pelo crivo do Supremo Tribunal Federal não pudesse ser posteriormente declarado inconstitucional por juízes de primeiro grau ou por outros tribunais. Era o respeito e a observância da decisão do Supremo na Ação Declaratória de Constitucionalidade que se pretendia garantir através da atribuição de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

No que tange à Ação Direta de Inconstitucionalidade, a situação era menos problemática pelo simples motivo de que a lei declarada inconstitucional pela Excelsa Corte era expulsa do ordenamento, deixava de ter validade, o que impedia que continuasse a ser aplicada pelos juízos inferiores. Assim, não havia necessidade de que esse efeito *erga omnes* fosse mencionado expressamente, pois decorria – agora sim – da modificação material ocorrida no sistema normativo. Em se estando diante de um processo objetivo, em que não houvesse partes nem uma lide concreta subjacente, o efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal não era determinar a inaplicabilidade de uma lei para um caso específico, mas a sua invalidade para a regulação de qualquer situação ou relação jurídica que pudesse vir a se estabelecer.

A jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade em sede de ação direta era pacífica mesmo nessa época em que a previsão constitucional

⁴ “Do prisma estritamente processual a eficácia geral ou a eficácia *erga omnes* obsta, em primeiro plano, a que a questão seja submetida mais uma vez ao STF. Portanto, não se tem uma *mudança qualitativa* da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa a cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo. (...) É certo, pois, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir essa orientação, uma vez que a questão estaria definitivamente decidida pelo STF.” MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 1275-1276.

dizia respeito apenas à Ação Declaratória de Constitucionalidade⁵. Claro, se a declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato não fosse dotada de eficácia contra todos, acabaria sendo absolutamente inútil, pois não incidiria diretamente em nenhum caso concreto, nem seria de observância obrigatória para a resolução de casos futuros.

Por outro lado, o mesmo não se pode dizer relativamente ao efeito vinculante. A ausência de uma previsão constitucional expressa sobre a sua existência ou não nas decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade fez com que por muito tempo pairasse essa dúvida. Certo era que essas decisões produziam efeitos *erga omnes*, o que decorria da própria exclusão da norma inconstitucional do ordenamento, como foi mencionado anteriormente⁶. Certo era também que as decisões de mérito em Ação Declaratória de Constitucionalidade possuíam tanto eficácia contra todos como efeito vinculante, pois assim determinava a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 3. A certeza a respeito do efeito vinculante na Ação Direta de Inconstitucionalidade, porém, só veio com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que veio a pacificar um entendimento que já vinha se construindo na doutrina e jurisprudência.

Antes mesmo dessa emenda, que determinou a redação atual do artigo 102, §2º, da Constituição Federal, a Lei nº 9868/99 já estendera o efeito vinculante às decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme disposição do parágrafo único de seu artigo 28. Mas essa previsão não foi capaz de encerrar todas as disputas, pois ainda cabia a discussão sobre se isso poderia ter sido feito pela via infraconstitucional. O que estava em questão era saber se o efeito vinculante, assim como

⁵ É o que se extrai do seguinte julgado, datado de 1993: “Entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do arresto desta Corte”. Voto do Ministro Moreira Alves na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221, Tribunal Pleno, D.J. de 22-10-1993, RTJ 151/331-355.

⁶ Nesse sentido: FERNANDES, André Dias. Eficácia das Decisões do STF em ADIn e ADC. Salvador: Editora Juspodvium, 2009. Pág. 158-160.

a eficácia *erga omnes*, também era uma consequência lógica do modelo de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. Em caso positivo, a disposição por meio de lei seria mera expressão de algo que, em verdade, já seria ínsito ao próprio sistema, e, portanto, não haveria nisso qualquer impropriedade. Já em caso negativo, a atribuição de efeito vinculante só poderia ser levada a cabo pela mesma forma que o foi na Ação Declaratória de Constitucionalidade, ou seja, através de Emenda Constitucional.

Essa discussão se colocou no plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa⁷. O que se debateu ali foi o cabimento da Reclamação ajuizada para preservar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Admitir que a Reclamação fosse cabível nessa hipótese seria o mesmo que aceitar a existência do efeito vinculante dessas decisões e a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9868/99, uma vez que a possibilidade de se utilizar da via da Reclamação quando do desrespeito de uma decisão do Supremo é justamente a principal consequência prática do efeito vinculante.

Essa constatação, a propósito, já fora feita pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, ao analisar o novo instituto comparativamente aos instrumentos de controle então existentes. O seguinte trecho merece ser transcrito, por sua clareza e lucidez:

É um *plus* com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema – como salientado anteriormente – que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (...), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

⁷ D.J. de 19/03/2004.

se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade da decisão; (...)⁸

Então, assentado que o cabimento da Reclamação ao Supremo Tribunal Federal decorre da atribuição de efeito vinculante às suas decisões, vejamos o que foi decidido no Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880. Essa ação foi proposta pelo município paulista de Turmalina, sob o argumento de que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662⁹ teria sido desrespeitada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, ao determinar o sequestro de valores do erário para o pagamento de precatórios gerados a partir de condenações trabalhistas.

Duas questões foram postas incidentalmente ao mérito dessa Reclamação: se seria constitucional a disposição do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99; e, ultrapassado o primeiro ponto, se o Município de Turmalina teria legitimidade para propor essa ação, uma vez que não havia sido parte na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662. A análise desta última questão foge aos contornos deste trabalho, de modo que dedicaremos as próximas linhas exclusivamente ao estudo daquela.

Pois bem, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do dispositivo legal que estendeu às decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade o efeito vinculante já conferido pela própria Constituição à Ação Declaratória de Constitucionalidade. O voto condutor foi o do relator, Ministro Maurício Corrêa, cujo entendimento foi no sentido de que não haveria justificativa para diferenciar os efeitos das decisões do Supremo em controle abstrato unicamente pelo critério do instrumento a partir do qual a questão foi posta perante a Corte. Nas palavras do relator:

⁸ D.J. de 16/06/1995.

⁹ Arguiu-se, nesse caso, a inconstitucionalidade da Instrução Normativa 11/97, aprovada pela Resolução 67 do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, que se destinava a uniformizar os procedimentos relativos às execuções movidas contra as Fazendas Públicas federal, estaduais e municipais, no âmbito da justiça trabalhista.

Assim como o ilustre titular do Ministério Público Federal, posiciono-me no sentido da coexistência harmônica do preceito legal em debate com a vigente ordem constitucional. Tenho por relevante, de plano, a constatação de que o provimento judicial desta Corte na ação declaratória de constitucionalidade, o qual a Carta de 1988 conferiu expressamente efeitos vinculantes (CF, artigo 102, §2º), tem, em essência, idêntica natureza da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Produzem ambas, em última análise, a mesma consequência de ordem prática, diferenciando-se, substancialmente, pelo direcionamento do pedido, que é de ordem positiva na primeira e negativa na segunda espécie de controle concentrado.

O mesmo entendimento foi esposado, entre outros, pelos Ministros Nelson Jobim e Gilmar Mendes, o qual fez consignar que *“aceita a ideia de que ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade possa ter efeito ou consequência diversa daqueles reconhecidos para a ação declaratória”*. Entretanto, a tese de que as duas ações seriam praticamente idênticas, tendo apenas o “sinal trocado”, não foi sustentada por todos os Ministros, tendo inclusive encontrado forte resistência por parte daqueles que votaram pela inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99, especificamente os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio.

Em poucas e objetivas palavras, o Ministro Moreira Alves deixou claro que, no seu entender, a impossibilidade da atribuição de efeito vinculante pela via infraconstitucional decorria do respeito à separação dos poderes. Somente o constituinte reformador é que poderia dar essa nova extensão às decisões de um dos poderes sobre os demais, aos moldes do que fora feito no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ademais, fez questão de salientar que não havia identidade entre as duas ações, afirmando que *“a ação declaratória é diferente da ação direta pela sua finalidade decorrente do âmbito restrito de seu objeto – leis e atos federais – e de seus legitimados ativamente: autoridades e órgãos federais. Sua razão de ser é diversa, não sendo de aplicar-se, portanto, a analogia”*.

O debate, como já foi mencionado, foi estancado pela promulgação

da Emenda Constitucional nº 45, que deu ao artigo 102, §2º, da Constituição Federal a seguinte redação:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Agora, não há mais discutir a respeito da constitucionalidade do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, pois o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade decorre de previsão constitucional. Persistem, entretanto, dúvidas quanto ao significado desses efeitos, uma vez que em momento algum a Constituição Federal ou a legislação ordinária explicitam o que vem a ser a eficácia contra todos e o efeito vinculante. Terminamos nesse ponto a incursão histórica, para adentrar então na digressão dogmática que foi anunciada no início deste trabalho.

Quanto à definição da eficácia *erga omnes*, não há muito a ser debatido. A doutrina é pacífica no sentido de que a eficácia contra todos significa que as decisões do Supremo Tribunal Federal, seja pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de uma norma, desde que sejam proferidas em sede de controle abstrato, não valem apenas para determinado caso (ou, como se costuma dizer, não produzem mera eficácia *inter partes*), mas sim para todos os casos presentes e futuros que envolvam a mesma questão constitucional. Isso é assim porque, tecnicamente, o processo abstrato de controle de constitucionalidade não versa sobre uma lide concreta e não tem partes propriamente ditas, pelo menos não no sentido conferido tradicionalmente pela doutrina processualística¹⁰.

¹⁰ Segundo André Dias Fernandes, “constitui um lugar-comum a afirmação de que o processo objetivo de controle de constitucionalidade é um ‘processo sem partes’, ao menos no sentido técnico-processual, uma vez que não há a postulação de direitos e interesses *subjetivos, concretos*”. Continua o autor para argumentar que discorda dessa tese, argumentando que se está diante de uma *lide objetiva* e que os legitimados ativos, bem como os órgãos ou autoridades que editaram o ato impugnado, podem ser perfeitamente chamados de partes. Op. cit., pág. 156-158. Sobre a discussão a respeito da existência ou não de partes e de contraditório no processo objetivo, ver também: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. Controle Abstrato de Constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 198-228.

Assim, se o processo não possui nem lide, nem partes, não haveria nenhum sentido em afirmar a validade da conclusão ali pronunciada apenas no âmbito de um caso concreto, como habitualmente ocorre no controle incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade produzirá efeitos gerais que poderão ser opostos a todos que a ela resistam, tanto pessoas privadas quanto entes públicos, e deverão ser observadas pelos magistrados do país em todos os graus de jurisdição.

Cabem aqui dois comentários. Em primeiro lugar, não é apenas a decisão pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade pura e simples que é capaz de produzir eficácia *erga omnes*. Também no uso de outras técnicas de controle de constitucionalidade, como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o Supremo Tribunal Federal profere decisões que valem contra todos. É dizer, mesmo quando a Corte se limita a declarar a constitucionalidade da norma impugnada *desde que* seja adotada determinada interpretação, ou ainda quando declara a inconstitucionalidade de determinada hipótese de sua aplicação, essa conclusão deverá ser adotada por todos os juízos que se depararem com a mesma *questio iuris*.

Se havia uma dúvida razoável quanto a esse ponto antes da edição da Lei nº 9.868/99, a redação de seu artigo 28, parágrafo único, foi capaz de resolvê-la. Transcreva-se novamente o dispositivo: “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, *inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Essa norma veio para deixar claro que uma interpretação específica conferida pelo Supremo Tribunal Federal a determinado dispositivo legal impugnado em sede de controle abstrato, também tem o condão de obrigar as demais instâncias judicantes à sua observância.

Em segundo lugar, quando falamos em controle de

constitucionalidade por via direta, não podemos olvidar um instrumento que ainda não foi aqui mencionado: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Essa ação, que, assim como a Ação Direta de Constitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, veicula diretamente à apreciação da Excelsa Corte uma questão constitucional colocada em tese, foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99 em moldes muito similares aos da Lei nº 9.868/99. No ponto em que nos interessa, é digno de nota o artigo 10, §3º, que estabelece, também para as decisões proferidas na arguição, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Com a introdução de mais esse instrumento no nosso sistema de controle de constitucionalidade, e com a garantia expressa de que as decisões nele proferidas também produzem eficácia contra todos, o Supremo Tribunal Federal alcança uma posição institucional ainda mais notável. Basta perceber que, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, praticamente nenhum ato normativo escapa da possibilidade de controle pela via direta, merecendo serem citados os exemplos relevantes da lei municipal e da lei anterior à Constituição Federal de 1988, não abrangidos pelas hipóteses de seu artigo 102, inciso I, alínea “a”.

A definição do que seja o efeito vinculante, porém, gera maiores dificuldades. Ao contrário do que ocorreu com a eficácia *erga omnes*, que foi desde cedo reconhecida pela jurisprudência como uma consequência da coisa julgada produzida em processo abstrato¹¹, o tema do efeito vinculante surgiu entre nós de maneira importante apenas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/93 e a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade. A partir daí, somente uma pequena parte da doutrina se debruçou em sua análise e percebeu as dificuldades de compreensão do novo instituto, ao qual não foi dedicada nenhuma regulamentação em nível infraconstitucional.

¹¹ Cf. nota 4, *supra*.

Em linhas gerais, entende-se que são duas as principais decorrências do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato: (a) a obrigatoriedade de observância, pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelos órgãos da Administração Pública direta e indireta, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) das decisões do Supremo, e não apenas de seu dispositivo, que já estaria acobertado pela coisa julgada; e (b) a possibilidade de responsabilização das pessoas que se recusem injustificadamente a lhe dar cumprimento, o que poderia ser feito pelas vias cível ou administrativa.

A questão da obrigatoriedade de observância dos motivos determinantes da decisão traz um conteúdo interessante ao efeito vinculante. Enquanto a coisa julgada torna imutável e obrigatória a sua parte dispositiva, o efeito vinculante seria responsável por impor o acatamento dos fundamentos que levaram àquela conclusão, ou seja, de uma parte sensivelmente mais ampla da decisão. A consequência prática disso seria que os órgãos subjetivamente vinculados à decisão do Supremo Tribunal Federal (ou seja, nos termos do artigo 102, §2º da Constituição Federal, os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal) estariam não apenas proibidos de aplicar uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional, mas também de editar novo ato de igual teor. A propósito, veja-se o lúcido comentário de Roger Stiefelmann Leal:

Descabe, assim, interpretar que o efeito vinculante implica a imposição contra todos da sentença final constante da parte dispositiva da decisão proferida. A vinculação da parte dispositiva, por ser efeito extraído da qualidade de coisa julgada, não pode, logicamente, corresponder ao conteúdo do efeito vinculante. (...)

Resta, portanto, compreender o efeito vinculante como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da dispositiva aos órgãos e entidades relacionados no texto normativo. Assim, seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado. Da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante, a vedação aos seus destinatários de

reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade.¹²

Esse entendimento, porém, não é unânime. Elival da Silva Ramos defende que a noção de vinculação aos motivos determinantes da decisão escapa do modelo de controle de constitucionalidade que desenvolvemos no Brasil, que sempre se fundou na ideia de obrigatoriedade da parte dispositiva, única e exclusivamente. O conteúdo particular da cláusula do efeito vinculante, então, seria outro: o estabelecimento de uma obrigação *funcional* de dar cumprimento e efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato e a consequente responsabilização daquele que não o faça. Nas palavras do autor:

Destarte, propugnamos por outro entendimento, que, sem atribuir à expressão “efeito vinculante” sentido meramente de reforço em relação à coisa julgada *erga omnes*, não a remete à motivação das decisões de controle, o que desnaturaria, com consequências imprevisíveis, o nosso sistema de fiscalização constitucional em via principal. Se o acréscimo da eficácia vinculativa teve por escopo combater a resistência injustificada da magistratura de base a observância das decisões de controle abstrato, mesmo sendo estas dotadas de ampla eficácia subjetiva, impondo-se diante de todos, pode-se daquela extrair uma obrigação funcional de respeito ao decidido, em termos assemelhados ao dever que os juízes e autoridades administrativas têm de fiel acatamento aos comandos emanados do legislador. (...) Diante da outorga de efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal no controle principal de constitucionalidade, estão os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos e autoridades administrativas em geral, no exercício das respectivas atribuições, jungidos diretamente às declarações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade pronunciadas pela Corte Suprema, sob pena de, em caso de oposição infundada aos decisórios,

¹² LEAL, Roger Stiefelmann. O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 149-150. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira, et. allii. “Nesses termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes. Como se vê, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.” Op. cit., pág. 1285.

responderem administrativa e civilmente.¹³

Com a devida vênia dessa tese, entendemos estar correto o entendimento esposado por Roger Stiefelmann Leal, que em verdade não se opõe à possibilidade de responsabilização dos sujeitos recalcitrantes, mas a complementa com uma maior amplitude do alcance objetivo do efeito vinculante. É certo, porém, que para a completa efetivação da tese da vinculação aos motivos determinantes seria necessária uma mudança no modo como as decisões do Supremo Tribunal Federal vêm sendo veiculadas, a uma porque a enorme divergência verificada na fundamentação dos votos, mesmo quando chegam à mesma conclusão, impede que se identifique com clareza qual foi a *ratio decidendi* de determinado julgado, a duas porque a publicação das decisões em órgão oficial ainda se limita à sua parte dispositiva.¹⁴

3 A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE INCIDENTAL

Tudo o que foi dito até agora se relaciona com o controle de constitucionalidade pela via principal, ou seja, aquele tipo de fiscalização que é realizado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de um processo abstrato, sem partes, em que se analisa a compatibilidade em tese de uma norma infraconstitucional com a Constituição Federal. Os instrumentos para a realização desse controle, como visto, são capazes de ensejar decisões que produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, o que atualmente decorre de previsão expressa em lei (artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9868/99, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade; artigo 10, §3º da Lei 9882/99 no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) e na própria Constituição (artigo 102, §2º).

¹³ RAMOS, Elival da Silva. Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 294.

¹⁴ Cf. LEAL, Roger Stiefelmann, op. cit., pág. 190-191.

Não menos importante, porém, é o controle efetuado pela via incidental, no seio da análise de uma lide concreta. Entre nós, essa espécie de controle é inclusive bastante mais antiga, remontando aos tempos da primeira Republica. Realizado pela via difusa, o controle incidental permite que magistrados em todos os graus de jurisdição façam o juízo de constitucionalidade das normas pertinentes ao caso concreto, podendo até mesmo declarar sua inadequação aos preceitos da Carta Maior e, com isso, decidir por não aplicá-las ao caso.

O controle incidental, como não poderia deixar de ser, tem características essencialmente distintas daquelas do controle direto. Em primeiro lugar, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou ainda a interpretação conforme a Constituição, não representa o pedido principal da ação. Como o próprio nome sugere, o controle de constitucionalidade é realizado apenas *incidentalmente* à resolução de uma lide concreta, a qual, esta sim, constitui seu objetivo principal. Em segundo lugar, a decisão a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma proferida em sede de controle incidental não gera nenhuma modificação objetiva no ordenamento jurídico, é dizer, não tem o condão de, por exemplo, expulsar do ordenamento uma lei declarada inconstitucional. Isso porque o que ali se decide é apenas a inaptidão daquela norma para regular o caso concreto, o que tem por consequência não a sua anulação com efeitos gerais, mas a sua inaplicação àquela lide determinada.

Dessas duas características decorrem logicamente outras duas. Como a análise da validade de uma lei ou ato normativo em face da Constituição somente se faz com vistas a solucionar o caso concreto, é apenas para esse caso que valerá a decisão. A eficácia da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, então, terá eficácia *inter partes* e não gerará, a princípio, uma obrigatoriedade de que a mesma resolução seja tomada em casos futuros que tragam à baila questão constitucional análoga. A segunda consequência é que não haverá falar em efeito vinculante, exatamente pelos mesmos motivos que indicam não existir, em controle incidental, eficácia *erga omnes* – ou seja, não poderia

haver vinculação dos demais órgãos do poder judiciário e da administração pública aos motivos determinantes de uma decisão que sequer tem eficácia geral, mas está limitada aos contornos do caso concreto.

Mas essa constatação, embora esteja tecnicamente correta e se aplique inteiramente à declaração de (in)constitucionalidade efetuada pelos graus inferiores de jurisdição, começa a ser relativizada quando estejamos tratando de decisões tomadas pelos Tribunais e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, conforme veremos, existem mecanismos processuais voltados à uniformização de jurisprudência que acabam por conferir uma maior eficácia às decisões proferidas incidentalmente, que escapam então ao âmbito restrito da lide individual para servir de paradigma ou precedente para casos futuros. Essa uniformização jurisprudencial, aliás, vem para cumprir o importante papel de garantia da igualdade perante a lei e da segurança jurídica, destacado por Teori Albino Zavascki ao mencionar o caráter peculiar das sentenças que envolvam um juízo de validade da lei em face da Constituição Federal:

Sabe-se, com efeito, que as sentenças proferidas na jurisdição dos casos concretos têm força vinculante limitada às partes. (...) Todavia, se, para chegar à conclusão a que chegou, o julgador tiver feito um juízo – positivo ou negativo – a respeito da validade de uma norma, essa decisão ganha contornos juridicamente diferenciados, em face dos princípios constitucionais que pode envolver. É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações. (...) Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei, de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais. É também importante em face do princípio da segurança jurídica, que estaria fatalmente comprometida se a mesma lei pudesse ser julgada constitucional num caso e inconstitucional em outros, dependendo do juiz que a aprecia.¹⁵

A relativização da eficácia puramente *inter partes* das decisões, que envolvem um juízo de constitucionalidade, proferidas pelo Supremo

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., pág. 25-26.

Tribunal Federal encontra ainda uma segunda justificativa, tão ou mais relevante do que a questão da uniformização da jurisprudência. É que o papel desempenhado pela Corte vai muito além daquele de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, para onde podem convergir todas as demandas instauradas nas instâncias inferiores. A função de guarda da Constituição, que lhe foi atribuída expressamente pela própria Carta Magna (artigo 102, *caput*: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]), indica que as suas conclusões devem ter um peso maior do que aquelas feitas pelos juízos ordinários, que embora também tenham a função de proteger e dar efetividade à Constituição, não detêm a última palavra nessa matéria.

Algumas das modificações mais importantes nesse âmbito foram introduzidas pela Lei nº 9.756/98, que alterou disposições do Código de Processo Civil. Interessa-nos abordar a introdução do parágrafo único do artigo 481, que trata do incidente de arguição de inconstitucionalidade, e as alterações realizadas no artigo 557, sobre a possibilidade de julgamento monocrático de recursos nos tribunais.

O incidente de arguição de inconstitucionalidade veio para regulamentar a chamada cláusula de reserva de plenário, instituída pelo artigo 97 da Constituição Federal, segundo o qual *“somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”*. Na verdade, essa é uma antiga regra de prudência adotada pela prática jurisprudencial brasileira, muito a exemplo do que sempre foi feito nos Estados Unidos da América, nação pioneira no controle incidental e difuso de constitucionalidade¹⁶. A necessidade de que a decisão de inconstitucionalidade seja tomada por um órgão que represente todo o Tribunal (seja o Pleno, seja o Órgão Especial), e não apenas por seus órgãos fracionários, também se relaciona com a presunção de constitucionalidade das leis, segundo lição do ilustre Ministro Moreira Alves:

¹⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 19-25.

No sistema do controle difuso de constitucionalidade de ato normativo vigora indiscutivelmente o princípio da presunção da constitucionalidade do ato normativo impugnado como inconstitucional, princípio esse que as nossas Constituições têm consagrado com a regra de que a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais só pode ser feita com o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (nesse sentido, ainda agora, o art. 97 da Constituição).¹⁷

Pois bem, a regulamentação dessa cláusula, como dito, veio com os artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil. Segundo esses dispositivos, o órgão fracionário de Tribunal que se deparar com uma arguição de inconstitucionalidade, cuja resolução seja indispensável ao deslinde do feito, deverá suspender o processo e instaurar um incidente perante o Tribunal Pleno ou, se for o caso, o Órgão Especial (artigo 93, inciso XI, da Constituição Federal: *“nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição do tribunal pleno”*).

Então, no âmbito dos tribunais, a princípio somente o Plenário ou o Órgão Especial é que dispõem da competência para declarar a incompatibilidade de lei ou ato normativo em face da Constituição. Aos órgãos fracionários cabe, após a conclusão do incidente, acatar a decisão ali tomada, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade da norma impugnada, e aplicá-la ao julgamento do caso concreto. O que acontece em verdade é uma “cisão da competência do ponto de vista funcional”¹⁸, uma vez que a questão constitucional, posta de modo prejudicial, e a questão de mérito da causa serão decididas por órgãos distintos.

Há, porém, duas hipóteses em que a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade está dispensada – e aqui entra o

¹⁷ Voto do Ministro-relator Moreira Alves, in STF – Pleno – ADI nº 97-7/RO – Questão de Ordem – Repertório IOB de Jurisprudência, nº 10/90 – pág. 144-147.

¹⁸ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belém: Cejup, 1999. Pág. 50.

ponto de interesse para este trabalho. Ambas estão previstas no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. Portanto, (i) quando já tiver sido instaurado o incidente no próprio tribunal sobre a mesma questão constitucional, ou (ii) quando o Supremo Tribunal Federal já houver se pronunciado sobre o ponto, *mesmo que em sede de controle incidental*, o órgão fracionário estará dispensado de instaurar novo incidente, sem que isso configure afronta à cláusula de reserva de plenário.

Inicialmente, em relação à hipótese (i), pode-se pensar nesse dispositivo como uma prática voltada à economia e celeridade processual, uma vez que não faria sentido realizar novamente todo um procedimento custoso para se chegar à mesma decisão que já fora tomada anteriormente. Outra explicação, como já mencionado, é a uniformização da jurisprudência. Utilizando-se de uma decisão proferida pelo Plenário ou pelo Órgão Especial como paradigma, os órgãos fracionários não correm o risco de realizar julgamentos díspares, que possam significar uma afronta à igualdade ou à segurança jurídica, pois estarão simplesmente adotando um posicionamento já estabelecido no âmbito daquele tribunal.

Já no que toca à hipótese (ii), além da questão da economia processual e da igualdade e segurança jurídica, deve-se levar em consideração o especial estatuto das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade, que decorre de sua posição institucional de guardião da Constituição. A decisão tomada pelo Supremo não é simplesmente o resultado de um julgamento efetuado pelo mais alto órgão na hierarquia do Poder Judiciário, mas mais do que isso, denota o posicionamento adotado pela nossa Corte Constitucional em determinado assunto. Esse posicionamento, ainda que expresso pela via do controle incidental, não pode ter os mesmos efeitos das decisões proferidas por outros juízos, ou seja, mera eficácia *inter partes*. Os efeitos reflexos dos julgamentos da Corte Constitucional indicam uma tendência

a fazê-los adquirir uma eficácia cada vez mais próxima da *erga omnes*, típica do controle por via de ação direta.

Um desses efeitos reflexos é justamente a possibilidade de aplicação direta do entendimento do Supremo Tribunal Federal pelos órgãos fracionários dos demais tribunais, através do permissivo do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ficando dispensada a instauração do incidente afeto ao Plenário ou ao Órgão Especial. A prática, aliás, já vinha sendo adotada antes mesmo da introdução dessa norma na lei processual, o que foi feito apenas em 1998. A questão chegara ao Supremo já em 1995, quando foi considerada legítima a dispensa do incidente ainda que não houvesse permissão expressa em lei. Veja-se, a propósito, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 168149 (julgado em 26/06/1995):

É certo que o artigo 97 nela inserto [na Constituição] dispõe que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. (...) Pois bem, a Turma julgadora deixou de deslocar o processo para o Pleno da Corte, porquanto o Supremo Tribunal Federal pronunciara-se no sentido da inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Onde fica a razão de ser da regra constitucional caso vingue a óptica burocrática da fazenda? O que será do princípio da economia e celeridade processual? Mais do que isso, que importância tem o crivo da Suprema Corte? O que decidido pelo Colegiado de origem homenageia a interpretação teleológica do artigo 97 da Carta Política da República, não merecendo qualquer censura. O incidente de inconstitucionalidade, com remessa do processo ao Órgão Maior da Corte de origem (artigo 97 da Constituição Federal) tornou-se desnecessário, prevalente a racionalização dos trabalhos judiciais, a partir do momento em que o Guardião Maior da Carta – e ele ainda o é (artigo 102, caput, da Constituição Federal – o Supremo Tribunal Federal assentou, embora no controle difuso, o vício de inconstitucionalidade do ato normativo em questão.¹⁹

Então, como muito bem colocado no voto do Ministro, o sentido do artigo 97 da Constituição Federal estará plenamente preservado quando o órgão fracionário aplicar entendimento já esposado pelo Supremo

¹⁹ RTJ 162:765.

Tribunal Federal, o guardião da Constituição, independentemente de ter sido esse juízo realizado em sede de controle direto ou controle incidental.

Outro efeito reflexo, também resultante de uma alteração no Código de Processo Civil efetivada pela Lei nº 9.756/98, diz respeito às hipóteses em que o relator dos recursos nos tribunais está autorizado a julgá-los monocraticamente, sem necessidade de levá-los à apreciação da Câmara ou Turma. Dispõe o artigo 557, *caput* e §1º, do código processual:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do *Supremo Tribunal Federal*, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do *Supremo Tribunal Federal*, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Como se vê, a regra da apreciação colegiada dos recursos nos tribunais conhece algumas exceções importantes, que foram introduzidas, assim como o parágrafo único do artigo 481, principalmente em atenção ao princípio da celeridade processual. Mas, da mesma forma que a questão da dispensa de instauração do incidente de arguição de constitucionalidade, aqui também há um sentido mais profundo quando a permissão para a decisão monocrática decorre da existência de jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A possibilidade desse julgamento simplificado torna mais relevantes e eficazes as decisões proferidas pela Corte Suprema, que se transformam em precedentes importantes em matéria constitucional e passam a ter seus efeitos expandidos para além dos limites restritos de um caso concreto. Note-se que o artigo 557 do Código de Processo Civil é claro ao afirmar que não apenas a existência de súmula do Supremo Tribunal Federal dá azo ao julgamento monocrático, mas também a existência de jurisprudência dominante, ainda que não sumulada. Assim, os casos

decididos em controle incidental de constitucionalidade têm o condão de formar um entendimento que poderá – e deverá – ser adotado pelos tribunais inferiores, até mesmo monocraticamente.

Não se diga que a referência à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal diz respeito aos posicionamentos adotados em sede de controle abstrato. Isso seria o mesmo que admitir a inutilidade do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, uma vez que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões em controle direto já decorre de disposição constitucional expressa. A inovação trazida pela Lei nº 9.756/98 consistiu justamente em permitir que as decisões proferidas em controle incidental pudessem ser tomadas como precedentes, fazendo se concretizar “a natural vocação expansiva das decisões sobre a constitucionalidade das normas”²⁰. É o que se extrai das lições de Gilmar Ferreira Mendes:

O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1o-A, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998).

Tem-se, pois, que, com o advento dessa nova fórmula, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator.

Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado –, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal.²¹

Os exemplos até agora analisados se dedicaram a mostrar como

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., pág. 26.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, in: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, pág. 161-162.

as conclusões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos, tomadas em sede de controle incidental, têm uma tendência a se tornarem válidas contra todos, ou seja, a adquirirem eficácia *erga omnes*, especialmente em virtude de alguns expedientes adotados pela lei processual civil. Nada foi dito, até o momento, a respeito da eventual eficácia vinculante desses precedentes, tema esse sensivelmente mais complexo e controverso.

Sobre esse ponto, é de grande interesse a análise da Reclamação nº 4335, que teve seu julgamento finalizado pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2014²². Antes de adentrarmos nesse estudo, cabe relembra, como já mencionado acima (pág. 4), que a possibilidade de utilização da Reclamação para a preservação da autoridade das decisões da Corte Suprema é uma das principais consequências práticas da atribuição de efeito vinculante a essas decisões. Tanto é assim que a jurisprudência da Corte vem admitindo, sem grandes discussões, o cabimento da Reclamação quando se estiver diante de descumprimento de um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade realizado em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Na Reclamação nº 4335, porém, a situação foi bastante peculiar. Essa ação foi ajuizada pela Defensoria Pública da União após o julgamento do Habeas Corpus nº 82.959²³, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que, em sua redação original, proibia a progressão de regime no cumprimento de pena dos crimes classificados como hediondos. Por ter sido essa declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, a princípio sua eficácia se limitaria ao caso concreto, permanecendo a lei hígida para ser aplicada em outras situações análogas.

Para que a decisão do Supremo nesse caso se tornasse obrigatória,

²² Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.

²³ HC 82.959, Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data do Julgamento: 23/02/2006; DJ do dia 01/09/2006.

seria necessário o cumprimento do disposto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência do Senado Federal para “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”. Apenas essa providência do Senado Federal é que teria o condão de fazer com que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada em controle incidental pudessem se estender para todos, o que se daria através da suspensão da própria lei impugnada.

Muito embora, no caso do decidido no Habeas Corpus nº 82.959, não tenha havido comunicação ao Senado Federal nem suspensão do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, a Defensoria Pública entendeu por ajuizar Reclamação contra o juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, que se recusava a analisar a possibilidade de progressão de regime de diversos presos condenados pela prática de crimes hediondos. O reclamante alegava ofensa à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, o que, à primeira vista poderia causar estranheza, visto não se tratar de decisão proferida em controle direto. A fiscalização realizada em habeas corpus, como é sabido, é tipicamente incidental, visto que o que ali se busca não é precipuamente a declaração de inconstitucionalidade, mas a concessão de uma ordem concreta.

Ainda assim, o relator do caso, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, considerou cabível a Reclamação, conferindo verdadeiro efeito vinculante ao que fora decidido no Habeas Corpus nº 82.959²⁴. Para assim decidir, o Ministro precisou entrar na discussão a respeito de qual seria o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, tendo em vista o já mencionado artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. Se fosse mesmo necessária, para a atribuição de eficácia contra todos e efeitos vinculantes, a suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal através de resolução editada pelo Senado Federal, então a inexistência de tal resolução impediria o cabimento da Reclamação. Mas se, como colocou o Ministro em seu voto, o sentido da atuação do Senado fosse apenas dar *publicidade* à decisão do Supremo,

²⁴ Cf. Informativo Semanal nº 454 do Supremo Tribunal Federal.

a qual já teria por si mesma eficácia vinculante, então a Reclamação seria perfeitamente possível.

O Ministro Gilmar Mendes, na apreciação da Reclamação nº 4335, fundamentou-se em tese por ele já esposada doutrinariamente, segundo a qual o artigo 52, inciso X, da Constituição teria sofrido uma mutação, particularmente perceptível a partir das diversas práticas da Corte que vêm atribuindo efeitos transcendentais aos julgados em controle incidental. Em artigo publicado em 2004, argumenta o Ministro:

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar. (...)

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*.²⁵

A tese do Ministro Relator acabou sendo acompanhada integralmente pelo Ministro Eros Grau, que bem sintetizou a controvérsia em trecho de seu voto: “(...) *ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto – voto dele, Relator – e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.*” Porém, após sucessivos pedidos de vista, houve

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., pág. 165.

a superveniência da Súmula Vinculante nº 26²⁶, o que fez com que a discussão sobre a mutação do art. 52, inciso X, da CF/88 perdesse relevância, já que a própria súmula acabou por atribuir efeito vinculante ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos.

Assim, ao final do julgamento a maioria necessária para a procedência da Reclamação acabou se formando em razão da SV nº 26, e não da decisão proferida em controle incidental, no HC 82.959²⁷. De toda forma, esse é um relevante precedente que merece atenção de todos os que se preocupam em acompanhar os desenvolvimentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois sinaliza para uma possível evolução no sentido de atribuição de maior eficácia aos precedentes do Pretório Excelso em controle incidental de constitucionalidade.

4 CONCLUSÃO

O modo como a fiscalização de constitucionalidade de leis e atos normativos vem sendo realizada entre nós decorre de uma longa evolução que caminha desde a criação da República, com a institucionalização do controle incidental, aos moldes do controle difuso inaugurado pela prática estadunidense. Desde o início, muito embora todos os juízes e tribunais possuíssem competência para decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas elaboradas pelo legislador ordinário ou pelo constituinte reformador, o Supremo Tribunal Federal sempre teve um papel de destaque, dada a sua posição institucional de cúpula do Poder Judiciário e de detentor da última palavra em matéria constitucional.

²⁶ “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo de execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

²⁷ Votaram nesse sentido os Ministros Teori Zavascki, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Ficaram vencidos, votando pelo descabimento da Reclamação, mas concedendo *Habeas Corpus* de ofício, os Ministros Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio

Com a criação e desenvolvimento dos diversos instrumentos de controle de constitucionalidade pela via direta, principalmente após a Carta de 1988, que ampliou o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e da Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle abstrato adquiriu maior importância, de modo que hoje as grandes questões constitucionais que chegam à Excelsa Corte são normalmente veiculadas por meio de alguma dessas ações diretas. O Supremo, assim, cumprindo sua atribuição de guarda da Constituição também (e, talvez, precipuamente) através dessa competência originária, adquire feições de verdadeiro Tribunal Constitucional, com alguma similitude em relação ao que se observa nas Cortes Constitucionais europeias.

O resultado desse sistema de convivência entre controle incidental e controle direto, embora, de modo geral, venha funcionando bem, revela algumas incongruências, especialmente no que toca aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, enquanto os julgamentos em sede de controle abstrato são dotados de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, nos termos do artigo 102, §2º, da Constituição Federal, do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9868/99 e do artigo 10, §3º, da Lei nº 9882/99, aqueles proferidos em controle concreto, a princípio, produziram apenas eficácia *inter partes* e nenhum efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Assim, a mesma Corte, composta pelos mesmos onze Ministros, poderia no mesmo dia tomar uma decisão de inconstitucionalidade que valesse apenas para as partes e outra que valesse para todos.

Observa-se, entretanto, uma tendência relativamente recente a que as decisões proferidas em controle incidental gerem uma eficácia transcendente ao caso concreto e, quiçá, vinculante para outras instâncias judiciais e administrativas. Isso se dá através de alguns mecanismos processuais criados pela legislação ordinária, como aquele previsto pelo parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, que permite não seja instaurado incidente de inconstitucionalidade nos tribunais

quando já haja decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, e do artigo 557, *caput*, do mesmo código, que possibilita o julgamento monocrático de recursos quando houver jurisprudência firmada na Corte.

A evolução que se tem assistido nessa matéria indica que os próximos passos, provavelmente, não serão tomados pelo legislador, mas sim pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação nº 4335, a Corte Suprema chegou a um resultado muito próximo da atribuição de efeito vinculante aos juízos de (in)constitucionalidade realizados incidentalmente, havendo posicionamentos relevantes no sentido do cabimento de Reclamação para preservar a autoridade dessas decisões. Isso acabou não se concretizando em razão da superveniência da Súmula Vinculante nº 26, que possibilitou uma resolução mais simples para a controvérsia. Ainda assim, é necessário permanecermos atentos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois o tema certamente voltará a discussão, havendo inclusive possibilidade de voto por parte de Ministros que não participaram do julgamento da Reclamação mencionada. E, independentemente disso, fato é que existe uma tendência irreversível de aproximação entre a eficácia das decisões em controle concreto e em controle abstrato preferidas pela Corte Suprema, o que representa nada mais do que a concessão da devida importância a esta Corte que é a maior responsável pela defesa da Carta Magna.

5 REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**. Salvador: Editora Juspodvium, 2009.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A INSERÇÃO DO TERMO “COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL” ORIUNDO DO PROJETO DE LEI N. 8.046/2010

Demétrio Beck da Silva Giannakos¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a evolução histórica e a importância da Cooperação Jurídica Internacional no âmbito interno brasileiro. Com a criação do Novo Código de Processo Civil, os mecanismos gerais de cooperação passaram a ser positivados de maneira mais específica e prática, possibilitando a utilização destes por todos os agentes de direito em nosso País. Desta forma, torna-se imprescindível o conhecimento do Direito Internacional Privado e a Cooperação Jurídica Internacional, para que, assim, tenhamos uma segurança jurídica ainda maior, viabilizando às partes a utilização do Poder Judiciário para dirimir eventuais controvérsias neste âmbito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado; Cooperação Jurídica Internacional; Auxílio direto; Homologação de Sentença Estrangeira.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A cooperação jurídica internacional. 2.1. Evolução histórica. 2.2. Dos aspectos da cooperação jurídica internacional. 2.3. Mecanismos gerais de cooperação jurídica internacional adotados pelo Brasil. 2.4. Informação referente ao direito do estrangeiro e pedido de informação. 2.5. Homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. 2.6. Da ordem pública. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

¹ Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a evolução histórica social pela qual a sociedade moderna vem passando e apontar as maneiras como o Poder Judiciário brasileiro vem se aperfeiçoando e renovando com o intuito de acompanhar este momento histórico.

Assim, falar em Cooperação Jurídica Internacional, nada mais é do que analisar o momento em que a sociedade vive atualmente. Hoje, tornam-se cada vez mais comum as relações intercontinentais entre as pessoas e empresas.

Desta forma, o Direito necessita estar atualizado e preparado para regular estas relações modernas e visando sempre a celeridade e eficácia nos atos e decisões judiciais.

Por fim, a problemática escolhida nada mais é do que os mecanismos utilizados pelo Direito para viabilizar estas relações internacionais e os seus efeitos práticos e teóricos.

2 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A necessidade de cooperação jurídica entre os Estados se faz extremamente necessária e oportuna. Neste ponto, o Novo Código de Processo Civil é, sem sombra de dúvidas, uma inovação com relação ao antigo.

O mundo, cada vez mais, possui relações e interações internacionais entre as pessoas e empresas. Desta forma, falar-se em Cooperação Jurídica Internacional nada mais é do que viabilizar e regular, de forma legal, as relações modernas humanas.

A cada dia mais brasileiros se mudam para o exterior e estrangeiros ingressam em nosso País buscando uma vida melhor e oportunidade de trabalho, de forma temporária ou permanente.

Como exemplo da crescente relevância conferida internamente à matéria, destaca-se, no plano administrativo, a criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional, em 2004. Em decorrência direta de atuação desse órgão, tivemos a internalização de uma série de tratados internacionais nos últimos anos.²

O que, anteriormente restringia-se aos artigos 88, 89 e 90 do CPC, com especificações breves na Lei de Introdução ao Código Civil (LINDB), agora, possui maior abrangência por parte do novo código, este que recentemente foi sancionado pela Presidente Dilma Rousseff.

Agora, do artigo 21 ao 41 do Novo Código de Processo Civil, possuímos mais dispositivos referentes à Cooperação dos Estados com relação ao direito civil.

Do artigo 21 ao 24, temos a competência geral dos tribunais brasileiros. Denomina-se competência geral dos tribunais de um país a que se opõe à dos tribunais estrangeiros. Tal conceito é estudado exclusivamente pelo direito internacional, ramo do direito nacional.

Entre os dispositivos 25 e 41, o projeto de lei legisla sobre a necessidade de cooperação jurídica internacional. Esta, por sua vez, é a grande inovação trazida pelo novo código com relação à jurisdição.

2.2 DOS ASPECTOS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

O núcleo central da cooperação jurídica internacional, em

² ARAUJO, Nádia de. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCl. (Org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal*. 4a ed., 2013, v. 1, pp. 39-50.

matéria civil, é demonstrar a importância deste auxílio para obtenção de provas requeridas em juízo, bem como para comunicação dos atos processuais e para obtenção de medidas cautelares e de decisões de tutela antecipada.

O objetivo pretendido é atingir um nível de excelência com efetiva integração jurisdicional e administrativa entre Estados soberanos.

Neste sentido, dispõe a professora Elaine Harzheim Macedo: *“A Cooperação Jurídica Internacional pressupõe cooperação entre os Estados, uma vez que estes são obrigados, às vezes, a abdicar de sua soberania, de sua individualidade em favor da coletividade. Tal dispositivo baseia-se nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, além do entendimento da cooperação entre povos.”*³

Ainda, o professor Márcio Mateus Barbosa Júnior afirma:

O mundo globalizado vivencia uma crescente circulação de pessoas, bens e serviços. Como consequência, os Estados passam a enfrentar situações nas quais necessitam de auxílio para o exercício da jurisdição. A cooperação entre os Estados no âmbito jurídico faz-se, assim, imprescindível e, por isso, constitui área de grande desenvolvimento nos dias atuais.⁴

Assim, com o aumento do número de pessoas, da mídia, da internet e dos bens de consumo, a cooperação entre Nações se faz necessária e imprescindível.

Como pano de fundo da cooperação jurídica internacional, está presente a questão do respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais do indivíduo, ponto axial de todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente depois da proeminência que lhe foi dada pela Constituição de 1988.⁵

³ MACEDO, Elaine Harzheim. *Comentários ao Projeto de Lei n. 8.046/2010*. Editora: ediPUCRS. 2012. Página 40.

⁴ JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. Artigo: *O novo Código de Processo Civil e o Auxílio Direto: Contexto do Direito Brasileiro Contemporâneo*. Publicado no site <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso no dia 23/02/2015.

⁵ ARAUJO, Nádia de. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal*. 4a ed., 2013, v. 1, pp. 39-50.

Importante frisar que a Cooperação Jurídica Internacional não possui artigo correspondente no atual Código de Processo Civil. No entanto, devido sua extrema importância na atualidade, mereceu capítulo sobre o tema no PLS 166/2010.

Atualmente, pode-se encontrar mais informações sobre o tema no sítio do Ministério da Justiça⁶ que, por mais que não esteja positivado no atual CPC, já possui alguns casos regulamentados.

A Cooperação Jurídica Internacional, segundo Márcio Mateus Barbosa Júnior⁷ pode ser classificada nas modalidades ativa e passiva, de acordo com a posição de cada um dos Estados cooperantes. A cooperação será ativa quando um Estado (requerente) formular a outro (requerido) um pedido de assistência jurídica; a cooperação, por outro lado, será passiva quando um Estado (requerido) receber do outro (requerente) um pedido de cooperação.

Completa o autor, distinguindo sobre a cooperação jurídica e jurisdicional, que segundo seu conceito “esta ocorreria quando um ato de natureza jurisdicional é reclamado do Estado cooperante, ao passo de que naquela a cooperação demandada não envolveria necessariamente a intervenção do Poder Judiciário, requerendo somente atividade administrativa”.

Nesta mesma seara, a Emenda Constitucional n° 45, entre outras alterações, incluiu, no artigo 5º, inciso LXXVIII, o parágrafo 3º, que dispõe o seguinte: *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*.

Ora, é notória a preocupação da própria Constituição Federal

⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Brasil e Portugal realizam teste de paternidade por cooperação. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>.

⁷ JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. Artigo: *A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Publicado no site <http://www.ambito-juridico.com.br>.

referente ao tema, mesmo demonstrando certa precaução com relação ao tema.

O aumento das relações internacionais pós Segunda Guerra Mundial, segundo Eduardo Felipe P. Matias⁸ deve-se principalmente por dois fatores:

O primeiro relaciona-se com a consciência dos Estados quanto ao fato de que não são auto-suficientes, de que o isolamento representa um retrocesso e de que o crescimento está vinculado à cooperação. O segundo fato é a coexistência de múltiplos Estados independentes.

O termo “*cooperação*” pressupõe trabalho conjunto, colaboração. É nesse sentido que toda e qualquer forma de colaboração entre Estados, para a consecução de um objetivo comum, que tenha reflexos jurídicos, denomina-se Cooperação Jurídica Internacional.⁹

2.3 MECANISMOS GERAIS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL ADOTADOS PELA BRASIL

Para o Ministério da Justiça, os atos gerais de Cooperação Jurídica Internacional adotados pelo nosso país são, ação de homologação de sentença estrangeira, carta rogatória e auxílio direto.

Importante mencionar, por mais que não sejam o enfoque do presente estudo, as diferenciações de medidas internacionais no âmbito do Direito Penal, como extradição e transferência de pessoas condenadas e transferências de processos penais.

Em seguida, segue abaixo alguns comentários, segundo o Ministério

⁸ MATIAS, Eduardo Felipe. *A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. Página 206.

⁹ JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. Artigo: *O novo Código de Processo Civil e o Auxílio Direto: Contexto do Direito Brasileiro Contemporâneo*. Publicado no site <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso no dia 23/02/2015.

da Justiça¹⁰, a respeito dos mecanismos gerais da cooperação:

a) **Ação de Homologação de Sentença Estrangeira:** Esta, por sua vez, traz em si um ato jurisdicional não sujeita a recurso, que encerra definitivamente o litígio. Toda e qualquer sentença estrangeira em matéria civil pode ser executada no Brasil, salvo em desacordo com as regras de competência internacional exclusiva da autoridade judiciária brasileira, previstas no artigo 23 do novo Código de Processo Civil.

Procedimento: Trata-se de mecanismos de cooperação jurídica internacional que já se inicia no Brasil. Infere-se desse modo que a ação de homologação é sempre um pedido de cooperação patrocinado pelo interessado, sem qualquer participação direta das autoridades administrativas dos Estados envolvidos em sua execução. A competência para realizar tal homologação é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, i, da Constituição Federal. Inicia-se na ação de homologação de sentença estrangeira a segunda fase de seu procedimento. Passa-se à execução do ato jurisdicional estrangeiro através da Justiça Federal, esta que é competente para realizar tal atividade.

b) **Carta Rogatória:** esta carrega em seu bojo atos não decisórios e atos decisórios não definitivos. Por meio da carta rogatória, a autoridade judicial e somente ela, solicita ao Estado requerido, que execute o ato jurisdicional já proferido, de modo que não cabe àquele outro Estado exercer qualquer cognição sobre a questão processual. É muito utilizada carta rogatória para intimações, citações, oitivas de testemunhas e realização de provas.

Procedimento: A carta rogatória se concretiza em documento oficial que tem como objetivo ser um veículo para pedido de cooperação. Esse meio é aproveitado em todas as instâncias responsáveis por sua execução, sejam nacionais ou estrangeiras. Na prática, o mesmo documento assinado pelo juiz rogante é aquele que chegará, após análise

¹⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional>. Acesso em 23/03/2015.

e seguimento pelas diversas autoridades competentes, ao juízo rogado. A competência para proferir exequatur às cartas rogatórias no Brasil é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, i, da Constituição Federal. Concedido o exequatur, inicia-se na carta rogatória a segunda fase do seu procedimento. Passa-se a execução do ato jurisdicional estrangeiro para a Justiça Federal.

c) **Auxílio Direto:** diferencia-se dos outros mecanismos devido ao fato de que não há exercício de juízo de delibação pelo Estado requerido. Por meio do auxílio direto o Estado abre mão do poder de dizer o direito sobre determinado objeto de cognição para transferir às autoridades de outro Estado esta tarefa. Não se pede, portanto, que se dê cumprimento a uma decisão sua, mas que profira um ato jurisdicional referente a uma determinada questão de mérito que advém de litígio em curso em seu território, ou mesmo que obtenha do ato administrativo a colaborar com o exercício de cognição. Desta forma, não há o exercício de jurisdição por ambos os Estados, apenas pelas autoridades do Estado requerido. Podem ser objeto de auxílio direto as citações, intimações e notificações (artigos 34/41 do novo CPC).¹¹

Procedimento: O julgamento do auxílio direto judicial no Brasil é entregue aos juízes federais de 1º instância, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal, pelo fato de que figuram como parte o Ministério Público Federal ou União, seja porque a medida busca cumprir tratado do qual o Brasil faz parte.

Assim, ao processar e julgar as cartas rogatórias, o espaço de cognição do STJ está limitado ao juízo (concessão ou denegação) de exequatur. Parece não haver dúvida quanto à leitura de que o juízo de exequatur restringe o âmbito do julgamento das cartas rogatórias, impondo sistema de contenciosidade limitado, também conhecido como

“juízo de delibação”, no qual o interessado não pode impugnar o mérito da

¹¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={E1AEA228-4A3C-41B5-973D-C4DF03D90402}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BB07566BF-EED6-4A01-8FE9-08345CB79EC0%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 23/03/2015.

diligência pretendida à luz do Direito brasileiro, salvo quando atingidas a soberania e a ordem pública. Neste sentido, é uníssona a jurisprudência do próprio STJ e, especialmente antes da Emenda Constitucional 45, também do Supremo Tribunal Federal, exemplificada nas referências seguintes¹²: Questões de mérito não comportam apreciação em sede de carta rogatória, ficando o exame a cargo da Justiça rogante.” (STJ, AgRg na CR 733/IT, Trecho da ementa. Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/12/2005, DJ 10/04/2006 p. 106).

O ex-ministro Carlos Velloso, em voto da Carta Rogatória de nº 9136¹³, muito bem elucidou o seguinte:

O que pretende a agravante é que o Supremo Tribunal Federal aprecie o mérito da questão posta no Juízo rogante, o que não é possível. As razões aqui expendidas devem ser apresentadas no Juízo rogante. Aqui, é pedida, apenas, a citação da ora agravante.

O juízo de exequatur que a Constituição atribui ao STJ impõe, portanto, simples delibação da carta rogatória estrangeira, restringindo o direito de o interessado impugnar, na jurisdição brasileira, o mérito da diligência rogada. Privilegia-se, no modelo de delibação, o princípio da confiança na jurisdição rogante. O juízo de exequatur, no modelo de delibação, reduz o contraditório e amplia a cooperação jurídica internacional.

O papel do juízo de delibação não é analisar mérito, pertinência do pedido de acesso da autoridade estrangeira às informações pretendidas, salvo para a restrita verificação de violação à ordem pública e à soberania. Portanto, em se tratando, por exemplo, de produção de prova documental protegida por sigilo, não é o juízo de exequatur (STJ) que promove a revisão judicial exigida pela Constituição, mas sim a autoridade judicial estrangeira. O juízo de delibação visitará o mérito do pedido de compartilhamento de

provas tão somente para, estando presentes os requisitos formais e não

¹² MADRUGA, Antenor. *A diferença entre auxílio direito e carta rogatória*. Publicado no site Consultor Jurídico, em 13 de julho de 2011. Acesso em 23/03/2015. <http://www.conjur.com.br/2011-jul-13/auxilio-direto-carta-rogatoria-diferenca-nao-rotulo>.

¹³ STF, CR 9136 AgR-AgR, Trecho do voto do Min. Rel. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 15-12-2000 PP-00065 EMENT VOL-02016-01 PP-00165

havendo violação à ordem pública e à soberania, autorizar a execução da ordem judicial estrangeira. É a ordem judicial estrangeira, delibada pelo STJ, que afasta o sigilo legal.¹⁴

Ademais, disserta o professor Humberto Dalla¹⁵ que são requisitos do auxílio direto:

a) a base legal, por meio da qual se efetua a solicitação-acordo ou garantia de reciprocidade;

b) indicação da autoridade requerente;

c) indicação das autoridades centrais requerente e requerida;

d) sumário contendo número e síntese do procedimento ou processo no país requerente os quais servem de base ao pedido da cooperação;

e) qualificação completa e precisa das pessoas as quais o pedido se refere (nome, sobrenome, nacionalidade, lugar de nascimento, endereço, data de nascimento, e sempre que possível, nome da genitora, profissão e número do passaporte);

f) narrativa clara, objetiva, concisa e completa, no próprio texto do pedido de cooperação jurídica internacional, da base factual que lhe deu origem.

Assim, após explicações referentes à matéria, os pedidos de cooperação jurídica internacional estão dispostos no artigo 27 do novo CPC:

Artigo 27. Os pedidos de cooperação jurídica internacional serão executados por meio de: I – carta rogatória; II – ação de homologação estrangeira; e III – auxílio direto. Parágrafo único: Quando a cooperação não decorrer de cumprimento

¹⁴ MADRUGA, Antenor. *A diferença entre auxílio direito e carta rogatória*. Publicado no site Consultor Jurídico, em 13 de julho de 2011. Acesso em 23/03/2015. <http://www.conjur.com.br/2011-jul-13/auxilio-direto-carta-rogatoria-diferenca-nao-rotulo>.

¹⁵ Blog do professor Humberto Dalla. Comentários 016 ao novo CPC. Disponível em <http://humbertodalla.blogspot.com>. Acesso em 23/03/2015.

de decisão de autoridade estrangeira e puder ser integralmente submetida à autoridade judiciária brasileira, o pedido seguirá o procedimento de auxílio direto.

Ainda, é importante ressaltar um pouco do cenário da cooperação jurídica internacional em nosso país.

No Brasil, a legislação interna que regulamenta este tema é fragmentada. Não há lei específica cuidando de toda a matéria, que está presente, de força desconexa, em alguns diplomas legais. Desta mesma forma, existem acordos multilaterais e bilaterais entre o Brasil e alguns estados sobre o referido tema.¹⁶

O Novo Código de Processo Civil, especificamente com relação a esta matéria, foi uma revolução na legislação brasileira, pois, a partir da sua entrada em vigor em 2016, teremos uma regulamentação mais unificada da matéria.

O Novo CPC explicita que a cooperação jurídica internacional “será regida por tratado do qual a República Federativa do Brasil seja parte” (artigo 25 do Novo CPC), e acrescenta que, em seu parágrafo único, na sua ausência, poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada na via diplomática. Porquanto a menção aos tratados internacionais como fonte primária da cooperação jurídica internacional seja positiva, a referência à reciprocidade não é animadora, tendo em vista que o Brasil jamais fez essa exigência para cumprir pedidos de cooperação.

Desta forma, a alternativa possibilitada pelo Novo Código de Processo Civil deve, ainda, ser explorada pelo Governo Brasileiro.

A cooperação jurídica internacional, de forma tradicional, se perfectibiliza através de cartas rogatórias e do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, institutos consagrados no direito processual civil brasileiro e de outros países. Na área penal, o instituto da extradição

¹⁶ Para a lista dos acordos internacionais bilaterais, tanto na área cível, quanto penal, já ratificados pelo Brasil, confira-se o sítio do Ministério da Justiça, em www.mj.gov.br/drci.

é outro exemplo clássico de cooperação entre Estados.¹⁷

Um acréscimo importante do Novo CPC é a regulamentação dos procedimentos da cooperação ativa, antes existente apenas em regulamentações de cunho administrativo. O Projeto esclarece ainda caber ao Brasil a tradução dos documentos para a língua oficial do Estado Requerido.¹⁸ Com relação aos pedidos passivos, o Projeto de Novo CPC prevê que serão considerados autênticos os documentos que tramitam pelas autoridades centrais ou pela via diplomática, dispensando-se legalizações e autenticações.¹⁹ Esses procedimentos de legalização de documentos no exterior sempre representaram grande burocracia e custo para as partes. A sua dispensa na tramitação entre autoridades centrais é muito positiva.

No que diz respeito às questões formais, o STJ, na esteira do que decidia o STF, é bastante cuidadoso com a verificação de todos os elementos necessários para a concessão do exequatur, sendo corriqueiro cartas rogatórias serem indeferidas, sem prejuízo de nova remessa, por falta de documentos ou elementos formais.²⁰

Importante ressaltar que, nos últimos anos, o aumento de pedidos tanto da área cível quanto penal é expressivo. Apenas a título informativo, enquanto o STF analisou cerca de dez mil cartas rogatórias e sete mil sentenças estrangeiras entre a década de trinta do século vinte e final de 2004, o STJ, que começou a receber esses pedidos no início de 2005, já analisou maior número do que o STF em menos de dez anos.

¹⁷ JUSTIÇA, Ministério. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos*. 3ª Edição. Brasília. 2014. Página 34.

¹⁸ Art. 38: "O pedido de cooperação oriundo de autoridade brasileira competente e os documentos anexos que o instruem serão encaminhados à autoridade central, acompanhados de tradução para a língua oficial do Estado requerido."

¹⁹ Art. 41: "Considera-se autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, dispensando-se a juramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização. Parágrafo único. O disposto no caput não impede, quando necessária, a aplicação pelo Estado brasileiro do princípio da reciprocidade de tratamento."

²⁰ Os requisitos devem estar conforme o art. 202, do Código de Processo Civil: "Art. 202. São requisitos essenciais da carta de ordem, da carta precatória e da carta rogatória: I – a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III – a menção do ato processual, que lhe constitui objeto; IV – o encerramento com a assinatura do juiz".

Portanto, tal aumento exponencial dos pedidos, tanto de cartas rogatórias como de sentenças estrangeiras, denota o incremento da importância da matéria, tendo o STJ dinamizado o cumprimento desses atos, que hoje tramitam de forma célere, sempre que não forem impugnados.

2.4 INFORMAÇÃO REFERENTE AO DIREITO ESTRANGEIRO E PEDIDO DE INFORMAÇÃO

Fundamental mencionar, ainda, a possibilidade de cooperação para a informação sobre o direito nacional vigente em um determinado Estado para uso judicial em outro Estado, que pode ser feita através de um pedido judicial ou meramente administrativo. Por exemplo, no Mercosul, o Protocolo de Lãs Lenas prevê que esta informação pode ser enviada diretamente pela Autoridade Central designada.

Há ainda pedidos de cooperação passiva administrativa. Tais pedidos não necessitam de realização de um ato jurisdicional e podem ser cumpridos diretamente pelos órgãos competentes. Não há uma norma específica sobre essa matéria, mas a Resolução n. 9 do STJ a ela dispôs no seu artigo 7º. Parágrafo único, ao estabelecer que:

Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento do auxílio direto.

O Novo CPC reproduz essa diretriz.²¹ Ou seja, é nítida a preocupação das autoridades brasileiras em tornar este procedimento o mais célere possível, sem deixar de lado as formalidades exigidas.

Desta forma, o Brasil já vislumbrou a extrema necessidade de uma

²¹ Art. 32: "No caso de auxílio direto para a prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, a autoridade central adotará as providências necessárias para seu cumprimento."

regulamentação específica sobre cooperação jurídica internacional.²²

Importante frisar, ainda, os efeitos positivos da participação cada vez maior do Governo Brasileiro em fóruns internacionais, além de negociações bilaterais atualmente em andamento com o intuito de justificar a importância que o Brasil possui no cenário internacional.

O Brasil de hoje, intensamente envolvido na política internacional, não pode deixar de atuar intensamente na cooperação jurídica internacional. Interessa-lhe não só o cumprimento dos pedidos provenientes do exterior, mas também o pronto atendimento aos pedidos formulados. É preciso participar dos foros internacionais e celebrar um maior número de tratados e convenções bilaterais.²³

Outro aspecto menos enaltecido pela doutrina vigente, mas não menos importante, é a aplicação desta nova situação do Brasil no cenário mundial.

É imprescindível que a necessidade de conscientização dos operadores jurídicos nacionais da correta aplicação desses instrumentos, no dia-a-dia dos tribunais.²⁴ A ação dos atores envolvidos na cooperação jurídica internacional não pode ser marcada por uma atitude meramente mecânica de aplicação da lei. Envolve a compreensão de que o respeito

²² Conforme relata o Ministro Gilson Dipp, "A Cooperação Internacional, tanto no âmbito civil quanto no penal, tornou-se necessidade crucial. A investigação, a persecução, o processamento e o julgamento dos grupos criminosos organizados, por exemplo, são complexos e difíceis. Facilitar o intercâmbio de informações entre autoridades de execução da lei e desenvolver efetiva Cooperação Internacional é essencial para o sucesso desse desiderato." In ARAUJO, Nadia de, *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça - Comentários à Res. n. 9/2005*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, 160 p.

²³ JUSTIÇA, Ministério. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos*. 3ª Edição. Brasília. 2014. Página 44.

²⁴ MADRUGA FILHO, Antenor P., "O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional", in MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando. (Org.). *LAVAGEM DE DINHEIRO E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça*. 1 ed. São Paulo: QuartierLatin, 2006, p. 77-104. Veja-se o trecho: "Mas não basta celebrar bons acordos e editar novas leis. É fundamental desenvolver entre nossos juízes e operadores do Direito uma cultura de cooperação internacional. Não podemos mais formar gerações de juristas ensimesmados no direito interno, desatentos aos aspectos internacionais da problemática jurídica." E ainda: "complementaridade entre jurisdições, tendo como pressuposto essencial constatação de que a característica global das sociedades atuais, ainda juridicamente vinculadas a Estados soberanos, produz fatos e ameaças sociais transjurisdicionais suficientes para comprometer a eficácia do poder jurisdicional e a própria justificação do Estado como a organização suprema e independente de pacificação social".

aos atos provenientes do exterior, seja através de cartas rogatórias, sentenças estrangeiras, ou pedidos de auxílio direto, precisa levar em conta uma perspectiva de tolerância e compreensão com os demais sistemas jurídicos, a mesma que se espera daqueles que, nos outros países, forem cumprir os pedidos do Brasil.

2.5 HOMOLOGAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

O abarrotamento de ações judiciais no país, a falta de juízes para atender o crescimento da demanda jurisdicional, a imprevisibilidade das decisões e a morosidade dos processos judiciais são algumas das razões que fazem com que grandes empresas busquem a arbitragem como meio de solução para os seus conflitos.

Quanto maior o grau de desenvolvimento do país, maior a busca por meios alternativos para solução de conflitos. Busca esta motivada especialmente pela disposição cultural e econômica das pessoas e organizações privadas de alguns países.

O processo judicial, apesar de útil e essencial, além de estar investido sob a tutela estatal com juízes qualificados em julgar, vem sendo visto como um “fardo” para as necessidades econômicas e estruturas de um mundo essencialmente capitalista.

A constante evolução das relações negociais e comerciais que se transformam continuamente advêm como um reflexo da globalização das transações econômicas e financeiras entre empresas multinacionais sediadas ao longo dos países do mundo.

A rapidez com que acordos e contratos são firmados, mercadorias circulam incessantemente e como as riquezas são transferidas de um país para outro, exige que eventuais conflitos sejam decididos em tempo hábil

e pelos melhores profissionais do mercado.

A arbitragem tem como proposta ser um mecanismo que viabilize solucionar estes impasses, proporcionando um tratamento de excelência em um tempo relativamente curto.

Este instituto está diretamente relacionado ao direito que rege o comércio internacional e o direito internacional público e privado.

Feitos estes esclarecimentos, inicia-se o estudo do cumprimento das sentenças arbitrais internacionais em território brasileiro.

O cumprimento de sentença arbitral estrangeira geralmente é feito por iniciativa do credor, de forma voluntária, visto que por essas decisões terem caráter privativo se compõem de um grande ônus pecuniário para a parte que descumprir a as obrigações firmadas em sentença. No entanto, por mais que tal ato enseje grande carga pecuniária, existem situações em que a sentença deixa de ser cumprida de imediato.

Neste caso, a parte credora deve pleitear homologação de sentença arbitral para que seja reconhecida junto ao órgão judiciário competente do país destinatário da execução da obrigação. A ratificação e análise da sentença arbitral, após cumpridos seus requisitos essenciais, torna-se existente e válida no território nacional do país destinatário. Assim, a parte exequente já pode exigir e produzir seus efeitos coercitivos.

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, a competência para homologação de sentenças estrangeiras transferiu-se do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, bem como a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias estrangeiras.

Anterior à Lei de Arbitragem, o sistema vigente de conhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras era o de dupla homologação. Desta forma, a sentença deveria ser sancionada pelo órgão competente do seu país de origem, para depois ser homologada pelo país destinatário.

Acertadamente, o legislador acabou com esta necessidade, exigindo, apenas, a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, dispõe o artigo 34 da Lei 9307/96:

“A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

2.6 DA ORDEM PÚBLICA

Atualmente, cada vez mais se torna complexa a missão de decifrar os reais padrões do conceito de ordem pública.

Segundo o professor Jacob Dolinger, o conceito de ordem pública é de natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível.²⁵

A instabilidade do que possa ofender a ordem pública obriga o aplicador da lei a atentar para o estado da situação à época em que vai julgar a questão, sem considerar a mentalidade prevalente à época da ocorrência do fato ou ato jurídico. Assim, só se negará aplicação de uma lei estrangeira se esta for ofensiva à ordem pública do foro à época em que se vai decidir a questão, sem indagar qual teria sido a reação da ordem pública do foro à época em que se deu o ato jurídico ou a ocorrência *sub judice*.²⁶

Pode-se dizer que o princípio de ordem pública representa diretamente a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. Assim, aquilo que for considerado chocante a esta sociedade será rejeitado de plano pela doutrina e repellido pelos

²⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 11ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2014. Página n. 416.

²⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 11ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2014. Página n. 416.

Tribunais.²⁷

Segundo a Professora Nádia de Araújo, o conceito de ordem pública seria como *“uma válvula de escape, por regras de Direito Internacional Privado, quando é preciso impedir a aplicação da norma estrangeira competente, sendo de caráter indeterminado e mutante. A jurisprudência do STJ tem analisado cuidadosamente estes aspectos e construiu, ao longo dos últimos anos, um conceito de ordem pública bastante consistente, sem abandonar aquilo que já fora decidido pelo STF.”*²⁸

Assim, qualquer decisão ou ato que for contra a moral e os bons costumes serão taxativamente considerados como infrações à ordem pública.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, o presente artigo tem como intuito estudar as mudanças significativas da maneira como a sociedade moderna se relaciona e convive, bem como o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro com relação às mudanças e aplicações do Direito Internacional Privado, especialmente na Cooperação Jurídica Internacional, aplicadas especialmente pela doutrina e pela criação de novos dispositivos no Novo Código de Processo Civil.

Ainda, demonstrar as “ferramentas” jurídicas existentes e adotadas pelo Brasil com intuito de viabilizar a Cooperação Jurídica Internacional, bem como possibilitar uma efetividade processual maior e eficaz.

Portanto, analisar o Direito Internacional Privado nada mais é do que analisar as relações pessoais e empresarias, tendo em vista que, atualmente, cada vez mais se busca interação com outros países e

²⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 11ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2014. Página n. 416.

²⁸ ARAUJO, Nádia de. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal*. 4ª ed., 2013, v. 1, pp. 39-50.

continentes.

4 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nádia de. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCl. (Org.). **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal**. 4a ed., 2013, v. 1, pp. 39-50.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Brasil e Portugal realizam teste de paternidade por cooperação. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional>. Acesso em 23/03/2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={E1AEA228-4A3C-41B5-973D-C4DF03D90402}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BB07566BF-EED6-4A01-8FE9-08345CB79EC0%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 23/03/2015.

DALLA, Humberto. Blog do professor Humberto Dalla. Comentários 016 ao novo CPC. Disponível em <http://humbertodalla.blogspot.com>. Acesso em 23/03/2015.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 11ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2014. Página n. 416.

JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. Artigo: **O novo Código de Processo Civil e o Auxílio Direto: Contexto do Direito Brasileiro Contemporâneo**. Publicado no site <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso no dia 23/02/2015.

JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. Artigo: **A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Publicado no site <http://www.ambito-juridico.com.br>.

JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. Artigo: **O novo Código de Processo**

Civil e o Auxílio Direto: Contexto do Direito Brasileiro Contemporâneo. Publicado no site <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso no dia 23/02/2015.

JUSTIÇA, Ministério. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos.** 3ª Edição. Brasília. 2014. Página 34.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Comentários ao Projeto de Lei n. 8.046/2010.** Editora: ediPUCRS. 2012. Página 40.

MADRUGA, Antenor. **A diferença entre auxílio direito e carta rogatória.** Publicado no site Consultor Jurídico, em 13 de julho de 2011. Acesso em 23/03/2015. <http://www.conjur.com.br/2011-jul-13/auxilio-direto-carta-rogatoria-diferenca-nao-rotulo>.

MADRUGA, Antenor. **A diferença entre auxílio direito e carta rogatória.** Publicado no site Consultor Jurídico, em 13 de julho de 2011. Acesso em 23/03/2015. <http://www.conjur.com.br/2011-jul-13/auxilio-direto-carta-rogatoria-diferenca-nao-rotulo>.

MATIAS, Eduardo Felipe. **A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global.** Rio de Janeiro: Paz e Terra. Página 206.

O DIREITO À MORADIA DO CÔNJUGE ABANDONADO?

Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento¹

Andressa Rissetti Paim

Juliano Ruschel

Laura Silva Dias

Letícia Ana Basso

Maína Ribeiro Pech

Rodolfo Lorea Malhão²

Valéria Santiago Silva³

RESUMO: O presente ensaio tem por objeto analisar o artigo 1.240-A do Código Civil – usucapião familiar. Tal artigo, incluído pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, trouxe ao Código Civil nova modalidade de usucapião, denominada como usucapião familiar. Este instituto ainda pende de pacificação sobre alguns dos seus requisitos, estando, processualmente, pouco utilizado. Desbravar as suas especificidades e esclarecer seus principais pontos dúbios são uns dos elementos que encorajaram a elaboração do presente trabalho de pesquisa, como forma de resguardar os direitos dos assistidos, diretriz essa precípua da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública – Núcleo de Defesa Agrária e Moradia – Usucapião – Usucapião Familiar – Posse Direta – Posse Exclusiva – Imóvel Urbano – Ex-cônjuge ou Ex-companheiro – Abandono do Lar – Domínio Integral

¹ Defensora Pública. Dirigente do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadora da Comissão Especial de Direito Social à Moradia e Questões Fundiárias do Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais - CONDEGE.

² Defensores Públicos. Membros do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

³ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. cursou o Curso Regular da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul - AJURIS. Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Artigo 1.240-A do Código Civil. 3. Conclusão. 4. Referências

1 INTRODUÇÃO

O instituto da usucapião é muito discutido e utilizado pelos processualistas brasileiros. Inúmeras são as doutrinas escritas sobre o tema, como forma de explorar seu vasto campo dogmático e prático.

Dentre as diversas espécies de usucapião (Usucapião Extraordinário - artigo 1.238 do CC; Usucapião Ordinário: art. 1.242 do CC; Usucapião Especial: Urbano (Residencial Individual ou Constitucional Urbana Individual) - artigos 183 da CF e 1.240 do CC; Usucapião Especial – Rural (também conhecida por Constitucional Rural ou *Pro Labore*): artigos 191 da CF e 1.239 do CC; Usucapião Coletivo: artigo 10 da Lei nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade), em 2011, a Lei nº 12.424, com redação ao artigo - 1.240-A do Código Civil, incluiu uma nova modalidade de usucapião, denominada usucapião familiar.

De lá para cá muitas dúvidas surgiram sobre este tema e muitos debates foram travados. Porém, poucos escreveram substancialmente sobre a matéria e, em razão do desconhecimento sobre sua aplicabilidade processual, a ação de usucapião familiar não é frequentemente utilizada.

Em razão disso, o Núcleo de Defesa Agrária e Moradia, ao analisar a importância do instituto e, ao mesmo tempo, a dificuldade encontrada pelos operadores do direito na sua aplicação, desenvolveu trabalho de pesquisa sobre esta temática, abordando cada parte do artigo 1.240-A do Código Civil.

O objeto do presente artigo é explicitar o instituto, bem como apresentar os contrapontos existentes quanto a cada um dos seus requisitos. A pesquisa feita baseia-se na doutrina, na jurisprudência

dos tribunais do nosso país, bem como em outros artigos jurídicos publicados.

O que se quer aqui não é apontar o certo ou o errado, mas sim fazer uma breve explicação sobre os requisitos da usucapião familiar, bem como apresentar os diversos entendimentos sobre eles.

2 ARTIGO 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, incluiu no Código Civil Brasileiro o artigo 1.240-A, criando uma nova modalidade de usucapião, a qual está sendo denominada pela doutrina e jurisprudência como *usucapião familiar, pro moradia, especialíssimo, usucapião conjugal, usucapião pró-família, usucapião por abandono de lar*, e que possui a seguinte redação:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1^o O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.⁴

Citado artigo de lei foi elaborado pelo legislador, com o fito de regulamentar o Programa Minha Casa Minha Vida – Lei nº 11.977/09^{5 6}

⁴ BRASIL. **CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 07/05/2015.

⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. 45. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. pág. 160.

⁶ “(...) No âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, a L 12.424/2011 introduziu uma submodalidade de usucapião especial urbana, que exige, além dos requisitos da especial urbana já tratados, que haja condomínio entre o prescribente e seu cônjuge ou companheiro que tenha abandonado o lar.(...)”. In: PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pág. 335.

^{7 8}, em respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito social à moradia, elencados nos artigos 1º, III, e 6º, caput, da Constituição Federal de 1988⁹.

Corroborando esse entendimento, Francisco Eduardo Loureiro sustenta que o objetivo primordial da inclusão do art. 1.240-A no Código Civil é para fins de regularização fundiária¹⁰. Senão vejamos:

A segunda – e mais forte – razão para não reconhecer a inconstitucionalidade da usucapião familiar é que a sua função, o objetivo a ser alcançado, a razão de ser da norma, não é propriamente o de sancionar o ex-cônjuge ou ex-companheiro culpados, mas sim o de proporcionar, em determinadas situações, a regularização da propriedade fundiária em nome daquele que permaneceu na posse do imóvel, e não conseguiria fazê-lo pela forma derivada de uma partilha. Garante-se o direito à moradia, de estatura também constitucional (art. 6º da CF), pela via originária da usucapião.

(...)

Seu campo típico de incidência será a situação para a qual foi pensada a figura, qual seja, o da regularização fundiária de imóveis populares e que, durante o período de financiamento, um dos cônjuges ou companheiros desaparece sem deixar paradeiro conhecido.

Segundo a doutrina de Arnaldo Rizzardo¹¹, são requisitos da usucapião familiar - artigo 1.240-A do Código Civil:

⁷ “(...) Trata-se, como mencionado, de nova modalidade de usucapião especial urbana, instituída em favor de pessoas de baixa renda, que não têm imóvel próprio, seja urbano ou rural.(...)”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pág. 273.

⁸ “Ao disciplinar a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas e modificar dispositivos da Lei 11.977/09, que instituiu o Programa do Governo Federal, Minha Casa, Minha Vida, promulgou-se, no dia 16 de junho de 2011, a Lei nº 12.424/2011, a qual se acrescentou o artigo 1.240-A no Código Civil, criando-se uma nova modalidade de usucapião, que vem sendo chamada por alguns juristas de usucapião familiar.” In: CASTRO, Hólvia Uxislaine Pereira e; MORAES, Tálisa Barreto de. CONTROVÉRSIAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA LEI DE USUCAPÍÃO FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/view/336/320>>. Acesso em: 13/05/2015.

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem **como fundamentos**: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 6º São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. 7.ed. São Paulo: Editora Manole, 2013. págs. 1223-1224.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pág. 316.

- a) duração da posse pelo prazo de dois anos, sem a presença do outro cônjuge ou companheiro;
- b) posse direta, ininterrupta, sem oposição, com exclusividade;
- c) superfície da área da posse de até 250m²;
- d) imóvel urbano;
- e) propriedade ou posse em nome dos cônjuges ou companheiros;
- f) utilização do imóvel como moradia do cônjuge ou companheiro, com ou sem membros da família;
- g) inexistência de propriedade ou posse de outro imóvel urbano ou rural.

Quando da entrada da lei em vigor, os primeiros questionamentos feitos diziam respeito ao **início do lapso temporal** e à **vara competente para o ajuizamento, processamento e julgamento da usucapião familiar**.

Assim, na medida em que as ações foram sendo ajuizadas e levadas ao segundo grau de jurisdição, os tribunais deram início à prolação de precedentes, sendo que a primeira decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, em julgamento ao Recurso de Apelação Cível nº 70050616598, da Oitava Câmara Cível, entendeu por coerente afastar a aplicação do novo dispositivo legal ao caso concreto, sob o argumento de que *o termo inicial para a contagem do prazo de dois anos de posse direta e ininterrupta é a entrada em vigor da referida lei (junho de 2011)*¹². Esse entendimento restou pacificado, considerando a regra ditada pelo princípio da irretroatividade da lei no tempo, de acordo com o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹³,

¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70050616598**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 07/05/2015

¹³ "Para a propositura da ação de usucapião familiar contra o ex-cônjuge ou excompanheiro que abandonou o lar, verifica-se que o lapso temporal de dois anos, só começou a contar, para os interessados, a partir da vigência da Lei 12.424, de 16 de junho de 2011. Isso ocorre pelo Princípio da Irretroatividade da Lei, previsto no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)." In: CASTRO, Holívia Uxislaine Pereira e; MORAES, Taísa Barreto de. **CONTROVÉRSIAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA LEI DE USUCAPIÃO FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR**. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/view/336/320>>. Acesso em: 13/05/2015.

bem como a fim de não comprometer a segurança jurídica¹⁴.

Também sobre o caso, colaciona-se Enunciado nº 498, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça¹⁵:

Enunciado nº 498 – A fluência do prazo de 2 (dois) anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.

Ainda, a jurisprudência desempenhou o papel de apontar outra problemática, a qual indagava se o prazo de dois anos contava da data da **separação/divórcio do casal ou separação de fato**. Para tanto, pacificou-se na jurisprudência que a contagem do prazo dar-se-ia imediatamente ao início da separação de fato do casal^{16 17}.

Não é outro o entendimento do Desembargador Francisco

¹⁴ “Desta forma entendem os doutrinadores que não há aplicação retroativa da usucapião familiar à casos pretéritos, pois comprometeria a estabilidade das relações jurídicas e, conseqüentemente, ofenderia o princípio da segurança jurídica, na medida em que surpreenderia os cônjuges e companheiros que estivessem fora da residência por mais de dois anos, porém cientes de que seus interesses patrimoniais estariam sendo preservados.” *In*: CASTRO, Holiivia Uxislaine Pereira e; MORAES, Taisa Barreto de. **CONTROVÉRSIAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA LEI DE USUCAPÃO FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR**. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/view/336/320>>. Acesso em: 13/05/2015.

¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**. Enunciados Aprovados em 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 07/05/2015

¹⁶ “(...) A terceira reflexão diz respeito ao termo ex-cônjuge ou ex-companheiro. A partícula “ex” significa que a união estável ou o casamento acabaram de fato ou de direito. A extinção de direito significa que houve sentença ou escritura pública reconhecendo o fim da união estável (ação declaratória de extinção da união estável), ou sentença ou escritura pública de divórcio ou separação de direito, bem como liminar em medida cautelar de separação de corpos. A extinção de fato significa fim da comunhão de vidas entre cônjuges e companheiros que não se valeram de meios judiciais ou extrajudiciais para reconhecer que a conjugalidade. É a simples saída do lar conjugal.

A separação de fato, portanto, permite o início da contagem do prazo da usucapião familiar, desde que caracterizado o abandono. A separação de fato tem sido admitida como motivo para que se reconheça o fim da sociedade conjugal e do regime de bens.” *In*: SIMÃO, José Fernando. **Usucapião Familiar: problema ou solução?**. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>. Acesso em: 07/05/2015

¹⁷ “(...) Esta modalidade de usucapião entrou em vigor com o intuito de fazer com que o cônjuge tenha o direito integralizado no imóvel conquistado pelo casal. Caso um dos cônjuges evada da residência sem qualquer motivo pelo período de dois anos, faz com que o outro cônjuge tenha o direito integral sobre o imóvel. Relevante mencionar que a separação de fato caracteriza o abandono do lar e o início da contagem do prazo legal de dois anos(...).” *In*: SANTOLINI, Ricardo Benevenuti. **Usucapião Familiar: Comentários a Lei 12424/11 e a alteração no Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_usucapiao-familiar-comentarios-a-lei-1242411-e-a-alteracao-no-codigo-civil-brasileiro,41836.html>. Acesso em: 07/05/2015.

Eduardo Loureiro, *in verbis*¹⁸:

A primeira dúvida diz respeito ao alcance do termo ex-cônjuge. O termo inicial do prazo da usucapião é a separação de fato do casal ou o divórcio? Embora o art. 197 do CC diga não ocorrer prescrição (nem extintiva nem aquisitiva, segundo o art. 1.244 do CC) entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal, a regra deve ser interpretada com temperamento. A razão de ser da causa suspensiva é a preservação da harmonia familiar, abalada na hipótese do exercício de pretensões durante o casamento. O valor que a norma protege, porém, não mais persiste após a separação de fato do casal. A jurisprudência confere, de modo cada vez mais decidido, maiores efeitos à separação de fato, inclusive de natureza patrimonial, como a não comunicação dos bens posteriores ao fim da convivência. Se o separado de fato pode até mesmo constituir nova união estável, não se vê razão para a persistência da causa suspensiva da prescrição em face do cônjuge com quem não mais convive. O casamento se mantém como mera estrutura formal, despida de conteúdo. Por isso, a proposta é a de que o prazo bienal da usucapião familiar tenha termo inicial na data da separação de fato, e não data do divórcio do casal. (grifei)¹⁹

Para o cumprimento do requisito **tempo**, basta que o ex-cônjuge/ex-companheiro permaneça no imóvel pelo período mínimo de dois anos, contados, num primeiro momento, da entrada em vigor da Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011²⁰, conjugado com a data da separação de fato do casal²¹.

Importante destacar que o prazo de dois anos para atingimento da prescrição aquisitiva diverge completamente dos prazos previstos

¹⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Manole, 2013. pág. 1222.

¹⁹ Vide Apelação Cível nº 0023846-23.2012.8.260100, proferida pelo Relator José Carlos Ferreira Alves, da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

²⁰ "(...) Pelo L 12.424/2011 12, a lei entrou em vigor em 20.06.11, e só a partir dessa data pode começar a contar o prazo de dois anos, sob pena de violação ao direito adquirido e retroatividade contra o direito de propriedade(...)". *In*: PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pág. 335-336.

²¹ "Enunciado nº 501 – As expressões "ex-cônjuge" e "ex-companheiro", contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio." *In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacao_institucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>. Acesso em: 07/05/2015

nas demais modalidades de usucapião²². Porém, o prazo constante na norma ditada no art. 1.240-A do Código Civil justifica-se pela sua utilidade social.

Outra problemática trazida pelo diploma legal diz respeito à **vara competente** para o processamento e o julgamento dessas demandas. A norma, quando proferida, não explicitou qual deveria ser a vara competente, deixando tal questão a cargo da doutrina e da jurisprudência.

O artigo jurídico publicado por Maria Aglaé Tedesco Vilardo defende que a vara competente para processar e julgar a usucapião familiar é a vara de família. Sustenta tal posicionamento com base nos argumentos de formação da norma, que se alicerça nas estruturas familiares, sendo que seu caráter patrimonial decorre dos direitos e deveres dos cônjuges, tratando-se, assim, de pedido a ser acumulado²³.

Segue e declina como exemplo, ao contrário do Tribunal Gaúcho que nada definiu a respeito até o momento, o estipulado no Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o qual fixou a competência das varas de família para o processamento e julgamento das demandas referentes à usucapião familiar, *in verbis*:

Discute-se a competência para processamento e julgamento destes feitos, se de Vara Cível ou de Vara de Família. O instituto tem fundamentação nas relações familiares. A competência de Vara de Família é prevista no estado do Rio de Janeiro como sendo aquele que processa e julga, entre outros, os feitos relativos às ações fundadas em direitos e deveres dos cônjuges, um para com o outro (art. 85, I, a, do CODJERJ) e acumulação com pedido de caráter patrimonial não altera a competência estabelecida neste artigo (§ 1º). Também correm em Vara de Família as ações decorrentes de união estável e sociedade de fato entre homem e mulher, como entidade familiar (art. 85, I,

²² “Contudo, a principal inovação é a que diz respeito à redução do prazo a módicos dois anos, o que representa a menor fração temporal prevista em nosso sistema para a consolidação da propriedade imóvel.” *In*: CASTRO, Holívia Uxislaine Pereira e; MORAES, Taísa Barreto de. **CONTROVÉRSIAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA LEI DE USUCAPIÃO FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR**. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/view/336/320>>. Acesso em: 13/05/2015.

²³ *In*: VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **USUCAPIÃO ESPECIAL E ABANDONO DE LAR: USUCAPIÃO ENTRE EX-CASAL**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164317.pdf>. Acesso em: 13/05/2015

Por outro lado, em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a desembargadora relatora, Dra. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, entende ser da vara cível a competência para o julgamento dessas demandas – usucapião familiar por abandono de lar²⁵. Para tanto, lança os seguintes argumentos:

- a matéria remete as partes à condição de ex-cônjuges ou ex-companheiros;
- trata-se de instituto que visa à constituição de domínio de imóvel, constituindo-se, assim, de ação real;
- a ação envolve terceiros;
- a declaração que eventualmente sobrevirá com a sentença terá efeito erga omnes;
- a existência de instituição familiar é apenas um dos requisitos cumulativos previstos em lei;
- a questão que envolve a demanda não refere ao estado das pessoas, mas sim, à aquisição de propriedade imobiliária, com efeitos registrários, de modo que, em nosso ver, não há como afastar a competência dos Juízos das Varas Cíveis e, onde existentes, das Varas de Registros Públicos, não se constituindo matéria típica de Família e Sucessões.

No mesmo sentido, segue o Enunciado nº 27, aprovado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia²⁶, *in verbis*:

Enunciado nº 27 - É absolutamente incompetente o Juízo de Família para processar e julgar pedido declaratório de reconhecimento de propriedade decorrente da usucapião especial familiar, instituído pela Lei nº 12.424 de 16 de junho de 2011, que acresceu ao Código Civil o art. 1.240-A.

²⁴ *In*: VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **USUCAPIÃO ESPECIAL E ABANDONO DE LAR: USUCAPIÃO ENTRE EX-CASAL**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164317.pdf>. Acesso em: 13/05/2015

²⁵ CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conflito de Competência nº 0180277-60.2013.8.26.0000. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 13/05/2015

²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Enunciados**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/images/pdf/enunciados_ordem_numerica.pdf>. Acesso em: 13/05/2015

Assim também segue o entendimento do desembargador Francisco Eduardo Loureiro:

A competência para processar a ação é das varas cíveis, e não das varas de família. Nas comarcas em que existirem varas especializadas de registros públicos, como é o caso da Capital de São Paulo, a competência é delas privativa, em razão da matéria e das leis locais de organização judiciária. Lembre-se que inúmeras outras ações que envolvem patrimônio do ex-casal, por exemplo, extinção do condomínio mediante divisão ou alienação de coisa comum, sempre se processaram em varas cíveis, embora a sua origem mediata remonte a um casamento ou a uma união estável.²⁷

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Oitava Câmara Cível, proferiu decisão recente sobre o caso, ao julgar conflito negativo de competência, oportunidade em que o desembargador relator decidiu ser a vara de família a competente para julgar demandas atinentes a “usucapião com base em alegação de abandono de lar”:

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL. COMPETÊNCIA. A ação de usucapião com base em alegação de abandono do lar conjugal envolve ex-cônjuges. Nela debate-se abandono conjugal e existência de bem comum. Em face dessas circunstâncias, entende-se que a competência para processar e julgar tal demanda é do juízo especializado de família. Essa conclusão vale especialmente para o caso concreto, já que a ação de usucapião é conexa (por identidade de objetos) à outra ação declaratória de qualidade sucessória e de exclusão de bens da herança que tramita perante o juízo de família. JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO.²⁸

Como se observa, quanto ao juízo competente para processar a matéria usucapião familiar, existem dois entendimentos sobre esse assunto, não havendo, ainda, pacificação sobre o tema. Há, como já dito, o entendimento de que o juízo competente para julgar a lide seria o juízo civil e, outro, no sentido de que essa competência seria do juízo

²⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Manole, 2013. pág. 1222.

²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Conflito de Competência Nº 70063771927**. 8ª Câmara Cível. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em: 23/04/2015

de família. Infelizmente, ficar-se-á a mercê da distribuição da ação.

A lei sob análise exige que a **posse** a ser exercida pelo ex-cônjuge/ex-companheiro que permanece no imóvel deve ser **exclusiva**. Inicialmente, importante lembrar a diferença existente entre posse direta e indireta:

Direta é a posse em que o possuidor pode exercer seus poderes de forma imediata, sem interferência de terceiros. Há a tradição que se dá com a entrega da coisa, em função de uma relação contratual. O titular da posse, que a usufruiu, por uma convenção, ou mesmo em virtude de lei, transfere temporária ou provisoriamente o exercício de seus direitos sobre o bem. Mas mantém sob o seu comando um resíduo da posse, ou algum poder de disposição no bem, pelo menos no que respeita à vigilância, à conservação, ou o aproveitamento de certas vantagens. Este resíduo, ou a porção de poder que lhe é assegurada, denomina-se “posse indireta”.

Na posse direta, o possuidor tem o exercício de uma das faculdades do domínio, em virtude de uma obrigação ou do direito. Na indireta, o proprietário se demite, temporariamente, de um dos direitos elementares e constitutivos do domínio e transfere a outrem o seu exercício. Aquela passa a ser exercida por terceiro, que adquire, assim, um direito real sobre a coisa alheia, direito esse de uso ou de gozo. Sua posse é subordinada. É o titular do domínio que confere tais direitos torna-se possuidor indireto, mantendo sobre a coisa um resíduo de poderes, como o de defender o bem, o de vigilância e o de disposição, em algumas ocasiões.²⁹

Posse exclusiva significa a inexistência de condomínio³⁰ com o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, assim como implica que o ex-cônjuge ou ex-companheiro que no imóvel permaneceu exerça posse contínua, pacífica, com *animus domini*

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. pág. 48.

³⁰ “Por um lado, a nova disposição pode ser vantajosa, posto que, ao menos à partida, parece contemplar adequadamente o cônjuge ou companheiro desamparado com a aquisição da fração da propriedade que integra o patrimônio daquele que abandonou o lar familiar. A medida teria o mérito de extinguir o regime de condomínio incidente sobre um imóvel que, até então, pertence conjuntamente a duas pessoas que já não mantêm a condição de casadas ou companheiras.” *In*: GODINHO, Adriano Martelo. **Primeiros apontamentos sobre a nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19573/primeiros-apontamentos-sobre-a-nova-modalidade-de-usucapiao-prevista-pelo-art-1-240-a-do-codigo-civil>>. Acesso em 13/05/2015

e inequívoca³¹. Além disso, há quem sustente que a exclusividade constante no artigo 1.240-A do CC *determina que o cônjuge ou companheiro permaneça sem manter qualquer tipo de relacionamento efetivo dentro da residência do casal*³².

No entanto, essa não parece ser a melhor interpretação do dispositivo legal. Vejamos, novamente, o texto do artigo 1240-A do Código Civil:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, **com exclusividade**, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, **utilizando-o para sua moradia ou de sua família**, adquiri-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011) (grifei)

Se o artigo admite que o imóvel seja habitado pelo cônjuge abandonado e/ou por sua família, não é possível concluir que o Código vede que a posse sobre o imóvel seja exercida em composses, exigindo

³¹ “Como qualquer usucapião entre condôminos – ou comunheiros – a posse deve ser contínua, pacífica, com *animus domini* e inequívoca. A pacificidade da posse pode ser quebrada não somente com a citação em ação de extinção de condomínio ou de alienação judicial de coisa comum, como também ação indenizatória, para cobrar valor equivalente a aluguel do condômino que utiliza com exclusividade a coisa comum. Situações dúbias não geram usucapião. Cônjuges e companheiros que convencionam, ainda que verbalmente, entre si que um deles ocupará com exclusividade o imóvel comum, criam situação de comodato. O *animus domini* exige que o usucapiente não se curve nem reconheça direito alheio sobre a coisa possuída, que atue com soberania sobre a coisa. A inequívocidade da posse exige que o usucapiente explicitamente ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que não mais reconhece seus direitos sobre o imóvel comum, como que alertando-o de que sua inércia implicará, ao final de dois anos, a perda do domínio.” (grifos do autor) In: LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Manole, 2013. pág. 1224.

³² “Tendo em vista o conceito acima, a exclusividade que traz o artigo 1240-A, do Código Civil diz respeito que o cônjuge ou companheiro que estiver na residência do casal não poderá estar sob o relacionamento com nenhuma outra pessoa. Um exemplo seria no caso de A e B, casados, sendo que A mantém um relacionamento extraconjugal com C. B descobre este relacionamento e decide abandonar o lar e, um mês depois, A decide morar com C na residência do antigo casal. Passados três anos, A decide ingressar com ação de usucapião familiar em face de B alegando que o mesmo abandonou o lar. Neste exemplo consta realmente que B abandonou o lar pelo período de um mês, mas ela não conseguirá a usucapião do imóvel, uma vez que estava na posse do imóvel, mas não de forma exclusiva, mas sim de forma conjunta. (...) Isso não impede que o cônjuge que esteja residindo no imóvel do casal tenha um relacionamento sério com outra pessoa, mas o que a legislação veda é que o prazo da usucapião seja contabilizado com um dos cônjuges mantendo um relacionamento amoroso com terceiros.” In: SANTOLINI, Ricardo Benevenuti. Usucapião Familiar: Comentários a Lei 12424/11 e a alteração no Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.usucapiao-familiar-comentarios-a-lei-1242411-e-a-alteracao-no-codigo-civil-brasileiro.41836.html>>. Acesso em: 07/05/2015.

que resida no imóvel, exclusivamente, o cônjuge coproprietário do bem.

O termo “com exclusividade” quer significar, ao que nos parece, que o cônjuge abandonado deve exercer posse exclusiva sobre o bem, alijando o coproprietário e afastando qualquer ingerência que ele tenha sobre a coisa. A exclusividade, no caso, deve ter como referência o coproprietário que abandona o bem, e não qualquer pessoa. Exclusiva não é sinônimo de isolada.

A mesma interpretação é feita pela jurisprudência que permite ao condômino usucapir bem de que tem a propriedade conjunta.

Ao tratar das hipóteses em que o condômino pode usucapir o imóvel comum, os julgados exigem que o coproprietário exerça posse exclusiva, entendendo por exclusiva a posse que afasta a possibilidade de os demais condôminos exercerem sobre o bem um ou mais direitos inerentes à propriedade.

Nesse sentido, citam-se como exemplos o AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 731.971 – MS, o AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 22.114 – GO, o Resp 10978 e o REsp 668.131-PR, nos quais se entendeu por exclusiva a posse exercida em nome próprio, com ânimo de dono e com exclusão dos demais condôminos. Não há, nesses acórdãos, qualquer exigência de posse isolada.

Uma vez que o artigo 1.240-A do Código Civil nada mais é do que a regulamentação da usucapião de bem comum, deve ser conferido ao dispositivo a mesma interpretação dada pela jurisprudência ao usucapião do herdeiro e do condômino, pois se trata da mesma hipótese. Onde existem os mesmos motivos, a interpretação não pode ser diferenciada.

Cumprido ponderar, ainda, que interpretar exclusividade como sinônimo de posse isolada representa impor uma restrição indevida à liberdade do cidadão, que estaria, por força da lei, impedido de contrair novo relacionamento afetivo. Entendendo-se que o Código Civil teve essa intenção, ter-se-ia uma ingerência indevida do Estado na vida privada do indivíduo e

verificar-se-ia, no dispositivo, uma inconstitucionalidade, pelo desrespeito à autonomia privada do cidadão na constituição e regulamentação de sua família, direito garantido nos artigos 5º, caput e incisos II e X, e 226, §7º, CF, dentre outros³³.

Por fim, pode-se salientar que tal posicionamento não encontra respaldo numa interpretação sistemática do Código Civil, visto que o estabelecimento de uma nova relação amorosa pelo cônjuge abandonado não afetaria a titularidade do imóvel, visto que o cônjuge abandonado, até a ultimação da partilha dos bens do anterior casamento, só poderia casar novamente pelo regime da separação absoluta de bens, a menos que provasse a inexistência de prejuízo ao ex-cônjuge³⁴. Se, em vez disso, contraísse união estável, os bens, de qualquer forma, não se comunicariam com o novo consorte, visto que à união estável são aplicáveis, em regra, as disposições do regime da comunhão parcial de bens.

Dessa forma, não havendo efeito patrimonial relevante no estabelecimento de novo relacionamento amoroso pelo cônjuge abandonado, a vedação legal representaria mesmo, tão somente, ingerência indevida do Estado na vida privada do cidadão, o que – como dito – seria inconstitucional e contrário ao próprio Código, que dispõe, em seu artigo 1513, que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”.

Portanto, por qualquer ângulo em que se analise a questão, observa-se que não encontra amparo a orientação que condiciona o direito

³³ O Direito de Família tem passado por inúmeras modificações que visam a respeitar a liberdade individual no âmbito familiar, podendo-se citar como expoentes dessa tendência a Emenda Constitucional nº 66/10 – que suprimiu o prazo para divórcio e, para a maioria da doutrina, extirpou a discussão da culpa nas relações de família – e a ADI nº 4277, na qual se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar.

³⁴ Trata-se de regra prevista nos artigos 1523, III e 1.641, ambos do Código Civil, in verbis:

Art. 1.523. Não devem casar:

(...) III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;(…)

de usucapir ao não estabelecimento de novo relacionamento conjugal pelo cônjuge abandonado.

Neste ponto, importante ressaltar que outra discussão aventada, quando da publicação da norma, foi sobre o alcance da lei, no que diz respeito à multiplicidade de relações afetivas existentes e reconhecidas no nosso país. Conforme anteriormente dito, uma vez proferida a norma, muitas críticas a ela foram direcionadas e as opiniões dadas foram divergentes de toda a ponta. Todavia, ampla pesquisa feita, observou-se que, neste aspecto, as opiniões não divergiram em nenhum momento. A doutrina e jurisprudência são unânimes em referir que o tipo de usucapião previsto no art. 1.240-A do Código Civil aplica-se a todos os tipos de relações: hetero e homoafetivas.^{35 36 37 38}

Dito entendimento foi confirmado por oportunidade da V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça, que aprovou o Enunciado nº 500, com a seguinte redação:

Enunciado nº 500 – A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.

Em sequência, há menção de que o imóvel objeto da norma restringe-se, tão somente, ao **urbano**. Para tanto, a norma é expressa e clara, não gerando qualquer dúvida de aplicabilidade. O que se questiona é o motivo que levou o legislador a não contemplar os imóveis rurais nessa

³⁵ “Incluem-se na proteção os casais homoafetivos, diante da tendência do direito em reconhecer como válidas e geradoras de direitos uniões de pessoas do mesmo sexo.” In: RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. pág. 316.

³⁶ “Ainda, o imóvel deve ser de propriedade do casal que surge como casamento ou com a união estável, seja ela hétero ou homossexual.” In: SIMÃO, José Fernando. **Usucapião Familiar: problema ou solução?**. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_sim_ao_cf0711.html>. Acesso em: 07/05/2015.

³⁷ “Obviamente, tendo em vista o julgamento da ADPF 132, em 05.05.2011, pelo STF, como ADIn, pode se dar em relações homossexuais como em heterossexuais, quer de casamento, quer de união estável.” In: PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pág. 335.

³⁸ “Estende-se a usucapião familiar aos ex-conviventes homoafetivos, diante do reconhecimento de tais uniões pelo STF como entidades familiares e do tratamento, quanto aos efeitos, similar ao das uniões heterossexuais (ADIn n. 4.277 e ADPF n. 132). (...) A usucapião familiar tem requisitos subjetivos. Somente pode ser requerida entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, inclusive, homoafetivos.” In: LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**, 7. ed. São Paulo: Editora Manole, 2013. pág. 1222.

modalidade de usucapião. Sustenta-se que tal omissão afronta o direito de igualdade, gerando, assim, um sentimento de discriminação entre casais da área urbana e rural. Por outro lado, há quem defenda ser possível a utilização de analogia, devendo ser estendida a regra dessa norma aos ex-casais que residem em imóvel localizado na área rural.

Este ponto do artigo de lei recebeu forte crítica da doutrina, senão vejamos:

No tocante à aplicação exclusiva ao imóvel urbano há notória discriminação com aqueles que vivem em área rural. Em um país com a dimensão do nosso as questões familiares nas áreas rurais são muitas. Não faz sentido aplicar-se instituto dessa natureza apenas na cidade e vedar sua aplicação em área rural. Deve ser estendido às áreas rurais, onde muitas situações de abandono geram sérios problemas para administração do bem comum e o cultivo de terra em agricultura familiar, podendo ser aproveitado o disposto no art. 1.239 com o prazo reduzido da usucapião entre ex-casal. A discriminação legal não se sustenta diante da Constituição e da necessidade de se conceder a mesma proteção a qualquer casal, seja na cidade ou no campo.(...) Os ex-casais que vivam em área rural poderão utilizar do instituto para evitar discriminação infundada.³⁹

Insta salientar que o texto legal do art. 1240-A do CC exige, em interpretação literal, que os ex-cônjuges ou ex-companheiros dividam a **propriedade** do imóvel a ser usucapido. Uma vez que a propriedade de um bem imóvel se transmite pelo registro, em tese, somente quem tem o registro possui o domínio exigido pela lei. O que é certo é que a interpretação literal afasta o entendimento de que a divisão da **posse** pode levar ao pleito de usucapião familiar.

Embora alguns doutrinadores⁴⁰ refiram, dentre os requisitos do mencionado usucapião, “a propriedade ou a posse” em nome dos cônjuges ou companheiros, a interpretação não literal pela “posse” induz à modificação de muitas reflexões até aqui pacificadas, inclusive na V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos.

³⁹ In: VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **USUCAPIÃO ESPECIAL E ABANDONO DE LAR: USUCAPIÃO ENTRE EX-CASAL**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164317.pdf>. Acesso em: 13/05/2015

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. pág. 316.

Prefacialmente, teríamos um prazo dúplice a ser implementado no processo: 2 (dois) anos entre os cônjuges e 5 (cinco), 10 (dez) ou 15 (quinze) anos em relação aos terceiros (proprietário registral e confinantes), dependendo do tipo de usucapião a ser buscado. Isso porque os cônjuges ou companheiros podem implementar o prazo do usucapião familiar, mas não o prazo prescricional aquisitivo em relação aos terceiros, capaz de transformar mera posse em domínio.

Em um segundo momento, a ação de usucapião, obrigatoriamente, teria de ser ajuizada em Vara Cível, uma vez que deverá ser observado o procedimento previsto no art. 941 e seguintes do CPC, com a citação obrigatória do proprietário registral, dos confinantes e de eventuais interessados, além da intimação das Fazendas Públicas. Todos esses partícipes do processo seriam estranhos à questão familiar, não estando, salvo melhor juízo, afetos à Vara de Família.

Por fim, o usucapião familiar de um imóvel sob mera posse dos cônjuges ou companheiros (não proprietários) não poderia ser alegado em defesa, uma vez que os terceiros à relação familiar (proprietário registral, confinantes, eventuais interessados e as Fazendas Públicas) devem ser citados e intimados para a regularidade processual. O imóvel não será usucapido. Entretanto, nas ações de separação/divórcio/dissolução de união estável, aconselha-se a alegação em defesa, não para que seja declarado o domínio do imóvel pela usucapião, mas para deixá-lo reservado para o ex-cônjuge ou ex-companheiro, afastando-o da partilha. Objetivar-se-ia a declaração do abandono do lar na Vara de Família para, após, ser ajuizada ação na Vara Cível.

Outro requisito do artigo 1.240-A do CC posto em discussão diz respeito ao **abandono do lar**. Esse requisito fez reviver o indicativo de “culpa”, por parte do cônjuge que deixa o lar do casal, pelo término da relação. Sabe-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual refere que *o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*, veio

para por fim à questão da culpa dos litígios familiares⁴¹. Desta forma, a doutrina, apesar de inicialmente criticar, sustenta que o abandono de lar evocado no referido artigo não faz reviver a culpa pela dissolução do vínculo conjugal⁴². Se isso ocorresse, estar-se-ia a violar o princípio da vedação ao retrocesso⁴³.

Ricardo Henriques Pereira Amorim, em artigo publicado, sustenta que inexistente o papel culpa na norma acima citada, que a usucapião familiar foi incluída na lei civil brasileira, a fim de cumprir a função social da propriedade:

Adotar tese diversa, embora o resultado mais 'justo', necessariamente fará ressurgir a questão culpa no direito de família e a imputação moral pela separação, inclusive com efeito patrimonial. Como a tradição já fez provar, a culpa alonga os litígios e os torna mais complexos, roubando-se a paz dos litigantes ao invés de restabelecê-la.

Não obstante, a forma como a lei trouxe o termo "abandonou o lar" é perigosa e traz a possibilidade de formar opinião que a culpa no divórcio e dissolução de

⁴¹ "Discute-se até mesmo a inconstitucionalidade da usucapião familiar, por suposta violação ao art. 226, § 6º, da CF, em especial após o advento da EC n. 66/2010. Apesar do descompasso usucapião familiar com os novos rumos do direito de família, não há como afirmar a sua inconstitucionalidade, por múltiplas razões. A primeira delas é que ainda persiste na doutrina acesa divergência sobre o desaparecimento da separação judicial do ordenamento jurídico. Há quem afirme a persistência de tal figura, mesmo após o advento da EC n. 66/2010, com fundamento na autonomia privada dos cônjuges, que por razões íntimas ou religiosas, ou mesmo antevendo futura reconciliação, podem optar pela separação, em vez de pedirem diretamente o divórcio, como agora permite o art. 226, § 6º, da CF. embora pessoalmente não comungue de tal ponto de vista, para aqueles que o defendem, em tese, ainda se encontra aberta a porta da separação judicial, inclusive a litigiosa e, por tabela, questões e efeitos da culpa de um dos cônjuges.(...)". In: LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Manole, 2013. pág. 1223.

⁴² "Ocorre que o abandono de lar tradicionalmente é indicativo de culpa pela dissolução do vínculo conjugal (art. 1.573, IV, CC). Após décadas de críticas duríssimas da doutrina e da sociedade organizada brasileira (principalmente do IBDFAM) entrou em vigor a EC 66/10 com a explícita finalidade de encerrar a questão da culpa dos litígios familiares." In: AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. **Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbano Familiar e suas Implicações no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405>. Acesso em: 15/05/2015

⁴³ "Feita a devida diferenciação quanto ao abandono, ressalta-se que o abandono do lar como pressuposto essencial para incidência da norma vem sendo criticado por parte dos doutrinadores e aplicadores do direito, em razão de muitos deles entenderem que, ao ser examinada a questão do abandono do lar, os casais discutirão acerca da culpa, já abolida pelo Direito de Família, buscando imputar um ao outro, o motivo da ocorrência do abandono, e afrontando, assim, o princípio da vedação ao retrocesso, já que com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, não se pode perquirir culpados ao final da relação afetiva." In: CASTRO, Hólvia Uxislaine Pereira e; MORAES, Taisa Barreto de. **CONTROVERSIAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA LEI DE USUCAPIÃO FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR**. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/view/336/320>>. Acesso em 13/05/2015.

união estável ressuscitou. A partir daí, uma luta jurídica de décadas que parecia ganha pela EC 66/10 pode ressurgir.

Dessa forma, é forçoso concluir que o abandono de lar para fins de usucapião é desligado da culpa pelo rompimento da vida a dois. “[...] abandonou o lar [...]” é o mesmo que abandonou ao condômino a utilização do bem segundo seu fim social: moradia; ou, mais simples, deixou de ali morar. A questão é toda ela ligada à função social da posse.⁴⁴

Superada esta dúvida, passamos a enfrentar o significado da passagem “**abandonou o lar**”. Se abandonar o lar não implica a configuração de culpa, instituto que não mais gera efeitos na esfera patrimonial do direito de família, tal requisito, para ocorrer, reflete em quais atitudes do ex-cônjuge ou ex-companheiro que deixa o lar conjugal?

Para responder a esse questionamento, a V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça aprovou o seguinte enunciado:

Enunciado nº 499 – A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.⁴⁵

⁴⁴ In: AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. **Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbano Familiar e suas Implicações no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405>. Acesso em: 13/05/2015

⁴⁵ In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**. Enunciados Aprovados em 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 13/05/2015

Ou seja, para a implementação do abandono do lar deve haver o somatório entre não prestação de assistência financeira/material à família (prole) e a falta de manutenção do imóvel por parte daquele que deixa o lar⁴⁶.

Há quem entenda e defenda que o abandono do lar possui ligação, tão somente, com a falta de exercício dos atos inerentes à posse, ressaltando que a retirada do lar conjugal deve ser voluntária. Assim, como forma exemplificativa, há entendimento no sentido de não configurar abandono do lar conjugal o afastamento determinado por medida protetiva, prevista na Lei nº 11.340/06 – Maria da Penha⁴⁷, ou acordar judicialmente que a partilha de bens dar-se-á em momento

⁴⁶ “Ementa: APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. USUCAPÃO ESPECIAL POR ABANDONO FAMILIAR. RECONHECIMENTO. Ainda que a apelante não tenha tido vista de documentos juntados pelo apelado, não se verifica nisto cerceamento de defesa se os documentos em questão não são acolhidos pela sentença para decidir contra a apelante. Na hipótese, da falta de intimação sobre a juntada dos documentos não resultou nenhum prejuízo para a apelante. E sem prejuízo não há nulidade. Não há falar que a sentença padeça de ausência de prestação jurisdicional por não ter tratado de questão suscitada pela apelante apenas depois da prolação da sentença. **Caso de réu/apelado que abandonou o lar e a família há mais de 20 anos atrás, deixando a ré/apelante residindo sozinha com os filhos comuns por todo esse tempo. Tratando-se de imóvel com área inferior ao limite legal, reconhece-se o direito à usucapião especial por abandono do lar. Inteligência do art. 1.240-A, do CCB.** REJEITADAS AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO.”(grifei). In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70058681693**. 8ª Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 10/04/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 13/05/2015

⁴⁷ “A quarta reflexão diz respeito ao verbo “abandonar”. Note-se que como toda a modalidade de usucapião, a usucapião familiar exige que o proprietário deixe de praticar atos que lhe são inerentes, sejam estes atos de uso, de gozo ou de reivindicação. Abandono deve ser compreendido como efetivo não exercício de atos possessórios. Se o cônjuge ou companheiro que não residir no imóvel tomar qualquer medida judicial ou extrajudicial visando à manutenção da propriedade não se configura o abandono. Exemplo clássico é o do cônjuge que propõe ação para arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo da coisa comum ou que propõe ação de partilha do bem comum. Evidentemente que se a mulher se valeu das medidas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) para sua proteção, quais sejam, afastamento do marido ou companheiro do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; não há que se falar em abandono por parte do marido ou companheiro e, portanto, não há possibilidade de usucapião familiar. Se usucapião houver, será por outra modalidade qualquer, mas não a do art. 1.240-A do Código Civil.” In: SIMÃO, José Fernando. **Usucapião Familiar: problema ou solução?**. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>. Acesso em: 07/05/2015.

futuro⁴⁸. E mais, Francisco Eduardo Loureiro afirma que o *abandono deve ser voluntário, imotivado e definitivo*, explicando que:

Isso significa que a desocupação forçada do imóvel comum, determinada por decisão, liminar ou definitiva, proferida em ação cautelar de separação de corpos, ou em tutela antecipada em ação de divórcio ou de extinção de união estável, não constitui causa para a usucapião familiar de curto prazo. Não há inércia daquele que vai perder o imóvel, pressuposto de qualquer modalidade de usucapião.

O abandono motivado do imóvel comum é incompatível com essa modalidade de usucapião. Tomem-se como exemplos a esposa ou companheira que se vê ameaçada ou agredida pelo consorte, ou mesmo do marido ou companheiro que resolve deixar o lar comum para evitar o agravamento da crise conjugal ou preservar as relações familiares e os filhos de desentendimentos constantes.

O abandono deve ser definitivo, com ânimo específico de não mais retornar ao lar comum. Não geram essa modalidade de usucapião as hipóteses frequentes de cônjuges ou companheiros que passam prolongados períodos no exterior, a trabalho ou estudo, com anuência do outro consorte e com ânimo de retornar posteriormente a vida em comum.⁴⁹

Embora o ilustre doutrinador Arnaldo Rizzardo indique como requisito da usucapião familiar a “inexistência de propriedade ou **posse** de outro imóvel urbano ou rural”, com a devida vênia, não é a interpretação que deve prevalecer.

Em primeiro lugar, porque, nos termos da lei, apenas a propriedade de outro imóvel urbano ou rural obsta a aquisição do domínio nessas circunstâncias, não se podendo, portanto, a partir de uma interpretação

⁴⁸ **“Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. USUCAPIÃO COMO MATÉRIA DE DEFESA. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. **De ser repelida a pretensão no sentido de declaração do domínio por meio da prescrição aquisitiva quando a postulante não exerce posse com ânimo de dono, uma vez que firmou acordo com o ex-cônjuge de que a partilha seria em data futura, o que torna a posse precária.** ACORDO ESTABELECEENDO O DEVER DO VARÃO NO PAGAMENTO DO IPTU E CONDOMÍNIO DE UM DOS IMÓVEIS. COMPENSAÇÃO EM FAVOR DA DEMANDADA QUE EFETUOU OS PAGAMENTOS. BENFEITORIAS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE AS BENFEITORIAS VALORIZARAM O IMÓVEL. 1ª apelação parcialmente provida. 2º apelo desprovido.”(grifei) In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70061678462**. 7ª Câmara Cível. Relator: Jorge Luis Dall’Agnol, Julgado em 29/10/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 13/05/2015

⁴⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Manole, 2013. pág. 1223.

ampliativa do dispositivo legal, restringir o direito.

Em segundo lugar, porque a interpretação vai de encontro ao objetivo da norma. Ora, a criação da usucapião familiar foi uma forma de estabilizar a relação patrimonial dos ex-cônjuges, prestigiando aquele que permanece no lar - arcando com todo o ônus que tal permanência possa acarretar -, em detrimento do outro que o abandona. Dessa forma, parece que o legislador pretendeu conferir uma garantia àquele que se mantém na posse do bem, não raro com a incumbência da criação dos filhos. Sendo assim, a propriedade de outro imóvel, de fato, tornaria desnecessária a garantia ao cônjuge possuidor do lar, já que poderia valer-se de outro local para abrigar a família na hipótese de divisão do patrimônio com o cônjuge omissor. Contudo, tal proteção não é conferida ao mero possuidor de outro imóvel, pela instabilidade que a situação pode representar, de modo que merece fazer jus à aquisição do domínio pelo instituto trazido no art. 1240-A do CC.

Quanto ao **procedimento** a ser adotado quando do ajuizamento da ação de usucapião familiar, pensa-se ser plausível a dispensa de alguns dos requisitos previstos no artigo 941 e seguintes do Código de Processo Civil⁵⁰. Os requisitos previstos no referido artigo, que se encontra no Capítulo VII (Da Ação de Usucapião de Terras Particulares), são basicamente: a obrigatoriedade de apresentação de planta do imóvel, citação daquele cujo nome estiver no registro do imóvel, citação dos confinantes, edital para os réus em lugar incerto e eventuais interessados, intimação das fazendas públicas (da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios) e intimação do Ministério Público para intervir na qualidade de fiscal da lei.

⁵⁰ “Art. 941. Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial.

Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232. ([Redação dada pela Lei nº 8.951, de 13.12.1994](#))

Art. 943. Serão intimados por via postal, para que manifestem interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. ([Redação dada pela Lei nº 8.951, de 13.12.1994](#))

Art. 944. Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público.

Art. 945. A sentença, que julgar procedente a ação, será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais.” *In*: BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 13/05/2015.

Tratando-se de propriedade, a intimação da Fazenda Pública poderia ser dispensada, considerando que há registro do imóvel, não se tratando, desta forma, de moradia irregular, em que se poderia estar habitando terreno e ou imóvel pertencente a algum ente público. Da mesma maneira, pensa-se na dispensa de citação dos confinantes e/ou de interessados, pois o bem objeto da lide possui proprietários: ex-marido/ex-companheiro e ex-esposa/ex-companheira.^{51 52}

Então, concluiu-se que, para este tipo de usucapião, o procedimento mais adequado, considerando a omissão da lei, seria o previsto no art. 271 do Código de Processo Civil, qual seja o procedimento comum⁵³.

Por fim, a maior parte da doutrina defende, pacificamente, a possibilidade de ser alegado o instituto da usucapião familiar em sede de ação de divórcio ou de dissolução de união estável⁵⁴, assim como nos autos da ação de partilha de bens⁵⁵, como **matéria de defesa**, seguindo o entendimento da Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal:

⁵¹ “Certamente não se deve exigir todo o cumprimento do rito previsto para usucapião no CPC (art. 941 e ss.) próprio de outras espécies de usucapião.(...). Não há relevância para o julgamento a juntada de planta do imóvel e a citação dos confinantes ou de eventuais interessados. Também não há necessidade de manifestação da Fazenda Pública da União, Estado e Municípios.” In: VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **USUCAPIÃO ESPECIAL E ABANDONO DE LAR: USUCAPIÃO ENTRE EX-CASAL**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164317.pdf>. Acesso em: 13/05/2015

⁵² “(...)Segue o rito comum ordinário e não o rito especial da usucapião, pois quem precisa ser citado é o ex-companheiro ou ex-cônjuge, e não precisa citar os confinantes, as fazendas públicas e nem publicar editais.” In: FRANCO, Kleiton Serrão. **Usucapião de ex-cônjuge ou ex-companheiro(a): aspectos materiais e processuais**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigosc>>. Acesso em: 19/05/2015.

⁵³ “Art. 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial.” In: BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 13/05/2015.

⁵⁴ “Nota-se que os requisitos acima, elencados no art. 1.240-A do Código Civil tem importantes reflexos nas lides familistas, pois, assim como nas outras modalidades de usucapião pode-se invocar a usucapião como **matéria de defesa**, esta modalidade, em divórcio ou ação de dissolução de união estável, em que, houver o pleito de partilha do bem comum, poderá o cônjuge ou companheiro que integrar os elementos previsto na referida norma, como matéria de defesa, arguir a oposição por usucapião, a fim de excluir o referido bem da partilha do casal, ante a nova forma de aquisição da propriedade prevista na lei civil.”(grifei). In: FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e Direito de Família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 13/05/2015.

⁵⁵ “O processamento deverá ser sob o rito ordinário e poderá ser alegado em defesa na ação de partilha de bens na Vara de Família.” In: VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **USUCAPIÃO ESPECIAL E ABANDONO DE LAR: USUCAPIÃO ENTRE EX-CASAL**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164317.pdf>. Acesso em: 13/05/2015.

Súmula nº 237 do Supremo Tribunal Federal - O usucapião pode ser arguido em defesa.

Neste sentido, segue precedente sobre o tema proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE DIVÓRCIO - ARGUIÇÃO DE USUCAPIÃO COMO TESE DEFENSIVA - ADMISSIBILIDADE - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA AÇÃO PRINCIPAL - SÚM. Nº 237 DO STF - DAR PROVIMENTO. 1. A Súmula nº 237 do STF dispõe sobre a possibilidade de a usucapião ser arguida como tese de defesa, sem restringir sua aplicação às ações possessórias. 2. Sendo possível a arguição de usucapião familiar como defesa em ação de divórcio, não há que se falar em incompetência do juízo de família para processar e decidir sobre o tema, sob pena de se tolher o direito de defesa da agravante. 3. Recurso a que se dá provimento para determinar que o juízo a quo conheça da matéria e sobre ela decida.⁵⁶

3 CONCLUSÃO

As singelas observações aqui feitas possuem o escopo de auxiliar os leitores a melhor compreender o novo instituto da usucapião familiar e aperfeiçoar a sua utilização prático-processual.

Ressalta-se que não se está impondo tomar partido por um entendimento ou outro, quando a questão não se encontra pacificada. Buscou-se apresentar os pontos de vistas que mais se destacaram e que mais foram expostos, a fim de levar ao conhecimento de todos a discussão que está sendo feita.

O artigo 1.240-A do Código Civil é claro quanto ao prazo da usucapião familiar: 02 (dois) anos, a partir da vigência da lei, sendo esta uma grande modificação no instituto, pois muito menor do que os prazos previstos nas demais modalidades de usucapião. Pacífico na doutrina e jurisprudência que o início da contagem do prazo dar-se-á com a

⁵⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento nº 1.0702.13.087767-4/001**, 6ª Câmara Cível, julgado em: 14/05/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 22/05/2015.

separação de fato.

Grande parte da doutrina, como visto, criticou o não direcionamento da usucapião familiar ao imóvel rural, afirmando que o dispositivo na forma redigida fere o princípio da igualdade. Essa questão, no entanto, poderá ser modificada com o tempo, ou por meio de alteração legislativa ou por extensão analógica, não sendo a maior problemática contida no dispositivo legal.

Por outro lado, a propriedade dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro, bem como o significado de abandono de lar são elementos presentes no artigo 1.240-A do Código Civil que acabaram por criar grande polêmica sobre o instituto.

As grandes exaltações sobre o artigo de lei ora em discussão, no que tange à exigência de se ter a propriedade do bem e à interpretação de abandono de lar – que trouxe à baila o instituto da culpa, para alguns, ainda deixa doutrina e jurisprudência não pacificadas.

Todavia, o presente estudo veio exatamente para apresentar esses contrapontos e deixá-los atualizados sobre os posicionamentos, podendo ser avaliada a melhor maneira de processualmente atuar.

Afora as divergências, acredita-se que o instituto da usucapião familiar é letra de lei muito valiosa e que, sim, apesar de beneficiar um dos cônjuges, onerando o outro, foi elaborado sob o prisma da atualidade do nosso país, devendo ser utilizado, inclusive, como forma de defesa.

4 REFERÊNCIAS

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. **Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbano Familiar e suas Implicações no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405>.

BRASIL. **CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>.

CASTRO, Holívia Uxislaine Pereira e; MORAES, Taísa Barreto de. **CONTROVÉRSIAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA LEI DE USUCAPIÃO FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR**. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/view/336/320>>.

FRANCO, Kleiton Serrão. **Usucapião de ex-cônjuge ou ex-companheiro(a)**: aspectos materiais e processuais. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigosc>>. Acesso em: 19/05/2015

FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e Direito de Família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>

GODINHO, Adriano Martelo. **Primeiros apontamentos sobre a nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19573/primeiros-apontamentos-sobre-a-nova-modalidade-de-usucapiao-prevista-pelo-art-1-240-a-do-codigo-civil>>

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Manole, 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21.ed. Cidade: Forense, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

SANTOLINI, Ricardo Benevenuti. **Usucapião Familiar**: Comentários a Lei 12424/11 e a alteração no Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_usucapiao-familiar-comentarios-a-lei-1242411-e-a-alteracao-no-codigo-civil-brasileiro,41836.html>.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião Familiar**: problema ou solução?. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**. Enunciados Aprovados em 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **USUCAPIÃO ESPECIAL E ABANDONO DE LAR**: USUCAPIÃO ENTRE EX-CASAL. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164317.pdf>

EM NOME DO PAI: DIREITO À INVESTIGAÇÃO GENÉTICA¹

Luan Christ Rodrigues²

Ricardo Aronne³

RESUMO: O presente trabalho tem como foco principal, parte da problematização atinente às técnicas de reprodução assistida heteróloga, a saber, o direito ao sigilo de identidade do doador de material genético *versus* o direito à investigação genética do concebido por tal método reprodutivo. Pretendemos, assim, analisar a evolução das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil, destacando seus requisitos, a partir da Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.013/13, ponderando com os princípios constitucionais, por meio da interpretação axiológica tópicos-sistemática, com suporte na análise da legislação existente no Brasil sobre o tema, bem como no Direito Comparado, além da análise doutrinária. Outrossim, trabalharemos a colisão dos direitos fundamentais em epígrafe, bem como evidenciaremos a posição defendida frente à temática analisada, especialmente, a partir de uma análise interdisciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Assistida. Anonimato. Identidade Genética. Interdisciplinaridade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A prática de reprodução humana assistida no Brasil. 3 Conflito de problematização: sigilo *versus* ascendência genética.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado, com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores: Ricardo Aronne (orientador), Augusto Jobim do Amaral e Clarice Beatriz da Costa Söhngen, em 03 de julho de 2015.

² Bacharelando do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da PUCRS. Pesquisador voluntário do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional (PUCRS/CNPq).

³ Pós-Doutor em Direito Privado pela UFPR, Doutor em Direito Civil e Sociedade pela UFPR, Mestre em Direito do Estado pela PUCRS, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUCRS, Professor e Orientador nos Programas de Graduação e Pós-Graduação desta mesma Instituição, Líder do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional (PUCRS/CNPq), Professor da AJURIS, Advogado no RS.

4 Interdependência entre análise genômica e identidade genética. 5 Conclusão. 6 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Na tecno-ciência médica, os fins almejados (avanço tecnológico - *techné*) destoam do real enfoque que o alicerça, a saber, o resguardo da ética científica a partir de um imperativo de prudência (*phrónesis*) e, em especial, aos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana.

Áreas do saber como o Direito de Família, Bioética, bem como o Biodireito, estão evoluindo continuamente. Em virtude disso, princípios como a precaução, beneficência e não maleficência servem como suporte ao controle da liberdade científica relativa, impossibilitando, v.g., casos de eugenismo, que emana da intensificação antropogenética da tecnologia, adstrita a evolução humana por mecanismo artificiais, como a manipulação genômica para fins não terapêuticos.

O presente trabalho reúne aspectos referentes à possibilidade do indivíduo pleitear sua ascendência genética, arrazoada por situações específicas de incidência de doenças hereditárias com espeque no direito à vida e saúde, bem como do direito de conhecer o doador para evitar relações proibidas pelo ordenamento jurídico.

Em contrapartida, este trabalho pugna desmembrar o direito ao sigilo de identidade do doador de gameta, permitindo mensurar sua carga axiológica, isto é, os valores que o alicerça, tomando como ponto de partida o direito à vida privada e à intimidade.

O embate entre ambos os direitos fundamentais permitirá, a partir da interpretação axiológica tópico-sistemática, trabalhar não só com a ciência do Direito, mas também, abranger outras áreas do conhecimento, como a Medicina, Biologia e Filosofia, sob o pilar interdisciplinar.

2 A PRÁTICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

A impossibilidade de procriar, seja pela esterilidade, infertilidade ou pelo risco de propagação de patologias hereditárias, entre outros aspectos, tem impelido casais a procurarem a medicina para conseguir gerar um rebento.⁴ A crescente utilização da reprodução humana assistida nesses casos tem sido fator de grande importância na inserção social do concebido.

O papel do Direito neste caso é o de garantir o desenvolvimento saudável do indivíduo, consentâneo com todo o pensamento de DWORKIN,⁵ filósofo e constitucionalista norte-americano. Tutela que vai se expandindo na proporção em que o ser humano constitui encargos oriundos da sobrevivência de sua própria natureza.⁶

Na mesma medida, o planejamento do grupo familiar, além da preservação do filho, depende da condição material e sócio-afetiva dos pais, alicerçada no bojo axiológico do art. 205 da Constituição Federal.⁷ Logo, a vontade de ser pai ou mãe, deve ser entendida como um ato de amor, e não simplesmente como uma questão biológica.

Em vista disso, torna-se desarrazoada a interpretação de que somente deve ser utilizado o critério biológico para a filiação, tal interpretação está alicerçada especialmente na valorização do vínculo sócio-afetivo, tão logo, demonstrado o liame daquele que sustenta, cuida e protege seu filho. O que está em voga não é apenas o início biológico do ser humano, mas sim o amparo à procriação responsável, com espeque

⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reprodução Humana Assistida e Anonimato de doadores de Gametas: O Direito brasileiro frente às novas formas de paternidade. In: Tereza Rodrigues Vieira (Org.). **Ensaio de Bioética e Direito**. 2 ed. rev. ampl. atual. Brasília DF Consulex, 2012. p. 35.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: *Martins Fontes*, 2003. 347 p.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3510-DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 29 mai. 2008. p. 167. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: mai. 2015.

⁷ Assim dispõe o artigo 205 da Constituição Federal: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: mai. 2015.)

no direito à vida e saúde do filho. Isso porque a reprodução humana é uma das passagens mais importantes na vida das pessoas, porém muitas delas encontram dificuldades de realizar esse objetivo.⁸

Nessa premissa, o Conselho Federal de Medicina trata a esterilidade/infertilidade como uma disfunção ovulatória na mulher e disfunção ejaculatória no homem,⁹ por isso “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”,¹⁰ sendo vedada “a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana”.¹¹

Ademais, a técnica de reprodução humana em laboratório, aperfeiçoada pela incessante vontade do ser humano que detêm alguma disfunção genética ou possui doenças hereditárias que obstaculiza sua procriação, estimulou a engenharia genética e a embriologia a criar soluções, que, a partir do domínio da técnica, causou instabilidade na comunidade jurídica, em decorrência de grandes complicações de caráter ético-jurídico envolvendo o tema. DINIZ sugere “não apenas regular limitações clínicas legais, e sim, constituir um regramento que privilegie a responsabilidade civil pelas violações e excessos ocasionados pelo tratamento com o embrião”.¹²

Isso porque, o princípio da autonomia privilegia a tomada de decisão do médico no manuseio do embrião, podendo analisar e perfectibilizar o método a ser empregado no caso concreto. No entanto, muitas vezes, a autonomia transcende em uma tomada de decisão médico-paciente, responsabilizando aquele nos danos de eventual dicotomia de

⁸ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Porto Alegre: [s.n.], 2010. p. 17

⁹ CASABONA, Carlos María Romeo. O desenvolvimento do Direito diante das novas Biotecnologias. In: CASABONA, Carlos Alberto María Romeo. SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord). **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 160.

¹⁰ 1º Princípio do CFM. (RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013. Brasília, **Diário Oficial da União**, DF, 09 mai. 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em jan. 2015.)

¹¹ 5º Princípio do CFM. (RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013. Brasília, **Diário Oficial da União**, DF, 09 mai. 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em jan. 2015.)

¹² DINIZ, Maria Helena. **O Estado do Biodireito**. 2. Ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p.453.

entendimentos daí decorrente aliado aos consequentes desdobramentos.¹³

Por ora, a técnica heteróloga se utiliza da doação do material genético, de forma gratuita e anônima proveniente de um banco de sêmen, para a produção de embriões ou fertilização do gene *in vitro*. A gratuidade e o sigilo de identidade do doador decorrem da Resolução nº 2013/13, do conselho Federal de Medicina.¹⁴ No caso da produção de embriões *in vitro*, pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Tranfer*), retira-se o óvulo da mulher e fecunda-o na proveta, com o sêmen do doador, para então inserir o embrião no seu útero.¹⁵ Pela inseminação artificial, pelo método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), introduz-se o gameta do doador na mulher, “sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião”.¹⁶

Nestes casos, a gratuidade dos gametas, tem guardida no princípio da dignidade da pessoa humana, impedindo a “coisificação” do ser humano, isto é, o transformar em objeto, um produto que venha ser comercializado.¹⁷

Convergindo com o princípio da beneficência, na busca do aprimoramento das relações sociais, restringindo, com razoabilidade, a tomada de decisão dos médicos que causem riscos ao paciente, devendo aqueles evitar o exercício de condutas que busquem o aperfeiçoamento de novas técnicas, mas que, mesmo reflexamente, causem prejuízos à sociedade, sejam nocivos a vida ou integridade do ser.¹⁸

¹³ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 11 dez. 2008. Acesso em fev. 2015.

¹⁴ Assim dispõe a Resolução CFM nº 2.013/2013: “IV – Doação de gametas ou embriões. Item 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.(...) 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.” (RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013. Brasília, **Diário Oficial da União**, DF, 09 mai. 2013. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em jan. 2015.)

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado do Biodireito.** 2. Ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 475.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado do Biodireito.** 2. Ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 475.

¹⁷ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil.** Porto Alegre: [s.n.], 2010. p. 66.

¹⁸ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador.** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. 11 dez. 2008. Acesso em fev. 2015.

A resolução 2013/13 da CFM trata de outros elementos que podem ser objeto de doação, como órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem* para fins de transplante ou tratamento, excetuando, o esperma, o óvulo e sangue.¹⁹

Porém, diante dos dogmas culturais da sociedade contemporânea, não é possível a comercialização do corpo humano, ou partes dele. Por isso, o princípio geral da boa-fé é um dos elementos justificadores da gratuidade dos gametas, pois sua venda consistiria em outro empecilho para a utilização da técnica, visto que seu tratamento é custoso. Esse cenário se tornou questão positivada na Constituição federal,²⁰ senão vejamos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo **vedado todo tipo de comercialização**.²¹ (grifo nosso)

Não há, no entanto, sanções em decorrência da venda de gametas, que com a crescente evolução da reprodução assistida heteróloga e em virtude dos poucos doadores, nasce o que MARINHA chama de “mercado negro” de gametas humanos, possibilitando inclusive a estruturação familiar entre pessoas que tenham uma “roupagem” genética congênere, isto é, algum parentesco genético.²²

Além disso, a autora *supra*, enfatiza:

(...) a situação do doador, diante da falta de legislação, pode ser analisada sob dois ângulos. No caso de ser considerada a ligação biológica como elemento necessário e suficiente da filiação, conseqüentemente, o doador seria pai. Entretanto, se fosse assim considerado, teríamos,

¹⁹ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Porto Alegre: [s.n.], 2010. p. 65.

²⁰ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Porto Alegre: [s.n.], 2010. p. 65.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: mai. 2015.

²² MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Porto Alegre: [s.n.], 2010. p. 66.

como resultado, várias situações bastante absurdas. Dessa forma, alguém que é completamente estranho ao projeto de paternidade desejada poderia obter: o reconhecimento da paternidade; o poder paternal; a expectativa sucessória. Não se encontrando doador, numa situação regulamentada legalmente, a criança arrisca-se a ficar sem pai, isso porque, pode não ser reconhecida pelo marido da mãe e sendo doador anônimo, nunca terá pai, será um filho de “ninguém”. Mas mesmo não havendo qualquer obstáculo jurídico ao reconhecimento da paternidade, tem a ser considerado que, aqui, não há um análogo de relação sexual. O que ocorre é a mera entrega de um elemento que foi separado do próprio corpo e que valorativamente, não é abrangida pelo critério legal de atribuição da paternidade.²³

Por isso, ao deparar-se com as grandes incertezas na área de reprodução assistida, mais do que nunca, o exegeta deve ter ciência de que não poderá se omitir de tantos problemas, “o jurista não poderá quedar-se inerte ante essa realidade”.²⁴

Por outro lado, segundo o Conselho Federal de Medicina, somente poderá ser facultado aos médicos o acesso à informação genética do doador, não podendo ser repassada a terceiros em decorrência do sigilo profissional. A criança teria direito à ascendência genética, ao mesmo tempo, violando o direito ao sigilo de identidade do doador? Quais as complicações no desenvolvimento psicológico da criança devido à inviolabilidade? Poderia a criança requerer o direito à filiação do ascendente genético, direito à pensão alimentícia e nome de família? Enfim, poderia prevalecer o anonimato em detrimento do direito à personalidade, à vida e saúde da criança em investigar suas origens genéticas para fins específicos?²⁵

Quanto ao conhecimento da origem genética e direito à filiação, LOBO diferencia-os da seguinte forma:

(...) o direito ao conhecimento da origem genética não

²³ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Porto Alegre: [s.n.], 2010. p. 66- 67.

²⁴ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Porto Alegre: [s.n.], 2010. p. 66-67.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado do Biodireito**. 2. Ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 461.

significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para se reconhecer judicialmente a paternidade ou a maternidade, ou para contestá-las, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo.²⁶

Por outro lado, o sigilo de informações genéticas enseja um olhar diferenciado do direito, especialmente aos princípios que o norteiam. Na contemporaneidade, o direito à informação detém roupagem fundamental, mas como deve ser interpretado em colisão com o direito à privacidade do doador no monitoramento de dados genéticos? A publicização de informações que dizem respeito à vida privada, o foro íntimo do indivíduo, poderia, em dado momento, ser relativizada?²⁷

3 CONFLITO DE PROBLEMATIZAÇÃO: SIGILO *VERSUS* ASCENDÊNCIA GENÉTICA

O enfoque central deste capítulo objetiva atingir resultados práticos no direito material em prol da Sociedade, a partir da ascensão de um Estado Social e Democrático, pluralista e idealizador dos direitos e garantias fundamentais, em que pese às contínuas agressões violadoras da Carta Magna. Com a releitura do Homem em toda sua complexidade,²⁸ valendo-se do espeque principiológico da Dignidade da Pessoa Humana enquanto valia transmutacional compassada na conjuntura volátil da realidade social.²⁹

²⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de filiação e Direito à Origem Genética**. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: fev. 2014.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **O Estado do Biodireito**. 2. Ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 148.

²⁸ Complexidade que faz com que os operadores tenham de conhecer minúcias de aéreas inesperadas do conhecimento, em função do conteúdo dos processos [...] A palavra final, sobre a sanidade ou paternidade de alguém, pode não vir de um médico nem de um geneticista. Pode vir de um juiz. Pode contrariar integralmente a conclusão do laudo. Seu preço? Um bom fundamento. Razão. Racionalidade. Seu meio: Sistema e discurso. Remédios? Recursos. Trajetória? Caótica. Medo? Indeterminação. Instabilidade. Alguém gostaria que fosse diferente? A história responde. (ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 24)

²⁹ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 26.

Atualmente, a realidade social e a normatização constitucional, em que pese padeçam de harmonia cronológica, não estão completamente separadas. Há uma vinculação de controle e condicionantes recíprocos. Nessa premissa, tem de estar presente o espírito social, de que a carta magna deve ser interpretada de forma una, deve haver convicção de que a Constituição Federal é inviolável. Quanto aos princípios básicos, nessa engrenagem, densificam normogeneticamente as regras envolto à realidade social de seu tempo.³⁰ Isso implica na compreensão prévia da Constituição Federal atual,³¹ fruto de incessantes investidas sociais circunstanciadas em determinado regime político-jurídico. “Com a ascensão do Estado Democrático do Direito e com a redefinição dos Papéis da Constituição Federal, o sistema jurídico passa a ser compreendido em sua capacidade transformadora – e não eminentemente reguladora – da realidade social”.³²

Nessa senda, é consabido que o Direito brasileiro não possui legislação farta e ordenada no âmbito da reprodução humana, muito em função das tantas alterações sociais no decorrer da história, onde a ciência sempre está se reciclando, diferentemente do Direito, que não raras vezes se situa alienado da realidade social, caminhando detidamente em busca de fornecer maior eficácia à constituição,³³ sem falar do “mito da ruptura entre ciência e ideologia, quando na realidade, é inviável extirpar o campo ideológico da verdade”.³⁴

Na contemporaneidade verificam-se, diuturnamente, diversas críticas à atual sistemática jurídica. Não raras vezes, o exegeta “aplica e tematiza a Constituição também cada vez mais”. O cerne da questão, no

³⁰ ARONNE, Ricardo. Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal. In: **R454 Revista Fórum de Direito Civil: RFDC** – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012). Belo Horizonte, 2012. p. 193.

³¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre. Ed. Sérgio Fábris. 1991. p. 15.

³² SCHIOCCHET, Taysa. Marcos Normativos dos Direitos Sexuais: Uma Perspectiva Emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Biodireito e gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 86.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1208.

³⁴ SCHIOCCHET, Taysa. Marcos Normativos dos Direitos Sexuais: Uma Perspectiva Emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Biodireito e gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 86.

entanto, situa-se em dimensionar se esse fenômeno não é reflexo de um “paradigma metafísico”.³⁵ Com efeito, o que se constata são princípios constitucionais cada vez mais fechados,³⁶ como se representassem uma verdade absoluta. “Existe algo como um aparato conceitual no qual, por causa do aparente caráter óbvio, está em ação uma atividade antecipadora dificilmente explicável”.³⁷ Nesse sentido:

(...) o pôr à mostra desta atividade antecipadora é uma atividade reveladora (Stein, 1997, p. 60). Os conceitos herdados pela tradição devem ser sempre revistos, superando-se a ingênua crença da utilidade instrumental dos conceitos dominantes, os quais, ao contrário de desvelar, transformar e ser condição de possibilidade do novo, podem institucionalizar e manter as posições hegemônicas (Gadamer, 1997, p. 416 et seq.).³⁸

Nesta senda, o Direito civil repersonalizado³⁹ tem de combater a exclusão social em afronta ao sistema jurídico, na compreensão da (re) construção privatista, espessa a unidade do sistema “em sua interligação axiológica”.⁴⁰ De nada adianta o operador do Direito ter familiaridade com conceitos e regras. O intérprete responsável com suas atribuições está substancialmente impregnado de domínio principiológico, hierarquizando-os axiologicamente, a fim de prospectar formas específicas de “incidência e normatividade”,⁴¹ deste novo cenário do Direito Civil-Constitucional. À medida que, “o sistema, no âmbito normativo, é composto por princípios

³⁵ A expressão “paradigma”, neste trabalho, deve ser entendida como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, Thomas S. A. **Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 13).

³⁶ Lembrando que “princípios fechados e verdade absoluta” referem-se a conceitos advindos da modernidade. Superados na pós-modernidade.

³⁷ SCHIOCCHET, Taysa. Marcos Normativos dos Direitos Sexuais: Uma Perspectiva Emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Biodireito e gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 86.

³⁸ SCHIOCCHET, Taysa. Marcos Normativos dos Direitos Sexuais: Uma Perspectiva Emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Biodireito e gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 86.

³⁹ “Repersonalizar o Direito Civil é [...] colocar a pessoa humana no centro das preocupações no Direito. Trata-se de revisitar, de algum modo, a ideia de que o ser humano é dotado de dignidade, e que constitui fim em si próprio”. (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: fev. 2015).

⁴⁰ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51-55.

⁴¹ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51-55.

em inúmeros graus de densificação que são normas em face de sua vinculatividade aos sujeitos destinatários do ordenamento”.⁴²

Os princípios e regras compõem o sistema jurídico, em que pese não se ignore suas distinções e complexidades, são garantidos de unidade axiológica, “cuja compreensão somente se faz possível por meio da noção de normatividade regente, reafirmadora de respectiva correlação obrigatória das espécies normativas e seu inafastável substrato valorativo”.⁴³ Atinente às regras:

As normas são ricas em caos. Se visíveis nas regras, é o solo rico do convívio conflitual dos princípios, no paradigma eleito para operação, identificado metodologicamente a Canaris, que germina o plano de nossas investigações. Na busca da realização de uma sociedade positivamente desenhada por parâmetros axiológicos democráticos e plurais, constitucionalmente estruturados, assenta-se seu núcleo de legitimação. Na Leitura e no diálogo com a jurisprudência.⁴⁴

Em suma, os princípios constitucionais tem um papel de grande importância no ordenamento jurídico, se constituem como fios-condutores para a unidade do sistema jurídico, “e na atuação político-jurídico anteriores a própria ordem constitucional”.⁴⁵ É necessária “uma leitura mais sofisticada do texto constitucional, analisando as raízes da ordem jurídica”⁴⁶ para enfim, construir “uma concepção não exclusivamente dogmática do direito”.⁴⁷

A utilização dos princípios, oriundos da leitura axiológica e multifuncional, estreitados na realidade social, traduz uma nova leitura do direito Civil constitucional, que, por vezes, não recebe a devida importância

⁴² ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51-55.

⁴³ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

⁴⁴ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 30.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 88.

⁴⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.) **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro, 1999. p. 378.

⁴⁷ SCHIOCCHET, Taysa. Marcos Normativos dos Direitos Sexuais: Uma Perspectiva Emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Biodireito e gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 86.

nos manuais. Princípios contrários coexistirão no sistema, cuja atribuição concentra-se na regulação “não apenas no plano da validade como também no da valoração, estando sempre presentes, uma vez que informa positiva e negativamente os indivíduos”.⁴⁸ Nesse sentido:

O sistema jurídico deve ser compreendido dialogicamente pelo interprete, ciente de sua abertura e teleologismo axiológico. A malha jurídica se constitui não só de regras, como também de princípios e valores que hierarquizam axiologicamente na tópica incidência, com vistas à concretização de um Estado Social e Democrático de Direito.⁴⁹

O princípio sempre dará sentido ao sistema jurídico, nas suas facetas valorativas e no dever ser (ideal). Frise-se, nunca burocrático (diferente das normas), ou melhor, o princípio norteia o entendimento do certo a se fazer em dada realidade social. Onde, “pensar principiologicamente dentro do sistema jurídico é alinhar segurança à justiça social, passível de percepção intersubjetiva, na dialética normativo-axiológica do sistema”.⁵⁰

Ademais, a nova hermenêutica constitucional que interage a partir da unidade do sistema jurídico, sistema aberto sem qualquer possibilidade de distinções cartesianas das diversas áreas, necessita de transdisciplinariedade, precisa da contextualização epistemológica a partir da dialética, visando escoltar a evolução social.⁵¹

A ascensão dos princípios constitucionais reporta-se à utilização da “hermenêutica constitucional contemporânea que utiliza cada vez mais princípios em detrimento de normas e regras”.⁵² No entanto, deve-se dimensionar os princípios constitucionais em seu devido lugar, flexibilizando-os à Constituição Federal, no tráfego dos valores sociais em constante modificação.

⁴⁸ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 58- 60.

⁴⁹ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 44.

⁵⁰ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56-57.

⁵¹ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

⁵² SCHIÖCCHET, Taysa. Marcos Normativos dos Direitos Sexuais: uma Perspectiva Emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Biodireito e gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 86.

Na unidade do sistema, a mudança de ao menos um princípio no ordenamento já reflete em todo seu dispositivo, isso porque “as normas se explicitam no caminho de densificação existente, uma encontrando sentido na outra”.⁵³

No entanto, ARONNE adverte: “aos sistemas, a temática é muito ampla. Inclui o tempo e alcança a questão fundamental relativa à integração e estabilidade do sistema”.⁵⁴ Existem sistemas agregáveis e outros não, coexistentes no Direito e na própria natureza. Nessa senda, imperiosa a análise oriunda da dinâmica, para que seja possível perfectibilizar os delineamentos dos princípios colidentes no sistema.⁵⁵

Assim sendo, o sistema jurídico será sempre acrescido, uma vez que é imperfeito, compelindo aos princípios a função de alavancar valores integrados às soluções de lacunas. O sistema “é indiscutivelmente, aberto. Com vinculação”.⁵⁶ Nesse sentido:

Em sendo o direito um sistema, o modo como é concebido pode definir seu modo de aplicação. É, por exemplo, no manuseio das noções de fechamento e abertura do ordenamento, que se enfrenta a questão das lacunas. Portanto, como se resolvem nos tribunais os temas não disciplinados na lei, mas abertos à riqueza e indeterminação da vida e sua finitude, importa à lacuna e sua colmatação. Da “pequenez” do homem e sua possibilidade de transcender-se. Da imortalidade do pensamento que somente guarda algum sentido na certeza dos limites da existência mundana.⁵⁷

Ademais, o desenrolar do sistema jurídico não se torna aleatório muito em virtude da grande presença de valores atratores – com poder de atração – Em que pese o diploma corteje o alargamento da interpretação, nem sempre será possível o oposto. Os valores se inter-relacionam, da mesma forma os princípios, “havendo a composição dialógica no caso

⁵³ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

⁵⁴ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 28

⁵⁵ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 28

⁵⁶ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 58.

⁵⁷ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 28.

concreto, onde nenhum deles resulta totalmente afastado, mas pode ser enfraquecido frente a outro”,⁵⁸ permeando um novo horizonte, justo, propagando deslinde menos oneroso à unidade do sistema.⁵⁹

A construção do sistema jurídico na busca de um sentido para soluções de conflitos de uma sociedade complexa, com norte basilar axiológico e principiológico, modifica o entendimento do atual Direito Civil, oriundo de raízes constitucional que o suporta.⁶⁰

Segundo leciona ARONNE, “Os direitos fundamentais, ante sua aspiração principiológica, constituem-se mutuamente, sem se eliminar, com vistas à concretização da dignidade da pessoa humana”,⁶¹ extirpando o entendimento de que na atual conjuntura do Estado contemporâneo, restritamente as aspirações conflitantes, deve sê-los interpretados dissociados no âmbito público do privado.⁶² Nesse sentido:

Os princípios se constituem mutuamente, só havendo liberdade material em existindo igualdade material, pois nenhum desses existirá na falta da dignidade da pessoa humana e essa, por sua vez, não existirá na falta de qualquer deles, cumprindo a hierarquização axiológica dos princípios concretizadores, em especial conflito, sem sua anulação. “O pensamento jurídico contemporâneo reconhece a importância dos princípios que, passam a ser um facho que ilumina a compreensão das normas jurídicas concretas.”⁶³

Note-se que o legislador entendeu por não alocar a Dignidade da pessoa Humana no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, remanejando-a, notadamente como condição principiológica insculpida no art. 1º, inciso III da Carta Magna, entendimento que melhor se adéqua a

⁵⁸ ALVES, Ana Clara da Rosa. **Direitos fundamentais e sistemas caóticos no direito público e direito privado**. Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2013. p. 117-120.

⁵⁹ ALVES, Ana Clara da Rosa. **Direitos fundamentais e sistemas caóticos no direito público e direito privado**. Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2013. p. 117-120.

⁶⁰ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 40.

⁶¹ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

⁶² ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

⁶³ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

realidade jurídico-constitucional.⁶⁴ Há autores, no entanto, que entendem que a Dignidade da Pessoa Humana deve ser valorada em um grau mais elevado, não devendo ser entendida tão somente como um Princípio jurídico, constituindo em verdade, de acordo com entendimento de José Afonso da Silva “em um valor supremo fundante de toda a ordem jurídica, social e política, base de toda a vida nacional”.⁶⁵

No caso em tela, prepondera a importância de não obstaculizar o direito da criança gerada por procriação artificial em ter acesso à sua origem genética e, com mais razão, pelo fato de o direito em questão ser entendido como personalíssimo, indisponível e intransferível,⁶⁶ ao passo que, a negação deste direito, ainda que não prevista expressamente em lei, inviabilizaria parte integrante de sua personalidade.⁶⁷

Nessa perspectiva, a doutrina aponta algumas situações passíveis de pretensão do conhecimento da origem genética do indivíduo, entre elas estando: “(...) a necessidade psicológica de conhecer a origem genética, o conhecimento de possíveis impedimentos do casamento – relações incestuosas – e a preservação da saúde e a vida nas grandes doenças”.⁶⁸

Embora haja a remota possibilidade, é longe do razoável propiciar que o indivíduo se case com seu consanguíneo. Vislumbrando-se um cenário hipotético, para melhor análise da problemática, onde o indivíduo concebido por reprodução assistida mantenha um vínculo afetivo com a

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 81.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Interpretação Constitucional** - I Seminário de Direito Constitucional Administrativo - TCMSP. Disponível em: <www.tcm.sp.gov.br>. Acesso em: nov. 2014.

⁶⁶ A título elucidativo sobre o tema: O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. (...) todo o embasamento relativo à sua possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Especial Nº 1.401.719 – MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJ de 15 out. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31743891&num_registro=201200220351&data=20131015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: mai. 2015.

⁶⁷ FERREIRA, A. D. D. **O direito de conhecer a origem genética e o anonimato do doador**. 2013. 140f. Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. De Direito, PUCRS, Porto Alegre. 2013. p. 65.

⁶⁸ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081209105317401&mode=print>. Acesso em: dez. 2014.

filha biológica do doador, cenário em que ambos desconhecem dessa condição genética, correndo o risco de eventualmente gerarem uma prole. Na mesma linha do que sustenta DAMASCENO:

A manutenção do sigilo quanto à identidade do doador pode gerar situações catastróficas, como por exemplo: a manutenção de relações incestuosas entre irmãos, ou até mesmo a relação entre pai/doador e filha, sem que os mesmos soubessem de sua consanguinidade.⁶⁹

A título de exemplo, menciona-se um caso real que foi exibido em 11 de dezembro de 2005, em uma rede televisiva, onde fora reproduzida a história de cinco irmãos de duas mães diferentes, concebidos a partir da utilização do mesmo doador de material genético, pela técnica de reprodução assistida heteróloga.⁷⁰

Com o passar do tempo, os irmãos conseguiram se encontrar por intermédio de um site que “cruzou” os DNA’s, constatando-se que eram filhos do mesmo pai, cujo material genético fora depositado em um Banco de Sêmen na Inglaterra.⁷¹

No caso em tela, a informação do sigilo da identidade do doador era protegida pela legislação à época. No entanto, fora modificada, permitindo o acesso a identidade pessoal do doador (descendência paterna).⁷²

Além do mais, note-se, o relacionamento consanguíneo poderia aumentar consideravelmente a propensão de doenças hereditárias para a criança concebida, como a fibrose cística,⁷³ distúrbio genético pela mutação de cromossomos, acarretando em desenvolvimento físico

⁶⁹ FERREIRA, Aline Damasio Damasceno Ferreira. **O direito de conhecer a origem genética e o anonimato do doador.** Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2013. p. 81.

⁷⁰ Programa Jornalístico Fantástico. Data de 11 dez. 2005. in: <www.globo.com/fantastico>. (FERREIRA, Aline Damasio Damasceno Ferreira. **O direito de conhecer a origem genética e o anonimato do doador.** Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2013. p. 81.)

⁷¹ FERREIRA, Aline Damasio Damasceno Ferreira. **O direito de conhecer a origem genética e o anonimato do doador.** Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2013. p. 81.

⁷² FERREIRA, Aline Damasio Damasceno Ferreira. **O direito de conhecer a origem genética e o anonimato do doador.** Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2013. p. 81.

⁷³ Doença geralmente encontrada em pessoas com coloração da pele clara.

precário, pneumonias e fibrose pulmonar.⁷⁴

Ademais, algumas doenças hereditárias podem levar ao óbito do indivíduo, se não identificadas prematuramente, como à *distrofia muscular Duchenne*. Geralmente, é uma doença assintomática até os 5 (cinco) anos de vida, porém “entre os 9 a 14 anos os doentes ficam em cadeira de rodas e posteriormente se produz o óbito por deficiência do músculo cardíaco”.⁷⁵ No caso em tela, uma das soluções seria o diagnóstico dessa doença na desconsideração do direito fundamental do doador, para então propiciar a análise da identidade genética do progenitor.

Todavia, o mais alarmante encontra-se no fato de que em algumas doenças genéticas a ciência não encontrou soluções para as diagnosticar na data inicial de seu surgimento, a título elucidativo: a “Doença de José”⁷⁶ e a “Coréia de Huntington”.⁷⁷ Deste modo, o indivíduo se encontra impossibilitado de ter sua historicidade genética contemplada em virtude do sigilo da identidade do doador, ficando vulnerável a ter de sofrer consequências trágicas na sua saúde, muitas vezes, ocasionando seu óbito, tendo de seus familiares, nessas situações, nas palavras de ALARCÓN: “submeter-se a um jogo de azar genético”.⁷⁸

Nesse diapasão, vale ressaltar a importância dos direitos sexuais e reprodutivos, que também encontram respaldo nos princípios constitucionais, os quais operam na promoção da eficácia do sistema jurídico, na autonomia destes direitos, em face da análise constitucional hodierna.

⁷⁴ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 138.

⁷⁵ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 138.

⁷⁶ A Azorean D. ou popularmente Doença de José é uma doença degenerativa que atua no sistema nervoso central. A doença se distingue em 4 tipos a partir de complicações cerebrais, culminando no parkinsonismo e a neuropatia sensitiva distital. (**Dicionário médico ilustrado Dorland**, 28 ed. p. 495.)

⁷⁷ A doença de Huntington é uma doença degenerativa, “um distúrbio neuropsiquiátrico com início na meia idade, herdado de um genitor afetado com um caráter autossômico dominante. Foi o primeiro gene a ser localizado num cromossomo por análise de ligações de DNA”. (ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 140.)

⁷⁸ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 140.

Os direitos reprodutivos estão alicerçados num espeque “epistemológico por intermédio de movimentos sociais de cada época”, traduzindo a uma ampliação da liberdade individual. Em suma, representam a aglutinação de diversos princípios vinculados à reprodução humana, atinentes aos direitos civis – liberdade, autonomia.. – e sócio-culturais (políticas de estado).⁷⁹ Essa estrutura depende de “um sistema de saúde que possibilite meios, tanto para o planejamento familiar, quanto para uma reprodução com poucos riscos à saúde.” Nos dizeres de BUGLIONE, “isto implica em obrigações positivas para promover o acesso à informação e meios necessários para viabilizar as escolhas.”⁸⁰ Os direitos reprodutivos não possuem caráter meramente explicativos, imputam ações diretas do Estado pelo Constituinte, para que se efetivem.⁸¹

Ademais, a doutrinadora PETERLE traz a lume outros direitos que poderão surgir a partir da análise da evolução de aprimoramento da não “coisificação” do corpo humano, comportando, inclusive, o próprio sistema de patentes, onde alguns doutrinadores – na linha de MATHIEU⁸² – afirmam que a qualquer momento poderá ser plenamente possível a dissociação da pessoa humana e seus genes. De modo que, a partir do domínio da técnica dessa distinção, se possibilitaria que o material genético fosse passível de direitos patrimoniais⁸³.

Pois bem, este cenário está muito próximo de ser efetivado, isto porque cientistas da Universidade de Cambridge criaram em laboratório uma forma primitiva de gametas artificiais, a partir da transformação de células germinativas primordiais⁸⁴ e por meio de células adultas

⁷⁹ “Assim, o aquiescer em tal política [...] é também uma sinalização pelo mais alto grau do judiciário na República, do acerto de tais políticas, às quais o atual governo já deu mostras de simpatia.” (ARONNE, Ricardo. Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal. In: **R454 Revista Fórum de Direito Civil: RFDC** – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012). Belo Horizonte, 2012. p. 198.)

⁸⁰ BUGLIONE, Samantha. **Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: fev. 2015.

⁸¹ SCHIÖCCHET, Taysa. Marcos Normativos dos Direitos Sexuais: Uma Perspectiva Emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Biodireito e gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 88.

⁸² Ver: MATHIEU, Bertrand. **Geénome Humain et Droits Fondamentaux**. Paris: Economica, 2000. p. 36.

⁸³ PETERLE, Selma Rodrigues. **O direito à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 159.

⁸⁴ Células que derivam os gametas.

reprogramadas.⁸⁵ Os benefícios da técnica são inúmeros, dentre os quais a própria prevenção de mutações genéticas. Se a técnica de fato persistir, possibilitaria o diagnóstico pleno de doenças genéticas, indo de encontro com o impasse trazido ao caso em apressado, todos seriam beneficiados, especialmente o concebido na reprodução humana assistida heteróloga, que teria uma análise muito mais confiável de seus genes visando a prevenção de doenças hereditárias. No entanto, o método ainda está em fase de testes, sem prazo determinado para conclusão.

Da mesma forma, fora constatado que a técnica possibilitaria soluções para o tratamento da infertilidade. Basicamente, os cientistas criaram gametas a partir das células-tronco de um camundongo. Tendo êxito em humanos, a técnica possibilitaria que casais inférteis que buscam por alternativas, como a própria Reprodução Humana Assistida, realizem o sonho de ter uma criança.⁸⁶

Assim sendo, reconhece-se que, em um futuro, o debate quanto ao sigilo da identidade do doador aqui proposto poderá ser superado pela tecnociência, seja pela análise plena de gametas artificiais que poderão vir a prevenir anomalias de cunho genético, ou pela própria solução acerca da infertilidade de casais impossibilitados de conceber filho, mas até lá Direitos Fundamentais de muitos podem ser afetados.

Esse fenômeno aflora na análise dos direitos fundamentais formais, que nas palavras de RODRIGUES “evocam o discurso puramente jurídico, fechado em si, à medida que servem de aparelho ideológico da ciência”. Isso porque, esse cenário não busca efetivar os direitos e sim dar “eficiência e perfeição da funcionalidade científica”. Funcionalidade essa, amalgamada nos ilhados princípios da utilidade e eficiência do objeto científico.⁸⁷ Nesse sentido:

⁸⁵ THEGUARDIAN. **Scientists use skin cells to create artificial sperm and eggs.** Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2014/dec/24/science-skin-cells-create-artificial-sperm-eggs>>. Acesso em: dez. 2014.

⁸⁶ THEGUARDIAN. **Scientists use skin cells to create artificial sperm and eggs.** Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2014/dec/24/science-skin-cells-create-artificial-sperm-eggs>>. Acesso em: dez. 2014.

⁸⁷ RODRIGUES, P.J.O. **Desafios da ciência especializada:** Releitura dos Direitos Fundamentais no contexto interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.rodrigues-advogado.adv.br>>. Acesso em: jan. 2015.

(...) a positivação das disciplinas do direito se estabelece a partir de normas inflexíveis, em que o poder de coercibilidade normativa restringe a efetividade dos direitos fundamentais. Em virtude disso, a Ciência do Direito não reconhece os direitos fundamentais formadores da Ciência Humana, em razão da desconsideração da linguagem científica inclusiva do sujeito.⁸⁸

Ademais, a utilidade das inovações tecnológicas na ciência concentra-se na servidão ao Homem, isto é, a evolução do conhecimento científico desenvolvido com “as noções do sujeito”. Nesta senda, a efetividade das mais diversas áreas do campo jurídico, como direito civil, constitucional, em última análise o jurisprudencial, estagna-se no embate com os direitos fundamentais, pela evidente inconstitucionalidade das normas definidoras das novas técnicas do processo científico.⁸⁹

Por isso é que se tem o entendimento de que o Direito não mais corresponde às necessidades sociais, que cada vez se renovam. Com a apropriação da técnica científica, o Sistema jurídico se transmuta em Caos. Por vezes, o Direito se torna ineficaz, como nas questões afetivas no Direito de Família, em virtude da “burocracia dos meios jurídicos”, onde pouco (ou nada) “importa a satisfação do sujeito”. “Nesse sentido, se evidencia, que o sujeito de direito, não se torna integrado ao sistema científico, em razão da lógica racional disciplinar do direito”.⁹⁰ Nesse sentido:

(...) a Ciência do Direito formula dispositivos legais de contenção do sujeito para que o objeto científico se estabeleça sem oposição de debates públicos, na consecução evolutiva da ciência em sintonia com a prática ética das diversas especializações científicas⁹¹.

Quer dizer que o Direito se torna heterogêneo na análise do objeto

⁸⁸ RODRIGUES, P.J.O. **Desafios da ciência especializada**: Releitura dos Direitos Fundamentais no contexto interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.rodrigues-advogado.adv.br>>. Acesso em: jan. 2015.

⁸⁹ RODRIGUES, P.J.O. **Desafios da ciência especializada**: Releitura dos Direitos Fundamentais no contexto interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.rodrigues-advogado.adv.br>>. Acesso em: jan. 2015.

⁹⁰ RODRIGUES, P.J.O. **Desafios da ciência especializada**: Releitura dos Direitos Fundamentais no contexto interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.rodrigues-advogado.adv.br>>. Acesso em: jan. 2015.

⁹¹ RODRIGUES, P.J.O. **Desafios da ciência especializada**: Releitura dos Direitos Fundamentais no contexto interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.rodrigues-advogado.adv.br>>. Acesso em: jan. 2015.

científico e da realidade social. O sujeito se acomoda no objeto científico pela sua legitimação perfectibilizada pela norma. Isto é, o sujeito torna-se refém das finalidades do objeto científico⁹².

Por oportuno, AGUIAR sustenta que a identificação genética dos doadores é desnecessária, na medida em que poderá gerar desinteresse de eventuais doadores de gametas, refletindo na própria eficácia da técnica.⁹³ Nesse viés, a autora afirma que não há razão para violar a identidade do doador, tendo inclusive feito algumas considerações de possíveis situações de amparo ao concebido, como por exemplo, nos casos de complicações de ordem médicas ou para evitar doenças hereditárias e/ou infecciosas que interfiram no seu desenvolvimento saudável, por intermédio do acesso aos dados genotípicos.⁹⁴ Na mesma linha do que preconiza KRELL, “Ao gerado artificialmente e ao adotado seria dado o direito apenas de acesso às informações sobre os seus genes, cuja garantia se encontra no direito à informação genética”.⁹⁵ Indo de encontro com o que sustenta LOBO, partindo do pressuposto que o direito da personalidade atinente ao conhecimento da historicidade genética encontra respaldo exclusivamente no acesso aos dados genéticos do doador, excetuando-se, deste modo, o sigilo de identidade pessoal.⁹⁶ Nesse sentido:

(...) não há como olvidar a importância da informação e da historicidade da ascendência – sob o prisma biológico – da pessoa humana para que ela tenha plenas condições de entender a sua existência e suas origens (...).⁹⁷

Isso porque o sistema jurídico é constituído por valores como a solidariedade, que auxiliam no exercício do Estado Social e Democrático

⁹² RODRIGUES, P.J.O. **Desafios da ciência especializada**: Releitura dos Direitos Fundamentais no contexto interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.rodrigues-advogado.adv.br>>. Acesso em: jan. 2015.

⁹³ AGUIAR, M. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 152.

⁹⁴ AGUIAR, M. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 162.

⁹⁵ KRELL, O. J. G. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 187.

⁹⁶ FAVA, Juliane Carvalho de Souza. A reprodução humana assistida e a tutela jurisdicional da identidade genética. 2009. 98f. Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. De Direito, UNIPAR, Umuarama. 2009. p.43. In: LÔBO, P. L. N. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, nº. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 07 dez. 2007.

⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 909.

de Direito, como princípio jurídico vinculante, saindo de trás da cortina por meio dos princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, ou seja, “as regras do Direito Privado passam a receber um novo conteúdo e a expressar um novo sentido”.⁹⁸ Note-se, doar o material genético para técnica de Reprodução Humana está atrelado a esse valor Constitucional, que foi positivada no preâmbulo da Constituição,⁹⁹ “concretizador da dignidade da pessoa humana na efetivação dos direitos fundamentais,”¹⁰⁰ situado na base do princípio estruturante,¹⁰¹ “cuja eficácia há de modular toda a hermenêutica do sistema jurídico”.¹⁰² A sociedade possui complexidade muito ampla. Qual a motivação para o doador? Qual a repercussão para o doador e sua família na quebra do anonimato – doou por solidariedade e tem sua existência abalada em momento posterior? – Ou seja, existem outros direitos fundamentais envolvidos que não apenas os da criança.

De fato, o acesso à identidade genética em detrimento do direito à intimidade do doador do material genético no amparo à dignidade e ao respeito pelo ser humano, em que pese possa acarretar na diminuição de doadores por não concordarem com a violação de sua intimidade, mesmo assim, torna-se razoável que seja referendado o

⁹⁸ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42.

⁹⁹ Assim dispõe o preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: mai. 2015.)

¹⁰⁰ ARONNE, Ricardo. Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal. In: **R454 Revista Fórum de Direito Civil: RFDC** – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012). Belo Horizonte, 2012. p. 195.

¹⁰¹ “O princípio estruturante é a norma de maior abstração do ordenamento, o qual no sistema vigente constitui o princípio do Estado Social Democrático de Direito, diretamente decorrente dos valores positivados e enfeixador da integralidade dos mesmos, que haverão de se especificar no curso da concretização normativa”. (ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52.)

¹⁰² “Isso porque, ao fim e ao cabo, toda a interpretação há de ser uma interpretação constitucional, arrimada nos direitos fundamentais” (ARONNE, Ricardo. Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal. In: **R454 Revista Fórum de Direito Civil: RFDC** – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012). Belo Horizonte, 2012. p. 195.)

resguardo daquele, alicerçado ao direito à saúde e à vida do sujeito, insculpida na norma programática do artigo 196 da Constituição Federal,¹⁰³ impossibilitando quadros irreversíveis ao indivíduo, como as doenças mitocondriais,¹⁰⁴ bem como nos casos que atentem para relacionamentos proibitivos (incestuosos) pelo direito de brasileiro, por analogia ao instituto da adoção, nos termos do art. 1.626 do Código Civil, que veda o casamento entre parentes consanguíneos e adotados. Pois, verificou-se que o relacionamento consanguíneo aumenta consideravelmente a propensão de doenças hereditárias para o ser gerado, fruto desse relacionamento. Não só subjetivo, neste caso trata-se de um direito de outrem, a partir de interpretação extensiva em prol das futuras gerações.

Então, seria interessante, nos ensinamentos de ARONNE, quando “posto sob o foco do princípio da proporcionalidade, orientador deontológico privilegiado em matéria de relativização de direitos fundamentais”,¹⁰⁵ que a criança não fosse privada dessa faculdade em detrimento da privacidade do doador, que logicamente, também está alicerçado na dignidade da pessoa humana, mas no caso em apreço acaba tornando-se um princípio restringível no caso concreto. Logo, a saúde – sobrevivência do enfermo – perfectibilizaria o enfraquecimento do sigilo do doador na incidência tópico-sistemática. Refira-se, nas palavras de LASSALLE (Século XIX) “não se abatem pombos com tiros de canhão”,¹⁰⁶ por isso, o exegeta tem de enfrentar a problematização com muita responsabilidade, em prol do bem de todos, na medida do possível.

Por fim, defende-se, *prima facie*, que o método para verificar

¹⁰³ O artigo 196 da Constituição Federal assim dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: mai. 2015.)

¹⁰⁴ Doença genética resultante do mau funcionamento das mitocôndrias.

¹⁰⁵ ARONNE, Ricardo. Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal. In: **R454 Revista Fórum de Direito Civil: RFDC** – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012). Belo Horizonte, 2012. p. 197.

¹⁰⁶ ARONNE, Ricardo. Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal. In: **R454 Revista Fórum de Direito Civil: RFDC** – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012). Belo Horizonte, 2012. p. 197.

a relativização, no caso concreto, deverá ser a real necessidade frente às novas técnicas no campo da medicina, especialmente nas situações que atentem à vida e à saúde do indivíduo, como no caso das doenças hereditárias e/ou outras incompatibilidades. No entanto, por uma questão de coerência, em havendo técnicas/exames que afastem a necessidade clínica de conhecer a origem genética para esse fim, primeiro deve-se esgotar todas as possibilidades (que estão para defender os Direitos de ambas as partes – doador e criança) para somente em não sendo suficientes, operar-se a relativização, reiterando-se a análise do caso concreto.

4 INTERDEPENDÊNCIA ENTRE ANÁLISE GENÔMICA E IDENTIDADE GENÉTICA.

Atualmente, a técnica de reprodução assistida heteróloga possibilita a análise genômica, especialmente, a partir do Diagnóstico Genético (Prévio) Pré-Implantacional (PGD/ PGS),¹⁰⁷ oriundo de biópsia embrionária em uma ou várias de suas células, buscando examinar mutações genéticas e prevenir o aborto, antes de inseminar os embriões no útero da receptora.¹⁰⁸ Tanto PGD, como PGS, sinalizam uma inviabilidade quanto à implantação de embriões com alguma alteração genética, de modo que os embriões¹⁰⁹ inutilizados são doados para pesquisas, com a anuência da receptora,¹¹⁰ sendo vedada sua utilização para engenharia genética, assim como em células germinais humanas¹¹¹ e o zigoto humano, nos termos do art. 6º, inciso III da Lei nº 11.105/05

¹⁰⁷ O PGD (Diagnóstico Genético Pré-Implantacional) e o PGS (Screening Cromossômico Pré-Gestacional).

¹⁰⁸ DE AQUINO, Aleister Crowley; MARTINHAGO, Ana Carolina Nogueira; MARTINHAGO, Ciro Dresch. Biópsia embrionária: qual a melhor escolha? In: **Reprodução & Climatério**, 2013, Vol. 28 (3), p. 122-129.

¹⁰⁹ “Se a Constituição não faz referência ao estágio da vida humana, definindo tutela ao embrião ou nascituro, por outro lado, há dispositivos que asseguram a proteção à maternidade e a priorização dos direitos da infância.” (BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Biocombustíveis e produção do Direito: Considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 181)

¹¹⁰ MELO, Kátia Regina Brasil, GOMES, Luiz Mauro Oliveira e MACEDO, José Fernando de. A tecnologia time-lapse pode predizer a qualidade embrionária antes dos resultados do PGD (diagnóstico genético pré-implantacional)? In: **Reprodução & Climatério**. 2012, v. 27. p. 85.

¹¹¹ Influenciam na cadeia genética da descendência humana.

(Lei de Biossegurança).

Por outro lado, a interdisciplinaridade complexa da realidade social contempla o direito material a partir da análise de valores de caráter moral, ensejando na funcionalidade entre disciplinas da ciência – humanas e jurídicas. Não obstante, se pondera a utilização de parte do corpo humano (genes) como pertença, visando retorno de investimento na disciplina genética, em que pese o discurso seja em prol de pesquisas e terapias visando o tratamento de doenças e/ou infertilidade, transmuta-se na “pretensão apropriação da imortalidade humana”. Nessa circunstância, deve-se afastar a antiga visão “coisificada” do ser humano, onde o respeito à humanização do ser, alicerça a ética na pesquisa científica.¹¹²

Nesse diapasão, com a evolução da tecnociência, atente-se para essa linha tênue com os precedentes de casos de eugenia, como ocorreu em tempos não tão distantes na Alemanha nazista, com a utilização de métodos de “pureza racial”.¹¹³

Nesse caso, imperioso ater-se ao princípio da precaução.¹¹⁴ “Isso porque, diante das incertezas científicas e riscos em relação aos efeitos dessas pesquisas e terapias (...) imprescindível, para tanto, a existência de medidas de precaução”.¹¹⁵ Como no caso da Resolução nº 196, do Conselho Nacional de Saúde, em conformidade com o positivado no

¹¹² RODRIGUES, P.J.O. **Desafios da ciência especializada**: Releitura dos Direitos Fundamentais no contexto interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.rodrigues-advogado.adv.br>>. Acesso em: jan. 2015.

¹¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Direito de família. v. 6, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25

¹¹⁴ Assim dispõe o **Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, RJ: Ministério do Meio Ambiente, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em fev. 2015.)

¹¹⁵ FERRAZ, Gustavo Dantas. **A proteção do direito fundamental à vida e as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas no ordenamento jurídico brasileiro**. Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, USP, São Paulo, 2009. p. 130.

artigo 225 inciso II, §1º da Constituição Federal,¹¹⁶ o qual estipula que é dever do Estado, assegurar meio ambiente equilibrado, em especial, na preservação à diversidade, a integridade do patrimônio genético do País e na fiscalização de entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.¹¹⁷

O patrimônio genético é um dos pilares que alicerça o meio ambiente equilibrado, com previsão no art. 225, V, da Constituição Federal, em prol da preservação da não discriminação genética (diversidade genética) do indivíduo, atraindo consigo o princípio do desenvolvimento sustentável, evitando o emergir de quimeras genéticas oriundas da engenharia genética, impossibilitando alterações irreparáveis na genotipagem do indivíduo ou “descaracterizante do meio ambiente conforme conhecido pelas gerações atuais.”¹¹⁸

Na prática, buscam-se medidas antecipadas que sirvam como um escudo ante aos potenciais conflitos éticos, *a priori*, não identificáveis, isto é, pela incerteza teleológica da ciência no aspecto formal, precavendo-se a um possível risco (irreversível por vezes) a humanidade, na tentativa de repudiar a atividade lesiva (mesmo que inconsciente), decorrente da conduta do cientista.

Tal princípio, não deve ser entendido como um empecilho ao avanço da tecnologia médica, tampouco visa engessar o progresso econômico. Refere-se a uma ferramenta que busca resguardar a autonomia (relativa) do ser, expelindo,

¹¹⁶ Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. BIOSSEGURANÇA. ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS. EXIGIBILIDADE OU DISPENSA DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. ATRIBUIÇÃO DA COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA - CTNBIO. ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA AFASTADA. EXCEÇÃO: CONCLUSÃO PELA CTNBIO DE SER O OGM POTENCIALMENTE CAUSADOR DE SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE (ART. 16, § 2º, DA LEI Nº 11.105/2005). EMBARGOS INFRINGENTES AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. I - Nos termos do art. 225, § 1º, II e V, da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações mediante a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País e fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; e o controle da produção, comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida e o meio ambiente. II - (...) V - Embargos infringentes aos quais se nega provimento. **(Embargos Infringentes na Apelação Cível Nº 00027641519984013400,** Terceira Seção, TRF1, Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, julgado em 25 mar. 2014. Publicado em 23 mai. 2014).

¹¹⁷ FERRAZ, Gustavo Dantas. **A proteção do direito fundamental à vida e as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas no ordenamento jurídico brasileiro.** Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, USP, São Paulo, 2009, p. 130.

¹¹⁸ MYSZCZUK, Ana Paula. **Manipulação Genética Humana, Meio Ambiente Equilibrado e Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: < http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/IIseminario/pdf_reflexoes/reflexoes_03.pdf>. Acesso em: mai. 2015.

por exemplo, possibilidades de clonagem humana e antevendo outros entraves acometidos pela ciência (não neutra), decisão inesgotável e acertada, daqui em diante, em prol da qualidade de vida das gerações futuras.

De outro norte, a análise genômica na fertilização *in vitro* para fins terapêuticos, está disponível justamente para prevenir que situações genéticas específicas prejudiciais à gravidez se materializem. Para isso, é imperioso dimensionar a importância do DNA, pois é ele quem potencializa os traços de nosso organismo, como a cor da pele e a forma como nossos órgãos irão funcionar. As sequências do DNA (genes) criam cromossomos,¹¹⁹ mas existem casos em que esses cromossomos são defeituosos, cenário comum em mulheres com idade avançada. Isso ocorre quando se têm “um embrião com apenas um ou três cromossomos do mesmo tipo, quadros chamados de monossomia¹²⁰ e trissomia”.¹²¹

Além do mais, existem outras situações de defeitos na estrutura genética cromossômica, como bem disserta AYRES:

(...) por mais que o número de cromossomos esteja certo, pode haver problemas na estrutura genética desse cromossomo, como genes invertidos, duplicados ou mesmo faltantes. Além disso, pode haver troca de material genético entre dois cromossomos que não pertencem ao mesmo par, o que pode decorrer no nascimento de crianças com deficiências intelectuais e físicas, além de causar até mesmo a inviabilidade do embrião e mais uma vez o aborto espontâneo.¹²²

Veja que a situação é complexa, mas ela se torna caótica, em que pese

¹¹⁹ “O ser humano tem 46 cromossomos, que se juntam em 23 pares”. (AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.)

¹²⁰ “A monossomia mais famosa é a **síndrome de Turner**, em que a criança nasce apenas com um cromossomo sexual feminino”. (AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.)

¹²¹ “As trissomias são responsáveis por diversas síndromes, como a **síndrome de Down**.” (AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.)

¹²² AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.

a análise do número cromossômico e a ordem dos genes estejam no seu devido lugar, mas um único gene, isolado, proporciona alterações genéticas, como nos casos tratados esmiuçadamente no capítulo anterior, nas doenças hereditárias como a fibrose cística, o daltonismo e a *distrofia muscular Duchenne*, que como foi esboçado, são provenientes de pares cromossômicos que aparentemente não possuem alterações genéticas.¹²³

Reitera-se que na técnica de reprodução assistida heteróloga de fertilização *in vitro*, os gametas (masculino e feminino) são fecundados fora do corpo da receptora. Da fecundação, espera-se cerca de 5 dias para a inseminação. A análise genômica é feita nesse intervalo.¹²⁴

São dois os procedimentos possíveis para a análise genética. O primeiro é diagnóstico genético prévio pré-implantação (PGD), servindo basicamente para acompanhar se alguma mutação genética foi constatada no embrião. Esse diagnóstico é o mais apropriado para o caso em tela, aí está o ponto essencial na prevenção de doenças atávicas de cunho genético, sem que seja necessário a relativização do direito ao sigilo de identidade genética do doador, isso porque essa análise já verifica os distúrbios genéticos dentro do gene, não só no diagnóstico de doenças hereditárias, indo mais além, diagnosticando eventuais disparidades na sequência genética, mapeando os cromossomos individualmente. Nesse diagnóstico, o material genético é analisado entre o terceiro e quinto dia da fecundação.¹²⁵

Por outro lado, existe o diagnóstico do material genético pelo mapeamento pré-implantação (PGS), essa outra técnica é realizada no quinto dia da fecundação, pois a composição genética do embrião já está estabelecida, possibilitando a retirada de maior número de células de seu núcleo. Esse método é indicado para receptoras com mais de 36 (trinta e seis) anos ou que possuem quadros de três abortos espontâneos consecutivos. Esse diagnóstico possibilita a análise da

¹²³MELO, Kátia Regina Brasil, GOMES, Luiz Mauro Oliveira e MACEDO, José Fernando de. A tecnologia time-lapse pode prever a qualidade embrionária antes dos resultados do PGD (diagnóstico genético pré-implantacional)? In: **Reprodução & Climatério**, 2012, v. 27, p. 83.

¹²⁴DE AQUINO, Aleister Crowley; MARTINHAGO, Ana Carolina Nogueira; MARTINHAGO, Ciro Dresch. Biópsia embrionária: qual a melhor escolha? In: **Reprodução & Climatério**, 2013, v. 28(3), p. 122-129.

¹²⁵AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.

seqüência genética ou o número cromossômico embrionário, porém cada tentativa consegue diagnosticar apenas uma das situações, na prevenção de quadros de monossomia e trissomia, como visto anteriormente.¹²⁶

Em contrapartida, esses exames não são obrigatórios, são realizados sempre que haja probabilidade de alguma alteração genética, como no caso de receptoras mais velhas,¹²⁷ em casos que ocorram alguma mutação genética atávica, histórico de problemas com a inseminação *in vitro*. É facultada a receptora, que não corra qualquer possibilidade de risco genético, realizar os exames (PGD/PGS).¹²⁸

¹²⁶ AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhavidacombr.com.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.

¹²⁷ “Já que o os folículos estão envelhecidos, sendo mais propensos a problemas na divisão celular”. (AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhavidacombr.com.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.)

¹²⁸ Cabe ressaltar que existe precedente que ampara a gravidez de mulher com menos de 36 anos, mesmo que apresente extenso histórico de procedimentos infrutíferos na Reprodução Assistida, sem se valer da análise genômica, aumentando o número de embriões para cada procedimento de inseminação. Nesse sentido:

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA - NÃO CARACTERIZADA, NO PARTICULAR EM PRISMA, IMPETRAÇÃO CONTRA NORMA EM TESE - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA AFASTADAS - IMPETRAÇÃO VOLTADA CONTRA A RESOLUÇÃO CFM N. 1.957/2010, QUE A GENERICAMENTE LIMITAR A DOIS, PARA AS MULHERES COM MENOS DE TRINTA E CINCO ANOS, O NÚMERO DE EMBRIÕES PASSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO EM CADA PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA - IMPETRANTE QUE, ALÉM DE APRESENTAR EXTENSO HISTÓRICO DE PROCEDIMENTOS INFRUTÍFEROS DE FERTILIZAÇÃO, SOFRE O RISCO DE FALÊNCIA OVARIANA PREMATURA - LIMITAÇÃO DE EMBRIÕES A DIMINUIR SUAS JÁ REDUZIDAS CHANCES DE GRAVIDEZ - SAÚDE DA IMPETRANTE ACOMPANHADA POR EQUIPE ESPECIALIZADA - CONCESSÃO DA ORDEM [...] 6. Manifesto que a Resolução n. 1.957/2010 estabeleceu, de modo genérico, números mínimo e máximo de embriões a serem utilizados em pacientes durante o Procedimento de Reprodução Assistida (RA), sem atentar às especificidades de quadros médicos como o presente. 7. Como restou demonstrado, a parte impetrante, mulher de trinta e dois anos (à época da impetração), possui amplo histórico de sujeição a técnicas de reprodução assistida, tendo realizado diversos procedimentos médicos, como indução de ovulação e diversas tentativas de fertilização “in vitro”. Comprovou a parte impetrante, ainda, antecedente de laparoscopia cirúrgica para ressecção de endometriose profunda em abril de 2010, tendo realizado novo tratamento de fertilização “in vitro”, também sem sucesso. 8. O caso dos autos, portanto, como bem ponderado pelo Parquet (fls.293), ilustra situação atípica, posto que a parte impetrante, conquanto tenha menos de quarenta anos, possui maior risco de falência ovariana prematura, fls. 04 e 12/13, o que, conseqüentemente, pode resultar em menopausa, encerrando-se as possibilidades de gravidez da impetrante. 9. A regra em cume, como visto, terminou por generalizar diversas situações, excluindo as particularidades vivenciadas por cada uma das pacientes, na busca pela concretização do sonho de ser Mãe. 10. Inadmissível, pois, aplicar-se à parte demandante a norma em cume, que a limitar a dois o número de embriões passíveis de utilização no Procedimento de Reprodução Assistida (RA), quando tal circunstância diminui suas (já reduzidas) chances de gerar um filho. 11. Relembre-se, por fundamental, que a parte impetrante é acompanhada por extensa equipe médica especializada (fls. 12/41), cuja principal função é obter o melhor resultado no procedimento reprodutivo em foco, sem prejuízo à saúde da postulante. 12. Impositiva, portanto, a concessão da segurança, por conseguinte improvidos apelo nem remessa oficial. 13. Improvimento à apelação e à remessa oficial.” (**Apelação/Reexame Necessário Nº 0003616-11.2011.4.03.6100/SP**, Terceira Turma, TRF3, Relator Desembargador Federal Nery Junior, julgado em 15 jan. 2015. Publicado em 21 jan. 2015).

Sobre o tema, AYRES assevera:

A maior parte das falhas genéticas resulta na não implantação ou no aborto espontâneo do embrião. Muitas vezes, porém, o bebê pode se desenvolver e nascer com alterações genéticas. As trissomias (quando há mais de três cromossomos em um par), por exemplo, podem resultar crianças com síndrome de Down, em que há três cromossomos do tipo 21, entre outras doenças genéticas. Há um caso também em que fica apenas um cromossomo sexual, em que a criança nasce com a síndrome de Turner. Além disso, doenças como anemia falciforme e a fibrose cística, são resultados de falhas genéticas, e podem trazer diversos problemas para a saúde dessas futuras crianças.¹²⁹

Assim sendo, indo na contramão à boa parte da doutrina, que aponta ser passível de relativização o sigilo de identidade do doador frente à identidade genética para fins de doenças hereditárias do concebido, entende-se que já existe exames que possibilitem o resguardo de ambos, ensejando não só a prevenção do aborto, mas, em especial, o aumento das chances do concebido se desenvolver de forma saudável, isso porque esses exames têm um índice de falha extremamente baixo (10%).¹³⁰

Por outro lado, mesmo na hipótese de cabimento da relativização, especialmente para evitar doenças e outras incompatibilidades que atentem à vida do indivíduo, deve-se sempre se ater ao caso em concreto, pois se entende viver em um sistema jurídico uno, onde não há prevalência entre Direitos Fundamentais e Princípios, devendo ser analisado na incidência tópica sistemática. No caso em apresso, a tecnologia está a proteger os Direitos Fundamentais de ambas as partes (doador por ter identidade protegida, criança por ter saúde e vida protegidos). No entanto, infere-se que novas situações em concreto podem demandar a relativização.

¹²⁹ AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhaveda.com.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.

¹³⁰ Um risco comum é que o procedimento acarrete a parada do desenvolvimento embrionário. A chance de perda dos embriões nesse procedimento é de 5%. (AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação**: prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhaveda.com.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>. Acesso em: mai. 2015.)

5 CONCLUSÃO

Na contemporaneidade, verifica-se que o direito à informação genética detém roupagem fundamental. Na mesma medida, o direito à privacidade ampara o livre desenvolvimento da personalidade, tão logo o ser humano passe a expressar aspectos definidores de sua subjetividade. A par destas considerações, deve-se visualizar como será interpretado o direito à informação genética quando em colisão com o direito ao anonimato do doador, atentando-se ao resguardo do foro íntimo do indivíduo, em específico, o doador de gametas no monitoramento de seus dados genéticos.

A todo modo, nas situações envolvendo a saúde do indivíduo, versando sobre doenças hereditárias, com alicerce na norma programática do art. 196 da CF, verificamos que a tecnologia está a proteger os Direitos Fundamentais de ambas as partes (doador por ter identidade protegida, criança por ter saúde e vida protegidos) e, no caso de outras compatibilidades, v.g., na vedação de relações incestuosas, constatamos que o relacionamento consanguíneo aumenta consideravelmente a propensão de doenças hereditárias para o ser gerado, fruto desse relacionamento. Não só subjetivo, neste caso trata-se de um direito de outrem, a partir de interpretação extensiva em prol das futuras gerações, por analogia ao instituto da adoção, nos termos do art. 1.626 do Código Civil, que veda o casamento entre parentes consanguíneos e adotados. Aqui, resguarda-se um bem invaloração, que atenta à vida, logo tal ensejo é absoluto, é um Dever Fazer no imperativo de prudência. Logo, não se pode, como se deve, urgentemente.

Nesse diapasão, defende-se, salvo melhor juízo, que o método para verificar a relativização, no caso concreto, deve ser a real necessidade frente às novas técnicas no campo da medicina, especialmente nas situações que atentem à vida e saúde do indivíduo, como no caso das doenças hereditárias e/ou outras incompatibilidades. No entanto, por uma questão de coerência, em havendo técnicas que afastem a necessidade clínica de conhecer a origem genética para esse fim, como no caso tratado

no último capítulo referente à análise genômica, onde constatamos que alguns exames permitem o diagnóstico prévio de anomalias atávicas e verificamos que possuem um índice de falha extremamente baixo (10%), primeiro se devem esgotar todas as possibilidades para somente então, em não sendo suficientes, operar-se a relativização.

No entanto, não se pretendeu aqui criar um fixismo hierárquico, pois se sabe que novas situações em concreto podem demandar a relativização, especialmente, quando verificamos que não há um rol taxativo de Direitos da personalidade, isto é, há tipicidade aberta em função do Artigo 12 do Código Civil. Outrossim, constatamos que se deve ater-se ao princípio da precaução diante das incertezas científicas e riscos em relação aos efeitos referentes a novas pesquisas e terapias na manipulação genômica.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, M. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.

ALVES, Ana Clara da Rosa. **Direitos fundamentais e sistemas caóticos no direito público e direito privado**. Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2013.

ARONNE, Ricardo. Ao Egrégio Supremo Tribunal Federal. In: **R454 Revista Fórum de Direito Civil: RFDC** – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012). Belo Horizonte, 2012.

ARONNE, Ricardo. Em defesa dos Princípios: Sistema Jurídico, Direito Privado e Existencialismo. In: Ribeiro, Marcelo e Diniz, João Janguê B. (Coordenadores) **Constituição Processo e Cidadania**. Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2015.

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos:** estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

AYRES, Nathalie. **Diagnóstico e mapeamento genético pré-implantação:** prevenindo doenças genéticas e aborto. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/17134-diagnostico-e-mapeamento-genetico-pre-implantacao-prevenindo-doencas-geneticas-e-abortos>>.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.) **1988-1998: uma década de Constituição.** Rio de Janeiro, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>.

BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: Considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

BUGLIONE, Samantha. **Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CÔRREA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado: banco de dados genéticos e sua regulação jurídica**. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2010.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081209105317401&mode=print>.

DE AQUINO, Aleister Crowley; MARTINHAGO, Ana Carolina Nogueira; MARTINHAGO, Ciro Dresch. Biópsia embrionária: qual a melhor escolha? In: **Reprodução & Climatério**, 2013, Vol. 28 (3).

Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, RJ, **Ministério do Meio Ambiente**, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>.

Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. **UNESCO**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado do Biodireito**. 2. Ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf> >.

FAVA, Juliane Carvalho de Souza. **A reprodução humana assistida e a tutela jurisdicional da identidade genética.** 2009. 98f. Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. De Direito, UNIPAR, Umuarama. 2009.

FERRAZ, Gustavo Dantas. **A proteção do direito fundamental à vida e as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas no ordenamento jurídico brasileiro.** Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, USP, São Paulo, 2009.

FERREIRA, Aline Damasio Damasceno Ferreira. **O direito de conhecer a origem genética e o anonimato do doador.** Diss. (Mestrado em Direito) – Fac. de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Ed. Sérgio Fábris, 1991.

KRELL, O. J. G. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil.** Curitiba: Juruá, 2006.

KUHN, Thomas S. A. **Estrutura das Revoluções Científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de filiação e Direito à Origem Genética**. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>.

MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil**. Porto Alegre: [s.n.], 2010.

MATHIEU, Bertrand. **Geénome Humain et Droits Fondamentaux**. Paris: Economica, 2000.

MELO, Kátia Regina Brasil, GOMES, Luiz Mauro Oliveira e MACEDO, José Fernando de. A tecnologia time-lapse pode prever a qualidade embrionária antes dos resultados do PGD (diagnóstico genético pré-implantacional)? In: **Reprodução & Climatério**, 2012, v. 27.

MYSZCZUK, Ana Paula. **Manipulação Genética Humana, Meio Ambiente Equilibrado e Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: < http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/IIseminario/pdf_reflexoes/reflexoes_03.pdf>. Acesso em: mai. 2015.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 mai. 2013. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>.

RODRIGUES, P.J.O. **Desafios da ciência especializada: Releitura dos Direitos Fundamentais no contexto interdisciplinar**. Disponível em: <<http://www.rodrigues-advogado.adv.br>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos**

fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. Ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIOCCHET, Taysa. Marcos Normativos dos Direitos Sexuais: Uma Perspectiva Emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Biodireito e gênero.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Interpretação Constitucional** - I Seminário de Direito Constitucional Administrativo - TCMSP. Disponível em: <www.tcm.sp.gov.br>.

THEGUARDIAN. **Scientists use skin cells to create artificial sperm and eggs.** Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2014/dec/24/science-skin-cells-create-artificial-sperm-eggs>>. Acesso em: dez. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** Direito de família. v. 6, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TESTAMENTO VITAL: APLICABILIDADE FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Filipe Gonçalves Arnoni¹

RESUMO: A Resolução Nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina regulamentou o testamento vital no Brasil. Sem legislação específica e sendo um assunto pouco discutido no meio jurídico, sua validade ainda é contestada por parte da doutrina nacional. Conceitos como eutanásia, ortotanásia, distanásia e suicídio assistido estão relacionados ao testamento vital e aos limites da autonomia da vontade do paciente. Além disso, uma análise do Projeto de Lei nº 236 de 2012, do Senado, faz concluir que mudanças na legislação penal são consideradas importantes para que o Código Penal fique de acordo com os valores da sociedade contemporânea, atingindo significativamente o testamento vital.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento vital. Direitos Fundamentais. Bioética. Biodireito.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Construção teórica e desenvolvimento histórico do testamento vital. 2.1 Delimitação conceitual e fundamentação teórica. 2.2 Origem e desenvolvimento histórico. 3 O testamento vital na legislação estrangeira e no Brasil. 3.1 Legislação Espanhola. 3.2 Legislação Portuguesa. 3.3 Legislação Uruguaia. 3.4 Legislação Argentina. 3.5 O testamento vital no Brasil. 4 Bioética e os limites ao testamento vital no ordenamento jurídico pátrio. 4.1 A morte cerebral, o estado vegetativo persistente e o paciente terminal. 4.2 Cuidados paliativos e obstinação terapêutica. 4.3 Ortotanásia. 4.3.1 Delimitação conceitual. 4.3.2 A restrição ou suspensão de tratamentos e cuidados paliativos. 4.4 Eutanásia. 4.4.1 Delimitação conceitual. 4.4.2 Classificação Doutrinária. 4.5 Consequências jurídicas. 4.6 Os limites aos desígnios expressos no testamento vital à luz

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Pós-Graduando *Latu Sensu* em Direito Público pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul .

da legislação brasileira. 5 O testamento vital e Projeto de Lei nº236/2012 do Senado Federal. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A morte é fase inerente e inderrogável do ciclo vital de todos os seres vivos. E o ser humano é o único que racionalmente compreende a terminalidade da vida, incorporando esse conceito ao seu convívio na coletividade através de tradições e rituais de despedida. Cada sociedade lida com a morte de uma maneira diferente, de acordo com a sua cultura, tradições, período de tempo e valores morais.

Com a globalização, os avanços tecnológicos e biomédicos, a morte passou a ser tratada de um modo diferente. A partir da metade do século XX, deixou o ambiente familiar, onde correspondia a um rito de despedida e aceitação, para o ambiente hospitalar, onde o processo de medicalização aumentou o tempo de sobrevivência, mas afastou o paciente da família, muitas vezes aumentando a dor e o sofrimento.

Devido a estas mudanças passou-se a discutir, através da bioética e do biodireito, a necessidade de utilização de tratamentos e do respeito a direitos dos pacientes quanto a isso. Questões como eutanásia, ortotanásia, suicídio assistido, e outros atos de abreviação da vida, tidos por muitos como direitos dos pacientes, através da aplicação dos princípios da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana, se tornaram alvo de análises jurídicas.

O testamento vital surgiu, nesse contexto, como documento jurídico capaz de assegurar a vontade do paciente na terminalidade da vida, permitindo que seja dito, por qualquer pessoa capaz, quais tratamentos deseja ou não receber. O instituto, presente na legislação estrangeira, em países como Espanha, Portugal, Uruguai e Argentina, não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo regulamentado pela Resolução Nº 1.995/2002 do Conselho Federal de Medicina.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os limites da vontade do indivíduo, através da pesquisa bibliográfica, ao realizar um testamento vital, à luz dos preceitos da bioética e do Direito Penal. Pois, este, como última *ratio* na regulação da vida em sociedade, traduz o limite entre o aceitável pela sociedade e o punível pelo Estado, e, portanto, restringe a atuação de médicos e familiares quando o desejo do paciente for contrário à legislação penal vigente.

2 CONSTRUÇÃO TEÓRICA E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO TESTAMENTO VITAL

2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Com origem na expressão inglesa *living will*, o testamento vital, também intitulado pela doutrina como “diretiva antecipada da vontade”, “declaração antecipada da vontade” ou “testamento biológico”, consiste em uma declaração prévia e escrita da vontade do indivíduo capaz, versando sobre sua vida, cuidados e tratamentos médicos a que quer ser submetido quando não tiver condições de manifestar esta vontade.

O testamento vital não se confunde com o testamento civil, mesmo que ambos os institutos sejam caracterizados como negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável. Diferenciam-se por ser o segundo (testamento civil) um ato solene e a vontade de seu declarante manifestar-se somente *post mortem*, além de seu caráter exclusivamente patrimonial.

A vontade manifestada no testamento vital se concretiza quando o declarante ainda está vivo, mas incapaz de expressar-se, devendo ser considerado imperativo até mesmo sobre a opinião dos familiares e dos médicos, quando com estes não for consonante.

O instituto tem como fundamentos o princípio da dignidade humana, o princípio da autonomia privada, o direito do indivíduo de guiar-se não somente na vida, mas também na sua terminalidade. Segundo Ana Carolina

Brochado Teixeira e Luciana Dadalto Penalva, o testamento vital é:

[...] o instrumento garantidor da autonomia do paciente terminal, pois assegura a este que sua morte ocorra de forma coerente com os valores que elegeram como prioritários para guiar a vida: trata-se da autonomia do autogoverno da vida e da morte (PENALVA; TEIXEIRA, 2010, p. 64).

A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado democrático de direito, assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 1º) e finalidade do Estado brasileiro, conforme o art. 1º da Constituição Federal. Preleciona Alexandre de Moraes (2010, p.22) que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida. Já segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como:

[...] a qualidade intrínseca e distinta reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2009, p.67).

Do Princípio da Dignidade Humana decorrem os outros direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, como o direito à vida, à autodeterminação, à liberdade e à intimidade.

A autonomia privada, que antigamente tinha caráter meramente patrimonial, contemporaneamente adquiriu caráter existencial, garantindo ao indivíduo a possibilidade de agir de acordo com os preceitos morais, éticos e religiosos que lhe convenham, e que não estejam em desacordo com a legislação vigente. Nesse sentido temos os dizeres de Teixeira e Penalva:

A autonomia consiste no autogoverno, em manifestação da subjetividade, em fazer as próprias leis que guiarão a sua vida e que coexistirá com as leis externas, ditadas

pelo Estado. Significa o reconhecimento da livre decisão individual, racional e não coagida, sobre seus próprios interesses, sempre que não afete interesses de terceiros (PENALVA; TEIXEIRA, 2010, p.60).

A doutrina mais tradicional mostra-se apegada ao princípio da indisponibilidade da vida. Segundo Alexandre de Moraes (2007, p.82) o direito à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado à condição humana, devendo o Estado respeitar os princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana. É garantindo ao indivíduo proteção ao seu bem jurídico mais precioso, a vida, mas não há o direito à liberdade de dispor da própria vida. O autor afirma:

O direito a vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentido de mobilizar-se o Poder Público para garanti-la, por meio, por exemplo, da legislação que permita a eutanásia ou ainda forneça meios instrumentais para as práticas de suicídios (MORAES, 2007, p. 82).

No entanto, hodiernamente, a discussão acerca do direito à vida não se atém à disponibilidade do momento da sua terminalidade, pois se depreende do direito à dignidade da pessoa humana o direito de uma morte digna, sem sofrimento, não se tratando de uma disposição da vida e sim da busca pela manutenção da dignidade do indivíduo até o momento de sua morte, sendo este condizente com os princípios com os quais o indivíduo viveu durante toda sua vida. Sobre o tema, Ronald Dworkin assevera:

O fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais – a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos – que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos da mesma maneira. É assim que alegamos razões de beneficência e de autonomia em nome das quais o Estado não deve impor uma concepção geral e única a guisa de lei soberana, mas deve, antes, estimular as pessoas a tomar melhor as melhores providências possíveis tendo em vista seu futuro (DWORKIN, 2009, p.301).

Nesta senda, entende-se o testamento vital como instituto garantidor da dignidade de seu titular, quando impossibilitado de

expressar sua vontade, enquanto documento capaz de assegurar seus valores morais, e até mesmo religiosos. O instituto possibilita o respeito às escolhas individuais e à autodeterminação, em um momento crítico da sua existência, elidindo conflitos de interesses entre familiares e/ou médicos.

A doutrina jurídica classifica o testamento vital, ou diretivas antecipadas da vontade, como gênero, que se subdivide em mandato duradouro e declaração prévia da vontade.

No primeiro caso, o indivíduo nomeia procuradores, que ficarão responsáveis pelas decisões referentes a um possível tratamento, ficando estes adstritos à vontade do paciente. No segundo caso, o testamento vital propriamente dito, o tratamento é disposto anteriormente pelo próprio paciente, que se encontrará incapacitado de expressar sua vontade quando este for aplicado.

Apontam os doutrinadores dois objetivos principais do documento. De acordo com Karin Rosa (2012, p.375), o objetivo de garantir ao paciente que seus desejos serão respeitados no momento da terminalidade de sua vida e proporcionar respaldo legal para os profissionais e instituições de saúde na tomada de decisões em situações conflitivas.

2.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O testamento vital foi proposto pela primeira vez em 1967, pela Sociedade Americana para Eutanásia, como um documento pelo qual se poderia deixar registrada a vontade individual em relação às intervenções médicas para manutenção da vida, conforme Gonzáles e Ribeiro (2006, p.93).

Em 1969, o advogado Louis Kutner, notável defensor dos direitos humanos, após presenciar um longo e doloroso tratamento de um amigo próximo, propôs um modelo de testamento vital, para que quando o paciente não desejasse ser mantido em um estado vegetativo completo e sem a possibilidade de recuperar suas faculdades mentais e físicas, e

sem poder expressar-se, pudesse manter o direito de autonomia sobre o seu corpo e de morrer, conforme o que foi expresso no testamento vital, tendo suas faculdades mentais, na data de sua confecção, confirmadas por duas testemunhas que deveriam assinar o documento.

Kutner defendia que o indivíduo deveria carregar consigo sempre uma cópia do documento, devendo o original ser guardado por uma pessoa de sua confiança. Se algo acontecesse, o documento do paciente que se encontrasse em uma situação fática de estado vegetativo ou inconsciente, sem perspectiva de melhora, deveria ser analisado por uma junta médica, para considerar as circunstâncias em que o documento foi realizado e assim determinar a vontade do paciente (KUTNER, 1979, p.227).

Subsistindo qualquer dúvida sobre a sua real vontade, deveria o conselho gerar uma resolução de mérito, mas sem submeter o paciente a certos medicamentos, cirurgias ou tratamentos expressamente contrários ao disposto no documento.

De acordo com Gonzáles e Ribeiro, Kutner propunha quatro finalidades para o testamento vital, que através dele eram satisfeitas:

[...] primeira em processos judiciais, a necessidade de se ter em conta a diferença de homicídio privilegiado, por relevante valor moral (compaixão) e o homicídio qualificado por motivo torpe; segunda, a necessidade legal de se permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; terceira a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; quarta, para satisfazer as três primeiras finalidades, dever-se-ia dar ao paciente as garantias necessárias que sua vontade seria cumprida (GONZÁLES; RIBEIRO, 2006, p.63).

Nesse período, surgiram algumas tentativas de aprovação de legislação para amparar o testamento vital em vários estados americanos. Também, alguns casos rumorosos foram alterando o entendimento jurisprudencial nestes estados, a fim de confirmar a autonomia do indivíduo sobre a seu corpo, sua vida e sua morte.

Após a exposição feita por Louis Kutner, alguns estados americanos

buscaram infrutíferas vezes a aprovação de legislação específica para o tema. No entanto, o segundo marco teórico e legal sobre a matéria se deu com a decisão judicial prolatada no caso Quinlan, em 1976.

Com 21 anos, Kara Ann Quinlan, por causas controversas, entrou em estado vegetativo sem perspectiva de melhora e parou de respirar, sendo necessária a utilização de respirador mecânico. Seus familiares solicitaram o desligamento dos aparelhos, sendo o pedido negado pelo médico responsável por motivos éticos e morais. Com a negativa, os familiares ajuizaram ação buscando uma autorização para tomar as decisões relativas ao tratamento da filha.

A Corte do estado de Nova Jersey se pronunciou, autorizando a retirada da ventilação mecânica, e fixou as seguintes orientações, em tradução própria: se o paciente está em situação de incapacidade para participar das decisões sobre seu tratamento, alguém tem de fazer por ele; se a decisão puder resultar na morte do incapaz, a decisão deve ser tomada por seus familiares e por seus médicos, não por uma corte; as decisões devem considerar o quão invasivo será o tratamento proposto, e se torna possível a recuperação do paciente; todos os pacientes tem o direito de recusar um tratamento, mesmo que da decisão resulte a sua morte (SCHLISSEL, 2013). Esta decisão foi um agente catalisador para tentativa de produção legislativa nos estados americanos e ampliou a discussão sobre o tema.

Em 1976, o Estado da Califórnia aprovou o Natural Death Act, que tornava eficaz o documento produzido pelo paciente que não desejava tratamento para manutenção da vida, quando feito por escrito e certificado por dois outros médicos a sua condição de inconsciência permanente ou estado terminal, rejeitando até mesmo hidratação e alimentação artificial, mas sem excluir medicação para aliviar a dor ou medidas que visassem o conforto. O documento só seria válido quando produzido por maiores de 18 anos e teria validade de 5 anos, não sendo eficaz durante a gravidez, quando a paciente for gestante (PENALVA, 2010, p.175).

Outro marco para a afirmação do testamento vital como instituto válido foi o caso Nancy Cruzan, julgado pela Suprema Corte Americana em 1990.

Cruzan sofreu graves ferimentos em um acidente de carro, restando em estado vegetativo irreversível, sendo negado, pelos responsáveis do hospital em que estava internada, o pedido de seus pais para cessarem a nutrição e hidratação artificial sem autorização judicial, pois isso resultaria na sua morte. O desejo teria sido informado pela paciente a uma colega de quarto, quando estava na faculdade, mas não foi feito por escrito.

O julgamento foi bastante polêmico, sendo o pedido dos pais de Nancy acolhido por cinco votos favoráveis e quatro contrários, e de tão rumoroso levou a aprovação de uma lei federal, em 1991. Afirma Luciana Dadalto (2010, p.82) que o *Patient Self Determination Act* determina que as instituições médicas forneçam informações sobre os seus direitos aos pacientes adultos, incluindo o de aceitar e recusar medicamentos e tratamentos cirúrgicos, e de preparar uma medida diretiva antecipada.

Na Europa e na América Latina a aceitação da teoria do testamento vital se deu de forma mais lenta e tardia, pois ao contrário da política neoliberal americana, valorizou-se o Estado como financiador da saúde. Com um sistema de assistência estatal coletivizada, em que os usuários e familiares buscam desfrutar ao máximo o tratamento oferecido pela rede de saúde pública, ocasiona-se uma busca pela manutenção do tratamento dos pacientes terminais, e não a sua renúncia.

A discussão do testamento vital nesses países é mais recente, ocorrendo a partir da década de 1990, quando países europeus passaram a legislar sobre a matéria, definindo a sua abrangência e requisitos para sua validade. Em 1997 a comunidade europeia assinou a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, que em seu artigo 9º dispôs sobre a vontade manifestada anteriormente pelo paciente.

Mais recentemente, a teoria do testamento vital chegou à América Latina, havendo legislação própria no Uruguai e Argentina, e uma ampla discussão acerca do tema em outros países.

3 O TESTAMENTO VITAL NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E NO BRASIL

Visando um melhor entendimento do testamento vital como um instituto jurídico válido e eficaz é necessária a sua análise através da experiência estrangeira. Para tanto, selecionou-se as legislações espanhola, portuguesa, uruguaia e argentina a fim de analisar como tem sido utilizado o testamento vital, seus requisitos e características especiais em cada uma das previsões legislativas estrangeiras.

Ademais, é necessária a verificação dos fundamentos jurídicos que sustentam o testamento vital como instrumento válido para manifestação da vontade ante a legislação brasileira.

3.1 LEGISLAÇÃO ESPANHOLA

A Lei Federal nº 41 de 2002, positivou as diretivas antecipadas em âmbito nacional, após legislação anterior em territórios autônomos como Galícia e Catalunha. A norma regula a autonomia do paciente, direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica.

São destacados pelo legislador espanhol o princípio da dignidade da pessoa humana, o respeito pela autonomia da vontade, o direito à informação e o direito à intimidade nas relações entre pacientes, profissionais e estabelecimentos da área de saúde. Em seu artigo 8º, o texto legal prevê que toda atuação no âmbito da saúde, necessita do consentimento livre e voluntário do paciente, devendo ser escrita nos casos de intervenção cirúrgica, procedimentos invasivos ou que possam gerar repercussões negativas na saúde do mesmo (ESPANHA, 2002).

No ordenamento espanhol, o testamento vital é nomeado como "*instrucciones previas*". O artigo 11 da lei espanhola dispõe que pelas instruções prévias uma pessoa maior de idade, capaz e livre, pode manifestar antecipadamente sua vontade sobre os cuidados e o tratamento

de sua saúde ou, sobrevivendo o seu falecimento, sobre o destino do seu corpo ou de seus órgãos (ESPANHA, 2002).

Ademais, o outorgante poderá designar um representante para ser interlocutor com a equipe médica e garantidor do cumprimento da vontade expressa no documento. Luciana Dadalto, ao analisar a lei espanhola, dispõe que:

Em linhas gerais, as instruções prévias na Espanha devem conter instruções à equipe médica sobre o desejo de que não se prolongue artificialmente a vida, a não utilização dos chamados tratamentos extraordinários, a suspensão do esforço terapêutico e a utilização de medicamentos para diminuir a dor, entre outras (PENALVA, 2010, p. 92).

As instruções prévias deverão ser incluídas no histórico clínico do paciente e poderão ser revogadas a qualquer tempo, na forma escrita. Além disso, não deverão ser aplicadas as que são contrárias ao ordenamento jurídico, a *lex artis*, ou que não correspondam ao pressuposto de fato que foi previsto no momento da manifestação da vontade.

Por fim, visando o cumprimento e eficácia em todo o território espanhol, o legislador determinou a criação do Registro Nacional das instruções prévias, atrelado ao Ministério da Saúde do país.

3.2 LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

A Lei 25/2012 foi publicada em 16 de julho de 2012, passando a vigorar 30 dias após este marco temporal, e tem como objetivos estabelecer o regime das diretivas antecipadas da vontade, através do testamento vital e da procuração de cuidados de saúde e ainda criar o Registro Nacional do Testamento Vital no país. Em seu artigo 2º, 1, a legislação portuguesa define o testamento vital como:

[...] o documento unilateral e livremente revogável a qualquer tempo pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontra interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua

vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (PORTUGAL, 2012).

Já a procuração de cuidados de saúde, de acordo com o artigo 11º da referida lei, consiste na outorga de poderes representativos pelo outorgante ao outorgado para decidir sobre os cuidados de saúde a serem dados, ou não, quando o primeiro se encontrar incapaz de expressar sua vontade pessoal.

Através do conceito expresso no texto legal e em seu artigo 4º, verificam-se os requisitos para validade do documento: a maioridade do seu autor, que no ordenamento português também é de 18 anos; a capacidade, não podendo se encontrar interdito ou inabilitado por doença psíquica, e o consentimento livre e esclarecido.

A lei determina ainda a formalização do documento, com a sua assinatura perante notário ou funcionário do Registro Nacional do Testamento Vital. E mesmo sendo revogável e sujeito a alterações a qualquer tempo, o testamento vital ou a procuração de saúde tem o prazo de cinco anos, devendo ser confirmado pelo autor quando chegar ao fim este período.

A vontade do outorgante deve ser clara e inequívoca, e segundo o artigo 2º, 2, pode o indivíduo versar sobre:

- a) não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico da vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural da morte;
- c) receber cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapia sintomática apropriada;

d) não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;

e) autorizar ou recusar participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos (PORTUGAL, 2012).

Cabe ressaltar que a legislação portuguesa determinou limites à vontade do indivíduo, expressos no artigo 5º da legislação, sendo considerado juridicamente inexistente o documento que prevê determinação contrária à lei, à ordem pública ou que determine atuação contrária às boas práticas, em que o outorgante não tenha expressado sua vontade de forma clara e inequívoca ou quando o cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, como previsto nos artigos 134º e 135º do Código Penal Português (PORTUGAL, 2012).

Tais enunciados legais preveem, respectivamente, os crimes de homicídio a pedido da vítima, que incorre “quem matar pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito” (PORTUGAL, 1995), sendo punido com pena de prisão de até 3 anos, e o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio, que incorre “quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim” (PORTUGAL, 1995), sendo punido com pena de prisão de até 3 anos, se o suicido for tentado ou consumar-se.

Também não serão respeitadas as diretivas antecipadas, consoante o artigo 6º, nos casos em que: se comprove que o outorgante não desejaria mantê-la; seja evidente a desatualização da vontade do outorgante em face ao progresso terapêutico; não correspondam às circunstancias previstas no documento (PORTUGAL, 2012).

Ademais, o mesmo artigo determina que as diretivas não devam ser levadas em consideração quando, em caso de urgência ou perigo imediato do paciente, o acesso ao documento possa implicar em uma demora que agrave os riscos para vida ou saúde do paciente.

Outro aspecto importante da legislação portuguesa é a previsão

do direito à objeção de consciência, que assegura aos profissionais de saúde o direito a objetar-se quando se depararem com disposição prevista nas diretivas antecipadas que considerem contrária aos seus valores morais e profissionais. Ocorrendo a objeção de consciência, deverá o profissional indicar a qual disposição se refere e remeter o tratamento do paciente a outro profissional ou estabelecimento de saúde que compreenda de forma diversa esta disposição e possa cumprir a determinação do paciente.

3.3 LEGISLAÇÃO URUGUAIA

No Uruguai, a *Lei* nº 18.473/2009 estabelece o instituto da vontade antecipada. Segundo o texto legal, toda pessoa maior de idade e psiquicamente saudável, de forma voluntária, consciente e livre, tem o direito de se opor a tratamentos e procedimentos médicos, salvo quando tal oposição colocar em risco à vida de terceiros.

Aos mesmos indivíduos é garantido o direito de expressar antecipadamente sua vontade, podendo se opor a um futuro tratamento médico que prolongue sua vida em detrimento da qualidade da mesma, caso seja diagnosticado com uma doença incurável e irreversível e se encontre em estado terminal. Pode também expressar ser favorável a estes tratamentos.

O documento deve respeitar a forma escrita, e ser assinado pelo titular e duas testemunhas, facultando ao autor realizá-lo perante notário para averbá-lo em escritura pública ou ata notarial, e seja em que forma for produzido, deve ser incorporado ao histórico clínico do paciente. A revogação pode ser feita de forma verbal ou escrita, devendo ser também apontada no mencionado histórico clínico.

O artigo 6º da lei determina que sempre deva constar a nomeação de uma pessoa maior e capaz para a figura de representante do paciente (URUGUAI, 2009).

Caberá a este representante zelar pelo cumprimento da vontade que foi expressa, quando o titular se encontrar incapaz. O instituidor poderá designar substitutos para o representante originário, caso este não possa ou não queira atuar no momento necessário. A garantia de seu cumprimento também caberá às instituições de saúde, públicas ou privadas, devendo incorporar ao histórico clínico, conforme o expresso no artigo 10º (URUGUAI, 2009).

Na hipótese de um paciente terminal, de doença incurável e irreversível, que não tenha produzido documento para expressar sua vontade, e se encontre incapacitado para fazê-lo, caberá ao cônjuge ou convivente, e na ausência destes, ao familiar em grau mais próximo de consanguinidade a tomada de decisões. A legislação inova ao dispor sobre os incapazes, interditos, crianças e adolescentes, pois determina a sua participação na tomada de decisão e a consulta da opinião deles antes da tomada de decisão, nos casos em que estes possuam um grau de discernimento ou maturidade suficientes para participar da mesma.

A norma legal uruguaia também prevê o direito de objeção de consciência ao médico responsável, devendo este ser sub-rogado por outro profissional.

3.4 LEGISLAÇÃO ARGENTINA

A lei 26.529 foi aprovada no Congresso Argentino, promulgada em 11 de novembro de 2009, e alterada em maio de 2012 pela lei 26.742, conhecida internacionalmente como “Lei da Morte Digna Argentina”. A legislação traz uma previsão mais geral, pois não trata somente sobre as diretivas antecipadas de vontade, versando também sobre os direitos dos pacientes em relação aos profissionais e instituições de saúde.

São direitos do paciente, expressos no artigo 2º: direito à assistência, tratamento digno e respeitoso, direito à intimidade, confidencialidade, autonomia da vontade, direito à informação e à interconsulta médica. O

mesmo artigo, ao tratar da autonomia da vontade, determina:

[...] o paciente que apresente uma doença irreversível, incurável ou se encontre em estado terminal, ou tenha sofrido lesões que o coloquem na mesma situação, informado de forma confiável, tem o direito a manifestar sua vontade quanto à recusa de procedimentos cirúrgicos, de reanimação artificial ou retirada de medidas de suporte vital, quando são extraordinárias ou desproporcionais em relação com a perspectiva de melhora, ou produzam sofrimento excessivo. Também poderão recusar procedimentos de hidratação ou alimentação, quando os mesmos produzam como único efeito o prolongamento no tempo desse estado terminal irreversível ou incurável (ARGENTINA, 2009).

Em seu artigo 11º a lei dispõe que toda pessoa capaz, maior de idade, pode dispor diretivas antecipadas sobre sua saúde, podendo consentir ou recusar determinados tratamentos médicos, preventivos ou paliativos, e decisões relativas à sua saúde (ARGENTINA, 2009).

As diretivas antecipadas deverão ser feitas por escrito, perante escrivão público ou juizados de primeira instância, na presença de duas testemunhas. O documento poderá ser revogado a qualquer tempo por seu autor.

O texto legal é expresso ao tratar dos limites da vontade do indivíduo, em tradução própria: “As diretivas deverão ser aceitas pelo médico assistente, salvo as que impliquem o desenvolvimento de práticas de eutanásia, que serão consideradas como inexistentes.” (ARGENTINA, 2009).

Além disso, o artigo 11 *bis* determina que nenhum profissional envolvido no tratamento, que tenha agido de acordo com as disposições da lei está sujeito a responsabilidade civil, penal e administrativa, derivadas do cumprimento da mesma.

O legislador argentino inovou também ao determinar que as crianças e adolescentes tenham direito a intervir na tomada de decisão quanto aos tratamentos e procedimentos médicos que envolvam a sua vida ou saúde.

3.5 O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

Não existe qualquer disposição sobre o tema na legislação federal brasileira, sendo também tema pouco tratado pelos doutrinadores e pela jurisprudência nacional. Não obstante a falta de interesse da comunidade jurídica, a comunidade médica debate amplamente e há algum tempo, acerca dos direitos dos pacientes terminais.

O Conselho Federal de Medicina foi o agente catalisador das discussões sobre o testamento vital e os direitos dos pacientes terminais através de três resoluções: a Resolução nº 1.805/2006, o novo Código de Ética Médica e a Resolução 1.995/2012. A primeira autoriza a prática da ortotanásia pelos médicos, destacando a vontade do paciente, conforme sua emenda:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

Após sua publicação, o Ministério Público Federal do Distrito Federal ajuizou Ação Civil Pública em face do Conselho Federal de Medicina, a fim de revogar ou obrigar a alteração no texto da Resolução, pois entendia que não era competência do órgão tratar sobre o tema. Conforme assevera Karin Regina Rick Rosa (2013, p. 372), o processo suspendeu por quatro anos a vigência da Resolução, até que em 2010 foi julgado improcedente o pedido do Ministério Público e revogada a liminar que suspendia os efeitos da referida Resolução.

Posteriormente um novo Código de Ética Médica foi instituído através da Resolução 1.897 de 2009, e novamente o Conselho Federal de Medicina fez previsão sobre a ortotanásia, no parágrafo único de seu artigo 41:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem

empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em conta a vontade expressa do paciente [...] (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

Cabe ressaltar também o artigo 24, que garante aos pacientes o direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou sobre seu bem estar, como também exercer sua autoridade para limitá-lo.

O Conselho Federal de Medicina inovou com a Resolução 1.995/2012, ao dispor sobre o testamento vital, nomeado de “diretivas antecipadas da vontade” conforme consta no texto normativo, destacando a relevância da questão da autonomia da vontade na relação médico-paciente e a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face de situações de doenças terminais ou incuráveis.

O artigo 1º da norma define as diretivas como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

A vontade manifestada deve ser considerada e prevalece sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive ao desejo dos familiares, conforme o previsto nos §§ 1º e 2º do artigo 2º (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). O médico poderá deixar de levar em consideração as diretivas quando estiverem em desacordo com o Código de Ética Médica.

O Conselho não estabeleceu na Resolução nada quanto à forma em que deveriam ocorrer as diretivas, permitindo ao paciente manifestá-las diretamente ao médico, sendo que neste caso elas deverão ser anotadas no seu prontuário. E, por fim, o § 5º do artigo 2º dispõe sobre os casos em que a vontade do paciente não é conhecida, não havendo familiares, representantes ou mesmo discordância entre eles.

Cabe destacar que o Ministério Público Federal de Goiás ingressou com ação civil pública em face do Conselho Federal de Medicina objetivando a revogação da Resolução 1.995. Segundo Karin Regina Rick

Rosa (2013, p. 373), o pedido de antecipação de tutela foi indeferido, sob o fundamento de ausência de plausibilidade das alegações. A ação continua em andamento.

Não obstante a falta de legislação federal, o testamento vital deve ser considerado válido e eficaz no ordenamento brasileiro, não somente pelas disposições do Conselho Federal de Medicina, mas como instrumento garantidor da autonomia do paciente terminal. No mesmo sentido prelecionam Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto Penalva:

Concordar que o testamento vital só pode ser válido ante a existência de norma específica é engessar o sistema normativo brasileiro e ignorar a existência e aplicação de princípios constitucionais, normas que, per se, possuem conteúdo aberto e se moldam a uma vasta gama de situações jurídicas, inclusive aquelas não tipificadas em regras. Logo, a validade do testamento vital no Brasil não está, e nem poderia estar, submetida à positivação, posto que existem princípios jurídicos capazes de validar essa manifestação de vontade, independentemente de lei específica (PENALVA; TEIXEIRA, 2010, p. 72)

A validade do instituto no ordenamento nacional se dá através da interpretação principiológica do sistema jurídico brasileiro, baseado na dignidade da pessoa humana que é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme o Art 1º, III, da Constituição Federal, e nas liberdades individuais, expressas através da autonomia da vontade, princípio implícito no artigo 5º. O texto constitucional também prevê, em seu artigo 5º, III, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988).

O tratamento desumano vedado pela Carta Magna deve ser entendido como aquele que ofende a dignidade humana. E com uma interpretação extensiva dos princípios constitucionais, ao obrigar o indivíduo a receber um tratamento com o fim de apenas prolongar a vida no tempo, contra sua vontade expressa, deve ser tido como tratamento desumano.

Além dos princípios constitucionais, é importante o auxílio do Código Civil Brasileiro que, em seu artigo 15 prevê expressamente que

“ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico, ou intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002).

O testamento vital pode ser analisado com fulcro no artigo 425 do Código Civil (BRASIL, 2002), como um “contrato atípico, um negócio jurídico unilateral, extrapatrimonial, consensual e não solene”, em conjunto com o art. 107 do mesmo diploma legal, que determina que a validade de declaração de vontade não dependerá de forma especial, salvo quando a lei assim exigir.

Ao se inserir no sistema jurídico brasileiro através dos preceitos do ordenamento civil, a validade do documento fica atrelada aos requisitos presentes no art. 104, sendo necessária: capacidade do agente e objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

É conveniente ressaltar ainda que mesmo sem forma específica, quanto maior a publicidade dada ao testamento vital maior será sua segurança jurídica. Se realizado perante escrivão público terá presunção de veracidade, assim como todos os outros atos por ele lavrados, apresentando grande vantagem em relação aos atos particulares.

Uma das precursoras do testamento vital, sob o viés jurídico, Luciana Dadalto Penalva (2010, p.141-145), apresenta uma proposta legislativa, em que propõe a criação de um Registro Nacional de Declarações Prévias, além de apresentar conceitos, requisitos e limites a serem impostos aos autores dos documentos.

4 BIOÉTICA E OS LIMITES AO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Como explanado anteriormente, para ser considerado válido e eficaz no direito pátrio o documento firmado pelo paciente deve estar de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, seja quanto aos requisitos impostos pela legislação civil, como quanto aos limites impostos pelos

preceitos da bioética, aos quais estão adstritos os profissionais da área da saúde, e à legislação penal.

A validade e eficácia dependem de um objeto lícito possível, determinado ou determinável, portanto, não é autorizado ao indivíduo dispor sobre ações ou omissões que contrariem o Código Penal Brasileiro, sob pena de as mesmas serem consideradas inválidas. Também deverão ser levados em conta para a eficácia do documento os princípios da bioética e a *legis artis*, pois os profissionais da saúde não poderão agir em desacordo com o seu Código de Ética ou contra outras normas que regem a atividade profissional, conforme afirma Diego Oliveira da Silveira:

Os princípios da bioética constituem um relevante referencial a ser apreciado pelos profissionais da saúde e/ou pelos operadores do direito e das áreas interdisciplinares para decidir qual a conduta que deve ser tomada no caso de pacientes terminais e que desejem morrer com dignidade (SILVEIRA, 2013, p. 257)

Conceitos oriundos da bioética e da comunidade médica devem ser analisados para melhor compreender as decisões expressas no testamento vital, e o momento em que as disposições serão aplicadas. Além disso, conceitos como eutanásia, distanásia, ortotanásia, suicídio assistido, também com origem na doutrina médica, e o tratamento dado a eles pela doutrina e jurisprudência penalista são de suma importância para o estudo dos limites para vontade expressa no testamento vital e, portanto, serão analisados individualmente.

4.1 A MORTE CEREBRAL, O ESTADO VEGETATIVO PERSISTENTE E O PACIENTE TERMINAL

Considera-se morta a pessoa quando cessarem suas atividades cerebrais. Este critério é o adotado pela legislação brasileira, artigo 3º da Lei 9.434 de 1997, conhecida como Lei dos Transplantes, regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 7.311 também de 1997. Quando constatada a morte cerebral, mas ainda existentes as

funções cardíacas e respiratórias, através de aparelhos ou não, há apenas vida aparente, mas não há pessoa viva, como preleciona José de Oliveira Ascensão (2009, p.425).

O entendimento do Conselho Federal de Medicina, expresso no parecer 7311/97, é de que após a constatação da morte cerebral os tratamentos de manutenção das outras funções vitais poderão ser suspensos pela equipe médica, até mesmo nos casos de discordância dos familiares (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997).

O estado de coma, de acordo com Andrade et al.(2007, p.124), consiste no estado de inconsciência de si mesmo e do ambiente, em que o paciente permanece de olhos fechados. É reversível. Os mesmos autores afirmam que no estado vegetativo persistente o paciente se encontra alerta, mas permanece com incapacidade de reagir ou interagir com estímulos ambientais (ANDRADE et al., 2007, p.125).

A vida do paciente em estado vegetativo persistente pode ser prolongada por longo período de tempo, através da alimentação e hidratação, mas não depende de tratamentos mecânicos ou tratamentos invasivos, como asseveram Ana Carolina Teixeira e Luciana Penalva (2010, p.78).

Há ainda a distinção do paciente terminal. Este pode se encontrar consciente, em coma ou ainda em estado vegetativo persistente, pois sua condição advém de doença incurável ou irreversível. Maria Elisa Villas-Bôas conceitua como:

[...] o paciente que se encontra em fase tal de sua patologia, que evoluirá inexoravelmente para o óbito, em estado de tempo relativamente curto e previsível, sem que haja nenhum recurso médico capaz de evitar esse desfecho e independentemente dos esforços empregados (VILLAS-BÔAS, 2010, p.245).

Em face de tal condição, a autora defende que restam três opções para o paciente ou sua família: prolongar ao máximo sua existência, através de drogas e aparelhos; apressar o fim da vida, por uma conduta ativa ou

passiva; ou promover cuidados paliativos, a fim de minimizar a dor e o sofrimento (VILLAS-BÔAS, 2010, p.247). Foi para o paciente terminal que foi pensado o testamento vital, que tem como fim o de documentar qual das opções disponíveis ele deseja que seja tomada quando não puder expressar sua vontade.

4.2 CUIDADOS PALIATIVOS E OBSTINÇÃO TERAPÊUTICA

A evolução da medicina e possibilidade de manutenção da vida por um longo período de tempo, com o advento de novas drogas e aparelhos, trouxeram novas discussões acerca da limitação da atuação médica ante o bem estar dos pacientes.

Com esta discussão, surgiu a teoria dos cuidados paliativos, que segundo a Organização Mundial de Saúde é uma abordagem para o paciente terminal e sua família, que visa à melhora da qualidade de vida através da prevenção e alívio do sofrimento por meio da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais e espirituais.

A teoria paliativista se contrapõe à obstinação médica, também chamada de distanásia ou ainda tratamento fútil e inútil. Esta é conceituada por Pessini (2005, p.39) como a ação, intervenção ou procedimento médico que não atinge o objetivo de beneficiar a pessoa em fase terminal e que prolonga inútil e sofridamente o processo de morrer, procurando distanciar o momento da morte. Com a distanásia há apenas o prolongamento do processo da morte, e não da vida do paciente, através de medidas extraordinárias e tratamentos desproporcionais.

Teresa dos Reis e Carlos Henrique Silva (2010, p.397) definem as medidas extraordinárias como condutas novas ou experimentais, normalmente invasivas e de tecnologia complexa. Já o tratamento desproporcional, segundo os mesmos autores, deve ser entendido como aquele que, embora possa trazer algum benefício, o faz à custa de muito

sofrimento, altos custos e poucos resultados finais.

Ao tratar da responsabilidade civil do médico em casos de distanásia, a autora Cecília Lôbo Marreiro propõe a análise do caso clínico hipotético, a seguir:

Sr. X, 64 anos, médico, portador de uma neoplasia gástrica avançada, com metástases pulmonares, hepáticas e renais, sem indicações de quimioterapia e radioterapia, procura um hospital sentindo fortes dores abdominais e moderada dispneia. No momento de sua admissão, estando clinicamente consciente e ciente de sua terminalidade, expressa, perante o médico assistente, o desejo de permanecer sob cuidados paliativos e na companhia de sua família, bem como de não ser transferido para UTI quando de uma eventual piora clínica e/ou parada cardiorrespiratória. No segundo dia de internação, o Sr. X, na presença do médico assistente e de seus familiares, tem uma parada cardiorrespiratória. Nesse momento, o profissional, não levando em conta a vontade do paciente e de sua família, realiza manobras de ressuscitação cardiopulmonar e encaminha o paciente para UTI. O Sr. X permanece assim atrelado a vários tubos, submetendo-se a diversos procedimentos invasivos; o seu corpo passa a ser uma extensão das máquinas [...] Depois de uma semana de internação na UTI, o Sr. X vai a óbito em um ambiente solitário e frio, sem ter a oportunidade de se despedir daqueles que o amavam [...] (MARREIRO, 2013, p. 313-314).

O caso exemplificativo proposto demonstra o quão agressiva à dignidade do paciente e dos familiares pode ser a prática da distanásia em um quadro de terminalidade da vida.

Ao dissertar sobre o tema, a autora Maria Elisa Villas-Bôas (2008, p.64) ressalta a gravidade da distanásia quando é feita à revelia do paciente, como forma de obter vantagens econômicas, através da utilização de medidas dispendiosas e desnecessárias, ou até mesmo por vaidade profissional, em que o profissional define a morte como uma derrota. Defende que essas condutas podem encontrar enquadramento típico, uma vez que representam lesão à integridade física do paciente.

4.3 ORTOTANÁSIA

4.3.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

A ortotanásia, oriunda etimologicamente das expressões gregas *orthos* (correto) e *thanatos* (morte), tem como significado a morte no seu tempo correto. Na prática da ortotanásia não há interferência no momento da morte, nem para adiantá-lo nem para encurtá-lo. Diz-se que a ortotanásia é colocada em prática através de cuidados paliativos.

Guilherme Nucci (2005, p.526), ao confundi-la com a eutanásia passiva, preceitua que esta ocorre quando deixa o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável ou já desenganada pela medicina, tratando-a assim como homicídio piedoso. O que falta nesta definição é o caráter da desproporcionalidade das medidas omitidas, pois somente aquelas que não trarão benefícios ao paciente é que deverão ser suspensas ou suprimidas.

Na definição de Teixeira e Penalva (2010, p.69), a ortotanásia consiste no procedimento terapêutico que visa não prolongar a vida, quando o paciente foi diagnosticado em fase de terminalidade, quando a medicina não possui meios de curar. Sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.805/2006, dispõe que:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

Defende Villas-Bôas (2010, p.255) que a ortotanásia se efetiva mediante condutas médicas restritivas, em que se limita o uso de certos recursos ou através da omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau em que a doença se encontra, mantendo-se os cuidados básicos.

4.3.2 A RESTRIÇÃO OU SUSPENSÃO DE TRATAMENTOS E OS CUIDADOS PALIATIVOS

Ao se tratar da restrição e suspensão de tratamentos, normalmente há a discussão acerca das práticas de não adoção e/ou retirada de medidas de suporte de vida e também quanto à ordem de não reanimação.

Anão adoção ou a retirada de medidas de suporte vital, conforme Villas-Bôas (2010, p.257) consiste na limitação de determinados tratamentos quando seu uso já não representa mais vantagem para o paciente. Estes normalmente são relativos à ventilação mecânica, terapias renais substitutivas, drogas que estimulam o funcionamento cardíaco, além de cirurgias invasivas, combate a infecções, e fortuitamente a alimentação e hidratação artificiais.

Há grande discussão acerca do cessamento da nutrição e hidratação artificial. Alguns autores defendem que a supressão destas implicaria na prática da eutanásia, pois a alimentação e hidratação são inerentes à condição de sobrevivência do ser humano e, portanto, fariam parte dos cuidados paliativos, que não podem ser suprimidos a não ser em casos muito específicos em que tais medidas se tornem

de grande sofrimento.

Esta corrente é a defendida por Teixeira e Penalva, que afirmam:

O conceito médico de cuidados paliativos abarca dentre estes cuidados a hidratação e a alimentação como forma de garantir a dignidade do paciente e de sua família, que em geral sofrem ao saber que foram interrompidos estes suportes vitais por imaginarem que o ente querido morrerá de fome e sede [...] (PENALVA; TEIXEIRA, 2012, p.77).

Outros entendem que mesmo a nutrição e hidratação artificial podem se tornar um incômodo para o doente terminal, havendo a possibilidade da sua supressão. Neste sentido, sustenta Léo Pessini:

Cuidar da higiene do paciente, do seu conforto e alimentação, na medida em que essa pode ser ministrada por via oral, constituem, sem dúvida alguma, cuidados normais. A obrigação ética de recorrer a qualquer outro procedimento que constitui ato médico ou terapêutico, incluindo alimentação artificial, precisa ser avaliada à luz da proporcionalidade entre o ônus para o paciente e para os responsáveis pelo seu bem-estar e os benefícios que razoavelmente possam ser previstos. Não há nenhuma obrigação de iniciar ou continuar uma intervenção terapêutica quando o sofrimento ou o esforço gasto são desproporcionais aos benefícios reais antecipados (PESSINI, 2005, p. 49).

Em relação aos pacientes em estado vegetativo persistente, a doutrina majoritária defende que a retirada da nutrição e hidratação, não seria classificada como ortotanásia, e sim eutanásia, pois seriam fundamentais para a manutenção da vida do paciente.

A ordem de não reanimação, de acordo com Barroso e Martel (2010, p.180), é uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar o paciente terminal, quando ocorrer parada cardiorrespiratória. Ela deve advir da vontade expressa do paciente, e na sua ausência dos familiares, no entanto, em casos determinados pode ser indicação médica a não realização de reanimação, em virtude da gravidade do quadro clínico.

4.4 EUTANÁSIA

4.4.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

A expressão eutanásia advém etimologicamente das expressões gregas *eu* (bom, tranquilo) e *thanatos* (morte, pulsão pela morte), com o significado de “boa morte”, e é um dos termos mais difundidos acerca da intervenção para o fim da vida, com várias proposições de conceituação.

Hodiernamente, segundo Maria Elisa Villas-Bôas (2010, p.250), o conceito predominante é relacionado à antecipação da morte do paciente incurável e em grande sofrimento, movido de compaixão para com ele, de maneira suave e sem dor. O resultado da prática da eutanásia tem dois elementos: o fim do sofrimento e a morte do paciente como meio para alcançar este fim. Em relação ao sofrimento, a mesma autora assevera que este não necessita ser exclusivamente físico, estando também relacionado o sofrimento psíquico, moral, que pode até mesmo ser presumido.

4.4.2 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A doutrina propõe a classificação da eutanásia quanto ao ato praticado, quanto à intenção do agente e quanto ao consentimento do paciente.

Em relação à primeira classificação a eutanásia pode ser ativa ou passiva. A eutanásia ativa é aquela onde a conduta é comissiva, há um agir deliberado a fim de provocar a morte sem sofrimento do paciente, já na eutanásia passiva a conduta é omissiva, a morte decorre de uma suspensão ou omissão proposital de medidas terapêuticas que seriam indicadas naquele caso.

Cabe ressaltar a necessária distinção entre eutanásia passiva e ortotanásia proposta por Villas-Bôas, tendo em vista a comum confusão

entre os dois conceitos e o tratamento jurídico recebido por ambos. Em relação ao tema, a autora afirma:

Na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais, que poderiam beneficiar o paciente. Já as condutas médicas restritivas são lastradas em critérios médicos-científicos de indicação ou não indicação de uma medida, conforme a sua utilidade para o paciente, optando-se conscienciosamente pela abstenção, quando já não exerce a função que deveria exercer, servindo somente para prolongar artificialmente, sem melhorar a existência terminal (VILLAS-BÔAS, 2008, p.63).

Quanto à intenção do agente pode-se classificar a eutanásia em direta e indireta. A primeira diz respeito à intenção imediata de provocar a morte do paciente que sofre através de sua conduta, já na segunda, também chamada de duplo efeito, o resultado morte é efeito indireto da conduta, que *prima face* busca somente amenizar a dor. No primeiro caso a morte é o principal efeito, e o alívio do sofrimento é efeito colateral, no segundo, o principal efeito é aliviar o padecimento, onde a morte corresponde a uma consequência indesejada de um tratamento necessário.

A última classificação proposta diz respeito ao consentimento do enfermo, podendo ser voluntária, involuntária e não voluntária. A eutanásia voluntária é aquela que corresponde à vontade expressa do paciente, a involuntária é a que o ato é realizado contra a vontade do enfermo, e a não voluntária ocorre de forma independente da vontade do paciente, sem que se saiba qual o seu arbítrio.

4.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Conforme explanado anteriormente, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina autorizou aos médicos brasileiros a prática da ortotanásia, juntamente com os cuidados paliativos, e mais uma vez reafirmou a autonomia da vontade do paciente. Tal Resolução foi questionada judicialmente.

Em 2010, ao julgar improcedente a Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal com intuito de declarar nula a Resolução 1.805/2006, no processo nº2007. 34.00.014809-3, o juiz substituto da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Roberto Luis Luchi Demo, asseverou:

Nossa posição se resume, brevemente, em três premissas: 1) o Conselho Federal de Medicina tem competência para editar a Resolução nº 1.805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº1.805/2006 não determinou modificação significativa no dia a dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial [...] (LIPPMANN, 2013, p.83).

Segundo Capez (2011, p.25), do Estado Democrático de Direito advém o princípio da dignidade humana como regulador do Direito Penal, de modo que toda incriminação contrária a tal princípio é substancialmente inconstitucional. Nesta senda, não há que se falar em reprimenda penal na realização da ortotanásia, pois esta não consiste em uma prática que atenta contra a vida e a dignidade humana, e sim busca assegurá-las através de um tratamento adequado ao paciente terminal.

Quanto à eutanásia, o Código de Ética Médica, mesmo sem utilizar expressamente este termo, proíbe o envolvimento dos médicos em sua prática, como exprime o caput do artigo 41º: “É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.”(CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA,2009)

Ademais, sem previsão da eutanásia como crime no ordenamento jurídico brasileiro, sua prática é considerada pela doutrina penal como ilícita, podendo ser tipificada como homicídio ou omissão de socorro. Nesses casos, também estariam inclusas as intervenções realizadas para interrupção da vida dos pacientes em estado vegetativo persistente.

Em uma análise mais geral, diz-se que o indivíduo que pratica

a eutanásia incorre no crime de homicídio privilegiado por ser impelido por relevante valor moral, previsto no artigo 121, § 1º do Código Penal. Bitencourt (2012, p.74-75) destaca que o relevante valor moral é aquele superior, adequado aos princípios éticos dominantes, segundo o qual a moral média reputa enobrecedor. Acerca do assunto o autor preleciona:

Será motivo de relevante valor moral aquele que, em si mesmo, é aprovado pela ordem moral, pela moral prática, como por exemplo, a compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima. Admite-se, por exemplo, como impelido por motivo de relevante valor moral o denominado o homicídio piedoso, ou, tecnicamente falando a eutanásia, embora sem utilizar essa terminologia (BITENCOURT, 2012, p. 75).

No entanto, nem toda prática de eutanásia deve ter a tipificação de homicídio privilegiado. Na eutanásia involuntária, e até mesmo na não voluntária, o ato é feito contra a vontade expressa do paciente, e neste caso, haveria o afastamento do relevante valor moral, pois mesmo em caso de sofrimento não se pode sobrepujar a autonomia da vontade do indivíduo que deseja viver. Caracteriza-se prática de homicídio simples, conforme o artigo 121, caput, ou até mesmo qualificado, se constatada alguma das qualificadoras de modo ou meio do tipo (BRASIL, 1940).

Além disso, quando se tratar de eutanásia passiva, por conduta omissiva própria, há a possibilidade de imputação por omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal (BRASIL, 1940). O indivíduo, ao deixar de providenciar socorro, podendo fazê-lo sem risco pessoal, ao paciente que se encontra em risco iminente de vida, mesmo com o intuito de acabar com o seu sofrimento, por exemplo, incorre no tipo penal de omissão de socorro.

Na hipótese de um médico, que tem o dever de agir e deixa de prestar atendimento ao paciente para acabar com seu sofrimento, quando ainda úteis os cuidados terapêuticos, pratica uma conduta omissiva imprópria. Neste caso, deve haver imputação de homicídio, por conduta comissiva por omissão.

Sem embargo, quando não há mais utilidade na intervenção médica, ou seja, o tratamento não ocasionará melhora em relação ao real estado do paciente, não deverá existir responsabilidade penal pela conduta do médico, neste sentido entende Villas-Bôas, utilizando-se das lições de Paulo Rodrigues e Aníbal Bruno, dentre outros:

Paulo Daher Rodrigues segue a lição de Aníbal Bruno ao entender que quando o médico interrompe cuidados terapêuticos por serem já inúteis, falta-lhe o dever jurídico para agir, não se motivando aí qualquer punição. No mesmo sentido, posicionam-se Élide Sá – sua omissão (do médico) não caracteriza ato delituoso, face à ausência de dever jurídico, se a saúde era objetivo inalcançável – e Paulo José da Costa Júnior – não há dever jurídico de prolongar uma vida irrecuperável (VILLAS-BÔAS, 2010, p.263).

Não há que se falar em responsabilidade penal, pois a conduta médica foi fundada em seu conhecimento científico, além de buscar o conforto e amenizar a agonia do paciente.

Quanto à eutanásia de duplo efeito, onde a morte é apenas uma consequência indireta na busca do alívio da dor do paciente, poderia ser tipificada como homicídio por dolo eventual, onde o agente sabe do risco do resultado morte e assim mesmo segue sua conduta. Contudo, a eutanásia indireta é aceita pela doutrina penal e pela bioética, não recebendo reprimenda penal, pois se entende que as drogas utilizadas para o alívio da dor normalmente são tão fortes, até mesmo tóxicas e quando necessária sua administração, o risco de morte é intrínseco à sua utilização. Como no caso anterior, o médico faz seu uso dentro dos conhecimentos científicos e da *lex artis*.

Por fim, todas as formas de eutanásia diferenciam-se do suicídio assistido, pois este ocorre, de acordo com Rodrigo Batista, quando o paciente retira a própria vida, mas solicita auxílio de outra pessoa para alcançar o óbito, caso não seja capaz de tornar fato sua disposição de morrer. O sujeito que auxilia no suicídio assistido incorre na prática de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, prevista no artigo 122 da lei penal (BRASIL, 1940).

4.6. OS LIMITES AOS DESÍGNIOS EXPRESSOS NO TESTAMENTO VITAL À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme analisado anteriormente, o testamento vital deve seguir princípios e normas do ordenamento jurídico em que está inserido. Deste modo, no ordenamento jurídico brasileiro, além de respeitar as condições da capacidade para os atos da vida civil, a vontade do paciente não pode estar em desacordo com as normas penais vigentes, sob pena de nulidade do documento e responsabilização criminal de quem colocá-las em prática.

Através do necessário exame dos conceitos bioéticos e das respectivas consequências criminais, em primeiro lugar deve-se entender como possível a disposição sobre a prática da ortotanásia, através dos cuidados paliativos e da suspensão ou restrição de intervenções médicas fúteis ou inúteis, em razão do estado terminal que vier a se encontrar. Estas disposições poderão conter, também, a determinação de não reanimação, que é considerada legal nos casos em que não for recomendação médica sua ocorrência.

Sobre o tema, Luciana Dadalto Penalva faz a seguinte análise:

[...] apenas disposições que digam respeito à recusa de tratamento fúteis serão válidas, como por exemplo, não entubação, não realização de traqueostomia, suspensão de hemodiálise, ordem de não reanimação, dentre outros (PENALVA, 2010, p.132).

A autora defende que o paciente autor não poderá dispor acerca da recusa dos cuidados paliativos, por serem estes garantidores do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, não deverão ser consideradas válidas disposições que visam à interrupção da hidratação e alimentação artificial. Nesta senda, seriam consideradas nulas as disposições feitas a fim de cessar os cuidados paliativos de nutrição e hidratação em relação ao estado vegetativo persistente, pois o paciente com este quadro clínico não é considerado paciente terminal.

No ponto de vista de Rosa (2013, p.378), nada impede que o

autor manifeste sua vontade dispondo que todas as medidas possíveis e disponíveis na medicina sejam adotadas, com intuito de preservar e alongar o seu período de sobrevivência.

Por uma interpretação constitucional e jurídica criminal acerca do testamento vital, também deverá carecer de validade qualquer disposição que trate da abreviação da vida antes de seu tempo, caracterizando-se como eutanásia, em qualquer das suas formas, ou até mesmo suicídio assistido, dependendo do caso. Persistindo a prática da vontade inválida do paciente, deverá o agente responder criminalmente pelo fato.

Por fim, sobrevivendo a morte cerebral do paciente poderá haver o desligamento de todos os aparelhos de suporte vital, pois não se fala mais em paciente vivo. No entanto, a aparelhagem poderá ser mantida ligada nos casos de doação de órgãos, conforme Lei 9.434/97.

5 O TESTAMENTO VITAL E O PROJETO DE LEI Nº 236/2012 DO SENADO FEDERAL

Segundo Bitencourt (2017, p.37) o Direito Penal tem como sua principal função a proteção de bens jurídicos fundamentais, que deve possuir um sentido social próprio e, portanto, deve resguardar os direitos de acordo com a valoração moral e ética da sociedade.

O Código Penal vigente, datado de 1940, em muito já foi alterado pontualmente para estar em compasso com as exigências da sociedade, no entanto, as alterações também causaram, por inobservância do legislador, lesões aos princípios reguladores do controle penal, como o da proporcionalidade.

Com isso, surgiram ao longo dos anos vários projetos de reforma ou mesmo de um novo Código Penal, dentre eles, o projeto de Lei do Senado Nº 236/2012, de autoria do Senador José Sarney, que propõe uma reformulação da atual legislação penal. O projeto, que ainda

tramita no Congresso Nacional com grandes chances de ser aprovado, traz alterações importantes sobre temas controversos, como os crimes hediondos, a possibilidade de aborto, descriminalização do uso de drogas, e também sobre as intervenções no fim da vida.

Ao se analisar as alterações previstas na proposta, pode se inferir acerca dos anseios de atualização na legislação penal por conta dos avanços tecnológicos e sociais que mudaram drasticamente valores e modo de vida desde 1940.

Nos casos de intervenção na terminalidade da vida, o legislador propôs interessantes mudanças, podendo ajudar na delimitação da vontade expressa no testamento vital, que nem mesmo possui projeto de lei tramitando.

Em primeiro lugar, o crime de homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, § 3º do anteprojeto (ANTEPROJET...,2012), continua com a mesma diminuição de pena, de um sexto a um terço, presente na atual legislação. No entanto, não mais incorrerão nas penas do homicídio privilegiado os indivíduos que praticarem atos de eutanásia.

O legislador propõe a introdução do crime de eutanásia, previsto no artigo 122 do projeto, com pena expressivamente menor em relação ao homicídio simples, com previsão de pena de prisão de seis a vinte anos no novo texto legal. O artigo 122 tem a seguinte redação:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos (SENADO FEDERAL, 2012).

O § 1º do referido artigo permite ao juiz deixar de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afetividade entre o agente e a vítima. O legislador trata da possibilidade de aplicação de uma excludente da punibilidade, de

acordo com o caso concreto, devendo ser avaliada a relação de parentesco e os laços de afinidade, a fim de auferir o quão envolvido estava o agente em relação ao sofrimento do paciente.

Contudo, considera-se a possibilidade de extinção da punibilidade sugerida pelo parágrafo examinado, uma perigosa abertura para prática da eutanásia entre familiares ou afins. No § 2º o legislador alvitrou uma excludente da ilicitude para os casos de ortotanásia, conforme a redação dada:

Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstancia esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão (SENADO FEDERAL, 2012).

Com esta redação, o legislador não limita a vontade do paciente, sendo considerado possível cessar qualquer meio artificial para manutenção da vida. Ressalta-se ainda a necessidade da certificação do estado terminal por dois médicos e a valoração dada à vontade do paciente, sendo imprescindível sua autorização, quando for possível exprimi-la.

Em relação ao testamento vital, a nova legislação penal traria maior segurança jurídica às disposições relacionadas à prática de ortotanásia, tendo em vista a sua classificação como conduta lícita. O anteprojeto também não traz limites à suspensão ou recusa de tratamentos de apoio vital, fornecendo maior liberdade para o indivíduo no momento de realizar a escolha dos tratamentos que acha adequados aos seus valores, caso futuramente se encontre em estado terminal.

Além disso, pela redação sugerida, podem-se considerar válidas as disposições de um testamento vital que verse sobre o estado vegetativo persistente, pois a proposta parlamentar não exige o estado terminal para prática da ortotanásia, e sim que o paciente esteja acometido de doença grave incurável, onde aqueles também se enquadram.

Por fim, a tipificação do crime de eutanásia, no contexto do testamento vital, ainda traria a consequência de nulidade das disposições feitas com intuito de realização da prática, sobrevivendo o estado terminal. No entanto, tendo em vista a aplicação da excludente da punibilidade, prevista no § 1º, do artigo 122 (SENADO FEDERAL, 2012), a disposição do paciente solicitando a prática da eutanásia seria de grande valia para o agente, tendo em vista o caráter subjetivo contido na referida norma para avaliação do julgador na sua aplicação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terminalidade é um momento na vida de todos os seres vivos, sendo ele rodeado de superstições, incertezas, rituais, preceitos religiosos, morais e éticos. É tema sobre o qual muitos não gostam de discutir, ou até mesmo pensar.

Atualmente, o fim da vida tem sido amplamente discutido sob o viés da bioética e do biodireito, que buscam traçar os limites da ciência em face do bem estar e dos direitos do paciente que já se encontra no declínio da vida.

As novas tecnologias e os avanços da biotecnologia trouxeram um aumento na expectativa de vida, podendo-se manter um indivíduo vivo por longo período de tempo.

No entanto, discute-se o real benefício da utilização de aparelhos e medicamentos para aumentar o período de sobrevivência, quando o paciente já se encontra em estado terminal. Há controvérsia quanto ao direito do próprio paciente aceitar ou recusar determinados tratamentos.

Desse debate, originou-se o instituto do testamento vital, entendido como instrumento jurídico pelo qual qualquer pessoa capaz poderia discorrer sobre quais tratamentos deseja ou não receber, caso se encontre em estado terminal e incapaz de expressar-se, baseando-se nos

valores em que acredita e que regeram toda a sua vida. O testamento vital serve como garantia da autonomia da vontade e dignidade da pessoa até o fim da sua vida.

Sem qualquer disposição legal e sendo pouco discutido em âmbito nacional, diferentemente do que ocorre em países como Portugal, Espanha, Uruguai e Argentina, o testamento vital foi introduzido no país através da Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina, estando ainda *sub judice*.

A análise da legislação estrangeira demonstrou a importância de uma lei que trate do assunto, estabelecendo requisitos formais e materiais para sua validade e eficácia, além de delimitar conceitos e limites, tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo.

Porém, concluiu-se que o testamento vital deve ser considerado como documento válido e eficaz no ordenamento nacional, pois é meio de garantia de direitos e princípios constitucionais, além de poder enquadrar-se nos preceitos do Código Civil Brasileiro. Contudo, para sua validade as disposições não podem ferir as regras do ordenamento jurídico nacional, devendo ser lícitas, possíveis e determináveis.

O Direito penal aparece, nesse contexto, como balizador da vontade expressa no documento, pois se a vontade for contrária à legislação penal, quem a colocar em prática incorrerá nos tipos penais correspondentes à prática. Por isso, foi importante analisar conceitos de bioética, como eutanásia, ortotanásia e a sua delimitação conceitual para dirimir confusões e permitir uma melhor compreensão desses institutos em face do direito penal brasileiro.

Conclui-se que devem ser consideradas válidas as disposições que visem à prática da ortotanásia, como também a manutenção dos cuidados paliativos. O autor do testamento vital que desejar sua manutenção através de aparelhos, medicamentos e até mesmo tratamentos experimentais, deverá ter suas disposições atendidas.

No entanto, carece de validade qualquer disposição que trate da abreviação da vida antes de seu tempo, vindo assim a se caracterizar a eutanásia ou suicídio assistido. O agente que colocar em prática a vontade inválida do paciente, responderá criminalmente pelo ato.

Finalmente, salientaram-se as alterações propostas pelo Projeto de Lei do Senado Nº 236/2012, que propõe importantes modificações através de uma reforma do Código Penal vigente. Em relação ao testamento vital, tais mudanças ocasionariam uma maior delimitação conceitual, gerando uma segurança jurídica para as disposições do paciente, pois facilitaria a distinção entre o que é lícito e o que não é na hora da produção do testamento vital, podendo facilitar também uma futura previsão legislativa de acordo com o mesmo.

7 REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Salud Pública – Ley 26529**. Derechos Del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>. Acesso em: 18 de jul. 2013.

ANDRADE, Almir Ferreira de. et al. Coma e outros estados de consciência. **Revista de Medicina** [da] Universidade de São Paulo, v.86, n.3, p.123-131, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.423-445.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: **Vida, morte e dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p.178-212.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 853p.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial 2. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 510p.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 de ago. 2013.

_____. **Decreto-lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 5 de jul. 2013.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 6 jul. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, volume 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 645p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer nº7311**, de 17 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/par7311.htm>>. Acesso em: 18 de ago. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº1.805**, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 7 de ago. 2013.

_____. Resolução nº1931, de 17 de setembro de 2009. **Código de Ética Médica** (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

_____. Resolução nº 1995, de 31 de agosto de 2012. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 15 de ago. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Ampl. Silvana Vieira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 362p.

ESPAÑA. **Ley nº41**, de 14 de novembro de 2002. Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones em materia de información y documentación clínica. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso em: 19 de jul. 2013.

GONZÁLES, Miguel Angel Sánchez; RIBEIRO, Diaulas Costa. O novo testamento – testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.91-137.

KUTNER, Luis. Euthanasia: Due Process for Death with Dignity; The Living Will. **Indiana Law Journal** (Indiana, USA), n.54(2), p.201-228, 1979.

LIPPMANN, Ernesto. Testamento Vital: o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013. 101p.

MARREIRO, Cecília Lobo. Responsabilidade civil do médico na prática da distanásia. **Revista Bioética**, v.21, n.2, p.308-317, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009. 914p.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º da constituição da Republica Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007. 335p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1216p.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO Definition of Palliative Care**. 1998. Disponível em: <<http://who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em: 18 de jul. 2013.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 277p.

PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In:

Vida, morte e dignidade Humana. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p.57-82.

PESSINI, Léo. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Revista Bioética**, v.12, n.1, p.39-60, 2005.

PORTUGAL. **Lei 25, de 25 de outubro de 2012.** Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>>. Acesso em: 20 de jul. 2013.

_____. **Código Penal Português.** Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 20 de jul. de 2013.

REIS, Teresa Cristina dos Santos; Silva, Carlos Henrique Debenedito. A futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. In: **Vida, morte e dignidade Humana.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p.385-410.

ROSA, Karin Regina Rick. Testamento vital: aspectos notariais e a Resolução nº 1.995/2012. In: **Família e Sucessões: sob um olhar prático.** Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013. p.369-384.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998.** 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHLISSEL, Eliot. **History of Living Wills.** 2013. Disponível em: <<http://www.schlissellawfirm.com/history-of-living-wills/>>. Acesso em: 10 de jul. 2013.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei 263,** de 10 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 5 de ago. de 2013.

SILVEIRA, Diego Oliveira da. Fim da vida: a morte digna como um direito fundamental. In: **Família e seus desafios**: reflexões pessoais e patrimoniais. 2.ed. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013.

URUGUAI. **Ley nº18473, de 17 de março de 2009**. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>>>. Acesso em: 17 de jul. 2013.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, v.16, n.1, p.61-83, 2008.

_____. Um direito fundamental à ortotanásia. In: **Vida, morte e dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p.239-268.

O PAPEL DAS CONDUTAS ALTERNATIVAS CONFORME O DIREITO (RECHTMÄSSIGEN ALTERNATIVVERHALTEN) NA IMPUTAÇÃO DO RESULTADO NOS CRIMES CULPOSOS

Daniel Leonhardt dos Santos¹

Letícia Burgel²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo questionar a relevância que o critério das condutas alternativas, conforme o direito possui para fins de imputação do resultado nos delitos culposos nos casos em que não é certo, mas apenas provável ou possível, que o comportamento alternativo conforme o direito evitaria o resultado. Busca-se analisar quais critérios devem ser utilizados para determinar a evitabilidade do resultado, questionando se as condutas alternativas conforme o direito devem ser utilizadas como um critério de imputação autônomo ou apenas como um elemento auxiliar, verificando as consequências tanto dogmáticas, como práticas, da sua utilização nos delitos culposos.

PALAVRAS-CHAVES: Condutas alternativas conforme o direito; Imputação do resultado; Teoria do incremento do risco.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As condutas alternativas conforme o direito e a sua (ir)relevância para o Direito Penal. 3. A proposta de utilização das condutas alternativas conforme o direito pela *teoria da evitabilidade (Vermeidbarkeitstheorie)*. 4. A *teoria do incremento do risco (Risikoerhöhungstheorie)* de Roxin como critério para imputação. 5. A teoria do fim de proteção da norma. 6. Considerações finais. 7. Referências.

¹ Doutorando (2015 -) e Mestre em Ciência Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2014), especialista em Ciência Penais (2013) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012). Bolsista integral CAPES (2015-), bolsista integral FAPERGS (2013-2014) e bolsista de Iniciação Científica (2010-2012). Pesquisador.

² Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Estudante.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o papel que as condutas alternativas conforme o direito possuem na imputação do resultado nos delitos culposos na teoria da evitabilidade, na teoria do incremento do risco e na teoria do fim de proteção da norma. A delimitação do problema centrou-se na busca dos critérios a serem utilizados para determinar a evitabilidade do resultado, questionando-se acerca da possibilidade de considerar as condutas alternativas conforme o direito como um critério autônomo de imputação, buscando-se analisar as consequências que podem advir da sua utilização. A escolha da temática se deu em razão da grande discussão dogmática acerca das condutas alternativas conforme o direito, as quais são objeto de inúmeras críticas de renomados doutrinadores, motivo pelo qual selecionamos as principais teorias da imputação que consideram a sua aplicação ou que a rechaçam, analisando os argumentos por elas utilizados, de modo a verificar a (im)possibilidade de aplicação das condutas alternativas conforme o direito nas referidas teorias. Diante do exíguo número de estudos realizados a respeito desse tema em nosso país, mostrou-se academicamente interessante o desenvolvimento de um estudo mais aprofundado. Importante frisar, ainda, que a análise da adequação das condutas alternativas conforme o direito como critério de imputação será centrada apenas aos crimes culposos, excluindo-se, portanto, as condutas dolosas. Ressalta-se que, por ser a análise proposta na presente pesquisa uma verificação de imputação e, dada a restrição imposta, não analisaremos especificamente os crimes culposos; não importando, inclusive, para fins de contraposição com o objeto de pesquisa, o modelo teórico de crime culposos adotado.

As condutas alternativas conforme o direito surgem, como critério, em 1957 no julgamento do “caso do ciclista” pelo Supremo Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof*),³ ocasião em que se abriu espaço, pela primeira vez, em

³ Nesse sentido refere ROXIN: “O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (*Strassenverkehrsordnung*)”. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.)

âmbito jurisprudencial, para a utilização do denominado critério da “conduta alternativa conforme o direito” como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos.⁴ A decisão no caso do ciclista representa um grande progresso no estudo da imputação, uma vez que ela esclarece a conexão que deve existir entre a violação do dever de cuidado e o resultado, pois ela demonstra que, para falarmos em imputação do resultado, é necessário algo além da violação de um dever de cuidado e da sua concretização em um resultado. A ação deve ser negligente, ter contribuído causalmente para o resultado e ser componente necessário para a sua ocorrência.⁵

Esse mesmo método é utilizado pela doutrina como um mecanismo para verificar a existência de uma relação específica entre a conduta e o resultado, chamada de nexó de causalidade da infração de dever. Busca-se observar, por meio de um juízo hipotético, a possibilidade de causação do mesmo dano mediante uma conduta alternativa correta. Assim, questiona-se, ante uma ação imprudente, se o agente deverá ser responsabilizado, uma vez que a lesão provavelmente não teria sido evitada caso ele tivesse respeitado a norma de cuidado.⁶

Dessa forma, analisaremos, no primeiro tópico, as condutas alternativas conforme o direito e a sua relação com o sistema jurídico-penal, no segundo tópico; a relação entre as condutas alternativas conforme o direito e sua tentativa de adequação com a teoria da evitabilidade, no terceiro tópico, a teoria do incremento do risco como critério de imputação e, por fim, no quarto tópico, a teoria do fim de proteção da norma e a proposta de utilização auxiliar do critério estabelecido pelas condutas alternativas conforme o direito à análise do fim de proteção da norma.

2 AS CONDUTAS ALTERNATIVAS CONFORME O DIREITO E A SUA (IR)RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PENAL

No âmbito da doutrina, ROXIN é o protagonista na discussão sobre

⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 82s.

⁵ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*, p. 287.

⁶ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 84.

esse tema nos últimos trinta anos. Para o autor, há três circunstâncias que dão unidade a todos esses casos: (i) o agente se comportou da forma incorreta; (ii) há uma lesão a um bem jurídico e, (iii) não obstante, é possível que o dano também viesse a ocorrer ainda que o autor tivesse agido de acordo com a norma.⁷

Contudo, é importante salientar que nem todo cálculo hipotético é relevante para o tipo, pois nem toda a conduta defeituosa hipotética de um terceiro, ou da própria vítima, tem utilidade para explicar a realização do risco. Assim, segundo FEIJÓO SANCHEZ, somente será relevante para a imputação do resultado o cálculo hipotético relacionado com o cumprimento de certas normas de cuidado e com o risco permitido.⁸ Para o autor, a raiz material do problema das condutas alternativas adequadas ao direito consiste na possibilidade de verificar se o resultado é a realização do risco não permitido (da infração do dever), não sendo coincidência que os casos objetos de reflexão estejam no âmbito de subsistemas em que, ainda que o agente aja com o devido cuidado, sempre haverá um resquício de risco considerável, sendo, em algumas ocasiões, difícil delimitar em que ponto começa, de fato, o risco não permitido.⁹ Com o critério das condutas alternativas conforme o direito, pretende-se combater a ideia de que o criador de um risco não permitido responde não somente pelo risco típico por ele desencadeado, mas também por outros riscos permitidos que tenha criado ou favorecido.¹⁰

⁷ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 236. Sobre esse ponto, ver também: FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 12.

⁸ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 17.

⁹ Para FEIJÓO SANCHEZ, os casos analisados através do juízo hipotético de um comportamento alternativo conforme o direito costumam se produzir no marco das atividades com riscos especiais permitidos (indústria, transporte viário, medicina) que possuem regras gerais de conduta, seja por meio de regras jurídicas (segurança e higiene do trabalho, transporte viário, atividades farmacêuticas) ou da *lex artis* (medicina). São exemplos em que há dúvidas se as regras gerais de cuidado teriam alguma utilidade na situação concreta (FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 12).

¹⁰ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 18

Uma das críticas feitas à utilização de condutas alternativas de acordo com o direito é no sentido de que não é necessário acudir a nenhum comportamento hipotético que não tenha ocorrido no caso concreto para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado. Para FEIJÓO SANCHEZ, todos os casos nos quais se tentou resolver por meio da aplicação desse método se solucionam da mesma forma, pois, do ponto de vista do tipo, não há a realização do risco proibido, mas de um risco permitido ou residual acompanhante, ou seja, o risco permitido, o que, por si só, explicaria a ocorrência do dano, independentemente da conduta transgressora do dever.¹¹

No mesmo sentido se posiciona MARTINEZ ESCAMILLA, ao afirmar que a utilização dos cursos causais hipotéticos não auxilia na averiguação do que realmente aconteceu. Segundo a autora, ao questionarmos o risco criado pelo comportamento de acordo com a norma de cuidado, somente saberemos se o perigo real criado pelo agente é maior ou igual ao permitido, não questionando, no entanto, o que importa para fins de imputação, o que de fato ocorreu no caso concreto.¹² Nota-se que grande parte das críticas são realizadas à respeito da utilização do método hipotético para determinar se a conduta alternativa conforme o direito evitaria a ocorrência do resultado. No caso concreto, suprime-se a conduta negligente do agente substituindo-a pela de acordo com a norma, a fim de verificar a permanência do resultado. Esse juízo hipotético de constatação nada mais é do que uma fórmula da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), o que sem dúvida apresenta inúmeros problemas.

Segundo PUPPE, nos casos de dupla ou múltipla causalidade, como ocorre, por exemplo, no “caso do ciclista”, a teoria da equivalência das condições se mostra insuficiente, uma vez que faz uso de um método de eliminação. Para além disso, muitas vezes não é possível ter conhecimento do número de fatores causais disponíveis, de modo que não se sabe qual poderá substituir qual. A teoria da equivalência das

¹¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 21.

¹² MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 223.

condições pode conduzir também a resultados incorretos, especialmente nesses casos nos quais há múltiplos fatores que influenciam o resultado, pois os fatos são complexos demais para serem resolvidos da forma proposta por essa teoria.¹³

Afirma ainda a doutrinadora que a aplicação da teoria da equivalência das condições, no caso do ciclista, daria causa a absolvição do caminhoneiro, uma vez que eliminado o seu comportamento negligente; o resultado permaneceria existindo, pois a violação do dever de cuidado do ciclista é suficiente para o esclarecimento do resultado.¹⁴ Para PUPPE, quando substituímos um comportamento que fere o dever de cuidado, por um que é de acordo com ele, não examinamos o risco criado pelo agente com a sua conduta negligente, mas sim um risco que o outro sujeito envolvido, com a sua conduta contrária ao dever de cuidado, criou.¹⁵

Contudo, em que pese os argumentos utilizados pela doutrina a fim de fundamentar a utilização das condutas alternativas como um critério para imputação, tal fato irá se deparar com alguns questionamentos inevitáveis, como, por exemplo, qual deve ser a conduta alternativa conforme o direito utilizável como padrão de comparação com a conduta concreta, na hipótese em que se pode vislumbrar várias outras? Qual seria o meio mais eficaz de se determinar a probabilidade de lesão de uma conduta hipotética adequada ao direito? E como atestar, seguramente, que o resultado constituiu a realização de um determinado risco proibido ou de um risco permitido?¹⁶ Tais questionamentos serão objeto dos próximos pontos do presente trabalho.

¹³ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 289-290.

¹⁴ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 291.

¹⁵ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 291.

¹⁶ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.186.

3 A PROPOSTA DE UTILIZAÇÃO DAS CONDUTAS ALTERNATIVAS CONFORME O DIREITO PELA *TEORIA DA EVITABILIDADE (VERMEIDBARKEITSTHEORIE)*

Segundo a *teoria da evitabilidade*, o resultado não deverá ser imputado nos casos em que a lesão não for evitável mediante uma conduta alternativa conforme o direito.¹⁷ De acordo com essa teoria, aquele que provoca um resultado imprudente não deverá responder quando não for possível provar, com uma probabilidade próxima à certeza, que o dano não teria sido produzido se o agente esteve dentro do risco permitido. Ou seja, o autor somente será punido se houver certeza de que o comportamento correto correspondente salvaria o bem jurídico afetado.¹⁸

Parte-se da premissa que o dever de cuidado tem por finalidade evitar resultados típicos, baseando-se no fim de proteção da norma. Assim, se mesmo mediante uma conduta cuidadosa a lesão viesse a ocorrer, tal fato significa que a norma não cumpriu a sua função protetora, de modo que a sua inobservância não terá relevância, devendo ser negada a relação de causalidade entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado. Nessa hipótese, a *teoria da evitabilidade* propõe a absolvição do agente, com base no princípio *in dubio pro reo*.¹⁹ A necessária relação entre a conduta contrária ao dever de cuidado e o resultado conduz à conclusão de que os fatos estão submetidos ao pressuposto de que a lesão era evitável e de que ao agente era possível impedi-la. Assim, se o resultado não for evitável também com a conduta conforme o direito, adequada ao caso concreto, torna-se evidente que a infração ao dever de cuidado seria irrelevante para a sua verificação. Com isso, deverá ser excluída a imputação objetiva do resultado, a qual não se orienta pela causalidade física, mas de acordo com um juízo de adequação.²⁰

¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 13.

¹⁸ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 90.

¹⁹ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 91.

²⁰ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.332.

Segundo TAVARES, para que haja imputação não basta que a conduta do agente tenha violado uma norma de cuidado e causado um resultado, é necessário, ainda, que o perigo deflagrado com a sua ação tenha se concretizado no dano. Isso se dará quando o resultado, produzido pela conduta descuidada, for evitável. Nas palavras do autor, “a inevitabilidade objetiva do resultado constitui, nos delitos culposos, a essência da imputação no tipo de injusto.”²¹

Um setor da doutrina afirma que o método utilizado pela *teoria da inevitabilidade* conduz à impunidade nos casos em que, apesar de alguém matar ou lesionar, existirem outros riscos em reserva que anulam as possibilidades de sobrevivência de um determinado objeto material.²² Segundo os críticos dessa teoria, ela representa um retrocesso, na medida em faz uso de juízos hipotéticos de constatação e da fórmula da *conditio sine qua non*.²³ Para ROXIN, a *teoria da inevitabilidade* é sustentável apenas do ponto de vista teórico, sendo materialmente injusta, pois suas sentenças se mostram insuficientes do ponto de vista político-criminal, uma vez que conduzem a um nível de impunidade socialmente intolerável.²⁴

4 A TEORIA DO INCREMENTO DO RISCO (RISIKOERHÖHUNGS-THEORIE) DE ROXIN COMO CRITÉRIO PARA IMPUTAÇÃO

O critério do aumento do risco foi inserido por ROXIN, em 1962,

²¹ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.333.

²² FEIJÓO SANCHEZ ilustra com o seguinte exemplo: “aquele que matar alguém, que se espera que seja morto por um assassino profissional, não mataria no sentido do artigo 138 ou 139 do C.P. espanhol (homicídio doloso e assassinato). Entretanto, o assassino que esperava também não matou. Portanto, teríamos um assassinato sem autor. Isso levaria à absurda conclusão de que não se pode imputar um resultado sempre que, além do autor do delito, haja outros dispostos a praticá-lo. Poderia colocar-se em perigo a vida de uma pessoa que vai ser posta em perigo por um terceiro (conduta antijurídica em reserva). Tampouco se consumaria o tipo quando uma pessoa criasse posteriormente outro risco, de conformidade com o direito, ou já estivesse em marcha um fato natural lesivo, como o de uma enfermidade mortal (riscos jurídicos em reserva). A norma perde assim, injustificadamente, seu caráter protetivo dos bens jurídicos mais importantes.” (FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 14s).

²³ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 92.

²⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 94.

como um critério de imputação nos delitos culposos²⁵ que, nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima à certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, de acordo com a *teoria do incremento do risco*, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a concretização do dano. Nesses casos, para que haja imputação, é necessário apenas que o agente ultrapasse o risco permitido e aumente a probabilidade de ocorrência do evento danoso, não sendo preciso verificar se o risco por ele criado foi determinante para a produção do resultado.²⁶ Por ser utilizada e desenvolvida, também, como um critério cujas regras possuem a mesma validade para a aferição da causalidade nos crimes dolosos,²⁷ a teoria do incremento do risco, segundo PRITTWITZ, entra na dogmática jurídico-penal como parâmetro de imputação nos delitos omissivos antes mesmo de ser um critério próprio da imputação objetiva.²⁸

Nas hipóteses de dúvida e em que é possível, mas apenas possível, que o resultado seja produzido por meio de uma conduta conforme a prescrita pelo direito, o tratamento jurídico dessas situações não depende

²⁵ Em que pese a doutrina aponte ROXIN como criador da teoria do incremento do risco, a solução proposta primeiramente por ENGISCH para o problema do comportamento alternativo conforme o direito apresenta claras similitudes com a teoria de ROXIN. Vide MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 206.

²⁶ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

²⁷ ROXIN expõe como exemplo da aplicação da teoria do incremento do risco aos crimes dolosos o caso dos pincéis de pelo de cabra. O caso original dos “pelos de cabra”, julgado pelo Supremo Tribunal do Reich em 1929, consiste no seguinte: “comprado a uma firma comercial chinesa pelo de cabra para a sua fábrica de pincéis e, embora a firma comercial o informasse que teria de desinfetar o pelo, deu ordens para que os seus trabalhadores o transformassem em pincéis sem prévia desinfecção”. Quatro trabalhadores foram contaminados por bacilos de carbúnculo e morreram. Segundo as declarações do perito, essas mortes vir-se-iam possivelmente a dar, pois os desinfetantes permitidos não ofereciam suficiente segurança de que os referidos pelos ficariam livres de gérmenes perigosos”. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 236.). Caso o empregador responsável, com dolo de matar os empregados, propositalmente omitisse a desinfecção dos pincéis, em caso de posterior comprovação que a sua ação não acarretou nenhum incremento do risco não permitido, com base na teoria do incremento do risco, apenas seria possível imputá-lo por tentativa de homicídio. E mesmo no caso do ciclista (vide nota n. 3), caso o condutor do caminhão propositalmente ultrapassasse o limite permitido na faixa de condução, com base nos mesmos critérios dessa teoria, seria imputado por homicídio consumado pelo próprio incremento do risco (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 382-383). I.e., a utilização dos critérios da teoria do incremento do risco para imputação não estaria, segundo o autor, restrita aos delitos culposos, como inicialmente concebida.

²⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993, p. 323.

da relação de determinação entre o perigo e o dano, mas exclusivamente do fato de saber se uma conduta conforme o dever diminuiria, de modo relevante, o risco de produção do resultado.²⁹ Assim, se fosse possível verificar com segurança que o resultado ocorreria da mesma forma, independentemente do autor atender ao dever de cuidado, não se poderia falar em imputação pela não realização do risco não permitido. No entanto, no “caso do ciclista” não há essa certeza.³⁰ Nesse caso, não é possível verificar com certeza a permanência do resultado danoso (morte) na hipótese de um comportamento diverso conforme o direito por parte do caminhoneiro, e, assim sendo, segundo a *teoria do incremento do risco*, ele deverá responder pela morte do ciclista.³¹

De acordo com ROXIN, para que possamos reconhecer se uma violação do dever de cuidado a qual segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente, faz-se necessário “examinar qual a conduta que não poderia ser imputada ao agente como violação do dever, de acordo com os princípios do risco permitido, comparando-se a conduta conforme o direito à forma de atuar do autor.”³² Comprovando-se, então, que a ação do agente aumentou a probabilidade de produção do resultado, ele deverá ser punido a título de crime negligente. Afinal, segundo ROXIN, seria

²⁹ Nesses casos, ROXIN sustenta que essa dúvida deve ser solucionada através de avaliação pericial, tendo por base critérios científicos, não sendo necessária a utilização de processos causais hipotéticos. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 259.)

³⁰ Sobre o “caso do ciclista” assim refere ROXIN: “Se se puder constatar de modo geral que alguns ciclistas, quando embriagados, se lançam contra os camiões que os ultrapassam, devido a reacções anómalas provocadas pela bebida e se, além disso, se puder constatar que é totalmente irrelevante, quanto a essas reacções e suas consequências, que o condutor do camião mantenha uma distância de 75 cm, que é proibida, ou uma separação de 1m, que é permitida, não se poderá considerar como uma violação do dever de cuidado nos termos do § 222 do StGB a ultrapassagem feita deixando apenas 75 cm de distância, nem, portanto, como tendo existido negligência no respeitante a esse concreto resultado da morte.” (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 258.)

³¹ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59 e ss.

³² SPENDEL e Eb. SCHMIDT propõe uma solução diferente da de ROXIN. Para eles, estaríamos diante de um homicídio negligente, quando o autor provocou o resultado, e a sua conduta, a qual ocasionou a morte, infringia todos os deveres legais de cuidado, pois nesse caso não faltaria nem a previsibilidade objetiva, nem a subjetiva do processo causal. ROXIN, no entanto, tem essa solução como pouco satisfatória, pois, de acordo com ele, faltaria, ainda, provar que a conjugação da infração do dever legal de cuidado com um resultado típico produziria, necessariamente, um crime negligente. Aceitar essa conclusão seria regressar à antiga, e já superada, teoria da *versari in reillicita*, segundo a qual, se fazemos algo proibido, serão *eo ipso* imputadas como negligentes todas as consequências que daí advêm. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 257.)

completamente errado supor que a produção de um resultado mediante uma ação que implica um risco maior, não permitido, ficaria impune apenas porque o resultado seria produzido na hipótese de uma ação cuidadosa.³³

Como nos demais casos de realização do risco a sua valoração se dá sob uma perspectiva *ex post*, pois corresponde ao *desvalor* do resultado, devem ser levadas em conta todas as circunstâncias fáticas, mesmo as que somente posteriormente venham a ser conhecidas. Haverá imputação objetiva, portanto, quando, *ex post*, o risco real for maior que o permitido, pois, na concepção de ROXIN, mostra-se político-criminalmente conveniente exigir apenas que a infração de dever do cuidado tenha aumentado o risco já existente de produção do resultado.³⁴

No entanto, em que pese os argumentos trazidos por ROXIN, a *teoria do incremento do risco* é objeto de inúmeras críticas por renomados doutrinadores, enfrentando dificuldades de aceitação, inclusive, pelos tribunais alemães. Dentre seus maiores críticos, podemos citar FEIJÓO SANCHEZ. Segundo ele, a *teoria do incremento do risco* não passa de uma “manipulação dogmática” para poder punir certas “tentativas culposas”, na medida em que, com base nos critérios estabelecidos por ROXIN, não é necessário verificar se o perigo criado pelo sujeito efetivamente se concretizou no dano ao bem jurídico.³⁵ Para FEIJÓO SANCHEZ, a *teoria do incremento do risco* é inaceitável, pois não se pode converter toda e qualquer dúvida sobre a ocorrência de uma tentativa em um delito consumado apenas pelo fato de o ordenamento jurídico-penal não prever uma punição na forma tentada. Tal manobra não respeita os limites dos tipos penais, acarretando uma interpretação extensiva a fim de garantir uma maior punibilidade. Segundo ele, se o legislador decidiu não punir a tentativa culposa, essa decisão deve ser respeitada, assim, não devemos aceitar manipulações dogmáticas para atender a intenções teleológico-político-criminais, sob pena de violação do princípio da

³³ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3º ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 257 e ss.

³⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 97.

³⁵ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 42 e ss.

legalidade.³⁶ Ainda, de acordo com o doutrinador, a ideia de que tudo é objetivamente previsível para quem infringe o dever objetivo de cuidado é responsabilidade objetiva pura, infringindo o princípio da culpabilidade. Não se deve conjecturar sobre o que teria acontecido se o agente não tivesse criado o risco proibido, senão determinar o que efetivamente aconteceu com o risco não permitido, e se houve consumação ou não em um resultado. Dessa forma, não é necessário acudir a nenhum percurso lesivo hipotético que não tenha ocorrido na realidade para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado, bastando apenas observar no caso concreto se o dano ocorreu em razão da ultrapassagem do risco permitido pelo agente.³⁷

Nosso posicionamento, no entanto, difere em parte do de FEIJÓO SANCHEZ. Da mesma forma que o doutrinador espanhol, entendemos que a *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, contudo, por motivos diversos. A nosso ver, a *teoria do incremento do risco* equivoca-se na medida em que converte crimes de perigo em crimes de dano,³⁸ afinal, para que o agente seja responsabilizado, basta apenas que ele aumente o risco de produção do resultado. No entanto, nos crimes de lesão, é necessário algo mais do que o mero incremento do risco; é fundamental que o perigo criado se concretize no dano ao bem jurídico.³⁹ Segundo FRISCH, para que possamos falar em relação de causalidade entre o perigo proibido e o evento lesivo, deve ser possível observar no resultado a materialização do risco praticado pelo agente, de modo que, se tal nexos não for constatado, não deverá haver imputação.⁴⁰

³⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 41 e ss.

³⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 20 e ss.

³⁸ No que tange a esta crítica, Santos entende que ela não resiste, pois, segundo ele, a imputação ao tipo objetivo sempre se produz apenas mediante uma colocação em perigo criada pelo autor. A diferença entre os delitos de lesão e os delitos de perigo é que naquele o risco não permitido se realiza no resultado típico, enquanto neste o perigo se realiza em um resultado de colocação em perigo, o qual é determinado de acordo com diversas exigências. Nos casos de conduta alternativa conforme o direito, concorrendo um incremento do risco, ter-se-á plasmado um risco proibido em um resultado lesivo. (SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 129.)

³⁹ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004, p. 572.

⁴⁰ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal: Uma Análise Funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 113.

Nota-se, também, que ROXIN incorre em uma contradição, visto que a *teoria do incremento do risco* se mostra incompatível com a *teoria da imputação objetiva*. Segundo a *teoria da imputação objetiva*, o resultado somente será imputável ao agente quando a sua conduta tiver criado um perigo para um bem jurídico que tenha ultrapassado o risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto coberto pelo âmbito da norma.⁴¹ Dessa forma, para que houvesse compatibilidade entre essas teorias seria preciso abrir mão de um dos critérios de imputação estabelecido por ROXIN - a verificação do risco não permitido no resultado - pois para a *teoria do incremento do risco* importa apenas que o autor tenha criado um risco proibido que aumentou a probabilidade de ocorrência do dano, sendo irrelevante, para fins de imputação, a concretização do perigo no resultado.⁴²

HERZBERG afirma que, ao imputar objetivamente o resultado à ação nos casos em que mesmo com um comportamento alternativo conforme o direito o resultado típico teria seguramente ocorrido, significaria fazer funcionar a dúvida contra o agente e assim violar um dos princípios do processo penal, o *in dubio pro reo*.⁴³ Assim, ROXIN, ao propor a *teoria do incremento do risco*, pretende trazer para o âmbito da dogmática penal um problema que deve ser resolvido no âmbito do processo penal, por meio da utilização do princípio do *in dubio pro reo*. Nota-se que a presente teoria não possui utilidade dogmática, podendo, inclusive, induzir a erro, acarretando a imputação do resultado nos casos duvidosos ao negar a aplicação do referido princípio com um intuito de evitar uma possível impunidade no âmbito dos delitos culposos.⁴⁴ ROXIN rebate tais críticas afirmando não ser possível fracionarmos o perigo em duas partes autônomas, sendo uma

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 363 e ss.

⁴² Assim, por meio dos critérios da teoria da imputação objetiva, se o resultado fosse produzido de qualquer maneira, ainda que o sujeito houvesse empregado o cuidado requerido, não poderia haver imputação objetiva, uma vez que o resultado não é precisamente a concreção da lesão de cuidado. (BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte geral*. 3. ed.aum. Barcelona : Ariel, 1989, p. 238.)

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004, p. 320.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, p. 286.

o risco permitido, e outra, o risco não permitido; e, após, averiguarmos separadamente a realização do perigo. Se o indivíduo, com sua ação, ultrapassa o risco permitido e continua assim o fazendo, cria um risco que, no seu conjunto, é proibido e que, na sua totalidade, ao produzir um resultado, deverá assim ser analisado, não havendo espaço de dúvida para a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.⁴⁵

Para PUPPE, tanto a teoria da evitabilidade, como a teoria do incremento do risco, baseiam-se no estudo da condição necessária e no método, da forma de comprovar a causalidade como um fator para o resultado, se pelas leis naturais, ou pela experiência. O método da teoria da evitabilidade trata da violação do dever de cuidado, substituindo o comportamento negligente do agente por um comportamento de acordo com a norma de cuidado, questionando se o resultado ainda existiria ou se seria evitado. A teoria do incremento do risco segue, mais ou menos, o mesmo princípio. Contudo, ao invés de substituir um comportamento que viola o dever de cuidado por um de acordo com a norma, ela questiona se a violação do dever de cuidado poderia ser suprimida sem que houvesse a diminuição do risco de ocorrência do resultado.⁴⁶

Diante disso, parte da doutrina considera a teoria da evitabilidade e a teoria do incremento do risco como teorias insuficientes, que acabam por induzir a erro, uma vez que as soluções por elas propostas são, muitas vezes, insustentáveis ao conduzir a uma explicação teórica incorreta, fundando-se em critérios de possibilidades, gerando, por conseguinte, uma enorme insegurança jurídica, na medida em que abre margem a um grau exagerado de subjetivismo judiciário, mormente quando analisado mediante critérios garantistas.⁴⁷

Por fim, importa salientar a impossibilidade de recepção da *teoria do incremento do risco* pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro,

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 380.

⁴⁶ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikohöherungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*, p. 289.

⁴⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

uma vez que ela terá como barreira o disposto no artigo 13, *caput*, do Código Penal, o qual consagra a teoria da equivalência das condições. Em razão disso, nota-se que a *teoria do incremento do risco* não pode ser recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico-penal, na medida em que a teoria da equivalência das condições estabelece uma noção de essencialidade entre a o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado, ao passo que para a *teoria do incremento do risco* tal relação se mostra irrelevante para fins de imputação.

5 A TEORIA DO FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA

Em 1962, o doutrinador espanhol GIMBERNAT ORDEIG desenvolveu, na Alemanha, a *teoria do fim de proteção da norma*,⁴⁸ a qual surge como uma forma distinta de solucionar a problemática das condutas alternativas conforme o direito. O critério do *fim de proteção da norma*⁴⁹ parte de um princípio completamente distinto do da *teoria do incremento do risco*, sendo elas, inclusive, incompatíveis. De acordo com essa teoria, a norma somente desvalora certos riscos, pois um resultado somente é considerado típico se supor a realização de um

⁴⁸ Faz-se mister esclarecer que a teoria desenvolvida por GIMBERNAT ORDEIG não é a mesma utilizada por ROXIN na sua *teoria da imputação objetiva*. Posteriormente, na literatura alemã, ROXIN e seus seguidores desenvolveram esse topos do *fim de proteção da norma*, contudo, a partir de uma perspectiva distinta, que serviria ao propósito de interpretação dos tipos penais de acordo com um método teleológico-funcional. O topos da *previsibilidade objetiva*, anteriormente utilizado, facilitava a imputação ilimitada de resultados, na medida em que era um critério demasiado extenso. De acordo com esse critério, se alguém ultrapassa de forma incorreta e o acidente se produz por um defeito irreconhecível de uma roda, ao autor serão imputadas todas as consequências que possam advir do acidente, o qual foi iniciado com a sua ultrapassagem de forma incorreta. Nessa ótica, qualquer resultado que tivesse origem em uma conduta incorreta poderia ser considerado como previsível. O critério do *fim de proteção da norma* permitia soluções diferenciadas, especialmente no que tange à problemática da proibição de regresso, das condutas alternativas conforme o direito, da autor colocação em perigo etc. (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 54s.)

⁴⁹ É importante mencionar que não se deve confundir o *fim de proteção da norma* com o âmbito de proteção do tipo, pois ambos são coisas distintas. A abrangência do tipo se refere ao bem jurídico protegido e à descrição das condutas proibidas ali contidas e que permitem a reprovação. Já no âmbito de proteção da norma há um caráter de valoração do comportamento social, podendo-se analisar com critérios adequados o que é atingido pelo risco permitido e o que ultrapassa esse risco, ingressando na esfera do Direito Penal. (ROSA, Fábio Bitencourt da. Imputação no direito penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 04, n. 9, 2003, p. 41s.)

risco proibido, mas não de um risco permitido acompanhante.⁵⁰ Para o autor, o fim de proteção da norma é um dos critérios essenciais da teoria da imputação objetiva. Em que pese parte da doutrina o considere como um instrumento sem muita utilidade, tal critério é utilizado reiteradamente na análise de casos concretos a fim de se alcançar uma solução.⁵¹

Para que fique claro o fundamento da *teoria do fim de proteção da norma* pensemos no seguinte caso: um condutor, ao passar em frente a uma escola, não observa a norma que determina a diminuição da velocidade na proximidade de escolas no horário de entrada e saída dos alunos, conduzindo em uma velocidade acima da permitida. Diante disso, um suicida aproveita a oportunidade lançando-se sob o veículo, com o intuito de cometer suicídio. No caso em tela, não há dúvidas que a conduta praticada pelo motorista criou um risco não permitido, contudo ele não deve ser responsabilizado pelo resultado, pois, segundo GIMBERNAT ORDEIG, não seria coerente afirmar que a norma que determina a diminuição de velocidade em frente a escolas tem como fim proteger, além das crianças, pessoas com intenções suicidas.⁵²

Segundo essa teoria, o fim de proteção da norma não consiste em evitar a ocorrência de determinados resultados, mas sim em reduzir determinados riscos a um nível tolerável, ou seja, o fim de proteção da norma não é a diminuição de riscos em geral, mas a redução de riscos determinados.⁵³ O foco da *teoria do fim de proteção da norma* está na finalidade da norma para o caso concreto, pouco importando, para fins de imputação, se o resultado também teria sido produzido com um comportamento correto. Assim, o fato do resultado ser evitável, ou não, não possui relevância para fins de imputação, de modo que o agente deve ser julgado pelo o que realmente aconteceu no caso concreto, e não pelo

⁵⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 48s.

⁵¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protección de La norma e imputación objetiva. In: *Estudios em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*. n. II, p. 5.

⁵² MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 229.

⁵³ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 229.

que hipoteticamente poderia ter acontecido.⁵⁴ Segundo CAVALCANTE DE SOUZA, pode-se haver imputação apesar da inevitabilidade do dano, pois o que importa saber é se a norma de cuidado tinha como missão evitar ou reduzir a lesão.⁵⁵ Nota-se, portanto, que, para GIMBERNAT ORDEIG, as condutas alternativas conforme o direito não possuem nenhuma relevância para determinar a imputação objetiva do resultado. MARTINEZ ESCAMILLA propõe que imaginemos uma variação do “caso dos pelos de cabra”,⁵⁶ na qual teria sido verificado que a desinfecção dos pincéis pelo fabricante não teria eficácia alguma, de modo que o resultado teria ocorrido da mesma forma. Diante dessa formulação, tanto a teoria da evitabilidade, como a do incremento do risco, afastariam a imputação do fabricante. Contudo, na concepção da teoria do fim de proteção da norma, o agente deveria ser punido da mesma forma, uma vez que o fato de uma conduta alternativa conforme o direito ser incapaz de evitar o resultado não possui efeitos relevantes na constatação donexo de risco. Assim, podemos afirmar que o resultado é consequência da realização da lesão do dever de cuidado, pois o que é decisivo consiste no fato de se a lesão é aquela cuja norma infringida tinha como objetivo evitar ou reduzir.⁵⁷

Contudo, a teoria do fim de proteção da norma tem sido vista, por parte da doutrina, como a revitalização do princípio *versari in re illicita*, na medida em que há a possibilidade de fazer com que o sujeito responda por todas as consequências de sua conduta ilícita, inclusive as imprevisíveis. Contudo, os defensores da teoria afirmam que, para que haja imputação, não basta apenas a verificação de causalidade, mas também deve estar presente a previsibilidade, de modo que a aplicação da *teoria do fim de proteção da norma* não geraria uma responsabilização objetiva.⁵⁸

Para GIL E GIL, defensora da teoria do fim de proteção da norma, em que pese as considerações de grande parte da doutrina, especialmente

⁵⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 87.

⁵⁵ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 86.

⁵⁶ Vide nota n. 27.

⁵⁷ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 236.

⁵⁸ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 88.

de GIMBERNAT ORDEIG, a teoria do fim de proteção da norma deve, sim, considerar o comportamento alternativo conforme o direito para fins de imputação do resultado, contudo apenas como um meio auxiliar da interpretação do fim de proteção da norma, desempenhando um papel secundário, na medida em que caberia a ele apenas demonstrar a eficácia da norma ao caso concreto; ou seja, se ela de fato cumpriu o seu papel protetivo.⁵⁹ Para a doutrinadora, o comportamento hipotético correto teria como missão apenas investigar o caminho causal que não se pretende evitar, tendo por base o critério do risco permitido. Assim, se o resultado é produto de determinados fatores, os quais a proibição não pretendia evitar, tendo em vista que a possibilidade de sua ocorrência estaria dentro do âmbito do risco permitido, o dano estaria, portanto, fora do fim de proteção da norma.⁶⁰

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, pela exposição traçada nos quatro tópicos deste trabalho, analisar o papel que as condutas alternativas conforme o direito possuem na imputação do resultado nos delitos culposos na teoria da evitabilidade, na teoria do incremento do risco e na teoria do fim de proteção da norma. A delimitação do problema centrou-se na busca dos critérios a serem utilizados para determinar a evitabilidade do resultado, questionando-se acerca da possibilidade de considerar as condutas alternativas conforme o direito como um critério autônomo de imputação, buscando-se analisar as consequências que podem advir da sua utilização. Portanto, podemos esboçar, por tudo que foi exposto, as seguintes considerações finais:

Tópico 1: As condutas alternativas conforme o direito têm sua origem no julgamento, em 1957, do “caso do ciclista” pelo Supremo Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof*), ocasião em que se abriu espaço,

⁵⁹ GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007, p. 347s.

⁶⁰ GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007, p. 352.

pela primeira vez, em âmbito jurisprudencial, para a utilização do denominado critério da “conduta alternativa conforme o direito” como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos. Uma das principais críticas direcionadas às condutas alternativas de acordo com o direito como critério de imputação consiste no fato de não ser necessário acudir a nenhum comportamento hipotético que não tenha ocorrido no caso concreto para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado.

Tópico 2: A teoria da evitabilidade expõe que o resultado não deverá ser imputado nos casos em que a lesão não for evitável mediante uma conduta alternativa conforme o direito, ou seja, aquele que provoca um resultado imprudente não deverá responder quando não for possível provar, com uma probabilidade próxima à certeza, que o dano não teria sido produzido se o agente esteve dentro do risco permitido. Uma das críticas direcionadas a essa teoria consiste na impunidade que a sua utilização ocasionaria nos casos em que, apesar de alguém causar um dano a um bem jurídico, existirem outros riscos em reserva que anulem as possibilidades de sobrevivência de um determinado objeto material.

Tópico 3: A teoria do incremento do risco foi desenvolvida em 1962, por ROXIN, como um critério de imputação nos delitos culposos que, nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima à certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a concretização do dano. Nesses casos, para que haja imputação, é necessário apenas que o agente ultrapasse o risco permitido e aumente a probabilidade de ocorrência do evento danoso, não sendo preciso verificar se o risco por ele criado foi determinante para a produção do resultado. Tal teoria é bastante criticada, sendo denominada por alguns, inclusive, de “manipulação dogmática”, na medida em que não é necessário verificar se o perigo criado pelo sujeito efetivamente se concretizou no dano ao bem jurídico. Acreditamos que a aplicação da *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, uma vez que acaba por converter

delitos de perigo em delitos de dano ao sustentar a ideia de que, para haver imputação, é suficiente a constatação do nexo de aumento do risco, sendo desnecessária a verificação da realização do risco não permitido na lesão. Nosso posicionamento é no sentido de que, para imputarmos um dano em um crime de resultado naturalístico, é essencial constatar que o risco criado pelo agente foi o que determinou a sua ocorrência, na medida em que o nexo existente entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado é elementar para a verificação do ilícito-típico negligente. A solução proposta por ROXIN, com essa teoria, mostra-se, além de problemática, também desnecessária, uma vez que, nos casos em que não for possível constatar com uma probabilidade próxima à certeza que um comportamento alternativo conforme o direito evitaria a ocorrência do resultado, o sujeito deve ser absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo*, já consagrado em nossa legislação. Assim, se o Estado, o qual possui o dever de comprovar que o agente cometeu o delito que lhe está sendo imputado, não conseguiu produzir as provas necessárias para fazê-lo, não seria justo responsabilizar o sujeito pela ineficácia do papel do Estado na persecução criminal. Diante disso, nota-se que ROXIN procura oferecer uma solução no âmbito do direito penal, contudo, ela já existe na esfera do processo penal (*princípio da presunção de inocência*).

Tópico 4: A teoria do fim de proteção da norma surge como uma forma distinta de solucionar a problemática das condutas alternativas conforme o direito. Partindo de um princípio distinto do utilizado pela teoria do incremento do risco, o fim de proteção da norma não consiste em evitar a ocorrência de determinados resultados, mas sim em reduzir determinados riscos a um nível tolerável, ou seja, o fim de proteção da norma não é a diminuição de riscos em geral, mas a redução de riscos determinados. O foco da *teoria do fim de proteção da norma* está na finalidade da norma para o caso concreto, pouco importando, para fins de imputação, se o resultado também teria sido produzido com um comportamento correto. Assim, o fato do resultado ser evitável, ou não, não possui relevância para fins de imputação, de modo que o agente deve ser julgado pelo o que realmente aconteceu no caso concreto, e não pelo que hipoteticamente

poderia ter acontecido. Concordamos com o exposto por GIL E GIL, segundo a qual a teoria do fim de proteção da norma deve, sim, considerar o comportamento alternativo conforme o direito para fins de imputação do resultado, contudo apenas como um meio auxiliar da interpretação teleológica da norma, desempenhando um papel secundário, na medida em que caberia a ele apenas demonstrar a eficácia da norma ao caso concreto; ou seja, se ela de fato cumpriu o seu papel protetivo.

7 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte geral*. 3. ed.aum. Barcelona: Ariel, 1989.

CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004.

GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protección de La norma e imputación objetiva. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*. n. II.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992.

MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.

PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*.

ROSA, Fábio Bitencourt da. Imputação no direito penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 04, n. 9, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004.

SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri, SP: Manoele, 2004.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SANÇÕES PENAIS APLICADAS AOS PSICOPATAS NO BRASIL

Caroline Souza Emilio¹

RESUMO: Infelizmente, não existe no país uma homogeneidade nas decisões jurídicas quanto à forma mais adequada de sanção penal aplicada aos psicopatas, os quais ora são tidos como imputáveis, sofrendo a aplicação da pena privativa de liberdade, ora são considerados semi-imputáveis, recebendo ou a redução da pena prevista no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, ou a aplicação da medida de segurança. Contudo, em razão das características de sua personalidade, os psicopatas não assimilam a punição como deveriam e tampouco se arrependem dos crimes que cometem, motivo pelo qual a pena ou a medida de segurança não cumprem as suas finalidades. Dessa forma, como é possível puni-los de modo que efetivamente se possa reduzir suas altas taxas de reincidência criminal?

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia. Pena. Medida de segurança.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A psicopatia. 2.1. Características da psicopatia. 2.2. A psicopatia no Código Penal Brasileiro. 3. Sanções penais aplicadas aos psicopatas. 3.1. É possível tratar e curar os psicopatas? 3.2. O que fazer? 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo consiste no estudo da psicopatia e suas características, em razão do elevado grau de perversidade e desprezo que os indivíduos por ela acometidos possuem pela vida humana. Consiste,

¹ Pós-graduanda no Curso de Especialização em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada. E-mail: carol.sccp@hotmail.com.

também, na análise das sanções penais a eles aplicadas na atual justiça brasileira, uma vez que tais indivíduos são ora considerados imputáveis, sofrendo a aplicação da pena privativa de liberdade, ora semi-imputáveis, recebendo ou a aplicação da medida de segurança ou a redução de um a dois terços da pena, conforme disposto no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal.

O modo desprezível como os psicopatas veem o mundo e as pessoas ao redor, juntamente com a incapacidade que possuem de assimilarem a punição, impede que as sanções penais a eles aplicadas atinjam suas finalidades. Quando inseridos nas penitenciárias ou nos hospitais de custódia, os psicopatas, além de não apresentarem melhoras na mudança de seu comportamento (muito embora consigam fingir que aprenderam com os próprios erros), ainda causam problemas aos demais e oferecem altas chances de reincidências se postos em liberdade. Assim, o grande questionamento que se faz é: qual a melhor forma de punição para estes indivíduos no direito penal brasileiro e como é possível lograr este objetivo, de modo que se possa reduzir suas altas taxas de reincidência criminal?

Visando discutir a problemática em tela, o presente artigo tem como principal objetivo examinar as características psíquicas e comportamentais de psicopatas e analisar, de forma crítica, a punibilidade destes indivíduos na atual justiça criminal brasileira. Por conseguinte, através da pesquisa realizada, procurar-se-á sugerir alternativas para a possibilidade de mudança deste atual panorama nacional, com vistas a beneficiar a sociedade como um todo.

Isso posto, o presente artigo foi dividido em duas partes. Em um primeiro momento, serão abordadas as características da psicopatia, bem como será verificado se esse transtorno se encaixa no artigo 26, *caput* e parágrafo único do Código Penal. Posteriormente, será mostrado o comportamento dos psicopatas tanto nas penitenciárias, como nos hospitais de custódia do país; será revelado se a psicopatia tem cura e, ao final, tentar-se-á oferecer sugestões de meios mais eficazes de punição e

controle para estes indivíduos.

2 A PSICOPATIA

A palavra psicopatia, etimologicamente, vem do grego *psyche* (mente) e *pathos* (doença) e significa doença da mente, contudo, não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais, já que os psicopatas não apresentam qualquer tipo de desorientação, delírios ou alucinações e, tampouco, intenso sofrimento mental². Ela é muito mais comum em homens do que em mulheres (estima-se que a prevalência geral, em amostras comunitárias, seja de aproximadamente 3% em homens e 1% em mulheres)³. Em contextos penitenciários, dados apontam que, no Brasil, cerca de 20% dos presos são acometidos por tal transtorno⁴, sendo que, só no Estado do Rio Grande do Sul, em uma amostra de 1000 apenados, a prevalência fica na faixa dos 22,3%⁵.

Ao listar as características da psicopatia, a Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, descrições clínicas e diretrizes diagnósticas⁶, aponta: indiferença aos sentimentos alheios; irresponsabilidade e desrespeito perante normas, regras e obrigações sociais; incapacidade de manter relacionamentos, ainda que não haja dificuldade em estabelecê-los; baixa tolerância à frustração, bem como um baixo limiar para descarga de agressão; incapacidade de sentir culpa e aprender com a experiência e punição; e propensão em culpar os outros ou oferecer racionalizações plausíveis para o comportamento

² SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 37.

³ ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008, p. 658.

⁴ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 23.

⁵ SOUZA, Carlos Alberto Crespo; CARDOSO, Rogério Göttert Cardoso (Orgs.). **Psiquiatria Forense**: 80 anos de prática institucional. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 264.

⁶ Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas (*The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders Clinical descriptions and diagnostic guidelines*), que é publicada pela Organização Mundial de Saúde (*World Health Organization*), padroniza a codificação de doenças e outros problemas relacionados à saúde, atribuindo a cada estado de saúde uma categoria única correspondente a um código CID-10.

que levou o indivíduo ao conflito com a sociedade⁷. Da mesma forma, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV-TR)⁸, sob o código 301.7, destaca que esses indivíduos não possuem empatia, tendem a ser insensíveis e cínicos e desprezam os sentimentos, direitos e sofrimentos alheios⁹.

Salienta-se, contudo, que nem todas as pessoas que apresentam determinadas características como impulsividade, frieza ou insensibilidade, por exemplo, podem ser consideradas psicopatas, já que, como bem esclarece Hare¹⁰: “a psicopatia é uma *síndrome* - um conjunto de sintomas relacionados”. Os psicopatas, diferentemente das pessoas não psicopatas, são desprovidos de consciência moral, ou seja, “estão absolutamente livres de constrangimentos ou julgamentos morais internos e podem fazer o que quiser, de acordo com seus impulsos destrutivos”, como bem refere Silva¹¹.

2.1 CARACTERÍSTICAS DA PSICOPATIA

Eloquentes e superficiais - os psicopatas são muito articulados e convincentes nas histórias que contam, entretanto, ainda que consigam ludibriar os demais com um falso conhecimento em diversas áreas, podem revelar suas superficialidades de conteúdo se forem testados por especialistas no assunto¹²;

Egocêntricos e grandiosos - possuem uma visão extremamente narcisista e vaidosa do próprio valor e importância, acreditam que podem viver de acordo

⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10**: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos. Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993, p. 199-200.

⁸ O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) é destinado a profissionais da saúde mental que lista diferentes categorias de transtornos mentais e critérios para diagnosticá-los, de acordo com a [Associação Americana de Psiquiatria](#) (*American Psychiatric Association* - APA).

⁹ ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008, p. 657.

¹⁰ HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 49.

¹¹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 36.

¹² *Ibidem*, pp. 68-69.

com as próprias regras e adoram ter o poder e o controle sobre os demais¹³;

Ausência de remorso ou culpa - apresentam total falta de preocupação com os efeitos devastadores de suas ações sobre os outros e, embora sejam capazes de verbalizar remorso, suas ações os contradizem rapidamente¹⁴.

Falta de empatia - são totalmente indiferentes aos direitos e sofrimentos das pessoas, as quais devem ser por eles usadas para a própria satisfação¹⁵.

Enganadores e manipuladores - manifestam comportamento cativante, agradável e sedutor com o claro intuito de manipular os outros e, dessa forma, alcançar seus propósitos¹⁶. Também são capazes de mentir muito bem e, quando descobertos, não ficam envergonhados ou constrangidos, pois mudam rapidamente de assunto ou tentam refazer a história inventada para que pareça mais verossímil¹⁷.

Emoções rasas - frequentemente, confundem amor com pura excitação sexual, tristeza com frustração e raiva com irritabilidade, o que leva muitos psiquiatras a afirmarem que tais emoções superficiais sentidas por eles são apenas respostas primitivas a necessidades imediatas¹⁸.

Impulsivos - vivem o presente, sem preocupação com o futuro, e os atos impulsivos que praticam visam apenas sua satisfação, prazer ou alívio imediato¹⁹;

Fraco controle do comportamento - embora apresentem fracos controles inibitórios de comportamento, os psicopatas, como bem refere

¹³ HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 53.

¹⁴ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 72.

¹⁵ HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 59.

¹⁶ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 23.

¹⁷ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 76.

¹⁸ *Ibidem*, p. 77-78.

¹⁹ HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 72.

Hare, “não perdem o controle sobre o próprio comportamento no decorrer do episódio”, pelo contrário, “quando ‘chutam o pau da barraca’, é como se tivessem um acesso de raiva, mas sabem exatamente o que estão fazendo”²⁰;

Necessidade de excitação - buscam situações que possam mantê-los em um estado permanente de alta excitação, razão pela qual praticam atos perigosos, proibidos ou ilegais, os quais não passam de mero prazer e diversão para eles²¹;

Falta de responsabilidade - não honram compromissos formais com pessoas, organizações ou princípios e possuem grande habilidade em convencer os outros e também o sistema de justiça criminal de suas boas intenções²²;

Problemas de comportamento precoces - grande parte dos psicopatas começa a exibir problemas de comportamento ainda na fase infantil, incluindo crueldade praticada contra outras crianças e animais²³;

Comportamento adulto antissocial – quando adultos, transgridem e ignoram as normas sociais, considerando-as meros obstáculos que devem ser por eles superados na concretização de seus desejos²⁴.

2.2 A PSICOPATIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Analisando-se o *caput* e o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro²⁵, verifica-se que são elencadas quatro categorias de

²⁰ Ibidem, p. 74.

²¹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, pp. 85-86.

²² HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013, pp. 76 e 78.

²³ Ibidem, p. 79-80.

²⁴ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 90.

²⁵ Art. 26 do CP: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo Único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

transtorno mental. Assim, o desenvolvimento mental retardado trata-se de deficiência mental que admite níveis de acometimento de diversas intensidades, desde a inteligência fronteira ou subnormal até graves casos de encefalopatia crônica irreversível²⁶, abrangendo os oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais) e os surdos-mudos (conforme as circunstâncias)²⁷. O desenvolvimento mental incompleto é uma categoria de casos especiais que, embora não seja propriamente um transtorno mental, tem com ele a identidade de também poder comprometer as capacidades de entendimento ou de determinação do agente²⁸, sendo o caso dos menores de 18 anos (conforme art. 27 do CP) e dos silvícolas inadaptados²⁹.

A doença mental se refere a situações nas quais exista, em maior ou menor grau, a alienação mental e uma inteira incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento³⁰, abrangendo as psicoses (orgânicas, tóxicas e funcionais, como paralisia geral progressiva; demência senil; sífilis cerebral; arteriosclerose cerebral; psicose traumática, causadas por alcoolismo; psicose maníaco-depressiva; etc), esquizofrenia, loucura, histeria, paranoia, etc³¹. Por último, a perturbação da saúde mental compreende os casos benignos ou fugidios de certas doenças mentais, as formas menos graves de debilidade mental, os estados incipientes, estacionários ou residuais de certas psicoses, os estados interparoxísticos dos epiléticos e histéricos, certos intervalos lúcidos ou períodos de remissão e certos estados psíquicos decorrentes de especiais estados fisiológicos (gravidez, puerpério, etc)³².

²⁶ TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. (Orgs.). **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 131.

²⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 28 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 501.

²⁸ TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. (Orgs.). **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 131.

²⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 28 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 501.

³⁰ TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias (Orgs.). **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 132.

³¹ JESUS, Damásio E. **Direito penal**: parte geral. 28 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 501.

³² JESUS, Damásio E. **Direito penal**: parte geral. 28 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 502.

Por seu turno, a psicopatia, muito embora gere a equívoca impressão de que os indivíduos por ela acometidos consistem em pessoas loucas ou doentes mentais, não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais como bem explica Silva³³:

Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo).

Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos.

No mesmo sentido, explica Hare³⁴:

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente.

Por sua vez, Maranhão explica a ausência de psicose de qualquer tipo, bem como de manifestações neuróticas no comportamento de um psicopata³⁵:

Não apresentam sinais de psicose de qualquer tipo. Seu pensamento é lógico e convincente. [...].

Expressam serenidade e bem estar físico. Não se observam indícios de angústia ou ansiedade, fenômenos histéricos ou atos obsessivo-compulsivos. Comunicam impressão de absoluta tranquilidade.

Com base no exposto, verifica-se que a inimputabilidade prevista no

³³ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 37.

³⁴ HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 38.

³⁵ MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

referido art. 26, *caput*, do CP não pode ser aplicada à psicopatia, em razão desta não ser considerada doença mental ou um transtorno mental que qualifique o indivíduo psicopata como imputável. Como afirma Nucci: “não há que se falar em excludente de culpabilidade, mormente porque não afeta a inteligência e a vontade do agente psicopata”³⁶. O grande cerne de discussão, entretanto, reside no enquadramento da psicopatia no parágrafo único do aludido artigo, que trata dos semi-imputáveis, já que há divergências de opiniões quanto à capacidade do psicopata em entender o caráter ilícito do fato e de agir conforme esse entendimento.

Autores como Bitencourt³⁷, Mirabete³⁸, Fragoso³⁹, Damásio⁴⁰ e Aníbal Bruno⁴¹ defendem que a psicopatia se encaixa no estado fronteiro do parágrafo único do art. 26 do CP, sendo os psicopatas, portanto, semi-imputáveis. Contudo, tal classificação recebe oposição de psiquiatras como Claudio Cohen⁴², que critica o fato de as leis serem elaboradas somente por juristas e sem o assessoramento de outras áreas, e de Hilda Morana, a qual afirma⁴³: “Nossos legisladores inventaram a semi-imputabilidade para os psicopatas porque ‘eles nasceram assim, não têm culpa e sua capacidade de discernimento está prejudicada’ [...]. Mas a sociedade também não tem e ela não quer o psicopata nas ruas”.

Da mesma forma, Jorge Trindade, Andréa Beheregaray e Mônica Rodrigues Cuneo asseveram que, do ponto de vista científico e psicológico a tendência é considerar os psicopatas plenamente capazes, já que mantém intacta a sua percepção, incluindo as funções do pensamento e

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 256.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 419.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2010, p. 199.

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 248.

⁴⁰ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 28 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 502.

⁴¹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 91.

⁴² ARANHA, Mauro. et. al. **Crime e saúde mental**. Especialistas discutem assistência aos portadores de transtornos mentais e de personalidade que cometem crimes. **CREMESP**: Conselho Regional de Medicina de São Paulo. São Paulo, n. 53, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=509>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

⁴³ *Ibidem*.

da sensopercepção, que em regra, permanecem preservadas⁴⁴. Para eles, os psicopatas possuem pleno entendimento do caráter ilícito dos seus atos e suas condutas são orientadas por esse entendimento (premeditação, escolha de ocasião propícia para os atos ilícitos, deliberação consciente e conduta sistemática), motivo pelo qual, do ponto de vista psicológico-legal, devem ser considerados imputáveis⁴⁵.

3 SANÇÕES PENAIS APLICADAS AOS PSICOPATAS

No que se refere ao cumprimento da pena privativa de liberdade pelos psicopatas no Brasil, impende destacar que estes indivíduos, quando inseridos no sistema penitenciário do país, se passam por presos modelos para conseguir a redução da pena imposta, entretanto, “por baixo dos panos”, se valem da persuasão para ameaçar outros presos, promover intrigas entre eles, liderá-los em rebeliões e prejudicar a reabilitação dos mesmos⁴⁶. Ainda, os psicopatas utilizam os outros presidiários para a obtenção de vantagens pessoais, usando-os, inclusive, como reféns no processo de negociação com as autoridades⁴⁷.

A capacidade de manipulação dos psicopatas é tão saliente que tentam ludibriar o advogado, o promotor, o juiz e até mesmo a família da vítima e os próprios peritos de sua inocência ou de sua insanidade⁴⁸. Levando-se em consideração sua alta capacidade de simular arrependimento, estes indivíduos possuem grandes chances de conseguir liberdade e voltar ao convívio da sociedade, contudo, sua personalidade os impulsiona a cometer novos crimes (estima-se que 70% deles reincidem quando soltos), já que não mudam o próprio comportamento durante o

⁴⁴ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 133.

⁴⁵ Ibidem, p. 133.

⁴⁶ SZKLARZ, Eduardo. O psicopata na justiça brasileira. **SUPERINTERESSANTE: Mentis psicopatas**, São Paulo, n.º 267, p. 19, 2009.

⁴⁷ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 133-134.

⁴⁸ SZKLARZ, Eduardo. Máquinas do crime. **SUPERINTERESSANTE: Mentis psicopatas**, São Paulo, n.º 267, p. 18.

tempo que estão na prisão⁴⁹. Conforme aduz Maranhão⁵⁰: “A experiência não é significativamente incorporada pelo psicopata (antissocial). O castigo, e mesmo o aprisionamento, não modificam seu comportamento”.

No que tange ao modo como os psicopatas se comportam quando inseridos em hospitais de custódia, não há como se obter um resultado satisfatório no tratamento dispensado a eles, uma vez que, além de as terapias biológicas e as psicoterapias se mostrarem, em geral, ineficazes para a psicopatía⁵¹, este tipo de indivíduo não esboça nenhum desejo de mudança para se ajustar a um padrão socialmente aceito⁵². Ademais, quando forçados a passar por alguma terapia, os psicopatas conseguem ficar ainda piores, já que aprendem a usar a psicologia para manipular ainda mais as pessoas e cometer mais crimes e com mais maldade⁵³.

Dessa forma, colocá-los em um hospital de custódia pode ser considerada uma medida extremamente perigosa, já que frequentemente ameaçam o cuidado dos demais internos, os quais, na sua natural fragilidade psicológica e existencial, acabam se tornando presas fáceis da manipulação e do abuso dos psicopatas⁵⁴. Conforme revela Paulo Oscar Teitelbaum, psiquiatra forense do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso, de Porto Alegre⁵⁵:

[] estes indivíduos destroem o ambiente hospitalar, corrompendo membros mais frágeis da equipe a desenvolver comportamentos desonestos e antiéticos, assaltando, contrabandeando drogas, abusando dos mais fracos, atacando grosseiramente ou mesmo paralisando completamente os programas de tratamento desenvolvido com pacientes psicóticos ou deficientes.

Entretanto, em que pese o comportamento dos psicopatas não

⁴⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁰ MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

⁵¹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 169.

⁵² *Ibidem*, p. 169.

⁵³ SZKLARZ, Eduardo. Máquinas do crime. **SUPERINTERESSANTE: Mentes psicopatas**, São Paulo, n.º 267, p.13, 2009.

⁵⁴ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatía – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 25.

⁵⁵ SOUZA, Carlos Alberto Crespo; CARDOSO, Rogério Götttert Cardoso (Orgs.). **Psiquiatria Forense: 80 anos de prática institucional**. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 268.

se apresente condizente com o ambiente hospitalar, a capacidade de dissimulação destes indivíduos é tão saliente que muitos conseguem angariar benefícios como o Regime de Alta Progressiva (AP), oferecido pelo IPF. Tal benefício, oficializado pelo regimento interno do Instituto em 1977, permite que internos que cumprem medida de segurança detentiva, de acordo com o estágio de tratamento e dos objetivos terapêuticos ou de avaliação a que são submetidos, possam sair da instituição, por períodos breves ou longos, mediante solicitação das Equipes Terapêuticas das unidades assistenciais, através dos laudos de Verificação de Periculosidade⁵⁶.

3.1 É POSSÍVEL TRATAR E CURAR OS PSICOPATAS?

Infelizmente, salvo raríssimas exceções, as terapias biológicas (medicamentos) e as psicoterapias em geral mostram-se ineficazes para a psicopatia, já que os indivíduos por ela acometidos são plenamente satisfeitos com eles mesmos e acham que não possuem problemas psicológicos ou emocionais para serem tratados⁵⁷. Dessa forma, tendo em vista que a colaboração dos pacientes consiste em um ponto extremamente fundamental para o sucesso da psicoterapia, percebe-se que com os psicopatas as chances de sucesso destes métodos são extremamente reduzidas, já que não manifestam nenhum desejo de mudanças de atitudes e de comportamento. Segundo Hare, as terapias podem agravar ainda mais o problema⁵⁸:

A maioria dos programas de terapia faz pouco mais do que fornecer ao psicopata novas desculpas e racionalizações para seu comportamento e novos modos de compreensão da vulnerabilidade humana. Eles aprendem novos e melhores modos de manipular as outras pessoas, mas fazem pouco esforço para mudar suas próprias visões e atitudes ou para entender que os outros têm necessidades, sentimentos e direitos. Em especial, tentativas de ensinar aos psicopatas como “de fato sentir” remorso ou empatia estão fadadas ao

⁵⁶ Ibidem, p. 149.

⁵⁷ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 169.

⁵⁸ HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 202.

fracasso.

Entretanto, as chances de se reduzir os impactos negativos que a psicopatia é capaz de causar mostram-se mais satisfatórias quando o problema é atacado logo cedo, ainda na fase infantil⁵⁹. Se os programas de tratamento forem aplicados quando o indivíduo ainda é criança, torna-se possível lograr êxito na modificação de padrões de seu comportamento, reduzindo, por exemplo, a agressividade e a impulsividade de seus atos e ensinando-lhe estratégias para que ele possa ter suas necessidades atendidas sem causar mal a ninguém⁶⁰. No mesmo sentido, afirma Ricardo Oliveira-Souza, neurologista brasileiro e estudioso da psicopatia há 30 anos, que: “(...) qualquer tratamento futuro terá que ser feito cedo, muito cedo. Não adianta ficar gastando dinheiro com essas pessoas depois de uma certa idade”⁶¹.

Em que pese haver esta possibilidade bastante satisfatória de se minimizar os efeitos da psicopatia quando o tratamento se inicia na fase infantil, em psicopatas adultos o quadro é bastante diferente, conforme já exposto. Além das terapias, com as quais os psicopatas se valem para mostrar aos outros que estão mudando, programas prisionais também são utilizados por estes indivíduos para que possam convencer os crédulos de que “se reabilitaram” ou “nasceram de novo”⁶². Da mesma forma, ainda que participem de atividades psicoterápicas em alguma instituição psiquiátrica, tão logo recebem alta hospitalar, afastam-se do vínculo terapêutico estabelecido e retornam ao seu padrão transgressor⁶³. Como refere Silva: “a psicopatia não tem cura, é um transtorno da personalidade e não uma fase de alterações comportamentais momentâneas”⁶⁴.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 205.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 205-206.

⁶¹ OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo. Todos nós somos um pouco psicopatas. Entrevistadora: Mariana Sgarioni. **SUPERINTERESSANTE**: Mentas psicopatas, São Paulo, n. 267, p. 07, 2009.

⁶² HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 205.

⁶³ TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. (Orgs.). **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 291.

⁶⁴ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentas Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 173.

3.2 O QUE FAZER?

Diante do exposto, pode-se afirmar que o desenvolvimento de uma política criminal destinada especificamente para os psicopatas, e dotada de meios eficazes de punição e controle para estes indivíduos, seria, possivelmente, um meio eficiente para conter o avanço de práticas criminosas por eles praticadas. Entretanto, cumpre frisar que, lamentavelmente, não apenas o sistema judiciário esqueceu-se de tratar o assunto referente à psicopatia (conforme se verifica no quase nulo debate sobre o tema nos mais diversos Tribunais de Justiça do Brasil, bem como no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal), mas igualmente a legislação penal brasileira não oferece nenhuma previsão normativa para tanto. Por conseguinte, evidencia-se no Brasil a ausência de uma necessária diferenciação legal entre os criminosos psicopatas e os não psicopatas, a exemplo do que ocorre em países como Austrália e Canadá, bem como em alguns estados americanos⁶⁵.

No ano de 2004, a psiquiatra Hilda Morana foi a Brasília para tentar convencer deputados a criar prisões especiais para psicopatas, contudo, não logrou êxito, eis que o projeto de lei criado para tanto não foi aprovado. Segundo Morana, nos países de língua inglesa, principalmente, os sujeitos diagnosticados como psicopatas são encaminhados para prisões especiais, de forma a permitir que os demais criminosos (que representam 80% da população carcerária, já que os outros 20% são considerados psicopatas), consigam se recuperar sem interferência daqueles⁶⁶.

Nesse aspecto, Morana, Michael Stone e Elias Abdalla-Filho afirmam que⁶⁷:

⁶⁵ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Psiquiatra autora de Best-seller defende prisão perpétua para psicopatas [04 de junho de 2012]. Entrevistadora: Helena Mader. Brasília: **Correio Braziliense**. Disponível em: < http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/06/04/interna_cidadesdf.305617/psiquiatra-autora-de-best-seller-defende-prisao-perpetua-para-psicopatas.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁶⁶ MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. PCL-R – Psychopathy Checklist Revised. **Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias**, n.º 1, ago. 2011. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/15%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20PCL-R%20-%20Psychopathy%20Checklist%20Revised.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁶⁷ MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 28, out. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005>. Acesso em: 30 jun. 2015.

Os transtornos de personalidade, sobretudo o tipo anti-social, representam verdadeiros desafios para a psiquiatria forense. Não tanto pela dificuldade em identificá-los, mas, sim, para auxiliar a Justiça sobre o lugar mais adequado desses pacientes e como tratá-los. Os pacientes que revelam comportamento psicopático e cometem homicídios seriados necessitam de atenção especial, devido à elevada probabilidade de reincidência criminal, sendo ainda necessário sensibilizar os órgãos governamentais a construir estabelecimentos apropriados para a custódia destes sujeitos.

Nesse sentido, como bem referem Jorge Trindade, Andréa Beheregaray e Mônica Rodrigues Cuneo, para que haja uma supervisão rigorosa e intensiva de criminosos psicopatas, faz-se necessário que o sistema de acompanhamento destes indivíduos não apresente falhas, devendo consistir em programas bem delineados, fortemente estruturados, com etapas muito claras que, se descumpridas pelos mencionados sujeitos, os façam retroceder a um regime de maior vigilância⁶⁸. Igualmente, é necessária que haja capacitação e treinamento, em termos de formação teórica e prática, das equipes de tratamento de criminosos psicopatas, em virtude de estes indivíduos serem extremamente sedutores, manipuladores e com grande capacidade de envolver e prejudicar as pessoas com quem se relacionam⁶⁹.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo que foi exposto, faz-se necessário compreender que, além das pessoas tidas como normais e dos indivíduos acometidos por alguma enfermidade mental que os qualifique como inimputáveis, há, ainda, seres desprovidos de qualquer empatia e consciência moral, mas dotados de um sistema cognitivo e volitivo em perfeito funcionamento: os psicopatas. Através da análise, realizada neste trabalho, das principais características das penitenciárias e dos hospitais de custódia, pôde-se verificar que tais estruturas estão direcionadas à punição e tratamento de

⁶⁸ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 145.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 146.

criminosos comuns e não de psicopatas.

Conforme foi exposto, estes indivíduos são dissimulados e ostentam uma aparência totalmente destoante com a verdadeira personalidade antissocial que possuem, razão pela qual conseguem, com facilidade, manipular os demais detentos e convencer o diretor do estabelecimento prisional que efetivamente se comportaram bem durante o cumprimento da pena aplicada. Situação não menos preocupante se dá com o cumprimento, por estes indivíduos, da medida de segurança nos hospitais de custódia no país, uma vez que os mesmos conturbam o ambiente hospitalar e atrapalham o tratamento dos demais internos da instituição psiquiátrica.

A exemplo de outros países, onde há tratamentos específicos destinados aos criminosos psicopatas, a criação de estabelecimentos para a custódia destes sujeitos no Brasil seria um meio eficiente de evitar o contato deles com criminosos não psicopatas, como infelizmente ocorre atualmente no país. Ademais, uma estrutura dotada de meios de observação mais acurados do comportamento destes indivíduos, de aplicação de diagnósticos apropriados para a psicopatia e de inaplicabilidade da concessão de benefícios a eles até o término da pena aplicada, possibilitaria um controle mais eficiente dos atos desumanos que estes sujeitos cometem. Obviamente, uma medida como esta acarretaria investimentos financeiros altos e programas muito bem estruturados, todavia, a paz social deve falar mais alto no momento de se analisar a conveniência de implantação destes estabelecimentos.

Em caso de impossibilidade de criação de prisões especiais para psicopatas no país, outra possível forma de dirimir os problemas decorrentes da ausência de punição específica para eles seria encaminhá-los para alas fechadas e isoladas dos estabelecimentos prisionais, evitando-se a ocorrência de rebeliões por ele formadas e as manipulações perigosas que praticam na comunidade carcerária. O desafio, neste caso, seria a necessidade de efetivamente individualizar a pena ao condenado psicopata e implementar novos mecanismos de controle deste criminoso,

como a adoção de diagnósticos padronizados para a averiguação e acompanhamento da psicopatia e do risco de violência por ele oferecido, por exemplo.

De qualquer forma, reitera-se aqui a necessidade urgente de ampliação dos debates acerca da psicopatia, para fins de obtenção de soluções eficazes para a problemática da punição de psicopatas no Brasil. Lutar e trabalhar incessantemente para prevenir práticas criminosas realizadas por criaturas tão más, porém revestidas de uma aparência de normalidade, consiste em uma necessidade urgente para o benefício da paz social. Não há dúvidas de que a partir do momento em que a punibilidade destes psicopatas começar a ser amplamente discutida, o número crescente de reincidência criminal destes indivíduos diminuirá bruscamente, tornando a prevenção de novos crimes mais efetiva e o controle de ações desumanas por eles cometidas mais eficaz.

5 REFERÊNCIAS

ARANHA, Mauro. et al. Crime e saúde mental. Especialistas discutem assistência aos portadores de transtornos mentais e de personalidade que cometem crimes. **CREMESP**: Conselho Regional de Medicina de São Paulo, São Paulo, n. 53, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=509>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. Ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Vade mecum**. 5 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010.

BUTMAN, Judith; ALLEGRI, Ricardo F. A Cognição Social e o Córtex

Cerebral. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722001000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 fev. 2013.

HARE PSYCHOPATHY CHECKLIST. In: ENCYCLOPEDIA of Mental Disorders. Disponível em: <<http://www.minddisorders.com/Flu-Inv/Hare-Psychopathy-Checklist.html>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. 5. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2010.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. PCL-R – Psychopathy Checklist Revised. **Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias**, n. 1, ago. 2011. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/15%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20PCL-R%20-%20Psychopathy%20Checklist%20Revised.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2012.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira**: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial. Tese (Doutorado em Psiquiatria) Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-14022004-211709/>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 28, out. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo>

br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005>.
Acesso em: 19 jul. 2012.

MOTZKIN, Julian C.; NEWMAN, Joseph P.; KIEHL, Kent A.; KOENIGS, Michael. Reduzida conectividade pré-frontal em psicopatia. **The Journal of Neuroscience**: The official journal of the society for neuroscience, Madison, oct. 2011. Disponível em: < <http://www.jneurosci.org/content/31/48/17348.full?sid=>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

NARLOCH, Leandro. Seu amigo psicopata. **SUPERINTERESSANTE**: Psicopata, jul. 2006. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/seu-amigo-psicopata-446474.shtml>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo. Todos nós somos um pouco psicopatas. Entrevistadora: Mariana Sgarioni. **SUPERINTERESSANTE**: Mentas psicopatas, São Paulo, n. 267, p. 6-7, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10**: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos. Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentas Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

_____. Psiquiatra autora de Best-seller defende prisão perpétua para psicopatas [04 de junho de 2012]. Entrevistadora: Helena Mader. Brasília: **Correio Braziliense**. Disponível em: < http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/06/04/interna_cidadesdf.305617/psiquiatra-autora-de-best-seller-defende-prisao-perpetua-para-psicopatas.shtml>. Acesso em: 12 out. 2012.

SOUZA, Carlos Alberto Crespo; CARDOSO, Rogério Göttert Cardoso (Orgs.). **Psiquiatria Forense**: 80 anos de prática institucional. 2 ed. Porto

Alegre: Sulina, 2008.

SZKLARZ, Eduardo. Máquinas do Crime. **SUPERINTERESSANTE:** Mententes psicopatas, São Paulo, n.º 267, p.12-13, 2009.

_____. O psicopata na justiça brasileira. **SUPERINTERESSANTE:** Mententes psicopatas, São Paulo, n.º 267, p. 18-19, 2009.

_____. E se...fosse possível prever os crimes dos psicopatas? **SUPERINTERESSANTE:** Mententes psicopatas, São Paulo, n.º 267. p. 20-21, 2009.

TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias (Orgs.). **Psiquiatria Forense.** Porto Alegre: Artmed, 2004.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA VERDE URBANA: UMA NECESSIDADE BRASILEIRA E LATINO-AMERICANA

Renan Eschiletti Machado Guimarães¹

RESUMO: O artigo trata sobre a importância do desenvolvimento de políticas públicas ambientais de infraestrutura verde para o Brasil e as demais nações latino-americanas. Ilustra o cenário atual das cidades em geral, em seus aspectos socioeconômicos e ambientais. Em seguida, cuida de aspectos de políticas públicas ambientais e a importância de sua elaboração e execução para promover a infraestrutura verde urbana. Logo adiante, são tratados alguns exemplos de como isso se apresenta na América Anglo-Saxônica e na Europa, bem como no Brasil e nos demais países latino-americanos. Reflete, por fim, acerca de como, no caso brasileiro e latino-americano, seria possível desenvolver a infraestrutura verde das cidades de maneira sistematizada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental. Políticas públicas ambientais. Infraestrutura verde urbana. Desenvolvimento sustentável. Mudanças climáticas.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Políticas públicas ambientais. 2.1 O que é política pública? 2.2 Políticas públicas ambientais: evolução da proteção ambiental. 2.3 A importância de se criar e executar políticas públicas ambientais de infraestrutura verde urbana. 3 Políticas públicas ambientais de infraestrutura verde urbana. 3.1 Exemplos do exterior. 3.1.1 Canadá: O fundo para infraestrutura verde. 3.1.2 Estados Unidos: O ato por infraestrutura verde para águas limpas e os planos municipais. 3.1.3 Europa: A estratégia da União Européia para a promoção da infraestrutura verde. 3.2 Brasil e América Latina. 3.2.1 Brasil. 3.2.2 América Latina. 4

¹ Bacharel em Direito e Pós-Graduado em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Secretário Executivo da Associação Tecnologia Verde Brasil – ATVerdeBrasil. Analista Processual da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.

Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nossas cidades chegaram ao limite. O modelo de crescimento horizontal urbano elaborado ao longo do séc. XX está falido. Essa concepção visa à devastação das paisagens naturais das periferias, à segregação das zonas residenciais em relação às concentradoras de empregos e serviços, aumentando as distâncias entre elas e a poluição decorrente disso. Um modelo que leva à dependência e à inevitável escassez de energia, água e alimentos, todos vindos cada vez de mais longe, que torna os aglomerados urbanos cenários quase inóspitos, sujos e cinzentos.

Por essa concepção, as cidades têm sido gradualmente privadas do verde ou vêm este se limitar a espaços públicos pequenos e isolados, ou a espaços privados desconectados dos ciclos ecossistêmicos ao seu redor, muitas vezes cobertos por uma vegetação unicamente paisagística, sem a preocupação com qualquer serviço ambiental a ser oferecido. Além disso, as habitações de grande parte da população são erguidas em zonas de risco, e não oferecem condições mínimas à sua dignidade. Somam-se a isso os problemas de saneamento básico que atingem todas as camadas sociais, da mais rica a mais pobre, e ainda há o fato de as áreas impermeabilizadas aumentarem exponencialmente, impedindo os aquíferos de serem reabastecidos e potencializando os riscos de enchentes e de poluição pluvial.

O resultado disso é um ambiente urbano promotor do individualismo, da depressão e da violência, afugentador do convívio entre as pessoas e entre estas e a natureza. As cidades se tornaram lugares doentios, hostis, assustadores, e por mais que sejam feitas políticas públicas econômicas e sociais para melhorar esse cenário, ignorar que muito disso se deve à ideia de infraestrutura biocida, cinzenta e inimiga da vida aplicada até hoje é, no mínimo, uma irresponsabilidade. No entanto, graças a bons

exemplos que têm surgido no exterior, algumas mentes pensantes do Brasil e da América Latina têm se conscientizado para essa mudança de paradigma, fundamental não só para a mera manutenção racional do desenvolvimento (o “desenvolvimento sustentável”), mas para a nossa própria sobrevivência e qualidade de vida.

Segundo a ONU, até 2050, 91,4% da população latino-americana estará vivendo em cidades². O campo esvaziado significará aumento dos latifúndios monocultores das grandes empresas e a conseqüente potencialização de emissões de gases de efeito estufa decorrente disso, tanto em relação à agricultura quanto no que toca à pecuária. Ao mesmo tempo, o número maior de pessoas nas cidades representa um crescimento no consumo de energia, água e alimentos, bem como na poluição decorrente disso, por meio das emissões de CO², contaminação dos recursos hídricos devido à precariedade ou ausência de saneamento e farta produção de resíduos sólidos.

O fato é que a maioria das cidades brasileiras e latino-americanas possui desafios similares que podem ser combatidos com a mesma arma: a promoção das práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde. Não se trata da única ferramenta para tornar as nossas vidas melhores, mas talvez seja uma das mais fundamentais.

Logo, para que a infraestrutura verde possa ser promovida de maneira adequada nas nações da América Latina, é necessário que se elaborem políticas públicas a respeito, tendo como fim o combate efetivo aos desafios urbanos econômicos, sociais e ambientais atuais e vindouros.

Nesse sentido, o presente trabalho buscará, primeiramente, esclarecer a definição de política pública, bem como trará apontamentos gerais acerca de políticas públicas ambientais e a fase (momento histórico) em que estas se encontram no Brasil e na América Latina, especialmente no que concerne à infraestrutura verde. Em seguida, serão expostos argumentos sobre a importância de criar e executar políticas públicas

² MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Ministra destaca importância dos prefeitos na Rio+20*. Disponível em: <<http://hotsite.mma.gov.br/rio20/ministra-destaca-importancia-dos-prefeitos-na-rio20/>>. Acesso em: 10/03/2015.

ambientais de infraestrutura verde urbana. Logo depois, o trabalho focará nos principais exemplos de políticas públicas ambientais sobre o tema existentes ao redor do mundo, bem como demonstrará um panorama geral do cenário atual brasileiro e latino-americano. Por fim, serão apresentadas considerações gerais para o desenvolvimento da infraestrutura verde no Brasil e na América Latina e a plena execução de políticas públicas ambientais específicas.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

2.1 O QUE É POLÍTICA PÚBLICA?

A ideia de política pública é uma criação do Estado de bem-estar social, e expressa uma forma de intervenção estatal sobre a atividade privada. Não se limita a isso, no entanto, pois ganha um novo sentido, de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como o próprio Estado³.

Representando ações governamentais, as políticas públicas buscam objetivos gerais e específicos, razão pela qual são consideradas sistematizadoras de ações estatais com objetivos setoriais e gerais, articulando sociedade, Estado e mercado. Elas partem de um cenário de condições favoráveis e desfavoráveis e estruturam um plano de ação, visando a concentrar a ação do Estado na sua solução⁴.

As políticas públicas podem ser vistas como um “quadro normativo de ação”, o qual é formado por elementos do poder público e de conhecimento e capacitação, e que tendem a constituir uma ordem local, contribuindo especialmente como um “catalisador” de mecanismos que impulsionem o Estado na implementação do direito⁵.

³ GUIMARÃES, Renan Eschiletti Machado. *Incentivos fiscais no Direito Ambiental e a Efetivação do Princípio do Protetor-Recebedor na Política Nacional de Resíduos Sólidos*. Porto Alegre: Ed. Buqui, 2012, p. 29.

⁴ DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, jul./set. 2003, p. 121.

⁵ BORBOREMA NETO, Ruy Telles de. Políticas ambientais: uma reflexão teórico-conceitual para o seu regime jurídico no Brasil. In: *Revista de Direito da ADVOCEF*. Londrina: ADVOCEF, v. 1, n. 3, 2006/2007, p. 152.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS: EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

As políticas públicas ambientais podem ser entendidas como o conjunto de atividades por meio das quais o Estado pode atingir determinados fins relacionados ao meio ambiente, tornando efetivas as normas ambientais⁶.

Aproveitando a oportunidade para apresentar a evolução no caso específico do Brasil, conforme destaca Benjamin⁷, a evolução jurídica brasileira para a proteção do meio ambiente se divide em três fases, e o mesmo ocorre, guardadas as suas devidas peculiaridades, nos demais países latino-americanos. A primeira fase, que vai desde a colonização até metade do século XX, é considerada a fase “desregrada”, pois ausente a preocupação com o meio ambiente como um bem jurídico. Tinha-se o meio ambiente, no máximo, como patrimônio, como um direito real, seja público ou particular. A segunda fase, que se concentra na segunda metade do século XX até meados da década de 80, é a chamada fase “fragmentária”, marcada pelo utilitarismo, havendo a preocupação com os recursos naturais, mas ainda não com o meio ambiente em si considerado, havendo a simples imposição de controles legais às atividades exploratórias. São exemplos dessa fase o nosso Código Florestal (Lei n.º 4.471/1965), o Código de Caça (Lei n.º 5.197/1967), o Código de Pesca (Decreto-Lei n.º 221/1967), dentre outras normas.

A terceira fase, iniciada na década de 1980 e que se estende até o presente é a holística, a partir de quando o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, ou seja, como sistema ecológico integrado e com autonomia valorativa. Seu marco é representado pela edição da Lei n.º 6.938/1981 (que trata da Política Nacional do Meio Ambiente), a partir de quando tem início verdadeiramente a proteção ambiental como tal no Brasil, estabelecendo-se princípios, objetivos e instrumentos fundamentais para que tal finalidade fosse atingida. Refletindo isso, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, com seu art. 225 e todos os demais aspectos ambientais nela presentes, explicita a necessidade de defesa do meio ambiente, bem como da promoção do desenvolvimento sustentável.

Hoje, no Brasil, existe uma grande variedade de leis que positivam diversas políticas nacionais ambientais, dentre as quais se destacam, por exemplo: a Política Nacional do

⁶ *Ibid.*, p. 155.

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, abr./jun. 1999, p. 51-52.

Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81); a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n.º 9.433/1997); a Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n.º 9.795/1999); o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001); a Política Nacional de Saneamento Básico (Lei n.º 11.445/2007); a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto n.º 6.040/2007); a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei n.º 12.187/2009); a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.º 12.305/2010), entre outras.

2.3 A IMPORTÂNCIA DE SE CRIAR E EXECUTAR POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS DE INFRAESTRUTURA VERDE URBANA

Também chamada de infraestrutura ecológica, a infraestrutura verde é um conceito que tem evoluído em um ritmo acelerado e se tornado mais abrangente nos últimos anos. Fundamentada nos conhecimentos da ecologia da paisagem e da ecologia urbana, compreendendo a cidade como um sistema socioecológico, por meio de uma visão holística, sistêmica, consistente em planejar, projetar e manejar construções e infraestruturas novas e existentes, transformando-as em espaços multifuncionais, os quais integram uma rede interligada de fragmentos vegetados e permeáveis, conectados por corredores verdes e azuis, nos quais a biodiversidade protege e melhora a qualidade das águas, objetivando reestruturar o mosaico da paisagem em múltiplas escalas. Corredores verdes e azuis, é oportuno dizer, são as interconexões necessárias para que haja sustentabilidade da paisagem, as quais mantêm ou restabelecem os fluxos da biodiversidade vegetal e animal, e das águas – tanto dos rios e canais renaturalizados quanto de ruas densamente arborizadas, com canteiros ricos em espécies de plantas e permeáveis⁸.

Basicamente, busca-se mimetizar aquilo que acontece nas paisagens naturais, aprendendo com a natureza fazendo “edifícios como árvores e árvores como florestas”. A infraestrutura verde é uma rede ecológica urbana que reestrutura a paisagem, mimetiza os processos naturais de modo a manter ou restaurar as funções do ecossistema urbano,

⁸ HERZOG, Cecília Polacow. *Cidades para todos: (re)aprendendo a conviver com a natureza*. Rio de Janeiro: Ed. Mauad X, 2013, p. 111.

oferecendo serviços ecossistêmicos no próprio local. Alguns desses serviços são: redução das emissões de gases de efeito estufa; prevenção de enchentes e deslizamentos; amenização das ilhas de calor; redução no consumo de energia; produção de alimentos; melhoria da saúde física, mental e espiritual das pessoas; aumento e melhoria da biodiversidade nativa, além de muitos outros. A principal meta desse tipo de infraestrutura é tornar os ambientes urbanos mais sustentáveis e resilientes por meio da interação cotidiana das pessoas com a natureza em espaços onde ambas tenham total prioridade⁹. Até mesmo a segurança pública é influenciada quando há desenvolvimento da infraestrutura verde local¹⁰.

Pensar em infraestrutura verde envolve uma nova maneira de entender o valor dos benefícios que a natureza oferece à sociedade humana e a mobilizar investimentos para valorizá-los e sustentá-los. Ajuda, também, a evitar recorrer a infraestruturas cuja construção é onerosa, quando a própria natureza é capaz de, não raramente, oferecer soluções mais baratas e duráveis, muitas das quais criam oportunidades de emprego local. A infraestrutura verde fundamenta-se no princípio de que a valorização e a proteção da natureza e dos processos naturais, bem como dos muitos benefícios (ou serviços) ambientais fornecidos pela natureza à humanidade, se integram conscientemente no ordenamento e no desenvolvimento da região¹¹. Diferentemente do que ocorre em relação à infraestrutura “tradicional”, cinzenta, que geralmente têm apenas uma finalidade específica, a infraestrutura verde fornece uma multiplicidade de benefícios. Sua promoção não implica em restrições ao desenvolvimento, mas promove soluções naturais se estas forem a melhor opção. Por vezes, é possível constituir uma alternativa ou um complemento às soluções cinzentas habituais.

São exemplos de práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ UNIVERSITY OF WASHINGTON. *Green cities: good health - crime & public safety*. Disponível em: <http://depts.washington.edu/hhwb/Thm_Crime.html>. Acesso em 09/03/2015.

¹¹ COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÊ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÊ DAS REGIÕES. *Infraestrutura Verde — Valorizar o Capital Natural da Europa*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013DC0249>>. Acesso em: 08/03/2015.

verde: as paredes verdes, o uso de fontes de energia renováveis, os jardins de chuva, os pavimentos permeáveis, os pisos drenantes e vegetados, o aproveitamento da água pluvial, o tratamento local e biofílico da água do esgoto e seu aproveitamento para fins não potáveis, as biovaletas, as wetlands, hortas urbanas, o desenvolvimento da malha cicloviária e da promoção do uso das bicicletas e outras fontes limpas e seguras de transporte, e, evidentemente, os telhados verdes.

No que tange à infraestrutura verde, o cenário normativo é muito similar ao da mencionada segunda fase de evolução jurídica para a proteção, preservação e promoção ambiental. Ou seja, vivemos em um estágio “fragmentário”, ainda não havendo, no âmbito do Poder Público, uma visão holística para o tema, que o considere de maneira integrada e conectada.

Por todo o país tem crescido o interesse de gestores públicos, governantes e parlamentares pela temática dos telhados verdes, por exemplo¹². Mesmo que a maioria dessas pessoas sequer saiba o que é infraestrutura verde e o que a envolve, alguns ainda também chegam a tocar, mesmo que timidamente, em outras práticas e tecnologias a ela relacionadas, como os pisos permeáveis (ou drenantes), a agricultura urbana e os jardins verticais.

O mesmo tem acontecido em alguns países da América Latina, por meio da elaboração de leis esparsas que visam à promoção de uma ou outra tecnologia, mas de maneira incoerente, ou tecnicamente inadequada aos fins a que se propõem. Ao mesmo tempo, os desafios diante dos efeitos das mudanças climáticas, do desenvolvimento econômico, do maior acesso de parte da população aos bens de consumo, da escassez hídrica, energética e alimentar que se avizinha e do crescimento urbano ambientalmente incorreto estão diante de nossos olhos e, se forem encarados da mesma maneira como no passado, estaremos certamente caminhando para o abismo.

¹² CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão debate projeto que obriga condomínios a instalar telhado verde*. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/468230-COMISSAO-DEBATE-PROJETO-QUE-OBRIga-CONDOMINIOS-A-INSTALAR-TELHADO-VERDE.html>>. Acesso em: 08/03/2015.

Pois bem, o que é infraestrutura verde, bem como alguns exemplos de suas práticas, técnicas e tecnologias, assim como o estágio normativo em que o Brasil e os demais países latino-americanos se encontram, já verificamos. Agora, qual o objetivo de sua promoção? É adaptar as cidades aos novos tempos que chegam e dotá-las de ferramentas aptas a enfrentar os já mencionados desafios ambientais, sociais e econômicos que estão aí e que virão.

Para se atingir um objetivo é preciso uma política estratégica, seguida por um plano, e as definições/especificações das ferramentas que serão utilizadas para alcançar determinado fim são fundamentais. Por isso que não é prudente fazer as definições dessas “ferramentas”, no caso, das práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde, de maneira limitada, mas baseadas, primeiramente, no seu potencial e, em seguida, no fim para o qual tais elementos serão usados.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS DE INFRAESTRUTURA VERDE URBANA

Como dito anteriormente, o Brasil e os países latino-americanos carecem de políticas públicas de infraestrutura verde urbana. Há muitas leis esparsas, mas para atingir os grandes objetivos a ela relacionados, é preciso que seja dado um direcionamento adequado pelo Poder Público, a começar por leis federais sobre o tema. Especialmente na América Anglo-Saxônica e na Europa isso já ocorre e, no Brasil e nos demais países latino-americanos, engatinha-se nesse caminho.

3.1 EXEMPLOS DO EXTERIOR

3.1.1 CANADÁ: O FUNDO PARA INFRAESTRUTURA VERDE

O Canadá é um dos países mais avançados do planeta quando o assunto é infraestrutura verde. Com um mercado solidificado ainda

nos anos 90, desde 2001 a Federação dos Municípios Canadenses distribui um guia para a aplicação de práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde, impulsionando o desenvolvimento de políticas regionais de infraestrutura verde.

No ano de 2009, a fim de sistematizar tal desenvolvimento, o governo canadense adicionou ao seu Novo Plano de Construções (New Building Plan), existente desde 2007, o Fundo para Infraestrutura Verde, ativo até hoje. Tal fundo visa especificamente projetos que melhorarão a qualidade ambiental e tornarão a economia local mais sustentável a longo prazo. Por meio desse fundo, o governo canadense banca projetos que despoluirão o ar, reduzirão as emissões de gases de efeito estufa e limparão as águas locais. No caso, os projetos de infraestrutura verde estão enumerados nas categorias de: infraestrutura para águas cinzas e negras; gestão de resíduos sólidos; transmissão e armazenamento de carbono e geração e transmissão de energias verdes¹³.

Por meio desse fundo, portanto, o governo central canadense dá um grande apoio aos regionais para desenvolverem projetos de infraestrutura verde por ele aprovados.

3.1.2 ESTADOS UNIDOS: O ATO POR INFRAESTRUTURA VERDE PARA ÁGUAS LIMPAS E OS PLANOS MUNICIPAIS

De fato, o modo como o Canadá tem desenvolvido sua infraestrutura verde é exemplar, mas os Estados Unidos não ficam atrás. A maior potência econômica do planeta é muito receosa quanto a reduzir as emissões de gases de efeito estufa de sua indústria, mas é inegável o quão tem se desenvolvido na área da infraestrutura verde.

Ciente de que a infraestrutura verde deve ser pensada localmente, mas de maneira integrada e holística, cujos resultados do seu desenvolvimento regional acabam por influenciar toda a nação, em 2011

¹³ GOVERNMENT OF CANADA. *Green infrastructure fund*. Disponível em: <<http://www.infrastructure.gc.ca/prog/gjif-fiv-eng.html>>. Acesso em: 08/03/2015.

foi aprovado o Ato por Infraestrutura Verde para Águas Limpas (“Green Infrastructure for Clean Water Act of 2011”), que estabelece critérios para a concessão de subsídios aos governos municipais para a elaboração de planos regionais de infraestrutura verde¹⁴. Isso sem dúvida fez com que diversas cidades do país se mobilizassem nesse sentido, das maiores às menores.

Alguns planos de destaque já haviam sido elaborados por cidades robustas e tradicionais, como Nova York, em 2010¹⁵, que segue sendo aplicado e tornando a metrópole, que é o centro econômico global, cada vez mais verde, com a expansão de coberturas vegetadas, jardins de chuva, jardins verticais, pavimentos permeáveis etc.

Portland é outra cidade que revolucionou a sua paisagem por meio de um plano quinquenal (2008-2013) chamado “Do Cinza ao Verde” (“From Grey to Green”), período no qual incentivou novas instalações de infraestrutura verde, dando até cinco dólares para cada 1 pé quadrado (0.09m²) de telhado verde, totalizando aproximadamente 2 milhões de dólares, bem como ajudando na implementação de outras tecnologias, em especial os jardins de chuva. Hoje, o plano de incentivos não mais está em vigor, mas os seus resultados foram impressionantes, com uma grande expansão verde sobre o cinza morto¹⁶.

Desde 2004, Chicago possui um plano de infraestrutura verde¹⁷, e o símbolo disso está no famoso Millenium Park, um parque suspenso sobre um gigantesco telhado verde. O grande objetivo do plano é gerir de maneira racional as águas pluviais e proteger a infraestrutura verde “natural” existente, como parques urbanos e lineares, expandi-la e tornar a cidade ainda mais vegetada por meio das tecnologias de infraestrutura

¹⁴ CONGRESS OF THE UNITED STATES OF AMERICA. *Green Infrastructure for Clean Water Act of 2011*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/2030/text>>. Acesso em: 08/03/2015.

¹⁵ NEW YORK CITY DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL PROTECTION. *2010 NYC Green infrastructure plan*. Disponível em: <http://www.nyc.gov/html/dep/pdf/green_infrastructure/NYCGreenInfrastructurePlan_LowRes.pdf>. Acesso em: 03/03/2015.

¹⁶ ENVIRONMENTAL SERVICES OF CITY OF PORTLAND. *Grey to green*. Disponível em: <<https://www.portlandoregon.gov/bes/47203>>. Acesso em: 03/03/2015.

¹⁷ CITY OF CHICAGO. *Green stormwater infrastructure strategy*. Disponível em: <<http://www.cityofchicago.org/content/dam/city/progs/env/ChicagoGreenStormwaterInfrastructureStrategy.pdf>>. Acesso em: 03/03/2015.

verde. A meta é que os objetivos sejam atingidos até o ano de 2020.

A tradicional cidade da Filadélfia possui o plano “Cidade Verde: Águas Limpas” (“Green City: Clean Waters”), ativo desde 2011 e que promete cuidar da gestão da água local por meio de práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde¹⁸. O foco, no entanto, não está apenas nesse aspecto, mas também na promoção da agricultura urbana, do aumento do verde e das áreas de convivência, e na limpeza do ar.

Outras tantas cidades americanas também possuem seus planos, como São Francisco, Seattle, Washington, Miami, Los Angeles, Boston etc, e um número ainda maior, possivelmente potencializado pelo Ato por Infraestrutura Verde para Águas Limpas, seguirão o mesmo caminho, revitalizando de maneira revolucionária os Estados Unidos.

3.1.3 EUROPA: A ESTRATÉGIA DA UNIÃO EUROPÉIA PARA A PROMOÇÃO DA INFRAESTRUTURA VERDE

Além de muitos estudos, formou-se na União Européia uma comissão especial para propor estratégias de infraestrutura verde para o continente. Por meio de um comunicado (estruturado na forma de um verdadeiro relatório) ao Parlamento Europeu, Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao seu Comitê das Regiões, a comissão informou que a infraestrutura verde pode contribuir significativamente para a consecução de uma série de objetivos fundamentais de política da União Européia, indicando que o programa Horizonte 2020 e o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) são fontes potenciais de apoio à investigação e à inovação em matéria de infraestrutura verde¹⁹.

Em atenção ao comunicado da comissão especial em questão, o

¹⁸ PHILADELPHIA WATER DEPARTMENT. *Green city, clean waters*. Disponível em: <http://www.phillywatersheds.org/what_were_doing/documents_and_data/cso_long_term_control_plan>. Acesso em: 03/03/2015.

¹⁹ COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÊ DAS REGIÕES. *Infraestrutura Verde — Valorizar o Capital Natural da Europa*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013DC0249>>. Acesso em: 03/03/2015.

Parlamento Europeu aprovou uma resolução²⁰ pela qual se compromete a empreender esforços para promover a infraestrutura verde no Velho Continente, através, principalmente, da busca pela elaboração de uma estratégia do tema, de modo a serem criados e tornar-se operacional um instrumento financeiro que inclua mecanismos de financiamento inovadores para apoiar investimentos em infraestrutura verde e outros projetos de capital natural conexos e, ao mesmo tempo, aquilatarem um verdadeiro apoio a longo prazo para as funções ecossistêmicas; alertando, ainda, para a necessidade de explorar novas fontes de financiamento a nível local, regional e nacional.

Além disso, a resolução afirma a importância de os Estados-Membros integrarem e darem prioridade às questões de infraestrutura verde no planejamento urbano, consultando e sensibilizando os agentes e a população local através de campanhas de educação que envolvam todos os níveis de decisão (local, regional e nacional). Também exorta a Comissão e os Estados-Membros a utilizarem todos os instrumentos financeiros da União Europeia para a promoção da infraestrutura verde.

Mesmo assim, cidades como Londres já se adiantaram e possuem seus planos de infraestrutura verde. O “All London Green Grid” (algo como “Rede Verde de toda a Londres”) é um sistema de políticas lançado em 2011 que visa à promoção da infraestrutura verde local. Tem alguns objetivos específicos, no caso, melhorar o acesso aos espaços públicos, conservar as paisagens e áreas naturais e torná-las mais acessíveis ao convívio; adaptar a cidade às mudanças climáticas, encorajar um modo de vida mais saudável, promover as tecnologias de infraestrutura verde, o transporte cicloviário e o incentivo às caminhadas etc²¹.

Também em 2011, Barcelona lançou o seu plano de infraestrutura verde, cujo objetivo é cobrir a cidade de práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde até o ano 2020, de maneira que, a partir de então,

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de dezembro de 2013, sobre a Infraestrutura Verde – Valorizar o capital natural da Europa (2013/2663 (RSP))*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0600&language=PT&ring=B7-2013-0549>>. Acesso em: 03/03/2015.

²¹ GREATER LONDON AUTHORITY. *All London Green Grid*. Disponível em: <<https://www.london.gov.uk/priorities/environment/greening-london/improving-londons-parks-green-spaces/all-london-green-grid>>. Acesso em: 03/03/2015.

o plano será atualizado, com a grande meta de, em 2050, a cidade ser completamente resiliente em relação ao ambiente natural²².

Outras cidades europeias também têm expandido sua infraestrutura verde, como Amsterdam e Berlim, e até mesmo cidades pequenas, como Lancaster²³, também na Inglaterra, têm seguido esse caminho. Com as políticas da União Européia focando de maneira mais específica na promoção da infraestrutura verde, especialmente por meio de incentivos aos planos locais, como é o exemplo norte-americano, a tendência é o aumento exponencial de cidades adotando tais práticas, técnicas e tecnologias.

3.2 BRASIL E AMÉRICA LATINA

Atualmente, não há nenhuma política pública nacional nos países latino-americanos que vise especialmente à promoção das práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde. No entanto, há leis e resoluções do Poder Público, não necessariamente nacionais, que indiretamente estimulam tais ações nas cidades e estados/províncias da região.

3.2.1 BRASIL

No Brasil, por exemplo, a Lei n. 12.187/2010, que criou a Política Nacional de Mudanças Climáticas²⁴, é o principal guia. Por meio dos instrumentos que propõe, merece especial destaque o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima. Regulado pelo Decreto Federal n. 7343/2010²⁵,

²² AJUNTAMENT DE BARCELONA. *Plan del Verde y de la Biodiversidad de Barcelona 2020*. Disponível em: <https://w110.bcn.cat/MediAmbient/Continguts/Documents/Documentacio/Traduccions/PlandelVerdeyBiodiversidad_BCN2020_ESP.pdf>. Acesso em: 03/03/2015.

²³ CITY OF LANCASTER. *Lancaster green infrastructure plan*. Disponível em: <http://cityoflancasterpa.com/sites/default/files/documents/cityoflancaster_giplan_fullreport_april2011_final_0.pdf>. Acesso em: 08/03/2015.

²⁴ BRASIL. *Lei n. 12.187 de 29 de dezembro de 2009: Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em: 09/03/2015.

²⁵ BRASIL. *Decreto n. 7343 de 26 de outubro de 2010: Regulamenta a Lei no 12.114, de 9 de dezembro de 2009, que cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima - FNMC, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7343.htm>. Acesso em 09/03/2015.

foi criado para financiar e estimular ações e projetos capazes de combater as mudanças climáticas, havendo o potencial das práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde serem beneficiadas. Não há, assim, uma política nacional a respeito, mas apenas iniciativas regionais, algumas interessantes, outras inócuas, mas que têm em comum a falta de visão geral e holística em que se entenda o desenvolvimento da infraestrutura verde como uma necessidade crucial para as cidades.

Partindo, portanto, para os principais exemplos regionais existentes em nosso país, a cidade de Porto Alegre prevê, em seu Plano Diretor Urbano Ambiental²⁶ (Lei Complementar Municipal n. 434/1999) os telhados verdes e os pavimentos permeáveis como alternativa para compensar parcialmente a construção em parte de área verde permeável obrigatória. Norma parecida foi recentemente aprovada na cidade de Canoas/RS²⁷, vizinha da Capital Gaúcha, com a grande evolução de que as coberturas vegetadas precisariam ser irrigadas apenas com água de reuso proveniente da captação de água da chuva e do próprio esgoto cloacal pré-tratado.

A cidade do Rio de Janeiro/RJ criou, em 2012, o selo Qualiverde (Decreto Municipal n. 35.745/2012), uma espécie de certificação pública de construção sustentável às edificações que forem dotadas de diversas tecnologias, muitas das quais de infraestrutura verde, como telhados e paredes verdes, pisos drenantes, reaproveitamento da água da chuva, entre outras²⁸. Tal decreto, todavia, carece de instrumentos para a sua plena efetivação, pois os projetos de leis que concederiam vantagens àqueles que venham a obter o certificado em questão, como incentivos

²⁶ PORTO ALEGRE/RS. *Lei Complementar n.º 434 de 1º de dezembro de 1999: Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental do Município de Porto Alegre*. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/usu_doc/planodiretortexto.pdf>. Acesso 09/03/2015.

²⁷ CANOAS/RS. *Lei n.º 5840 de 27 de maio de 2014: Dispõe sobre a criação de telhados verdes e seus critérios técnicos especificados nesta Lei e dá outras providências*. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/rs/c/canoas/lei-ordinaria/2014/584/5840/lei-ordinaria-n-5840-2014-dispoe-sobre-a-criacao-de-telhados-verdes-e-seus-criterios-tecnicos-especificados-nesta-lei-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 09/03/2015.

²⁸ RIO DE JANEIRO/RJ. *Decreto n.º 35.745/2012: Cria a qualificação QUALIVERDE e estabelece critérios para sua obtenção*. Disponível em: <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/42362Dec%2035745_2012.pdf>. Acesso em: 09/03/2015.

fiscais, estão parados há quase três anos²⁹.

Aproveitando o tema dos incentivos fiscais para a promoção da infraestrutura verde local, Goiânia/GO³⁰ e Guarulhos/SP³¹ já possuem suas leis de IPTU Verde, que buscam promover a sustentabilidade urbana por meio de incentivos fiscais. A norma goiana visa à promoção de várias práticas e tecnologias, mas carece, assim como no exemplo carioca, de instrumentos para torná-la efetiva, esperando por lei que a regulamente. Já o exemplo de Guarulhos é pouco ousado, sendo os descontos sobre o referido imposto muito discretos para que o fim da lei em questão seja atingido (a maioria das técnicas utilizadas merece desconto de meros 3% sobre o valor original a ser cobrado de IPTU).

Talvez a melhor iniciativa normativa nacional, até o momento, para a promoção da infraestrutura verde por meio de sanções premiais, como os incentivos fiscais, se encontra em Salvador/BA, cujo governo municipal, recentemente, publicou o Decreto n.º 25.899³² que se inspirou nos parâmetros técnicos do já citado “Qualiverde”, mas acaba sendo mais técnico e completo, com preocupações técnicas objetivas acerca de gestão sustentável de águas, eficiência e alternativas energéticas, projetos sustentáveis, bonificações e emissões de gases de efeito estufa. Os descontos são tímidos, podendo chegar a no máximo 10% sobre o valor a ser pago a título de IPTU, mas já é um passo importante quanto às

²⁹ RIO DE JANEIRO/RJ. Projeto de Lei n.º 1.415/2012: Estabelece benefícios fiscais para os empreendimentos que detenham a qualificação “Qualiverde” e dá outras providências. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro0711.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/071aea683fd2bbbb03257a1d0071dcf7?OpenDocument>>. Acesso em: 09/03/2015.

³⁰ GOIÂNIA/GO. Lei Complementar n.º 235 de 28 de dezembro de 2012: Institui o Programa IPTU Verde no município de Goiânia. Disponível em: <https://www.goiania.go.gov.br/Download/legislacao/diariooficial/2012/do_20121228_000005500.pdf>. Acesso em: 09/03/2015.

³¹ GUARULHOS/SP. Lei n.º 6.793 de 28 de dezembro de 2010: Dispõe sobre o lançamento, arrecadação e fiscalização do imposto sobre propriedade predial territorial urbana – IPTU e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sp/g/guarulhos/lei-ordinaria/2010/679/6793/Lei-ordinaria-n-6793-2010-dispoe-sobre-o-lancamento-arrecadacao-e-fiscalizacao-do-imposto-sobre-a-propriedade-predial-e-territorial-urbana-iptu-e-da-outras-providencias.html>>. Acesso em: 09/03/2015.

³² SALVADOR/BA. Decreto n.º 25.899 de 24 de março de 2015: Regulamenta o art. 5º da Lei nº 8.474, de 02 de outubro de 2013, e institui o Programa de Certificação Sustentável “IPTU VERDE” em edificações no Município de Salvador, que estabelece benefícios fiscais aos participantes do programa, assim como o art. 5º da Lei nº 8.723, de 22 de dezembro de 2014, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/Documento/ObterArquivo/1252>>. Acesso em: 08/04/2015.

preocupações atinentes ao tema.

Seguindo no campo dos incentivos fiscais, a cidade São Paulo/SP recentemente aprovou o Projeto de Lei n.º 00039/2011³³, o qual, no entanto, é muito limitado, com poucas tecnologias contempladas e desprovido de preocupações técnicas e de qualquer visão holística. Ainda no caso da capital paulista, é oportuno referir a recente alteração do Decreto Municipal 53.889/2013, que cuida do “Termo de Compensação Ambiental”, que passou a contemplar a construção de telhados verdes e jardins verticais para suas hipóteses, embora ignore por completo a descrição técnica de “telhado verde” ou “jardim vertical”, submetendo-se, assim, aos evidentes problemas futuros decorrentes da banalização de tais técnicas, como o excesso de consumo d’água, por exemplo³⁴.

Enfim, encerrando os exemplos nacionais de maior destaque acerca do tema, não poderíamos deixar de falar da cidade de Curitiba, sempre famosa por suas iniciativas na esfera urbano-ambiental. Todavia, especificamente no que concerne ao desenvolvimento técnico de sua infraestrutura verde, a capital paranaense ainda é bem limitada, mas vale fazer referência ao “BIOCIDADE”³⁵, um plano para promover o desenvolvimento sustentável local, como florestamento urbano com árvores nativas, agricultura urbana e o objetivo de aumentar as áreas verdes em propriedades privadas. Nada muito específico, no entanto.

3.2.2 AMÉRICA LATINA

Partindo para os demais países latino-americanos, a cidade de

³³ SÃO PAULO/SP. Projeto de Lei n.º 01-00039/2011: Instituiu o Programa de Incentivo e Desconto, denominado “IPTU Verde” no âmbito do município de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qplaweb.com.br/iah/fulltext/projeto/PL0039-2011.pdf>>. Acesso 15/03/2015.

³⁴ SÃO PAULO/SP. Decreto n.º 55.994, de 10 de março de 2015: introduz alterações no artigo 4º do decreto n.º 53.889, de 08 de maio de 2013, que regulamenta o Termo de Compromisso Ambiental – TCA. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2015/5599/55994/decreto-n-55994-2015-introduz-alteracoes-no-artigo-4-do-decreto-n-53889-de-8-de-maio-de-2013-que-regulamenta-o-termo-de-compromisso-ambiental-tca-3.html>>. Acesso em: 15/03/2015.

³⁵ CURITIBA/PR. Biocidade. Disponível em: <<http://www.biocidade.curitiba.pr.gov.br/biocity/32.html>>. Acesso em: 15/03/2015.

Buenos Aires, na Argentina, aprovou, em 2012, uma lei que reduz o “IPTU” local às propriedades privadas dotadas de telhados verdes (Lei 4428/2012)³⁶. Além disso, várias cidades argentinas fizeram uma liga, a Rede de Cidades Argentinas Contra as Mudanças Climáticas, a fim de torná-la uma ferramenta pública para coordenar políticas públicas ambientais com esse fim³⁷.

Santiago, no Chile, possui o seu Plano Metropolitano de Áreas Verdes, elaborado em 2012, e que tem o potencial de aumentar a infraestrutura verde local.

La Paz, na Bolívia, ainda não possui um plano específico para promover a sua infraestrutura verde, mas esboços já têm sido discutidos em conferências específicas, o que indica que a cidade andina em breve terá um documento do tipo. Ele será focado na conexão entre áreas verdes e na otimização de soluções para os problemas de água, mobilidade, biodiversidade e espaços públicos.

Por fim, cabe trazer especial destaque ao principal exemplo latino-americano (incluindo o Brasil) no trato da infraestrutura verde como política pública, ainda que regional: Bogotá. A capital da Colômbia possui um Plano de Organização Territorial (o equivalente ao nosso Plano Diretor) que prevê o aumento de áreas verdes nos pontos mais adensados da cidade, e recentemente, em 2013, reservou uma seção especial (Seção 04) para a sua promoção, o que lhe dá um forte potencial para o futuro³⁸. Embora tal norma não cuide de uma política específica de infraestrutura verde, mas de direito urbanístico amplamente considerado, é inegável o seu destaque quando comparada com outros exemplos do nosso país assim como de outros da América Latina.

³⁶ CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Ley 4428/2012. Disponível em: <<http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley4428.html>>. Acesso em 09/03/2015.

³⁷ RED ARGENTINA DE MUNICIPIOS FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO. Sobre la RAMCC. Disponível em: <http://www.ramcc.net/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=2290&Itemid=591>. Acesso em: 09/03/2015.

³⁸ ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. Decreto 364 de 26 de agosto de 2013: Plan de Ordenamiento Territorial 2013. Disponível em: <http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/POT_2020/POT/Decreto-364-2013.pdf>. Acesso em: 09/03/2015.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos dos problemas ambientais, sociais e econômicos existentes nos países latino-americanos podem ser combatidos pelo desenvolvimento de sua infraestrutura verde, capaz de influenciar na redução da violência, incrementar a eficiência energética urbana, aumentar as áreas de convivência, conectar as pessoas entre si e à natureza, além de encher-lhes de paz de espírito e qualidade de vida.

Problemas como as ilhas de calor urbano, enchentes e poluição hídrica, sonora e do ar seriam severamente atenuados, assim como melhorariam as questões relacionadas a transporte. A agricultura urbana teria um grande papel lúdico, ao reaproximar as pessoas da origem daquilo que comem, do mesmo modo que seriam capazes de criar um novo mercado, os dos agricultores urbanos, que venderiam seus produtos no mercado local, com menor possibilidade de uso de agrotóxicos. A utilização de fontes de energia renováveis tornaria as cidades mais autossuficientes, e o aproveitamento das águas pluviais e o tratamento e reciclagem das cloacais resultaria em uma enorme economia de água potável.

É evidente, portanto, que os potenciais benefícios resultantes do investimento em práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde são verdadeiramente revolucionários, capazes confrontar velhos paradigmas da nossa própria civilização. É fundamental, portanto, que os nossos governantes tenham essa percepção, de modo que a necessidade por mais infraestrutura verde seja colocada como uma das prioridades do Brasil e das demais nações da América Latina.

Enquanto a Europa e a América Anglo-Saxônica têm colocado o aprimoramento da infraestrutura verde local como prioridade nas suas políticas de combate aos efeitos às mudanças climáticas, no Brasil e nos demais países latino-americanos e suas cidades tal anseio se limita a um adendo ou uma referência dentro de alguma norma cujo objetivo é mais amplo e não envolve a promoção específica de práticas, técnicas e tecnologias. Como consequência, tendem a surgir leis esparsas, muitas

vezes inadequadas e desconexas com os objetivos gerais relacionados à infraestrutura verde.

Assim, são necessárias políticas públicas nacionais a fim de definir e sistematizar objetivos para cada país, definindo de modo específico as práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde envolvidas, com base não apenas no que são, mas no potencial de sua multifuncionalidade. Além disso, a elaboração de políticas de incentivo amplas, vindas do governo central, que, nos países latino-americanos, geralmente é o que detém a maior parte dos recursos, são imprescindíveis, sendo esse o principal exemplo dados pelos países anglo-saxônicos e europeus. Os planos de infraestrutura verde, por sua vez, devem ser locais, de acordo com as peculiaridades ambientais de cada região, mas a grande promoção precisa ser montada pelo Poder Central e especificamente tratando de infraestrutura verde, relacionando as definições, princípios, objetivos e diretrizes envolvidos.

Da mesma maneira, é preciso que os países latino-americanos criem políticas de relações exteriores entre si visando ao desenvolvimento, à ampliação e à defesa de sua infraestrutura verde, por meio do compartilhamento de tecnologias e conhecimento e a inclusão desse tema na pauta central de seus governos nacionais, de modo a ser acompanhado regularmente nas reuniões de cúpula das nações.

5 REFERÊNCIAS

AJUNTAMENT DE BARCELONA. **Plan del Verde y de la Biodiversidad de Barcelona 2020**. Disponível em: <https://w110.bcn.cat/MediAmbient/Continguts/Documents/Documentacio/Traduccions/PlandelVerdeyBiodiversidad_BCN2020_ESP.pdf>. Acesso em: 03/03/2015.

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. **Decreto 364 de 26 de agosto de 2013: Plan de Ordenamiento Territorial 2013**. Disponível em:

<http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/POT_2020/POT/Decreto-364-2013.pdf>. Acesso em: 09/03/2015.

BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Revista de Direito Ambiental**, n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, abr./jun. 1999.

BORBOREMA NETO, Ruy Telles de. Políticas ambientais: uma reflexão teórico-conceitual para o seu regime jurídico no Brasil. In: **Revista de Direito da ADVOCEF**. Londrina: ADVOCEF, v. 1, n. 3, 2006/2007.

BRASIL. **Decreto n. 7343 de 26 de outubro de 2010: Regulamenta a Lei no 12.114, de 9 de dezembro de 2009, que cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima - FNMC, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7343.htm>. Acesso em 09/03/2015.

BRASIL. **Lei n. 12.187 de 29 de dezembro de 2009: Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em: 09/03/2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão debate projeto que obriga condomínios a instalar telhado verde**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/468230-COMISSAO-DEBATE-PROJETO-QUE-OBRIGA-CONDOMINIOS-A-INSTALAR-TELHADO-VERDE.html>>. Acesso em: 08/03/2015.

CANOAS/RS. **Lei n.º 5840 de 27 de maio de 2014: Dispõe sobre a criação de telhados verdes e seus critérios técnicos especificados nesta Lei e dá outras providências**. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/rs/c/canoas/lei-ordinaria/2014/584/5840/lei-ordinaria-n-5840-2014-dispoe-sobre-a-criacao-de-telhados-verdes-e-seus-criterios-tecnicos-especificados-nesta-lei-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 09/03/2015.

CITY OF CHICAGO. **Green stormwater infrastructure strategy**. Disponível em: <<http://www.cityofchicago.org/content/dam/city/progs/env/ChicagoGreenStormwaterInfrastructureStrategy.pdf>>. Acesso em: 03/03/2015.

CITY OF LANCASTER. **Lancaster green infrastructure plan**. Disponível em: <http://cityoflancasterpa.com/sites/default/files/documents/cityoflancaster_giplan_fullreport_april2011_final_0.pdf>. Acesso em: 08/03/2015.

CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. **Ley 4428/2012**. Disponível em: <<http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley4428.html>>. Acesso em 09/03/2015.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES. **Infraestrutura Verde — Valorizar o Capital Natural da Europa**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013DC0249>>. Acesso em: 08/03/2015.

CONGRESS OF THE UNITED STATES OF AMERICA. **Green Infrastructure for Clean Water Act of 2011**. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/2030/text>>. Acesso em: 08/03/2015.

CURITIBA/PR. **Biocidade**. Disponível em: <<http://www.biocidade.curitiba.pr.gov.br/biocity/32.html>>. Acesso em: 15/03/2015.

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, jul./set. 2003.

ENVIRONMENTAL SERVICES OF CITY OF PORTLAND. **Grey to green**. Disponível em: <<https://www.portlandoregon.gov/bes/47203>>. Acesso em: 03/03/2015.

GOIÂNIA/GO. **Lei Complementar n.º 235 de 28 de dezembro de 2012**:
272

Institui o Programa IPTU Verde no município de Goiânia. Disponível em: <https://www.goiania.go.gov.br/Download/legislacao/diariooficial/2012/do_20121228_000005500.pdf>. Acesso em: 09/03/2015.

GOVERNMENT OF CANADA. **Green infrastructure fund.** Disponível em: <<http://www.infrastructure.gc.ca/prog/gif-fiv-eng.html>>. Acesso em: 08/03/2015.

GREATER LONDON AUTHORITY. **All London Green Grid.** Disponível em: <<https://www.london.gov.uk/priorities/environment/greening-london/improving-londons-parks-green-spaces/all-london-green-grid>>. Acesso em: 03/03/2015.

GUARULHOS/SP. **Lei n.º 6.793 de 28 de dezembro de 2010: Dispõe sobre o lançamento, arrecadação e fiscalização do imposto sobre propriedade predial territorial urbana – IPTU e dá outras providências.** Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sp/g/guarulhos/lei-ordinaria/2010/679/6793/lei-ordinaria-n-6793-2010-dispoe-sobre-o-lancamento-arrecadacao-e-fiscalizacao-do-imposto-sobre-a-propriedade-predial-e-territorial-urbana-iptu-e-da-outras-providencias.html>>. Acesso em: 09/03/2015.

GUIMARÃES, Renan Eschiletti Machado. **Incentivos fiscais no Direito Ambiental e a Efetivação do Princípio do Protetor-Recebedor na Política Nacional de Resíduos Sólidos.** Porto Alegre: Ed. Buqui, 2012.

HERZOG, Cecília Polacow. **Cidades para todos: (re)aprendendo a conviver com a natureza.** Rio de Janeiro: Ed. Mauad X, 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Ministra destaca importância dos prefeitos na Rio+20.** Disponível em: <<http://hotsite.mma.gov.br/rio20/ministra-destaca-importancia-dos-prefeitos-na-rio20/>>. Acesso em: 10/03/2015.

NEW YORK CITY DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL PROTECTION. **2010 NYC Green infrastructure plan.** Disponível em: <<http://www.nyc.gov>>.

gov/html/dep/pdf/green_infrastructure/NYCGreenInfrastructurePlan_LowRes.pdf>. Acesso em: 03/03/2015.

PHILADELPHIA WATER DEPARTMENT. **Green city, clean waters.** Disponível em: <http://www.phillywatersheds.org/what_were_doing/documents_and_data/cso_long_term_control_plan>. Acesso em: 03/03/2015.

PORTO ALEGRE/RS. **Lei Complementar n.º 434 de 1º de dezembro de 1999: Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental do Município de Porto Alegre.** Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/usu_doc/planodiretortexto.pdf>. Acesso em: 09/03/2015.

RED ARGENTINA DE MUNICIPIOS FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO. **Sobre la RAMCC.** Disponível em: <http://www.ramcc.net/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=2290&Itemid=591>. Acesso em: 09/03/2015.

RIO DE JANEIRO/RJ. Decreto n.º 35.745/2012: **Cria a qualificação QUALIVERDE e estabelece critérios para sua obtenção.** Disponível em: <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/42362Dec%2035745_2012.pdf>. Acesso em: 09/03/2015.

RIO DE JANEIRO/RJ. **Projeto de Lei n.º 1.415/2012: Estabelece benefícios fiscais para os empreendimentos que detenham a qualificação “Qualiverde” e dá outras providências.** Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro0711>>.

SALVADOR/BA. **Decreto n.º 25.899 de 24 de março de 2015: Regulamenta o art. 5º da Lei nº8.474, de 02 de outubro de 2013, e institui o Programa de Certificação Sustentável “IPTU VERDE” em edificações no Município de Salvador, que estabelece benefícios fiscais aos participantes do programa, assim como o art. 5º da Lei nº 8.723, de 22 de dezembro de 2014, e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/Documento/>

ObterArquivo/1252>. Acesso em: 08/04/2015.

SÃO PAULO/SP. Decreto n.º 55.994, de 10 de março de 2015: introduz alterações no artigo 4º do decreto n.º 53.889, de 08 de maio de 2013, que regulamenta o Termo de Compromisso Ambiental – TCA. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2015/5599/55994/decreto-n-55994-2015-introduz-alteracoes-no-artigo-4-do-decreto-n-53889-de-8-de-maio-de-2013-que-regulamenta-o-termo-de-compromisso-ambiental-tca-3.html>>. Acesso em: 15/03/2015.

SÃO PAULO/SP. Projeto de Lei n.º 01-00039/2011: Institui o Programa de Incentivo e Desconto , denominado “IPTU Verde” no âmbito do município de São Paulo e dá outas providências. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/projeto/PL0039-2011.pdf>>. Acesso 15/03/2015.

UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de dezembro de 2013, sobre a Infraestrutura Verde – Valorizar o capital natural da Europa (2013/2663) (RSP). Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0600&language=PT&ring=B7-2013-0549>>. Acesso em: 03/03/2015.

UNIVERSITY OF WASHINGTON. Green cities: good health - crime & public safety. Disponível em: <http://depts.washington.edu/hhwb/Thm_Crime.html>. Acesso em 09/03/2015.

**A IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA FRENTE ÀS MANIFESTAÇÕES
ONLINE: UMA ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DO SITE
“RECLAME AQUI” E OS DANOS DESSE SERVIÇO ÀS SOCIEDADES
EMPRESÁRIAS DE MÉDIO E PEQUENO PORTE**

Felipe Kirchner¹

Gabriel Freitas Siqueira²

RESUMO: O artigo dedica-se ao estudo da proteção da imagem da pessoa jurídica, lançando-se ao entendimento de sua importância social. Para tanto, como problema central será considerada a estrutura do site “Reclame Aqui” e as consequências das manifestações dos consumidores frente aos direitos das sociedades empresárias de médio e pequeno porte. A análise é pautada no enfrentamento ao conflito de princípios constitucionais e no estudo dos pressupostos da responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa Jurídica. Direitos da Personalidade. Imagem. Internet. Manifestações On Line. Site Reclame Aqui. Conflito de Princípios.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Pessoa Jurídica e os Direitos de Personalidade. 2.1. A Proteção da Imagem da Pessoa Jurídica. 2.2. Os Pressupostos da Responsabilidade Civil. 3. O Site e a Possível Extensão de seu Conteúdo. 3.1. A Necessidade de Observância da Ampla Defesa e do Contraditório. 3.2. O Suscetível Dano à Imagem pela Liberdade de Expressão. 4. Conclusão. 5. Referências.

¹ Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Presidente do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Universitário na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

² Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo³ tem como tema a análise da proteção da imagem da pessoa jurídica, o que remete ao estudo de áreas como os direitos da personalidade e a responsabilidade civil.

Para fins de verticalização do exame e adequação aos estreitos limites deste ensaio, a questão será concentrada perante a estrutura do site “Reclame Aqui”, enfocando as consequências das manifestações dos consumidores frente aos direitos das sociedades empresárias de médio e pequeno porte. Fez-se a escolha destes entes pelo fato de que se mostram mais vulneráveis aos danos advindos da ferramenta eletrônica em foco; não somente pela ausência de um departamento jurídico especializado, mas principalmente por uma limitação estrutural ao próprio canal de relacionamento, não adequado para responder as reclamações postadas em outras redes.

A temática é complexa, especialmente porque seu exame depende da quantificação da relação dos institutos de direito privado com as disposições constitucionais, a exemplo da necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa. A problematização desta relação ainda pode ser verificada pelo fato de que se está diante de particulares, o que remete a análise da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ademais, a verificação da ocorrência de danos às sociedades empresárias de médio e pequeno porte, em face das manifestações dos consumidores, depende do enfrentamento da colisão de preceitos axiológicos, em especial aquele envolvendo ao direito de imagem e a liberdade de expressão, sem descurar de que aquele que manifesta sua posição é reconhecido pelo ordenamento como um sujeito vulnerável.

Em termos de composição, este ensaio será dividido em duas partes.

³ Artigo oriundo do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), aprovado pela banca examinadora, composta pela Profa. Dra. Caroline Vaz, pelo Prof. Dr. Cristiano Heineck Schmitt e pelo Prof. Me. Felipe Kirchner, em 18 de novembro de 2014.

Na primeira será abordada a formação dos direitos de personalidade e sua abrangência à pessoa jurídica, a importância da proteção da imagem desse ente e os pressupostos da responsabilidade civil expostos na doutrina clássica. Na segunda parte será desvelada a estrutura do *site* “problema”, analisada por sua extensão aos institutos anteriormente trabalhados, além de se expor a necessidade da instauração da ampla defesa e do contraditório nesse cenário, e o suscetível dano à imagem pela liberdade de expressão.

2 A PESSOA JURÍDICA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Todo o ordenamento jurídico é destinado a regular a vida dos indivíduos, não se podendo negar que o direito tem por objeto de regulação o homem e suas relações como pessoa e sujeito de direitos⁴.

Quem titulariza relações jurídica é a pessoa, que se constitui no ente dotado de personalidade. A estes entes o ordenamento jurídico concede – sob determinadas condições – capacidade de fato e de exercício, razão pela qual ser sujeito de direito é estar na posição (ainda que abstrata) de titular de direito, ou seja, ter capacidade jurídica, conforme leciona Pontes de Miranda⁵. Embora não se confundam, é íntima a relação entre os institutos, uma vez que é a personalidade jurídica⁶ que viabiliza a capacidade jurídica ao sujeito.⁷

Nesses termos, a personalidade se completa com a capacidade de ser titular, não só de direitos, mas de pretensões, ações e exceções e, também, ser sujeito passivo das mesmas ou outras obrigações, ações e exceções. Contudo, a personalidade não é restrita ao ente humano e biológico.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 152.

⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado: parte geral*. 1º volume. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 207.

⁶ O Artigo 2º do Código Civil (Lei 10.406/02) estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. 27ª ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p.138.

Transcendendo a tutela das pessoas naturais⁸, estende-se o regramento civilista às pessoas jurídicas⁹, as quais – por mais que o Código Civil de 2002 não tenha repetido o teor do artigo 20 do antigo Código Civil de 1916¹⁰ –, distinguem-se autonomamente de seus membros. Nas palavras de Rui Stoco¹¹, a pessoa jurídica é portadora da “*sua própria imagem, que não se confunde com a dos sócios dela integrantes*”, a qual é concernente à personalidade jurídica. Ou seja, a pessoa jurídica possui a sua própria personalidade e goza de direitos relativos a essa.

Posteriormente a plena constituição da sociedade empresária, a pessoa jurídica recebe denominação, domicílio, destinação, sendo-lhe reconhecida a sua personalidade jurídica. Por conseguinte, frisa Carlos Alberto Bittar¹² que os direitos da personalidade são plenamente compatíveis com as pessoas jurídicas, pois, como entes dotados de personalidade, fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, tais como nome, marca, honra e etc. Complementa o doutrinador referindo que o direito da personalidade nasce com o registro da pessoa jurídica,¹³ subsistindo enquanto estiver em atuação, e termina com a baixa do registro, respeitada a prevalência de certos efeitos posteriores, a exemplo do que ocorre com as pessoas físicas.

Nesse contexto, cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 tornou inócua qualquer debate sobre a extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas. Ocorre que o artigo 5º, incisos V e

⁸ Titulares de personalidade, a qual, sob a ótica de maior parte da doutrina, deve ser entendida como fruto do direito natural e inerente à pessoa; sendo indisponível, imprescritível, inextinguível, irrenunciável e com caráter extrapatrimonial. Adquire-se pelo nascimento e se perdura até o fim da vida – salientando-se que em alguns aspectos ainda desfruta de proteção após a morte. MARCANTONIO, Denise Jacques, *Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade*: o direito à imagem. Dissertação de mestrado da PUCRS, 2009, p. 72.

⁹ VENOSA, 2010, p. 131.

¹⁰ O mencionado artigo 20 do CC/16 estabelecia que “*as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*”. Atualmente, podemos observar essa regra como implícita no artigo 50 do CC/02, o qual estabelece a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de que o patrimônio de seus integrantes responda pelos atos irregularmente praticados.

¹¹ STOCO, Rui. Direito das Pessoas Jurídicas à Intimidade. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 3, outubro 2010, p.1351

¹² BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13.

¹³ Aqui não será abordada a questão relativa aos entes anômalos, em especial a categoria das sociedades não personificadas, de fato ou irregulares.

X¹⁴, não restringe a garantia constitucional de zelo da personalidade às pessoas naturais, não cabendo, ao interprete, assim fazer, uma vez que se está perante um direito fundamental que não deve sofrer restrições no plano hermenêutico,¹⁵ em face do princípio da máxima eficácia destes direitos.¹⁶

Entende-se, entretanto, que, mesmo não havendo restrição quanto a possibilidade de aplicação dos direitos da personalidade, não se pode deixar de observar a evidente diferença entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Estas desigualdades ontológicas implicam em um limite da compatibilidade dos direitos com o instituto em questão. Nesse contexto, o artigo 52 do Código Civil Brasileiro assim disciplina:

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Para Alex Sandro Ribeiro¹⁷, levada em consideração a expressão “*no que couber*”, os direitos atinentes a personalidade da pessoa jurídica podem ser elencados como os direitos ao nome, à identidade, à imagem, à intimidade e à honra. João Mário Lamounier¹⁸, acrescenta: a marca, os símbolos, o segredo, a privacidade e a propriedade intelectual. Trata-se de elenco meramente enunciativo, e não taxativo.

Frente à proteção propriamente dita, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 20, alerta para a possibilidade de proteção e de indenização pelo uso indevido desses direitos, *in verbis*:

¹⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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.”

¹⁵ LAMOUNIER, João Maurício. Direitos da Personalidade e Pessoa Jurídica. Apud MARCANTONIO, 2009, p. 89.

¹⁶ Segundo Canotilho, forte no princípio da máxima eficácia, na interpretação das normas constitucionais, principalmente quando se tratar de direitos fundamentais, deve ser atribuída a máxima eficácia que a norma pode alcançar, otimizando-a sem alterar o seu conteúdo (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2005).

¹⁷ RIBEIRO, Alex Sandro. Direitos da Personalidade Compatíveis com a Pessoa Jurídica. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?!n23_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1865>. Acesso em 15 de agosto de 2014.

¹⁸ MARCANTONIO, 2009, p. 89.

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 destinarem a fins comerciais.

Como já mencionado, o direito à personalidade possui um rol de características que delineiam sua existencialidade. Porém mesmo não adentrando na seara da proteção patrimonial da pessoa, e não possuindo valor pecuniário intrínseco, existem algumas quantificações cabíveis, tais como a contraprestação pelo uso da imagem em fins comerciais, e a reparação civil, por meio de indenização, pela lesão sofrida pelo titular dos direitos da personalidade¹⁹. Quanto ao cunho indenizatório, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 227²⁰, possibilitando que pessoa jurídica fosse concretamente tutelada no exercício de sua personalidade.

2.1 A PROTEÇÃO DA IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA

Compreendido que a pessoa jurídica goza de direitos concernentes a sua personalidade, instaura-se a necessidade de proteção do instituto. Para tanto, mister se faz compreender o significado de honra e de privacidade, diferenciando-as do direito à imagem, objeto do presente estudo, uma vez que esses direitos, em conjunto, tutelam a integridade moral, havendo, assim, uma vinculação teórica entre eles. Nesse sentido o ensinamento de Carlos Alberto Bittar:

O direito à imagem apresenta certas afinidades com outros direitos de ordem personalíssima. Assim, para delimitar-se os respectivos contornos, convém separar esse direito de outros de que se aproxima, em razão de efeitos diversos da qualificação e de conflitos que podem ocorrer na prática.²¹

A honra, referente à personalidade, é um bem jurídico imaterial,

¹⁹ MARCANTONIO, 2009, p. 71.

²⁰ Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

²¹ BITTAR, 2003, p. 93.

manifesto no valor moral e condicionado a tranquila participação da pessoa nas vantagens da vida em sociedade²². Ampliando o entendimento, Sergio Cavaliere Filho realiza uma distinção entre o que é classificado como honra objetiva e honra subjetiva:

A honra subjetiva tem como base a dignidade, decoro e autoestima, sendo exclusiva do ser humano, e não da pessoa jurídica. Porém, a honra objetiva, que tem como supedâneo a reputação, a imagem, a fama, o bom nome perante o meio social, é comum não apenas à pessoa natural ou física, como também à pessoa jurídica.²³

No mesmo entendimento Gustavo Tepedino leciona:

Comumente, a jurisprudência e parte da doutrina fazem referência à chamada honra objetiva da pessoa jurídica. Afirma-se que as entidades morais teriam um direito à honra, não subjetiva, em virtude da ausência do elemento psíquico, mas objetiva, representado pela sua estima e consideração por terceiros.²⁴

Em relação a privacidade ou intimidade, esta pode ser entendida como a necessidade de encontrar conforto interior, isolamento e distância do alarde e da publicidade, evitando os demais em seu círculo próprio, a vida íntima – esfera exclusiva de cada um, vedada a intromissão alheia.²⁵ Há um forte debate doutrinário quanto ao seu alcance à pessoa jurídica, conflito que emana do texto legal do artigo 21 do Código Civil Brasileiro, que utiliza a expressão pessoa natural, *verbis*:

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.

Interpretando o enunciado do referido artigo, Gustavo Tepedino, por mais que admita a ligação da pessoa jurídica com o direito à honra, não acolhe que o direito ao nome e ao sigilo, em âmbito comercial, seja visto

²² PEDROSO, Fernando de Almeida. Crimes Contra a Honra. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 836, junho de 2005, p. 693

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 109.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena Barbosa; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 135.

²⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.40.

como direito à intimidade da pessoa jurídica. Conjuntamente, César Fiúza leciona que a pessoa jurídica só goza de proteção, em relação à honra e intimidade, por ser constituída por pessoas físicas, as reais mercedoras dessa tutela:

A pessoa jurídica recebe proteção na medida em que é meio para atingir fins almejados pelas pessoas naturais. Por detrás delas estarão sempre pessoas humanas, estas sim, objeto da cláusula geral de tutela da personalidade. Quando se ofende a “honra” da pessoa jurídica, está-se prejudicando as pessoas naturais que dela dependem ou dela se utilizam para sua realização. Daí a proteção dispensada pela Lei, por exemplo, à “honra” e ao nome da pessoa jurídica.²⁶

De toda forma e com a devida vênia, a interpretação dos autores afasta a diferenciação basilar da pessoa jurídica – para esse trabalho vista em sua atividade empresária –, em relação aos seus sócios ou quotistas. Em outras palavras, as tutelas que importam aos membros de uma determinada sociedade não refletem nas que essa irá auferir no exercício de seu objeto social. Seguindo a distinção entre os dois entes apresentados, Rui Stoco preconiza:

Não se pode deslembrar que a pessoa jurídica é detentora de personalidade e imagem próprias. Tem sua própria identidade, que não se confunde com a dos sócios dela integrantes [...] Por essa razão não há como afirmar que a vida privada da pessoa jurídica seja a soma das diversas vidas privadas de seus vários componentes. Não se pode confundir a pessoa jurídica da pessoa física de seu sócio ou sócios. Assume identidade peculiar e projeta imagem distinta da dos seus componentes. [...] O ingresso nas questões interna corporis da sociedade constitui agressão à sua intimidade e não dos sócios²⁷.

Continuamente, na defesa de que há incidência do direito à intimidade à pessoa jurídica, Carlos Alberto Bittar esclarece:

Desse direito desfruta também a pessoa jurídica, que, a par do segredo, faz jus à preservação de sua vida interna, vedando-se, pois, a divulgação de informações de âmbito restrito. Há, inclusive, normas legais que proíbem a difusão de dados de cunho confidencial na empresa²⁸.

²⁶ FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 17 ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2014, p.143.

²⁷ STOCO, 2010, p. 1.351.

²⁸ BITTAR, 2003,, p. 107.

Finalmente, demonstrando o entendimento predominante, o Superior Tribunal de Justiça acentua que a pessoa jurídica deve ser tutelada em relação a honra objetiva, *verbis*:

Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. [...] A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, possível de ficar abalada por atos que afetem o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua.²⁹

Cabível, pelo desenvolvido, dizer que por mais que o direito à honra e a intimidade não se apresentem como sinônimos do direito à imagem, na seara da pessoa jurídica, a imagem está intimamente atrelada à ideia de sua reputação ou posicionamento, correspondentes à honra, mais precisamente, em seu aspecto objetivo.

Vencidas as diferenciações necessárias, a proteção da imagem da pessoa jurídica passa a ser alvo do estudo. Ressalta-se, para a possibilidade de se vislumbrar a importância desse instituto, que, no mundo empresarial, a imagem é um dos fatores essenciais para o sucesso da empresa³⁰.

Na leitura de Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald³¹, a imagem apresenta uma trilogia conceitual. A chamada imagem-retrato se refere às características fisionômicas do titular e a representação dos aspectos visuais. A imagem-atributo se estrutura no conseqüente natural da vida em sociedade, formada na apresentação e na identificação social de uma pessoa, não devendo ser confundida com a imagem exterior, pois cuida de seu retrato moral e dos comportamentos que permitem identificar essa

²⁹ Voto do Exmo. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator do REsp 60.033-2/MG.

³⁰ TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2007, p. 135.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVÁLD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 248.

pessoa. Por último, a imagem-voz reportar-se a identificação da pessoa pelo seu timbre sonoro. Importante referir que, em realidade, o direito a imagem é uno, embora projetado nessa tripartição.

A imagem da pessoa jurídica – bem atinente ao seu estabelecimento comercial³² –, revela-se pelo seu posicionamento no ambiente de relações e representa, de forma essencial, um de seus maiores patrimônios, embora não material. Sendo assim, a imagem é a reprodução da credibilidade, solidez, respeito, confiança, qualidade e eficiência³³, dentre outros aspectos, que os *stakeholder*³⁴ (funcionários, fornecedores, consumidores, prestadores de serviços, etc.), percebem frente a “marca” estabelecida pela pessoa jurídica.

Entretanto, os *stakeholder* podem formar opiniões antes mesmo de começarem a interagir com um determinado ente, baseando-se em informações de outros que já estabeleceram alguma relação, positiva ou não, com esta. Sendo assim, os direitos de personalidade da pessoa jurídica (nome, identidade, marca, etc.) formam o que podemos chamar de identidade, que é percebida por meio da imagem que os *stakeholder* possuem em relação a essa, sendo que a soma das percepções equivalem à reputação da sociedade empresária. Ou seja, reputação é a o alinhamento da imagem com a resposta de seus relacionados³⁵.

Sucessivamente, o posicionamento empresarial pode ser melhor compreendido pelo resultado da qualidade de produtos e/ou serviços, da técnica e da concepção dos padrões empregados no meio de produção, da organização estrutural, da forma como o “know-how” é exposto e comercializado e do fiel cumprimento das obrigações ofertadas, salvo

³² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. Ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

³³ Parâmetros utilizados desde 1984, pela revista norte-americana Fortune, na quantificação da pesquisa: *World's Most Admired Companies* (companhias mais admiradas do mundo, em tradução livre).

³⁴ Conceituado como qualquer pessoa com algum interesse em um negócio. As partes interessadas são indivíduos, grupos ou organizações que são afetados pela atividade desse negócio. Tradução livre do conceito apresentado no artigo: BBC UK. *What Are Stakeholders?* Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/schools/gcsebitese/business/environment/stakeholders1.shtml>>. Acesso em 10 de setembro de 2014.

³⁵ ARGENTI, Paul. *Comunicação Empresarial: a construção da identidade, imagem e reputação*. 4ª ed. rev. e traduzido por Adriana Rieche. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 96.

outras ações formadoras da percepção que a sociedade empresária pode alcançar³⁶.

Nesse entendimento, o apreço que a percepção dos seus relacionados (*stakeholder*) provoca, perante esse ente, é tão influente que na maioria dos casos a imagem, também ligada ao nome³⁷, vem a ser financeiramente mais valiosa do que o próprio conjunto de bens físicos³⁸. Assim, pela sua relevância esse bem permite uma forma de ascensão patrimonial e justifica uma grande necessidade protetiva.

Ademais, a preocupação com o zelo com a proteção desse bem jurídico também é empregada por Luiz Alberto David Araújo, o qual percebe que a imagem é suscetível aos danos amplamente provocados pelas plataformas tecnológicas:

A ameaça de violação da imagem pela tecnologia, que se desenvolve a cada dia, fez com que ela passasse a ser objeto de estudos mais avançados, não só pelo ângulo contratual (direito civil), mas sob o da proteção constitucional.³⁹

Inequívoca a necessidade de uma reputação sólida para o desenvolvimento de uma organização⁴⁰. Nesse sentido, a lesão na imagem pode ocasionar um dano extrapatrimonial ou até mesmo prejuízos consideráveis ao patrimônio empresarial, uma vez que o ato lesivo repercutirá na reputação que a pessoa jurídica promove e possui no mercado. Consequentemente há a incidência do direito para que o dano seja reparado ou o ato seja reprimido.

Por fim, menciona-se apenas que os direitos tratados nesse tópico ensejam cada qual uma reparação individual, diferentemente do que uma

³⁶ SEBRAE. *Cartilha Posicionamento Empresarial*. Disponível em: <<http://www.sebrae.mais.com.br/noticias-midia/posicionamento-de-mercado-e-escolher-um-local-na-mente-do-consumidor>> Acesso em 18 de agosto de 2014.

³⁷ Interessante observar que para os consumidores das gigantes do mercado (v.g. Nike, Adidas, Tommy Hilfiger, Apple, HTC, Microsoft, dentre outras), não é levando em conta o local de fabricação dos produtos, mas unicamente a etiqueta que eles ostentam, por essa remeter a uma suposta qualidade que justifica a liderança de mercado.

³⁸ EXAME. *Quanto vale a Coca? E a Nike? E a...?* Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/06621/noticias/quanto-vale-a-coca-e-a-nike-e-a-m0053830>>. Acesso em 18 de agosto de 2014.

³⁹ ARAUJO, 2013, p. 65.

⁴⁰ ARGENTI, 2006, p. 99

leitura apressada do artigo 20 do Código Civil poderia levar a concluir. Vale dizer: o dano a imagem é reparável civilmente e não depende de ofensa conjugada à honra e a qualquer outro direito da personalidade titularizado pela pessoa jurídica.

2.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em face da necessidade de se tutelar o bem jurídico objeto desse estudo, reprimindo e reparando os atos atentatórios à imagem empresarial, importante pontuar a distinção do instituto da obrigação frente ao da responsabilidade. Enquanto a obrigação se apresenta como um dever jurídico originário, a reponsabilidade se caracteriza como um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro.⁴¹ Sendo assim, não há responsabilidade sem a violação de um dever jurídico preexistente, uma vez que essa pressupõe o descumprimento de uma obrigação.

Quanto à responsabilidade civil, essa pode ser entendida como uma necessidade imposta por lei, a quem causa prejuízos ao outro, de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão⁴². O dever de indenizar, no sistema clássico da responsabilidade civil, se apoia na

⁴¹ CAVALIERI, 2010, p. 26. Alois Brinz, em uma releitura das fontes romanas, desenvolveu a chamada teoria dualista do vínculo, trazendo importante distinção entre obrigação e responsabilidade (incorporada na redação do artigo 389, do CC/2002), demonstrando existir um *dever jurídico originário ou primário* (débito ou *Schuld*), que seria a obrigação propriamente dita, de ordem legal (lei ou ato ilícito) ou contratual, e cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo ou secundário* (responsabilidade ou *Haftung*), que é o de indenizar o prejuízo causado (o que se constitui em uma segunda espécie de obrigação). Nesses termos, o *Schuld* diz com uma ideia de dever, de predestinação a uma atividade futura, enquanto o *Haftung* trata de uma ideia de ligação, submissão a um poder dado. Assim, há uma presença simultânea dos elementos, salvo excepcionalmente, como ocorre nas obrigações naturais, onde existe o débito mas não a responsabilidade (v.g. dívida de jogo e dívida prescrita), e na fiança, onde existe a responsabilidade, mas não o débito, por parte do fiador. Assim, a responsabilidade civil se constituiria em um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário de não lesionar (*neminem laedere*), implícito ou expresso na lei. Daí a feliz imagem de Karl Larenz de que “a responsabilidade é a sombra da obrigação” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24-25; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 427-431; STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 120).

⁴² USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Civil por Ato Ilícito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 112.

coexistência⁴³ de pressupostos determinados: evento/conduta, do dano, do nexo de causalidade, e, em alguns sistemas, culpa.⁴⁴

Nesses termos, o ofendido, além de suportar o seu prejuízo, deve superar as sólidas barreiras de demonstração da culpa do ofensor e do nexo de causalidade, a fim de ser indenizado⁴⁵.

Esses óbices foram denominados de *filtros da responsabilidade civil*, agindo como um seletor das demandas carecedoras da tutela jurisdicional. Contudo, atualmente há uma relativização da importância da culpa, vinculando a responsabilidade ao ilegítimo exercício da liberdade individual – a real noção de culpa⁴⁶.

Embora a questão em exame seja solvida pelo sistema subjetivo

⁴³ Cabe salientar entendimento no sentido de que a imputabilidade do agente, pressuposta no artigo 186 do CC/02 (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11), precede o exame dos elementos que compõe o juízo de responsabilidade. Como ensina Heleno Cláudio Fragoso, a imputabilidade “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se segundo esse entendimento” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 203). Diferenciando as instâncias, aduz Francisco de Assis Toledo que “enquanto a imputabilidade é, tecnicamente, a capacidade de culpabilidade, já a responsabilidade constitui um princípio segundo o qual toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 2. ed. 1986, p. 301-302). Savatier já dizia que “quem diz culpa diz imputabilidade”, acrescentando que “um dano previsível e evitável para uma pessoa pode não ser para outra, sendo iníquo considerar de maneira idêntica a culpabilidade do menino e a do adulto, do ignorante e do homem instruído, do leigo e do especialista, do homem são e do enfermo, da pessoa normal e da privada da razão” (SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. Paris: R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1939, p. 246). Após definir que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” no artigo 1.º, o CC/02 elenca as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa nos artigos 3.º e 4.º.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

⁴⁵ SCHREIBER, ANDERSON. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.11.

⁴⁶ SCHREIBER, 2013, p. 14. A idéia da responsabilização objetiva do agente, com a transferência da figura da culpa para a idéia do risco, está galgada, basicamente, em quatro premissas: (1) necessidade de reparação dos danos causados; (2) dificuldade da demonstração da culpa do ofensor; (3) imputação do agente pelo risco da atividade desenvolvida; (4) finalidade de *socialização dos riscos*. Retirando o elemento subjetivo da culpa no plano da imputação, amplia-se o número de casos passíveis de serem ressarcidos e se responsabiliza o agente que, por explorar a atividade econômica, tem as condições materiais de repartir os prejuízos entre a coletividade beneficiária da manutenção da própria fonte de risco (PUSCHEL, Flávia Portella. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil*. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, São Paulo, p. 91-107, mai. 2005, p. 97; SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 164-167, 197-202). Como contraponto as premissas estabelecidas, sugere-se a leitura do seguinte ensaio, embasado em uma análise econômica do direito: ZANITELLI, Leandro Martins. *Responsabilidade civil objetiva no Brasil: uma crítica às explicações habituais*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 20, out.-dez. 2004, p. 217, 222 e 231.

de responsabilização, destaca-se que várias são as concepções⁴⁷ acerca do risco capaz de ensejar a objetificação⁴⁸ da responsabilidade civil.⁴⁹ O *risco-profissional* cuida do dever atribuído ao empregador de reparar os danos sofridos pelo empregado no desempenho do trabalho ou por ocasião dele.⁵⁰ O *risco-proveito* imputa a responsabilidade àquele que auferir proveito com a atividade que ocasionou o dano, impondo à vítima o encargo de provar a obtenção da vantagem.⁵¹ O *risco-criado* imputa

⁴⁷ Cumpre esclarecer que aqui serão apresentadas, ainda que brevemente, as teorias mais relevantes, conforme a doutrina majoritária. CAVALIERI FILHO, 2005, p. 155-158 e 165-167; LISBOA, 2004, p. 612-613; GONÇALVES, 2003, p. 307-310; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 17-18 e 25-26; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12-15.

⁴⁸ No âmbito do Direito Civil, embora o novo código apresente uma evidente tendência à objetivação, o sistema de imputação de responsabilidade civil por culpa continua sendo a regra geral do sistema civilista. Assim, no sistema do direito civil inexistente prevalência da ótica objetiva, que continua sendo exceção à regra geral da imputação por culpa (ApCiv 70010233195, Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, 9ª Câm. Cível, TJRS, j. 15.12.2004). Contudo, existe forte dissenso doutrinário. Em análise dos sistemas de responsabilidade civil no novo Código Civil, a doutrina apresenta divergências. Entendendo como sendo predominante o sistema de responsabilidade civil subjetiva: STOCO, 2004, p. 132; VENOSA, 2005, p. 23; COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de direito civil à luz do novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 374; LISBOA, 2004, p. 447; GONÇALVES, 2003, p. 32; QUINTANA, Luciana Hernández. A responsabilidade civil objetiva no Código Civil brasileiro: a teoria do risco criado prevista no artigo 927, parágrafo único. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 77, p. 25-29, 2004, p. 29; BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e alguns apontamentos do direito comparado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 376, nov.-dez. 2004, p. 131-143, nov.-dez. 2004, p. 142; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266; FIUZA, 2005, p. 833; PINTO, Eduardo Viana. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 101. Entendendo existir predominância do sistema objetivo: CAVALIERI FILHO, 2005, p. 46-47; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. v. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29. Entendo inexistir predominância entre os sistemas: NERY, 2005, p. 535; TEPEDINO, apud STOCO, 2004, p. 132; PELUSO, César (org.). *Código Civil comentado*. Barueri: Manole, 2007, p. 765.

⁴⁹ O Sistema da responsabilidade civil objetiva se encontra prevista nos artigos 927, § único e 931 do Código Civil, bem como no código consumerista como regra geral.

⁵⁰ A teoria do *risco-profissional* surgiu com o estrondoso aumento dos acidentes de trabalho após o advento da revolução industrial, cuidando do risco atinente à atividade laboral. Em face dos riscos da atividade desempenhada e da evidente vulnerabilidade do trabalhador, pretende justificar o dever atribuído ao empregador de reparar, independentemente de culpa, os danos sofridos pelo empregado no desempenho do trabalho ou por ocasião dele, evitando a dificuldade da realização de prova acerca da culpa daquele que explora a atividade econômica.

⁵¹ O *risco-proveito*, idealizado por Raymond Saleilles (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 808), encontra sustentação no princípio da correspondência entre risco e vantagem, imputando a responsabilidade àquele que auferir proveito com a atividade que ocasionou o dano, o que resta assentado no brocardo *ubi emolumentum, ibi onus* (onde está o ganho, reside o encargo). Trata-se de uma hipótese restritiva de imputação (SILVA, 1974, p. 28), pois impõe à vítima o encargo de provar a obtenção do proveito, do lucro ou da vantagem pelo autor do dano, o que importa no retorno ao problema da prova evidenciado no sistema subjetivo. Ademais, se verificarmos dificuldades quanto à definição do que seja *proveito* ou *benefício* – se apenas vantagens pecuniárias ou quaisquer vantagens –, o que implica na potencial exclusão de todos aqueles que não sejam industriais ou comerciantes.

a responsabilidade objetiva ao agente que põe em funcionamento a atividade geradora de risco, independentemente da obtenção de alguma vantagem.⁵² O *risco-excepcional* diz com as atividades extremamente perigosas à coletividade.⁵³ O *risco integral* imputa a responsabilidade com a simples ocorrência do dano, mesmo inexistindo o nexo causal.⁵⁴

Os pressupostos contemporâneos passam, então, a se preocupar com a devida reparação do dano injusto, deixando, inclusive, de ater-se a sanção da conduta contrária ao Direito⁵⁵. No sistema da responsabilidade objetiva Rui Stoco entende ser prescindível, também, a configuração da ilicitude *stricto sensu*:

⁵² Já o *risco-criado*, idealizado por Louis Josserand (TEPEDINO, BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2006, p. 808), imputa a responsabilidade objetiva ao agente que põe em funcionamento a atividade geradora de risco, independentemente da obtenção de alguma vantagem (PEREIRA, 2001, p. 24 e 270; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 807; RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 215). A distinção com a teoria do risco-proveito está no fato de não relacionar o dano a um proveito ou vantagem do ofensor, o que amplia significativamente o espectro de sua incidência (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 284-285).

⁵³ A teoria do *risco-excepcional* imputa o dever de responsabilidade independentemente de culpa nas atividades consideradas perigosas para a coletividade e que escapam à atividade comum da vítima, como nas hipóteses de transporte de materiais químicos ou radioativos e nos danos causados em decorrência das redes de energia elétrica de alta tensão.

⁵⁴ O *risco integral* é modalidade extremada da doutrina do risco, porquanto a imputação do agente dispensa até mesmo a existência do nexo causal (VENOSA, 2005, p. 26). Assim, a obrigação de indenizar surge com a simples ocorrência do dano, independentemente da existência de qualquer outro fator. Nessa condição, a responsabilidade permanece mesmo ante a existência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Esta teoria somente é aceita em casos excepcionais (v.g. danos nucleares), não havendo grande repercussão no âmbito do direito privado (PÜSCHEL, 2005, p. 96).

⁵⁵ SCHREIBER, 2013, p. 51. Como definido em obra anterior (KIRCHNER, Felipe. A Responsabilidade Civil Objetiva no Artigo 927, Parágrafo Único do CC/2002. Revista dos Tribunais. Ano 97, volume 871, maio 2008), diversos são os princípios que regem a responsabilização objetiva. Adverte-se que estes contradizem entre si e se combinam de modo variado para justificar a responsabilização independente de culpa, o que denota a existência de uma condição de complementação e restrição recíprocas (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste, 1989, p. 90 e 92; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, p. 200 e 413). Feitas essas considerações, seguir-se-á o elenco explicitado por Flávia Portella Püschel: (1) *princípio da correspondência entre risco e vantagem*: estabelece que deve ser responsabilizado aquele que auferir proveito com a atividade que ocasionou o dano; (2) *princípio do risco extraordinário*: como todas as atividades humanas envolvem risco – sendo o próprio dano a comprovação do risco da atividade –, a imputação objetiva deve advir do risco extraordinário (*besondere Gefahr*); (3) *princípio da causa do risco*: define que a responsabilidade deve ser atribuída a quem deu causa ao dano, isto é, ao sujeito que mantém a fonte do risco; (4) *princípio da prevenção*: a responsabilidade deve ser atribuída ao sujeito em melhores condições de controlar e reduzir os riscos de dano; (5) *princípio da distribuição dos danos*: a responsabilidade deve recair sobre o agente em melhores condições para repartir o prejuízo; (6) *princípio da equidade*: a responsabilidade deve ser imputada àquele que tem as melhores condições de suportar o prejuízo do ponto de vista econômico (PÜSCHEL, 2005, p. 97-99).

Note-se que a teoria da responsabilidade objetiva dispensa e prescinde não só da culpabilidade, como também da própria antijuridicidade. Não exige nem impõe que o dever de reparar tenha como pressuposto um ato ilícito, ou, em outras palavras, que esteja relacionado a um comportamento antijurídico, reprovado pelo ordenamento jurídico. Significa, portanto, que a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano - se ilícita ou lícita -, mas pela qualificação da lesão sofrida. Ou seja, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar, de sorte que a imputação da obrigação de reparar resolve-se em função do sujeito passivo da relação, e não na direção do seu sujeito ativo. O que importa considerar é que o dano suportado seja ilegítimo, e não que a conduta que lhe deu causa o seja.⁵⁶

Nesse contexto, refere-se que, para Fernando Noronha, os pressupostos à reparação de danos se dividem nos seguintes elementos: fato antijurídico, nexos de imputação, dano, nexos de causalidade e lesão de bem protegido. Já Roberto Vázquez Ferreyra entende que o aplicador do direito deve observar: a presença de um dano injusto, a posterior existência de um fator de atribuição (nexo de imputação) subjetivo ou objetivo, bem como um nexo de causalidade que dará a medida da reparação. Por sua vez, Sílvio Neves Baptista aponta como pressupostos da responsabilidade civil o fato jurídico antecedente, que pode ser lícito ou ilícito, o dano, o nexo de causalidade e a imputação da responsabilidade ao sujeito causador do dano ou a terceiro⁵⁷.

Notável que a divergência entre os autores apresentados pauta-se de forma mais expressiva nas terminologias, uma vez que os pressupostos básicos da responsabilidade civil apresentam-se no evento/conduta.

⁵⁶ STOCO, 2004, p. 158. No mesmo sentido GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 139. Merece destaque uma aparente antinomia do novo Código Civil. Embora o artigo 188 determine que “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”, os artigos 929 e 930 determinam o pagamento de indenização a pessoa lesada ou ao dono da coisa que não foram culpados do perigo, garantindo ação regressiva ao autor do dano perante o terceiro culpado. Configurada, assim, a responsabilidade do agente, pelo sistema subjetivo, sem a ocorrência do ato ilícito.

⁵⁷ ALTHEIM, Roberto. *A Atribuição do Dever de Indenizar no Direito Brasileiro*: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 115.

na antijuridicidade, no dano injusto, no nexo de imputação, no nexo de causalidade e na culpa.⁵⁸

O evento é o *modus operandi* da perfectibilização do dano, sendo a conduta conceituada como a ação ou omissão humana, lícita ou ilícita, consciente e voluntária, voltada para uma determinada finalidade.⁵⁹ Enquanto a caracterização como atitude humana exclui os eventos da natureza, o quesito da voluntariedade afasta os atos inconscientes ou sob coação absoluta. Desta feita, a conduta passível de responsabilidade civil pode ser praticada: (1) pelo próprio agente causador do dano; (2) por terceiros vinculados ao agente (artigo 932 c/c 933, do CC/2002); (3) por fato causado por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente (artigos 936, 937 e 938, do CC/2002).

Em definição, a antijuridicidade advém tanto de situações decorrentes de atos ilícitos quanto de lícitos. Constitui-se quando a situação analisada está em desacordo com o ordenamento jurídico, ou seja, decorre da produção de danos não autorizados⁶⁰. Aprimorando o entendimento desse conceito, o mesmo autor exemplifica situações em que a antijuridicidade se apresenta como pressuposto da responsabilidade civil: prática de ato ilícito; a prática de um ato gerador de dano, por um inimputável; atos danosos decorrentes de situações de legítima defesa ou de caso fortuito e de força maior⁶¹. Por tanto, entende-se que pode decorrer tanto de atos humanos, quanto de fatos que independem da vontade.

O dano pode ser conceituado como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem e a

⁵⁸ A verificação do grau de culpa é extremamente importante não apenas para a imputação do agente, mas também para a quantificação do dano, o que denota sua relevância também perante o sistema objetivo de responsabilidade civil.

⁵⁹ Aqui se adotou, com as devidas ponderações dogmáticas, a *teoria finalista da conduta*, defendida no âmbito penal por Frank, Mezger e Welzel, afastando o paradigma da *teoria causal* sustentada por Von Listz

⁶⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 366.

⁶¹ NORONHA, 2013, p. 348.

liberdade.⁶²

Para caracterização do dano injusto, não se deve partir, necessariamente, da análise da conduta causadora da lesão, mas da injustiça do dano em si, mesmo não havendo no ordenamento jurídico um rol de danos reparáveis. Nesse sentido, o caso concreto que irá atuar como ponto de referência⁶³. O desafio do presente pressuposto reside na distinção de quais são os interesses juridicamente protegidos: os considerados sérios e úteis à sociedade. Nesse sentido Noronha:

Numa noção mais esclarecedora, será o prejuízo econômico ou não-econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.⁶⁴

À fim de demonstrar o desenvolvimento clássico desse pressuposto, a doutrina de Sílvio Venosa⁶⁵, por sua vez, utiliza a expressão dano injusto para o dano causado por ato ilícito. Na continuidade do raciocínio, demonstra que o dano é formado por um elemento formal, a violação de um dever jurídico; por um elemento subjetivo, dolo ou culpa; e, por fim, por um elemento material, que se constitui no próprio dano e sua respectiva relação de causalidade.

Seguindo a construção contemporânea, o nexo de imputação ou fator de atribuição, é a ferramenta utilizada, pelo ordenamento, ao fundamentar a atribuição do dever indenizatório a um agente⁶⁶. Portanto, quem deve indenizar e o motivo da reparação, são os pontos

⁶² CAVALIERI FILHO, 2011, p. 77. Dano é a supressão ou diminuição injusta (pois há danos admissíveis; v.g. artigo 188, do CC/2002) de uma situação favorável que estava protegida pelo Direito, – posto que sua ocorrência não exige uma perda pecuniária (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, León, CHABAS, François. *Derecho civil: obligaciones*. t. I, Zavalia, 1997, p. 527) –, atual, certa e subsistente. É o dano requisito elementar na etiologia da responsabilidade civil, pois diferentemente do que ocorre no direito penal – que nem sempre exige um resultado danoso para a punibilidade do agente (ex. crimes de mera conduta, como a violação de domicílio) –, na órbita civil não há falar em indenização ou ressarcimento se não houver a configuração de um dano (embora nessa situação o autor da conduta possa ficar sujeito à desconstituição do ato ou à sua anulação; STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeduacao/textos_fotos/bicentenario/textos/ru_i_stoco.doc>. Acesso em 07.09.2006.

⁶³ ALTHEIM, 2006, p. 125.

⁶⁴ NORONHA, 2013, p. 476.

⁶⁵ VENOSA, 2010, p. 38 a 40.

⁶⁶ ALTHEIM, 2006, p. 135.

questionados. Nesse sentido:

“Imputabilidade é a atribuição de poder ou dever a alguém para responder por determinado fato jurídico. No campo da responsabilidade civil é a aptidão para ser sujeito do dever de reparação (...), porque a pessoa física ou jurídica pode ser imputada a responder por ato de outrem independentemente da culpa ou da condição física, psíquica ou mental do agente causador. Geralmente o causador do dano é o sujeito imputado a responder pelos prejuízos a que deu causa (...). Porém, às vezes a lei atribui a um terceiro o dever de ressarcir o dano”⁶⁷.

O nexos de causalidade, por sua vez, designa-se a definir quais danos acontecidos podem ser considerados causados por um determinado fato⁶⁸. Anteriormente, na teoria tradicional, o nexos causal

67 ALTHEIM, 2006, p. 137

68 NORONHA, Fernando. O Nexos de Causalidade na Responsabilidade Civil. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 816, p. 733, outubro de 2003. O nexos de causalidade é o vínculo objetivo (relação necessária) existente entre o evento/conduto e o dano, utilizado para verificar se a conduta do agente efetivamente causou o resultado danoso (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 71). Este elemento encontra guarida, basicamente, em duas vertentes teóricas (SILVA, 1974, P. 114). Para a *teoria da equivalência das ações* ou da *conditio sine qua non* (artigo 13, do CP), idealizada por Von Buri baseado nas idéias de Stuart Mill, *causa* é toda a conduta que contribui (mesmo que minimamente) para a produção do resultado nas circunstâncias que ocorreu, não importando se isoladamente tinha ou não idoneidade para produzi-lo. Existindo várias circunstâncias que poderiam ter causado o prejuízo, qualquer delas poderá ser considerada a causa eficiente, o que acaba por não diferenciar *causa* (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) de *condição* (o que permite a causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Para determinar se uma *condição* constitui a *causa* do evento, faz-se a eliminação mental daquela: se o resultado desaparecer a condição é causa, mas se persistir, não o será. O inconveniente desta teoria é permitir uma regressão quase infinita na linha causal (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 72 STOCO, 2004, p. 146; VENOSA, 2005, p. 54; SILVA, 1974, p. 115-118). Já para a *teoria da causalidade adequada*, criada por Von Kries, *causa* é a condição idônea à produção do resultado, excluindo fatos que isoladamente não tinham idoneidade para produzi-lo, o que resta por diferenciar condição de causa, que por esta vertente se apresenta como sendo a condição mais apropriada a produzir o resultado, de acordo com a experiência comum (STOCO, 2004, p. 146; VENOSA, 2005, p. 54; SILVA, 1974, p. 118-120). Parte majoritária da doutrina entende ter sido esta a teoria adotada pelo novo Código Civil (LISBOA, 2004, p. 643), o que restaria evidenciado na redação do artigo 403, que embora tratando das perdas e danos, utiliza a expressão “*efeito direto e imediato*”. Anota Sérgio Cavalieri Filho que “*nenhuma teoria oferece soluções prontas e acabadas para todos os problemas envolvendo o nexos causal. Como teorias, apenas nos dão um roteiro mental a seguir, o raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução. Sempre sobrar espaço para a criatividade do julgador atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom senso, e da equidade*” (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 71). Por fim, salienta-se que comumente se encontram presentes diversas concusas (pré-existent, concomitantes ou supervenientes) que concorrem (decisivamente ou não) para a ocorrência do dano. Estas podem ser: (1) dependentes: desdobramentos naturais da conduta, nunca rompendo o nexos (v.g. tiro e lesão corporal ocasionada); (2) relativamente independentes: originam-se da conduta do agente e produzem por si só o resultado, rompendo o nexos quando supervenientes (ou quando o agente desconhecia a causa pré-existente ou concomitante, como defende parcela minoritária da doutrina); (3) absolutamente independentes: não se originam da conduta e produzem por si só o resultado, sempre rompendo o nexos, detendo o agente responsabilidade apenas pelos fatos praticados.

se limitava à relação entre a conduta do indenizador e o dano sofrido⁶⁹. O pressuposto passa, assim, a ter a função limitadora da abrangência da indenização, ou seja, indica quais são os danos que a norma pretende tutelar, sendo esses os indenizáveis⁷⁰.

Quanto à necessidade da presença do dolo ou da culpa na violação do direito (antijuridicidade),⁷¹ a responsabilidade pode ser entendida como subjetiva. Ao passo que na ideia de desequilíbrio flagrante entre as partes ou em risco criado por atividades em que se auferem benefícios, também há o dever do agente suportar os prejuízos gerados, independentemente da culpa, o que se constitui em hipóteses da responsabilidade objetiva, como havido no âmbito do direito consumerista e nos artigos 927, parágrafo único, e 931, do Código Civil⁷².

Seguro, assim, o entendimento de que para haver responsabilidade civil deve estar presente um dano não tolerado pelo ordenamento jurídico. Para Carlos Gonçalves⁷³ esse dano pode ser entendido, também, como decorrente do abuso de direito, o qual relativiza o preceito romano “*neminelaeditqui jure suo utitur*” (aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica).

Por sua vez, o abuso de direito – previsto no artigo 187 do Código Civil – prescinde a ideia de culpa, como afirma José Aguiar Dias: “*vemos,*

⁶⁹ “Por último, faz-se necessária a verificação de uma relação, ou um liame, entre o dano e o causador, o que torna possível a sua imputação a um indivíduo”. RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 72.

⁷⁰ NORONHA, 2013, p. 467.

⁷¹ A culpa *stricto sensu* é o desvalor da ação pela inobservância de dever de cuidado objetivo (negligência, imprudência ou imperícia), tendo como elementos a evitabilidade e a previsibilidade objetiva do resultado, e como espécies a culpa *inconsciente* (agente não prevê o resultado que era objetivamente previsível) e *consciente* (agente prevê o resultado, assumindo o risco de sua ocorrência, mas não o tem como possível por confiar na sua técnica ou boa fortuna, não havendo, portanto, anuência), hipótese na qual cabe ao operador verificar a inoportunidade do erro confiança (dolo eventual quando agente não detinha a habilidade em que confiou). Já a culpa *lato sensu* abrange o dolo, que diz com a violação intencional de um dever legal (vontade e consciência de praticar o dano), apresentando como espécies o dolo *direto ou determinado* (agente visa certo e determinado resultado) e *eventual* (agente não quer o resultado, mas o prevê e anui com sua produção). A distinção entre a culpa *consciente* é o dolo *eventual* é tênue e de difícil verificação, pois depende da quantificação da subjetividade do agente.

⁷² NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de resistemização da responsabilidade civil em sentido estrito. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 145, outubro de 2011.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b, p. 30

*pois, que o abuso de direito, sob pena de se desfazer em mera expressão de fantasia, não pode ser assimilado à noção de culpa. Inócua, ou de fundo simplesmente especulativo, seria a distinção, uma vez que por invocação aos princípios da culpa se teria a reparação do dano por ele causado”.*⁷⁴

Alvino Lima acrescenta que *“a responsabilidade surge, justamente, porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito”.*⁷⁵ No mesmo sentido, Silvio Rodrigues afirma que o abuso de direito *“não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia.”*⁷⁶

Aplicando os conceitos ao tema em exame, sendo a imagem da pessoa jurídica um bem de suma importância para o desenvolvimento empresarial e um direito previsto no ordenamento; quando suscitada a possibilidade de responsabilização de um usuário do site “Reclame Aqui”, por uma lesão na imagem empresária, essa será a antijuridicidade, a lesão e o dano injusto, respectivamente. O nexo de imputação molda-se na indicação do usuário e na necessidade de preservação da justa e boa reputação empresária. Já o nexo causal se constitui entre o dano experimentado e o ilegítimo exercício da liberdade individual, o abuso de direito; sendo finda a penalização do agente nos prejuízos não relacionados, ainda que sofridos.

3 O SITE E A POSSÍVEL EXTENSÃO DE SEU CONTEÚDO

A internet pode facilmente ser entendida como a maior rua comercial do mundo⁷⁷, mas em um sentido amplo, pois o comércio não se restringe a compra e venda propriamente dita, abrangendo todos os demais aspectos

⁷⁴ DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 239.

⁷⁵ LIMA, Alvino. *Da Culpa ao Risco*. São Paulo: 1938, p. 83.

⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 28 ed. 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

⁷⁷ WATERS, Richard. *The Internet Is Not Going to Save The World, Says the Microsoft Co-Founder*. Disponível em: <<http://www.ft.com/intl/cms/s/2/dacd1f84-41bf-11e3-b064-00144feabdc0.html#axzz3FUfKVDNo>>. Acesso em: 12 de setembro de 2014.

relacionados. Dessa forma, não é possível compreender o mundo dos negócios sem conhecer a influência das informações que uma pessoa dissemina na rede, em relação a uma sociedade empresária⁷⁸.

Sendo mais uma forma de extensão do homem, a internet possui a capacidade de influenciar e envolver, como se estivéssemos projetando o sistema nervoso à outra realidade. Essa foi a leitura que Marshall McLuhan realizou da televisão, a qual parece ser plenamente aplicável a rede:

(...) qualquer invenção ou tecnologia pode ser uma extensão de nosso corpo, e essa exige novas relações e equilíbrio entre os demais meios sensoriais do homem. Assim, não há meios de recusarmo-nos a ceder às novas relações sensoriais ou aos sentidos provocados pela imagem da televisão.⁷⁹

A ideia de que a rede mundial de computadores é uma realidade paralela ao mundo físico e real deve ser completamente rechaçada⁸⁰, sendo uma chave de facilidade ao acesso das mais diversas formas de expressões ou ações do homem. Em exceção do teor puramente fictício, os usuários da rede não conseguem realizar um discernimento de segregação das informações virtuais das informações “físicas”, ficando esse conteúdo, oriundo da extensão, tão próximo da realidade a ponto de não haver mais barreiras. Aquilo que é exposto e/ou procurado na rede gera vínculo imediato com o seu “autor/pesquisador”. Podendo ser resumida, assim, em um canal para busca de realizações pessoais ou profissionais⁸¹.

A exemplo da extensão dos comentários lançadas pelos usuários, tanto em blogs quanto em sites de informações, pode-se destacar o caso das menções de sociedades empresárias *portweets*⁸² que, combinadas com a análise de texto (averiguação de conteúdo positivo ou negativo)

⁷⁸ DOWLING, Grahame; WEEKS, Warrem. O que a Mídia está Falando da sua Empresa. In: *HSM Management*. São Paulo, n. 71, ano 12, volume 6, novembro de 2008.

⁷⁹ MCLUHAN, Marshall. Os meios de comunicação como extensão do homem. 4 ed. Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix. 1974, p. 63, apud SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral na Internet*. São Paulo: Métodos, 2001, p. 22.

⁸⁰ SANTOS, 2001, p. 23.

⁸¹ MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz; Lima José Valdeni; FRANCO, Sérgio Roberto K. *Conceitos Sobre a Internet e Web*. 1 ed. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2012, p. 42.

⁸² Tweet é uma mensagem de até 140 caracteres enviada através do microblog pessoal Twitter.

foram capazes de prever investimentos e gerar reflexos no mercado de ações, segundo a pesquisa publicada pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT)⁸³. Outro grande e popular modelo de alcance das expressões dos usuários, porém não do meio comercial, é o aplicativo Google FluTrends⁸⁴, que possibilita antecipar possíveis surtos de gripes em mais de 25 países.

Consistindo a imagem da pessoa jurídica como fator de composição para a reputação (percepção que os relacionados absorvem da atividade empresarial) é compreensível que seu tempo de maturação seja longo e complexo⁸⁵, a fim de que possa refletir na credibilidade e no potencial de sucesso dessa⁸⁶. Por outro lado, os meios de comunicação (revistas, jornais, sites e etc.) alimentam um setor cada vez mais influente: os *rankings* de desempenho corporativo, que em suma agem como se um *stakeholders* fosse⁸⁷.

Embora essas listas sejam simples para analisarmos as opiniões e a confiança em geral, o desdobramento dos resultados desvia a atenção do leitor a um conjunto de critérios preestabelecidos, pois um bom desempenho pode ser ofuscado por outro insuficiente, na média geral.⁸⁸ O que uma simples regra matemática vir a igualar, reduzir ou aumentar, é capaz de formar um conceito tão forte que a sociedade empresária terá dificuldades para ganhar crédito mesmo quando realizar uma ação positiva⁸⁹. Esse ponto fica mais agravado quando a base de consumidores se diversifica, tendo em vista a complexidade de se atingir a satisfação coletiva⁹⁰. A resposta das companhias para esse fato é a implantação de setores de relações públicas, algo quase impensável para uma pequena ou média sociedade empresária.

⁸³ BOLLEN, Johan; MAO, Huina; Zeng Xio-Jun. Twitter Mood Predicts The Stock Market. In: *MIT Technology Review*. Outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.technologyreview.com/view/421251/twitter-mood-predicts-the-stock-market/>>. Acesso em: 28 de julho de 2014.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.google.org/flutrends/about/how.html>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

⁸⁵ ARAGÃO, Marianna. Quanto Vale a Imagem de uma Empresa. In: *Revista Exame*. São Paulo, n.44, volume 23, dezembro de 2010, p. 85.

⁸⁶ ARGENTI, 2006, p. 97.

⁸⁷ DOWLING, 2008, p. 133.

⁸⁸ DOWLING, 2008, p. 134.

⁸⁹ DOWLING, 2008, p. 134.

⁹⁰ ARGENTI, 2006, p. 169.

Portanto, pela popularização dos *rankings* e com o surgimento da possibilidade de se opinar na própria avaliação, decorrente das plataformas digitais, inúmeras são as ferramentas em que o consumidor expressa o seu juízo de valor indistintamente, não considerando as formas legítimas de buscar a tutela de seu direito. Como principal exemplo e base de estudo do presente trabalho, o site “Reclame Aqui” é o maior portal de reclamações online no País.

Apesar da ausência de fontes diretas sobre o site, percebe-se, de tal forma, que os casos relatados no site “Reclame Aqui”, devem ser apreciados com cautela, pois estão suscetíveis a causarem danos à imagem do fornecedor. Ademais, em uma análise preliminar, o site não ultrapassa o mero conceito de ser um *Blog*⁹¹ moldado a expor toda a indignação do consumidor.

Atrelado ao incentivo de um relato recheado de repúdio, uma vez que opinião é inserida a partir de uma *click* no botão “reclamar” – propositadamente destacado em chamadas –, o “*Blog*” realiza, de forma estatística, inúmeras listas e *rankings* classificando os pretensos piores fornecedores. Toda a classificação é ordenada do pior ao melhor, sempre destacando: (i) a nota e o humor que o usuário atribuiu em seu depoimento;⁹² (ii) se ele voltaria a fazer negócios com aquele fornecedor; (iii) no que supostamente o fornecedor pecou com aquele usuário; (iv) se o fornecedor respondeu e o tempo de encaminhamento da resposta.

Conjuntamente, são inseridos gráficos de todo o histórico dessas sociedades empresárias no site e figuras de uma face simulando emoções, ou seja, a média do sentimento que o público demonstra; além de todas as informações básicas (endereço físico e eletrônico, ramo de atividade, etc.), sempre fornecidas ao lado do gráfico de “qualidade”. Mas o site não se limita em expor o conteúdo apenas na sua plataforma, permitindo, ainda, que o usuário faça integrações com suas redes sociais, difundindo o máximo possível a sua reclamação. Nesse contexto, importante ressaltar

⁹¹ Espécie de diário online, cuja estrutura permite a atualização rápida a partir de acréscimos de artigos ou *posts*.

⁹² Variável entre satisfeito, calmo, desconfiado e nervoso.

que o Código de Defesa do Consumidor não elenca as ferramentas privadas como legítimas dessa função.

Quanto às sociedades empresárias reclamadas, essas só terão conhecimento de qualquer publicação se realizarem um cadastro na plataforma, o que afasta a possibilidade de um justo e amplo contraditório. Ademais, as respostas realizadas limitam-se um simples sistema de “bate-papo”, sem qualquer tipo de procedimento probatório, ou seja, se o cliente não se convencer da resposta, poderá seguir criticando a insatisfação sem nenhum juízo de valoração.

Sendo clara as proporções que uma simples mensagem pode alcançar na rede e a importância da preservação da imagem, o próprio site “Reclame Aqui”, curiosamente, protagoniza uma ação judicial, em face da Google Brasil. Nos autos do processo, requer a imediata exclusão de um *link* no site “YouTube”, pois alega que a sua honra foi fortemente abalada nas declarações de um usuário que acusa o site por fraude e manipulação dos depoimentos⁹³. Vale ressaltar que esse usuário está exercendo o mesmo interesse que os demais exercem na plataforma da autora do processo.

Para que o fornecedor realize a solução ou simplesmente responda as postagens, deverá deslocar funcionários e tempo em um serviço que nunca pretendeu contratar, além de administrar o próprio setor de relacionamento interno, caso existente. Todavia, o não reconhecimento da possibilidade de lesão desse serviço não pode ser levado em conta, por mais injusta que seja uma reclamação realizada, não deve ser ignorada⁹⁴.

Por fim, pelo elucidado, nota-se a importância de um limite das manifestações dos consumidores, bem como a averiguação da legitimidade de uma ferramenta digital que não prioriza os princípios da ampla defesa e do contraditório.

⁹³ Processo de nº 0813386-66.2014.8.12.0001, que tramita na 16ª Vara Cível de Campo Grande – SP.

⁹⁴ DOWLING, 2008, p. 133.

3.1 A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Como visto, é inegável a influência da informação na sociedade moderna.⁹⁵ Contudo, Helena Najjar Abdo⁹⁶ expõe que a informação só deve vir à público quando haja: (i) suma relevância para a formação da opinião; (ii) cuidado na influência que exerce sobre a capacidade de discernimento e no comportamento dos sujeitos receptores da mensagem; e (iii) conhecimento no grande poder de persuasão exercido pela sua reiteração. Supridos esses quesitos, a autora destaca que o profissional encarregado de divulgá-la “*deverá cercar-se de cautelas suficientes para referendar essa sua classificação, tais como: (i) consultar uma pluralidade de fontes sobre cada fato narrado, (ii) atribuir corretamente as informações às fontes consultadas, (iii) respeitar o contraditório quando existirem posições ou pontos-de-vista conflitantes, (iv) manter a imparcialidade ao narrar esses diferentes pontos-de-vista ou versões eventualmente conflitantes.*” Completa a autora, com base no dever de completude da informação:

O fundamento desse dever de completude está não só no respeito à objetividade, como acima defendido, mas também na circunstância de que o fato omitido poderá comprometer de tal forma a narração, a ponto de torná-la inverídica. Portanto, a superficialidade, a simplificação excessiva e a omissão de fatos relevantes não só comprometem a objetividade, como também podem incidir em inverdade.

Quanto à influência de uma informação, Cândido Rangel Dinamarco conceitua o poder como sendo “*a capacidade de produzir os efeitos pretendidos (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas.*”⁹⁷

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade por danos na Sociedade de Informação e Proteção do Consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, Rio Grande do Sul: n. 70, p. 41, abril de 2009.

⁹⁶ ABDO, Helena Najjar Abdo. *Observância da regra da objetividade na publicidade do processo realizada pelos meios de comunicação social*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 115, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *Princípios Processuais Fora do Processo*. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n 147, maio de 2007, p. 307.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 87.

Com efeito, uma informação só deve ser considerada puramente verídica quando respeitada a suas peculiaridades e, para o caso em análise, quando observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.⁹⁸

A resposta é pressuposto de validade para o regular andamento de um processo⁹⁹. Nesse interim, o site deveria, primeiramente, notificar a sociedade empresária, depois oportunizar um momento para resposta, mediar ou não as informações e só depois realizar a disponibilização ao público. De forma exaustiva, na medida em que o site é um agente de divulgação de informações ao consumidor de um modo geral, deve, necessariamente, pautar-se pela chamada regra de objetividade, apresentada por Helena Najjar Abdo:

Para que uma mensagem seja considerada objetiva, ela tem de ser, em primeiro lugar, verídica". Além disso, "precisa respeitar alguns elementos, tais como a equidistância, a isenção, a imparcialidade, a clareza, e a "verificabilidade" ou "checabilidade".¹⁰⁰

Como o site concorre para os elementos de convicção, passível a compreensão de que a não observância rigorosa do contraditório, como a informação e a oportunidade de resposta dos fornecedores, compromete o objetivo produzido e apresentado ao consumidor. Ademais, vai de encontro a própria credibilidade, imparcialidade e impessoalidade sustentada. Sendo fator relevante, importante caracterizara ampla defesa e o contraditório.

Anteriormente, essa garantia possuía um alcance limitado ao processo penal, mas as inovações da Constituição Federal o elencaram dentro do chamado devido processo legal, o qual detém a natureza de direito fundamental,¹⁰¹ trazendo como consequência a ampla possibilidade de se produzir resposta ao alegado.

⁹⁸ Ainda que o site em questão não integre o Sistema Nacional de Proteção do Consumidor, vale a menção ao artigo 42 do Decreto nº 2.181/97: "Art. 42. A autoridade competente expedirá notificação ao infrator, fixando o prazo de dez dias, a contar da data de seu recebimento, para apresentar defesa, na forma do art. 44 deste Decreto."

⁹⁹ GRINOVER, 2007, p. 307.

¹⁰⁰ ABDO, 2006, p. 307, apud GRINOVER, 2007, p. 307.

¹⁰¹ MARIOTTI, Alexandre. *Princípios do Devido Processo Legal*. Tese de doutorado. Rio Grande do Sul: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 95.

Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Tal construção, de tratar as garantias de forma conjunta é bem aceita pela doutrina:

Existe hoje uma certa unanimidade na doutrina e na jurisprudência nacionais considerando as garantias do contraditório e da ampla defesa, ambos explicitados no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, como instrumentos do devido processo legal.¹⁰²

Alexandre Mariotti completa, analisando que a norma do devido processo legal funciona como um sobreprincípio, pois atua sempre em relação a outros princípios complementares:

O devido processo legal comparece na condição de formula síntese da proteção constitucional da liberdade e dos bens da pessoa, articulando as outras garantias constitucionais como vista a esse fim último que lhes é comum.¹⁰³

Quanto ao contraditório, segundo Ada Grinover, sobre uma expressão bilateral dos atos, há um desdobramento em dois momentos: “a informação e a possibilidade de reação”¹⁰⁴. Sobre o mesmo aspecto, Nelson Nery Junior conceitua o contraditório:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.¹⁰⁵

Em razão de seu alcance, as garantias do contraditório e da ampla defesa atingem um desdobramento sobre três áreas: (i) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais; (ii) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto da acusação; (iii) no

¹⁰² MARIOTTI, 2008, p. 96.

¹⁰³ MARIOTTI, 2008, p. 102.

¹⁰⁴ GRINOVER, 2007, p. 4.

¹⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson, *apud* GRINOVER, 2007, p. 307.

processo administrativo sempre que haja litigantes.¹⁰⁶

Sendo o princípio¹⁰⁷ abrangido para qualquer imputação a outrem, Ivani Contini Bramante salienta que nas relações da seara do direito privado também há campo para a operabilidade do direito constitucionalmente previsto¹⁰⁸. A autora ainda completa seu fundamento na doutrina alemã de *Drittwirkung*, que trata da eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros. Sobre este prisma, imprescindível a observância do princípio constitucional do direito de defesa no âmbito do direito privado e da situação fática aqui analisada, sob pena de nulidade do procedimento.

Essa construção, apesar de não ser unanime em nosso ordenamento pátrio, é denominada como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual procura entender como e até que ponto os direitos fundamentais podem adentrar em relações jurídicas eminentemente privadas¹⁰⁹.

Apesar de parecer uma afronta à liberdade contratual das partes, Carlos Roberto Gonçalves atenta ao fato de que o ordenamento jurídico está voltado ao bem comum, ou seja, a um fim social. O interesse coletivo quando justo, digno e firme à ordem pública deve prevalecer sobre os interesses eminentemente particular:

A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados (contratos-tipo ou de massa), que não mais se coadunam com ao princípio da autonomia da vontade. O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores que interessam a toda coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 81

¹⁰⁷ Paulo G. Gonet Branco, seguindo o posicionamento, lembra a posição hierárquica dessa espécie de norma jurídica. Sendo o princípio um norteador de interpretações e/ou um informador de direitos fundamentais (BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação e interpretação. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n 18, abril de 2004, p. 104), seriam aplicáveis na esfera privada. Ademais, os princípios do artigo 5º exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, transcendendo a figura do Estado e alcançando os particulares, nas suas relações, como subordinados (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265).

¹⁰⁸ GRINOVER, 2007, p. 307.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 398

mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum¹¹⁰.

Considerando-o como incidente, Ingo Sarlet¹¹¹ salienta que de duas formas a eficácia dos direitos fundamentais incidirá na relação dos particulares. Na primeira haverá a comprovação de que os direitos fundamentais, como princípios constitucionais, são aplicáveis a toda a ordem jurídica, inclusive privada, ao considerar as diferenças entre os que interagem. Na segunda, quando forem partes em condições de relativa igualdade, sempre em que a dignidade for confrontada por atos originários de outros particulares.

A vinculação dos particulares aos princípios fundamentais suscita duas espécies de questionamentos: a forma como ocorre a eficácia e a intensidade da mesma.

Entrando na problemática do “como”,¹¹² a primeira vertente é a chamada teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*), inicialmente formulada por Hans Carl Nipperdey e desenvolvida por Walter Leisner, a qual, lastreada no princípio da supremacia constitucional e da unidade do sistema, apregoa a desnecessidade de quaisquer transformações ou pontes dogmáticas para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois aqueles assumiriam diretamente a condição de elemento limitativo do tráfico jurídico-privado e de direitos de defesa oponíveis em desfavor de outros particulares¹¹³. Assim, esta corrente defende a

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 9 ed, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 23.

¹¹¹ SARLET, 2007, p. 401.

¹¹² Aqui não serão tratadas outras correntes relevantes no âmbito da discussão aqui travada, quais sejam: (i) a escola dos deveres de proteção, sustentada por doutrinadores como Konrad Hesse, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris; (ii) a teoria da convergência estatista, surgida na Alemanha e originalmente desenvolvida por Jürgen Schwabe; (iii) a teoria americana da *state action*.

¹¹³ Gilmar Ferreira Mendes acentua que esta foi a teoria adotada pelo Tribunal do Trabalho Alemão: “*Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que acabou por provocar um claro posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em favor dessa orientação (unmittelbare Drittwirkung). O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento: ‘Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública’.*” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 122-123).

possibilidade do particular invocar direitos subjetivos fundamentais também perante seus semelhantes (eficácia horizontal), de maneira similar (mas não igual)¹¹⁴ àquela com que opunha estes preceitos perante o Estado (eficácia vertical).¹¹⁵

Após estas considerações, deve-se atentar para a teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare drittwirkung*), inicialmente afeiçoada por Günter Dürig¹¹⁶, defendendo que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dar-se-ia por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais (*generalklauseln*) e dos conceitos jurídicos indeterminados, a serem previstos no seio da legislação privada, sob a égide da axiologia constitucional, havendo, quando muito, vinculação direta apenas para o legislador iusprivatista¹¹⁷. Desta feita, as posições jurídico-subjetivas, reconhecidas ao particular frente ao Estado, não poderiam ser transferidas de modo direto para as relações particulares, mas apenas através de um efeito irradiador mitigado, ou seja, as normas jusfundamentais não seriam diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares.

¹¹⁴ "(...) un efecto inmediato em terceros no puede consistir em que los derechos del ciudadano frente al Estado sean, al mismo tiempo, derechos del ciudadano frente a los ciudadanos. Esto está excluido por razones conceptuales y no es sostenido por ningún representante de la teoría de los efectos inmediatos em terceros. Por definición, um derecho del ciudadano frente al Estado no es, em tanto tal, um derecho del ciudadano frente a ouytro ciudadano" (ALEXY, apud SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas*: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 184).

¹¹⁵ Obviamente esta vertente teórica não está alheia a críticas dos pensadores do direito, sendo estes os principais argumentos pugnando pela inviabilidade da aplicação direta: (i) ambos sujeitos são destinatários de direitos fundamentais, merecendo igual proteção das normas jusfundamentais; (ii) haveria violação material ao núcleo essencial da autonomia privada e do próprio direito privado (MENDES, 2000, p. 123); (iii) se configuraria violação ao princípio do Estado de Direito em face da imprecisão de aplicação das normas jusfundamentais na relação privada (ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 175); (iv) inexistia previsão expressa, no caso brasileiro, que determine a eficácia direta; (v) seria possível ao particular renunciar aos seus direitos (embora seja de todo evidentemente a vedação de uma auto-restrição que atingisse o conteúdo mínimo do direito constitucionalmente assegurado) (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 293).

¹¹⁶ Gilmar Ferreira Mendes demonstra que essa foi a teoria adotada pelo Bundesverfassungsgericht: "Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*), entendeu o Bundesverfassungsgericht que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado." (MENDES, 2000, p. 125).

¹¹⁷ "Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas." (MENDES, 2000, p. 125).

Outro importantíssimo tópico – eis que causador de maior dissenso doutrinário, e que aqui não será tratado com a devida profundidade, tendo em vista os limites deste ensaio – se refere à intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, referente à medida que o particular (sociedade empresária afetada) pode valer-se destas espécies normativas na relação com seus pares, na medida em que ambos são titulares e destinatários destes preceitos superiores, como antes mencionado.¹¹⁸

Assim, no âmbito dos direitos fundamentais, o direito de resposta a uma manifestação lesiva sempre será garantido, quer seja em relações particulares ou não. Cabível, também, a figura da indenização quando houver danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Sendo essa possibilidade regra como garantia constitucional:

Artigo 5º (...)

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

Por fim, menciona-se ser perceptível que os direitos fundamentais podem vincular os particulares, sendo cabível, em caso de abusos, o direito à indenização por dano moral ou material.

3.2 O SUSCETÍVEL DANO À IMAGEM PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O consumidor tem e deve ter seus direitos protegidos, e de forma alguma ser obstado na busca de uma tutela. Porém uma suposta lesão

¹¹⁸ Este questionamento passa pela análise inicial do fenômeno dos chamados poderes sociais, que são os sujeitos privados dotados de grande poderio econômico, político e/ou social, capazes de condicionar as decisões da parte hipossuficiente. O reconhecimento destes entes implica na diferenciação das esferas jurídicas privadas a serem tuteladas pelos direitos fundamentais, pois existirão relações configuradas com a presença dos particulares e dos detentores do indigitado poder social, pautadas pela desigualdade é muito semelhantes às relações de eficácia vertical; e outras onde não há um necessário desequilíbrio, pois verificadas fora da esfera das relações de poder. Desta feita, deve haver uma ponderação das questões em conflito (no que irá recorrer-se as valiosas lições do primeiro capítulo), levando-se em conta o substrato fático que permeia o caso concreto, majorando-se a intensidade da proteção na exata medida da desigualdade verificada entre os sujeitos, sendo que esta consideração não exclui a vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais em uma relação de iguais.

causada por um fornecedor é insuficiente para permitir que esse realize depoimentos difamatórios em meios impróprios (para o caso, um depoimento realizado na plataforma em análise), dificultando a constituição de um justo contraditório, por parte do reclamado.

Denotasse, pelo exposto anteriormente, que a imagem empresarial, de uma forma mais suscetível das pessoas jurídicas de médio e pequeno porte, é capaz de ser facilmente abalada na rede e um ato lesivo reportar-se a um dever de indenização. Entretanto, a proteção que se roga nesse estudo ultrapassa a barreira do simples descumprimento legal, uma vez que se tem por objetivo a manutenção da delicada estabilidade da função social do complexo empresarial.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VII, disciplina o legítimo direito da manifestação do consumidor, oportunizando o seu pleno exercido, mas dentro de limites e perante órgãos judiciais ou administrativos competentes.¹¹⁹

Ainda na seara da proteção consumerista, com o intuito inibitório às práticas abusivas e de auxílio na formação de uma convicção do consumidor perante o fornecedor, os órgãos públicos de defesa do consumidor se constituem em entes legítimos para listarem os fornecedores que não diligenciam na solução das reclamações protocoladas e devidamente instruídas, nos termos do artigo 44 do CDC.

Percebe-se que a prática realizada pelo site não está listada pela legislação consumerista, instaurando um aparente conflito de direitos e princípios. De um lado, o direito à liberdade de expressão dos consumidores e internautas (previsto no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal), e de outro a proteção aos direitos à personalidade da pessoa jurídica, refletida na tutela de sua imagem, formadora de reputação, conjunta da honra objetiva.

Os métodos tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, especialização e temporal – esbarram na tentativa de solucionar conflitos entre normas constitucionais com teor de direito fundamental.

¹¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93

Nas normas emanadas pela Constituição Federal inexistem uma hierarquia apriorística e abstrata, sendo aceita, por alguns doutrinadores, a figura axiológica – determinadas normas influenciam o sentido e alcance de outras –, porém os direitos fundamentais, entre si, apresentam a mesma carga jurídica e ocupam o mesmo patamar axiológico¹²⁰, desfrutando da condição de cláusula pétrea¹²¹.

Barroso demonstra que as consequências das colisões de direitos fundamentais, podem ser vistas em dois aspectos. O primeiro intuitivo, pois não havendo hierarquia não será possível estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um sobre o outro, remetendo a solução à análise do caso em concreto, sobre uma ótica de ponderação. Já o segundo advém da atuação legislativa, em que esse pode estabelecer parâmetros, diretrizes, a serem consideradas no juízo de ponderação; entretanto, as tentativas de arbitramento estarão sujeitas ao duplo controle de constitucionalidade.

Na ponderação entre princípios, ao contrário do que ocorre com a regra em geral, para Dworkin¹²², há uma sobreposição de um pelo outro, caso em que o princípio de maior peso prepondera, sem invalidar com aquele que colide.

De outra forma, Alexy¹²³ assevera que os princípios, espécie de norma jurídica, constituem-se em deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as suas possibilidades. Havendo um conflito entre essas normas, o recurso estaria no fato da ponderação frente ao caso concreto, em que um irá necessariamente prevalecer pelas determinadas circunstâncias. De outro modo, afasta a ideia de Dworkin, não admitindo que um princípio tenha imediata prevalência. Porém reafirma o fato de que essa solução não se estenderia as regras, pois a análise é frente a sua continuidade no ordenamento.

¹²⁰ BARROSO, 2004, p.110

¹²¹ Art. 60 da Constituição Federal de 1988: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

¹²² DWORKIN, apud AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14 ed, São Paulo: Malheiros, 2013, p.56.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Entretanto, sob a ótica de Humberto Ávila “*não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso*”.¹²⁴ Para esse autor a consideração do peso, que para o caso é tratado como “importância”, deve ser atribuída aos fins que os princípios fazem referência. A atribuição ocorrerá por meio das decisões em função das circunstâncias do caso concreto¹²⁵. Exhaustivamente frisa o doutrinador: “*não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto*”.¹²⁶

Em sendo assim, deve um princípio se sobrepor ao outro, não de forma absoluta, mas para limitar ou evitar um possível abuso e consequente dano à tutela preservada pelo colidente. Envolve-se, nessa análise, a seguinte indagação: qual é o instituto mais frágil a ser tutelado?

Sendo corrompido o equilíbrio conexo ao bom nome empresarial, figura-se o dano moral, que mesmo não possuindo aspecto gerador patrimonial, por consequência, vem a constituir-lo, uma vez que os reflexos do ato danoso alcançam os hábitos e apreços da comunidade. Acompanhando o entendimento da pessoa jurídica ser suscetível ao dano extrapatrimonial, Adriano de Cupis assevera:

A pessoa jurídica, como uma sociedade comercial ou um instituto beneficente, pode sofrer um dano não patrimonial, em hipóteses envolvendo uma campanha difamatória, denegrindo a sua imagem.¹²⁷

Em consonância com os reflexos patrimoniais da agressão moral, Miguel Maria de Serpa Lopes¹²⁸ demonstra que o dano moral pode seguir duas vertentes, sendo uma de repercussão ampla e outra mais restrita. Na qualidade de lato, “*também denominado parte social do patrimônio moral,*

¹²⁴ ÁVILA, 2013, p.57.

¹²⁵ ÁVILA, 2013, p. 65.

¹²⁶ ÁVILA, 2013, p. 68.

¹²⁷ CUPIS, Adriano de. *Il Daño: teoría geral de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1975, p.124, *apud* FUJITA, Jorge Shiguemitsu. In: *Revista Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n 22, julho de 2008, p.99.

¹²⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes das obrigações – contratos*. 6. ed. Vol. 2, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 392

está sempre ligado mais ou menos a um dano material, patrimonial (...) Em tais casos, a ideia de reparação quase não sofre contestação". Por outra banda, o restrito não auffer danos patrimoniais, *"senão sobre a pessoa em seus interesses morais tutelados pela lei"*.

Somando os dois entendimentos, do excesso de liberdade no exercício de um direito com o do alcance do dano extrapatrimonial à pessoa jurídica, cita-se interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONVENÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DA ÁREA DE AQUECIMENTO. CALEFAÇÃO E PLACAS FOTOVOLTAICAS. BLOG. CONTEÚDO OFENSIVO. EXCESSO. PESSOA JURÍDICA. DANO MORAL VERIFICADO. SÚMULA 227 DO STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA RECONVINDA PELOS DANOS ALEGADAMENTE OCORRIDOS NA RESIDÊNCIA DO RECONVINTE EM FUNÇÃO DE DEFEITO NOS SISTEMAS DE AQUECIMENTO E CALEFAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...]²⁹. Conteúdo publicado pelo consumidor na internet que, independentemente da existência de má-prestação do serviço por parte da empresa, extrapolou o que pode se considerar como enquadrado dentro do exercício do direito à livre expressão e manifestação do pensamento, o qual é tutelado no inciso IV do art. 5º da Constituição Federal. Ofensas à reputação da pessoa jurídica que tiveram repercussão perante a clientela e são causadores de danos morais. Aplicação da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça. Manutenção da responsabilização do consumidor pelos danos causados, com a minoração do quantum indenizatório, visando adequar o valor às peculiaridades do caso concreto. Montante reparatório que deve ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, a contar desta data, nos termos da Súmula 362 do STJ, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data de ocorrência do evento danoso, conforme dispõe a Súmula 54 também do STJ.¹²⁹

¹²⁹ Apelação Cível Nº 70055987846, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 13/11/2013. Cabe demonstrar, ainda, que em alguns julgados, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem estendendo o dano *in re ipsa* à pessoa jurídica, demonstrando que a honra empresarial é um bem jurídico importante ao ordenamento. Nesse sentido: Apelação Cível nº 70019349380, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 11/10/2007; Apelação Cível Nº 70058259631, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 06/08/2014.

Admissível, portanto, o juízo de que ponderando os princípios, o excesso na liberdade de expressão é um abuso de direito ao confrontar a tutela da imagem empresarial, havendo a necessidade de reparação.

4 CONCLUSÃO

O estudo procurou, sem afastar o direito do consumidor de buscar a sua reparação almejada, limitar as ações a qualquer custo, considerando que essas são pautadas de um juízo abusivo. Em outras palavras, o direito ao reclame do consumidor esbarra em limites da própria norma consumerista, como em princípios constitucionais.

A pessoa jurídica, em sua finalidade econômica, é plenamente dependente de sua reputação, a qual se origina da imagem que os relacionados fazem dessa. A imagem, em um conceito amplo, tem por complexidade determinar a continuidade de uma determinada sociedade empresária no mercado, o seu crescimento e até mesmo a forma como os seus funcionários trabalharão. Ou seja, zelar pelo bem da imagem empresarial significa manter a saúde da sociedade como um todo, os empregos e a fonte de sustento de muitas famílias; a economia forte e aquecida. Em suma, significa priorizar o fim social da empresa.

Quanto à manifestação do consumidor, quer tenha sido ele lesado ou não, nos meios digitais alcança proporções avassaladoras, assim em uma colisão de princípios, entre a liberdade expressão e direito de proteção à imagem, o segundo pode se mostrar mais sensível no caso concreto, em especial quando se trata de pequena ou média sociedade empresária. Frente ao dever de reparação a uma injusta lesão, a estrutura coerente de responsabilização demonstra-se em razão da: conduta/ evento, antijuridicidade, dano injusto, nexos de imputação, nexos de causalidade e culpa.

Nesse momento, visando uma justa proteção legal, caberá ao judiciário, em cada caso, a interpretação da legitimidade do *site* e de sua

responsabilidade em caráter solidário, com o autor da mensagem, em face de ser um meio facilitador ou até mesmo voltado a tal prática abusiva de seus usuários.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALTHEIM, Roberto. **A Atribuição do Dever de Indenizar no Direito Brasileiro**: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Paraná, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGÃO, Marianna. Quanto Vale a Imagem de uma Empresa. In: **Revista Exame**. São Paulo, n.44, volume 23, dezembro de 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional da Própria Imagem**: pessoa física, pessoa jurídica e produto. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ARGENTI, Paul. **Comunicação Empresarial**: a construção da identidade, imagem e reputação. 4º ed. rev. e traduzido por Adriana Rieche. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14 ed, São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação e interpretação. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n 18, abril de 2004.

BBC UK. **What Are Stakeholders?** Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/schools/gcsebite/size/business/environment/stakeholders1.shtml>>.

Acesso em 10 de setembro de 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e alguns apontamentos do direito comparado.

Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 376, nov.-dez. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOLLEN, Johan; MAO, Huina; Zeng Xio-Jun. Twitter Mood Predicts The Stock Market. In: **MIT Technology Review**. Outubro de 2010. Disponível em: <http://www.technologyreview.com/view/421251/twitter-mood-predicts-the-stock-market/>. Acesso em: 28 de julho de 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 16. Ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, José Aguiar. **Responsabilidade Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 27ª ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DOWLING, Grahame; WEEKS, Warren. O que a Mídia está Falando da sua Empresa. In: **HSM Management**. São Paulo, n. 71, ano 12, volume 6, novembro de 2008.

EXAME. **Quanto vale a Coca? E a Nike? E a...?** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/06621/noticias/quanto-vale-a-coca-e-a-nike-e-a-m0053830>>. Acesso em 18 de agosto de 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Teoria Geral. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 17 ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. In: **Revista Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n 22, julho de 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. v. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 9 ed, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios Processuais Fora do Processo. In: **Revista de Processo**. São Paulo, n 147, maio de 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989.

LIMA, Alvino. **Da Culpa ao Risco**. São Paulo: 1938.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: fontes das obrigações – contratos**. 6. ed. Vol. 2, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

KIRCHNER, Felipe. A Responsabilidade Civil Objetiva no Artigo 927, Parágrafo Único do CC/2002. *Revista dos Tribunais*. Ano 97, volume 871, maio 2008.

MARCANTONIO, Denise Jacques, **Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade: o direito à imagem**. Dissertação de mestrado da PUCRS, 2009.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípios do Devido Processo Legal**. Tese de doutorado. Rio Grande do Sul: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, León, CHABAS, Francois. **Derecho Civil: obligaciones**. t. I, Zavalia, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 322 p.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade por danos na Sociedade de Informação e Proteção do Consumidor**: desafios atuais da regulação jurídica da internet. In: *Revista de Direito do Consumidor*, Rio Grande do Sul: n. 70, p. 41, abril de 2009.

MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz; Lima José Valdeni; FRANCO, Sérgio Roberto K. **Conceitos Sobre a Internet e Web**. 1 ed. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, Fernando. O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 816, p. 733, outubro de 2003.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de resistemização da responsabilidade civil em sentido estrito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 145, outubro de 2011.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Crimes Contra a Honra. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 836, junho de 2005.

PELUSO, César (org.). **Código Civil comentado**. Barueri: Manole, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade civil**: de acordo com o novo Código Civil. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**: parte geral. 1º volume. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PÜSCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da

responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, p. 91-107, mai. 2005.

QUINTANA, Luciana Hernández. A responsabilidade civil objetiva no Código Civil brasileiro: a teoria do risco criado prevista no artigo 927, parágrafo único. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 77, p. 25-29, 2004.

RIBEIRO, Alex Sandro. Direitos da Personalidade Compatíveis com a Pessoa Jurídica. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n23_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1865>. Acesso em 15 de agosto de 2014.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 28 ed. 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet**. São Paulo: Métodos, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français**. Paris: R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1939.

SCHREIBER, ANDERSON. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEBRAE. Cartilha **Posicionamento Empresarial**. Disponível em: <<http://www.sebraemais.com.br/noticias-midia/posicionamento-de-mercado-e>

escolher-um-local-na-mente-do-consumidor> Acesso em 18 de agosto de 2014.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, 224 p.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

STOCO, Rui. Direito das Pessoas Jurídicas à Intimidade. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 3, outubro 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: com comentários ao Código Civil de 2002. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc>. Acesso em 07.09.2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena Barbosa; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. 2ª ed. Vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 2. ed. 1986.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade Civil por Ato Ilícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WATERS, Richard. **The Internet Is Not Going to Save The World, Says the Microsoft Co-Founder**. Disponível em: <<http://www.ft.com/intl/cms/s/2/dacd1f84-41bf-11e3-b064-00144feabdc0.html#axzz3FUfKVDNo>>. Acesso em: 12 de setembro de 2014.

ZANITELLI, Leandro Martins. Responsabilidade civil objetiva no Brasil: uma crítica às explicações habituais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 211-232, out.-dez. 2004.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666
Centro - Porto Alegre - RS
Brasil - Cep. 90.010-190
Telefone: (0xx51) 3211-2233

defensoria.rs.gov.br
[facebook/defensoriars](https://www.facebook.com/defensoriars)
[@_defensoriars](https://www.instagram.com/_defensoriars)



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL