

FORMAÇÃO JURÍDICA

III ANO

Organizadora

ÂNGELA KRETSCHMANN

Autores

Cristina di Gesu

Dartagnan Ferrer dos Santos

Emerson de Lima Pinto

Guilherme Damasio Goulart

Guilherme de Oliveira Feldens

Jaqueline Mielke Silva

Kelly Lissandra Bruch

Maria Lúcia Baptista Morais

Nereu José Giacomolli

Paula de Jesus Martins

**Cesuca**
FACULDADE INEDI

**CONCEITO**
EDITORIAL

FORMAÇÃO JURÍDICA

III ANO

Organizadora

ÂNGELA KRETSCHMANN

Autores

Cristina di Gesu

Dartagnan Ferrer dos Santos

Emerson de Lima Pinto

Guilherme Damasio Goulart

Guilherme de Oliveira Feldens

Jaqueline Mielke Silva

Kelly Lissandra Bruch

Maria Lúcia Baptista Morais

Nereu José Giacomolli

Paula de Jesus Martins

**Cesuca**
FACULDADE INEDI

Rio Grande do Sul – 2016

CONCEITO
EDITORIAL

Florianópolis – 2016

Editora CONCEITO EDITORIAL

Presidente Salézio Costa	Revisora Ana Marson	(CESUCA/RS) Ielbo Marcus Lôbo de Souza (UFSE/PA) Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS) Jaqueline Mielke Silva (IMED/RS) Kelly Lissandra Bruch (CESUCA/RS) Leonel Pires Ohlweiler (TJRS/ UNILASALLE/RS) Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira (UNISINOS/RS)
Editores Ângela Kretschmann	Conselho Editorial Álvaro Oxley da Rocha (PUC/RS) André Karam Trindade (IMED/RS) Ângela Kretschmann (CESUCA/RS) Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard (TJRS/CESUCA) Carla Eugênia Caldas Barros (UFSE) Celso Augusto Nunes da Conceição (CESUCA/RS) Daniel Achutti (UNILASALE/RS) Elaine Harzheim Macedo (PUC/RS) Guilherme de Oliveira Feldens	
Assistente Editorial Lourdes Fernandes Silva		
Capa e Diagramação Paulo H. Benczik		

Catalogação na Publicação: Bibliotecária Cristina G. de Amorim CRB-14/898

F723

Formação Jurídica: III Ano / Organizadora: Ângela Kretschmann - Florianópolis:
Conceito Editorial, 2016.
280p.

ISBN 978-85-7874-420-5

1. Propriedade 2. Direito do trabalho 3. Novo Código de Processo Civil
4. Direito Empresarial I. Ângela Kretschmann (org.).

CDU – 340

Este exemplar foi produzido com o apoio da Faculdade Inedi, Cesuca, que detém os direitos autorais da obra, sendo decisão do titular distribuir, gratuitamente ou não, exemplares da obra, até esgotar a edição.

Venda Proibida.

© Copyright 2016 Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Faculdade Inedi - CESUCA

Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha - RS.
Rua. Silvério Manoel da Silva, 160 - Bairro Colinas
Fone: (51) 3396.1000

www.cesuca.edu.br

Conceito Editorial

Rua Hipólito Gregório Pereira, 700 – 3º Andar
Canasvieiras – Florianópolis/SC – CEP: 88054-210
Editorial: Fone (48) 3205-1300 – editorial@conceitojur.com.br
Comercial: Fone (48) 3240-1300 – comercial@conceitojur.com.br

www.conceitojur.com.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO..... 7

1

A SOCIALIDADE NO DIREITO DAS COISAS 15

Guilherme Damasio Goulart

2

NOVAS REALIDADES DA RELAÇÃO DE EMPREGO 41

Dartagnan Ferrer dos Santos

3

DIREITO EMPRESARIAL 81

Paula de Jesus Martins

4

A TUTELA DE URGÊNCIA E A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 99

Jaqueline Mielke Silva

5

A RECONVENÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 125

Maria Lúcia Baptista Morais

6

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A PROVA TESTEMUNHAL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO 151

*Cristina di Gesu
Nereu José Giacomolli*

7

**(RE)LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL CLÁSSICO E OBSTRUÇÃO DO
MINIMALISMO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS..... 169**

Emerson de Lima Pinto

8

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....217

Kelly Lissandra Bruch

9

**ÉTICA, DIREITO E SOCIEDADE POLÍTICA: A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA
GERAL E PROFISSIONAL NA FORMAÇÃO DOS FUTUROS JURISTAS255**

Guilherme de Oliveira Feldens

PREFÁCIO

Por seu terceiro ano seguido, o Curso de Direito da Faculdade Inedi – Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca) – apresenta a seus alunos mais um volume da obra *Formação Jurídica III* (ou 3º ano). Trata-se do trabalho de professores do curso, vinculados a um projeto que nasceu praticamente com o início do curso de Direito, com o propósito de ser uma forma de aproximação entre Mestres e Aprendizes, e, mais do que isso, tornar-se uma possibilidade de diálogo entre docentes e discentes na construção de suas identidades.

Nesse sentido, “ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção”, para lembrar Paulo Freire.¹ E há pouco mais de um ano, iniciou-se na Faculdade Inedi a inovação no ensino, começando pelo curso de Matemática. Os resultados positivos, concedendo maior autoridade e autonomia ao aluno, já restaram comprovadas. Tais mudanças são resultado de um idealismo saudável e positivo da Direção Geral da Faculdade Inedi, que sempre deixou clara a confiança imensa que deposita na capacidade humana criadora, e de escolha do próprio destino.

Exige-se, neste momento, amadurecimento e coragem, o que é desafiador e contagiante. O novo não deveria assustar, e se pensarmos bem, não é tão novo assim, o que se deseja é justamente o abandono do que é cômodo no ensino tradicional, o que se deseja é o voluntarismo pessoal na busca do saber, pelo saber. Insiste-se na questão de “quem ensina” o quê, e se relamente é possível ensinar alguma coisa...

Isso faz recordar um antigo Diálogo de Platão, que mostra o quanto não há novidade nessa inovação, mas que essa forma de aprendizado parece ter restado ofuscada e esquecida pelos séculos. No Diálogo Mé-

1 “Não existe docência sem discência” (FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 12).

non, este insiste com Sócrates se “É possível ensinar a virtude”, e, após longos debates, e depois de comparar Sócrates a um peixe que entorpece a boca e a língua de todos, Sócrates não o poupa: “És um patife Mênon, e por pouco não me enganaste”. Diálogos tempestuosos conduzidos maravilhosamente para um final de perplexidade permanente: a virtude é passível de ser ensinada e ensinada se for conhecimento, mas seria realmente conhecimento? E se há alguma coisa, não apenas a virtude, que é afinal ensinável, não teria que haver indivíduos que a ensinam e indivíduos que a aprendem? *E também não o seria inversamente, isto é, se alguma coisa carece tanto de indivíduos que a ensinam quanto de indivíduos que a aprendem, não estaríamos certos em supor que não é passível de ensino? Quem são os mestres da virtude? A vida é passível de ser ensinada?*²

Por tudo isso, não se pode ver o aluno como um “objeto”, como bem observou Paulo Freire. Existem dois sujeitos, o discente e o docente, e não um formador e um objeto. Chama atenção também para o verbo “ensinar”, como transitivo-relativo (quem ensina ensina algo a alguém), verbo que pede um objeto direto (alguma coisa) e um objeto indireto (a alguém). E ensinar é algo mais do que um “verbo transitivo” relativo, pois ensinar inexiste sem aprender. O autor lança ainda a crítica ao “ensino bancário”, mas adverte que, apesar dele, nem tudo estaria “perdido”, pois o educando que passa por ele não está destinado ao “fracasso”, embora tal ensino deforme a criatividade do educando e do educador.³

Se quisermos que alguém se torne um bom médico, pergunta Sócrates, não o enviaríamos para um bom médico, para receber dele instrução? E se o desejo fosse que se tornasse um bom sapateiro, não o enviaríamos aos sapateiros? E se o desejo fosse que se tornasse um flautista, não o enviaríamos para os professores mestres dessa arte? Então a quem devemos enviar Mênon, que deseja possuir aquela sabedoria e virtude que capacitam os seres humanos a “manter a ordem tanto de suas casas quanto de seus Estados, a honrar pai e mãe e saber quando dar acolhida e quando mandar embora tanto cidadãos quanto estrangeiros como o cabe a um homem bom?” – então a quem enviar aquele que deseja aprender a ser “bom”, e “virtuoso”? Aos Sofistas, que se vanglo-

2 PLATÃO. *Diálogos: O Banquete, Mênon, Timeu, Críticas*. Tradução e textos complementares e notas de Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2010. p. 124-159.

3 FREIRE, PAULO, op. cit., p. 17 e 21.

riam de ensinar a virtude? Ora, responde Sócrates: não existem mestres que ensinem a virtude. Antes de indagar de que maneira surge a virtude precisamos empreender a investigação do que é a virtude ela própria, e finalmente perceber que pode existir um mestre em cada um de nós, em cada professor, e em cada aluno, pode, não existindo necessariamente, sendo a maestria um esforço permanente na vida de cada um.

Este livro insere-se dentro desse projeto de inovação. Como um convite aos alunos. Como um desprendimento dos professores, que convidam seus alunos ao diálogo permanente. E como já tive oportunidade de referir, às vezes acontece de um livro ou um texto experimentar a vida por conta própria, e nesse caso produz efeitos antes não imaginados por seus autores. Ainda que o projeto de construção da Coleção Formação Jurídica tenha nascido de uma ideia simples, singela, talvez exatamente por isso transformou-se em um instrumento real de aproximação e expressão de amorosidade entre alunos e professores.

Lembro a todos que não leram ainda os volumes anteriores que os livros têm origem no apoio a um projeto de pesquisa aprovado pela Direção-Geral denominado “ABC do Direito”, e já no seu primeiro número – o Ano I – veio com o propósito de tornar acessível, de modo gratuito, material de estudo a alunos do curso de Direito. Porém, desejando fugir da mesmice dos “manuais” e do “todo” que se encontra a um “clique” do aluno, a obra é muito mais do que um “material didático”. Ela procura, na realidade, conversar com o Direito, trazendo o leitor para o diálogo – o leitor que é nosso estudante de Direito que pela primeira vez conhece o mundo jurídico-acadêmico, e por isso os textos procuram estabelecer uma ponte entre o professor, a aula e o aluno. É importante que se compreenda bem o significado dessa “ponte”. Isso pode ser percebido através da leitura do livro *Formação Jurídica I*, publicado em 2013, e na sequência, o livro *Formação Jurídica II*, publicado em 2014.

Este volume, o número III (ou 3ºano), pretende-se que também sirva como um “convite” para que o aluno sinta-se à vontade para permanecer e aprofundar seus conhecimentos no Direito. O projeto inicial envolve, assim, uma coleção de volumes para introduzir alguns tópicos fundamentais – ou no sentido de que contém um tema relevante cuja abordagem torna-se fundamental.

Assim como o próprio livro, cada texto pretende-se humilde, na sua pretensão de exposição, mas ao mesmo tempo arrojado, por buscar

estabelecer uma ponte real entre pessoas que estão buscando compreender realmente o Direito, não simplesmente conhecê-lo, mas experimentá-lo. Historicamente, sabemos que os alunos são apresentados a diversas formas de concepção da lei, e assim, as relações históricas de amor e ódio das sociedades pela lei e também pelo Direito, sabendo-se que o próprio conceito de Justiça é encontrado em formas muito variadas. Daí a importância de textos diversos enfrentarem a discussão sobre as espécies de legalismos de uma legalidade que se mostra legítima, esclarecendo os motivos pelos quais, nos dias atuais, a Constituição Federal pode e deve ser defendida contra quaisquer tentativas de regimes totalitários ostensivos ou mesmo políticas subliminares que visam fragilizar um sistema democrático e os direitos humanos conquistados e expressos na Carta Constitucional através de direitos fundamentais.⁴

Este volume do Formação Jurídica (3ºano) representa a consolidação do projeto, um projeto que tem amadurecido juntamente com o curso e com seus integrantes, com suas mudanças, com suas vitórias, com seus desafios bem ou mal enfrentados. Ele é sim o resultado de uma luta que sempre foi positiva, o desejo de fazer muito com pouco, de fazer a diferença, de experimentar, a partir da doação,⁵ os resultados de um crescimento que se mostra intenso, como é intensa a relação que se estreita entre professores, alunos e a Instituição que escolheram para trabalhar e fazer a diferença. O amadurecimento não representa simplesmente uma nova abordagem, traz também enriquecimento em relação à participação de novos professores com seus textos vinculados às disciplinas que ministram.

Esta é apenas uma das iniciativas do curso de Direito, que certamente não teria sucesso se não fosse a adesão generosa e comprometida do seu corpo docente sério, responsável e firmemente dedicado à caminhada de seus alunos. Outras iniciativas estão expressas nos vários projetos de pesquisa conduzidos pelos docentes, acompanhados de alunos também pesquisadores, levando adiante projetos como “Ensino

4 OHLWEILER, Leonel Pires; KRETSCHMANN, Ângela. Liberdade, e a prisão da lei: os antagonismos necessários e os ensinamentos de Antigona. *Revista Diálogos do Direito* – ISSN 2316-2112, [S.L.], v. 5, n. 8, p. 59-79, set./2015. ISSN 2316-2112. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/892>>. Acesso em: 9 out. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v5i8.892>

5 Pois os professores doam-se e doam o texto aos alunos, e a faculdade doa os livros aos alunos gratuitamente.

do Direito, novas tecnologias e novas metodologias: aluno autor”, conduzido pelo professor Guilherme Damásio Goulart, que tem produzido excelentes *podcasts* para os alunos – e pelos alunos. O projeto “A corruptela dos significados na linguagem jurídica”, conduzido pelo professor desembargador Ney Wiedemann Neto e pelo doutor Celso Augusto Nunes da Conceição; o projeto “A tutela do direitos fundamentais através da jurisdição coletiva como instrumento de concretização de uma democracia sustentável”, coordenado pela professora doutora Jaqueline Mielke da Silva, “Direito e Educação, uma proposta interdisciplinar”, do professor mestre Alexandre Torres Petry, “O papel do professor na socialização do conhecimento: transmissão ou produção do saber”, e muitos outros.⁶

Muitos projetos, como pode ser percebido pelos títulos citados, vinculam-se a uma nova postura institucional de trazer para o contexto educacional a inovação. E espera-se que este livro possa auxiliar, de alguma forma, ainda que singela, nesse processo, em que a “aula tradicional” sofre gradativamente uma transformação, na qual o estudante passa a ser o centro da produção do conhecimento – ainda que o livro seja um produto da criação dos professores, é gerado dentro do contexto das aulas e para os alunos, ou seja, se os alunos participam de modo imediato na construção de outros projetos e bens intelectuais vinculados ao saber jurídico, aqui os alunos participam de forma mediata, e dialogada, pois o diálogo que é proposto é em função de e para alguém.

Agora, quando para breve teremos a primeira turma que se formará no curso de Direito, já estamos com o terceiro volume da obra sendo lançado, e mais de oito números da *Revista Diálogos do Direito*, que publica artigos relacionados a Direito e Literatura, revista que acompanha a caminhada dos alunos do curso de Direito desde o primeiro semestre em que o curso nasceu na Faculdade Inedi, em 2011. Através dela, oito obras clássicas já foram trabalhadas pelos alunos nesse período: *O Caso dos Exploradores de Cavernas* (de Lon L. Fuller); *O Processo* (de Franz Kafka); *1984* (de George Orwell); *O Alienista* (de Machado de Assis); *O Mercador de Veneza* (de William Shakespeare); *Admirável Mundo Novo* (de Aldous Huxley); *A Morte de Ivan Ilitch* (de

⁶ Ver os demais projetos de pesquisa aprovados e em andamento em: <<http://www.cesuca.edu.br/site/pesquisa/>>.

Leon Tolstói); e *Antígona*(de Sófocles). O próximo número será com *O Estrangeiro*, de Albert Camus.⁷

Mas o curso de Direito conta também com a *Revista Jurídica do Cesuca*, também em formato eletrônico e de acesso livre, que neste semestre alcançou Qualis B4 perante a avaliação da Capes. Uma vitória para todos os professores, equipe editorial, formada por seu conselho e grupo de competentes avaliadores.⁸

Além disso, existem projetos focados especialmente na análise da realidade vivenciada pelo aluno, e preocupados com o futuro desse aluno no mercado de trabalho, projetos que a coordenadora do curso de Direito, professora mestre Maria Lúcia Baptista de Moraes, tem criado e levado adiante com fôlego incontestável. A instituição como um todo, como costuma repetir o diretor-geral Antônio Carlos Peixoto da Silva, tem um jeito próprio de ser, e o grupo sempre teve ali uma identidade em permanente construção, como um todo, amoldando-se aos entusiasmos institucionais, ainda que sempre com pelo menos “um pé” no chão. Nesse sentido, as radicais mudanças enfrentadas e já implantadas pelo curso de Matemática (desbravador na inovação) e seguidas de perto no semestre de 2015/2 pelo curso de Psicologia. Nessa empreitada, torna-se evidente a demonstração dos professores em relação à autonomia que querem que faça parte da formação de seus alunos.⁹

Esta obra, portanto, não representa um trabalho isolado, solto dentro de um curso de Direito; trata-se, antes, de uma parte de um todo que é conduzido e aperfeiçoado a cada semestre pelos professores, atentos à realidade e à necessidade dos alunos, atentos às mudanças de cenário e à permanente necessidade de postura crítica diante dessas mudanças. E não cansamos de repetir que temos a sincera confiança do

7 A respeito em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/issue/archive#.VhZf-aRVZ_8>.

8 A respeito em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica>>.

9 “A identidade não é um dado imutável. Nem externo, que possa ser adquirido. Mas, é um processo de construção do sujeito historicamente situado”. E as profissões emergem em dado contexto e momento históricos, como resposta a necessidades que estão postas pelas sociedades, adquirindo estatuto de legalidade. “Assim, algumas profissões deixaram de existir e outras surgiram nos tempos atuais” (PIMENTA, Selma Garrido. Formação de professores: identidade e saberes da docência. In: PIMENTA, S. G. (Org.). Saberes pedagógicos e atividade docente. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p.6).

papel fundamental que está destinado a nossos alunos nessa sociedade de mudanças.

Nesse contexto, nosso desejo de que o aluno consiga emancipar-se de quaisquer amarras e tornar-se cidadão autônomo, e sabemos que para isso é necessária uma educação emancipatória, para que o aluno possa ter efetivamente o destino em suas próprias mãos.

Por fim, quero expressar meu profundo agradecimento a todos que apoiaram este projeto, todos os professores que carinhosamente colaboraram com seus textos e também à Faculdade Inedi – Cesuca, que financiou todo o projeto que se transformou nessa terceira publicação, que é doada aos alunos matriculados no curso de Direito do Cesuca. A versão *on-line* da obra pode ser acessada livremente pelo público em geral e está disponível no *site* do curso de Direito.

A todos, o desejo de que este livro possa fazer o seu papel, de inspirar mais e mais novos trabalhos, novas abordagens, novos enfrentamentos da complexidade que é o Direito, e também que inspire nossos alunos, motivando-os a trilharem a caminhada rumo à autonomia, sem atalhos que trazem vãs promessas de vitória. A vitória é sempre a partir da humildade na busca pelo conhecimento. Nessa caminhada, todos se fortalecem.

Cachoeirinha, novembro de 2015.

Profa. Dra. Ângela Kretschmann¹⁰

¹⁰ É pós-doutora pelo Institut for Information, Telecommunication and Media Law (ITM), Münster, Alemanha (Westfälische Wilhelms-Universität Münster). Possui doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, 2006). Realizou seu Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS, 1999), e graduação em Ciências Jurídicas pela Unisinos (1991). Diretora de pesquisa do Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca), professora do Programa de Pós-Graduação da Unisinos, no curso de Mestrado em Direito da Empresa e Negócios, lecionando Direito da Propriedade Intelectual. Integra o Quadro de Árbitros da Câmara de Arbitragem da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (CARB-ABPI), do Centro de Solução de Disputas em Propriedade Intelectual (CSD-PI, da ABPI). Atualmente, integra a Comissão de Propriedade Intelectual (Cepi) da OAB/RS. Membro da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial (Abapi), realizando perícias judiciais na área do Direito da Propriedade Intelectual (marcas, patentes, plágio, pirataria, concorrência desleal).

1

A SOCIALIDADE NO DIREITO DAS COISAS

Guilherme Damasio Goulart¹

SUMÁRIO: Parte I – Alguns aspectos fundamentais do direito das coisas - Parte II – A socialidade no direito das coisas - CONCLUSÕES - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Parte I – Alguns aspectos fundamentais do direito das coisas

Tradicionalmente os capítulos de livro da série Formação Jurídica são focados na apresentação da disciplina para os alunos. É bem verdade que, diante da grandeza de cada uma das disciplinas do curso de Direito, é impossível abordar todos os assuntos e todos os problemas tratados durante o semestre em apenas um capítulo. Nesse sentido, o que se propõe aqui é uma brevíssima introdução e apresentação de alguns elementos da disciplina na parte I e, na parte II, a apresentação e o aprofundamento de um aspecto bastante importante da disciplina: a socialidade no direito das coisas.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor do curso de Graduação em Direito no Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca) e de Pós-Graduação em diversas instituições.

Como ponto de partida, é possível dizer que a relação que o homem tem com as coisas não constitui apenas um problema jurídico. Antes disso, é bem verdade, trata-se também de um problema ético e político: até que ponto é possível permitir, por exemplo, que a propriedade não cumpra sua função social? É possível que uma cidade desenvolva-se, na questão de sua organização e expansão, de forma a privilegiar apenas a especulação imobiliária?² É possível permitir, ainda, que os bens, principalmente os bens imóveis, sejam usados de forma desconectada da realidade social do país? Alguém pode, ainda, utilizar seus bens como bem entender, prejudicando terceiros, apenas por mero capricho? A resposta a todas essas perguntas é negativa.

É claro que não se defende aqui o aniquilamento do direito da propriedade, longe disso! É necessário, sim, condicioná-la a cumprir certas funções, justamente, para a promoção de uma justa divisão dos bens. Assim, conforme se verá na parte II deste estudo, a lição mais importante, no âmbito da ideia de socialidade aplicada ao direito das coisas, é que tanto a posse³ como a propriedade devem cumprir sua função social, inclusive, em face da previsão constitucional expressa.⁴

Há aspectos sociológicos, econômicos e políticos na relação do homem com as coisas além dos aspectos jurídicos. Não se deve desconsiderar as próprias características do país na análise de um direito das coisas brasileiro.⁵ A história do Brasil foi marcada, no âmbito rural, por uma grande autoridade dos proprietários de terras. Diz Sérgio Buarque de Holanda que “tudo se fazia consoante sua vontade [a dos grandes proprietários], muitas vezes caprichosa e despótica”⁶ dentro de um círculo familiar semelhante ao círculo romano, em que até mesmo

2 Sabe-se que o Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/01, estabelece diversas limitações à propriedade no âmbito da propriedade privada urbana, cf. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 135.

3 Sobre a referência específica da função social da posse, ver TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 108.

4 Cf. seus arts. 5º, inciso XXIII; 170, inciso III; 182, § 2º; 184; 185 parágrafo único; e 186.

5 A profa. Judith Martins Costa alerta que “entre os muitos males que afligem os estudos jurídicos no Brasil, dois ressaltam desde logo: a devoção ao imediato e a despreocupação – para dizer o menos – com a identidade e com a realidade brasileiras” (MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 453).

6 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 80.

os filhos eram “inteiramente subordinado[s] ao patriarca”.⁷ É inegável que a visão que marcou os séculos XIX e XX envolvendo a relação do homem com a terra foi determinada por essa herança. Esse aspecto relacionado aos costumes rurais veio, até mesmo, a se tornar comum às outras classes sociais “como norma ideal de conduta” consubstanciada na chamada “mentalidade da casa-grande”.⁸ Há quem diga, inclusive, que o Brasil viveu um certo tipo de feudalismo ancorado em grande desigualdade “fundada na propriedade rural que não podia subsistir sem a escravidão”,⁹ o que indica que o direito das coisas foi (e é) marcado por situações de conflitos sociais.¹⁰ De forma geral, o latifúndio e a escravidão andaram juntos na história brasileira. Esses dois institutos, observa a Judith Martins-Costa, foram determinantes para a criação de uma “identidade não-solidária” do brasileiro.¹¹ Nas palavras de Orlando Gomes, o Código Civil de 1916 teria sofrido uma “influência marcante dos costumes próprios dessa sociedade subdesenvolvida”,¹² o que marcou, sobremaneira, o (sub)desenvolvimento do direito das coisas.

De qualquer forma, antes desses aspectos, não se pode negar que desde sempre as pessoas relacionam-se diretamente com as coisas. A sociedade, desde sua gênese, teve que lidar com os aspectos relacionados às relações das pessoas com as coisas.¹³ Com isso, a relação do homem

7 Idem. *Ibidem*, p. 81.

8 Idem. *Ibidem*, p. 87. Este autor indica, inclusive, que a própria organização política e administrativa do país foi ocupada de indivíduos dos senhores rurais que passaram também a reproduzir mentalidades e tendências dessa classe (p. 88). No mesmo sentido, GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 27-28, ao dizer que “Os grandes proprietários rurais praticamente nomeavam os legisladores e governadores, em farsas eleitorais”.

9 SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: Introdução*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 178.

10 GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____, *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10: “Talvez nenhum discurso jurídico seja talvez tão permeado de bem e de mal, tão temerado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homem-bens”.

11 MARTINS-COSTA, Judith. *Ibidem*, p. 455. Continua ela dizendo que “Escravidão e latifúndio, somados e conjugados, fizeram-nos construir uma determinada ideia do que é ser pessoa, do que é coisa, e dos papéis reservados às pessoas e às coisas”.

12 GOMES, Orlando. *Raízes históricas...*, p. 19.

13 Ver FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1981, p. 63, que afirma que tanto os gregos quanto as populações da Itália “desde a mais remota antiguidade, sempre conheceram e praticaram a propriedade privada”. Continua o autor que a propriedade estava ligada à religião familiar fundada no culto aos antepassados (p. 64).

com os bens e os aspectos jurídicos daí advindos não é analisada apenas no âmbito do direito das coisas. Vários ramos do direito exploram tais relações. A questão relacionada ao consumo de bens, ou seja, às relações entre consumidores e fornecedores, é tratada pelo direito do consumidor.¹⁴ Os contratos que envolvem a compra de bens móveis ou imóveis são analisados no âmbito do direito das obrigações e do direito contratual. A aquisição da propriedade imóvel, além de ser tratada no direito das coisas, é abordada também no âmbito do direito registral. Os atos que envolvem a subtração de bens móveis, invasão de imóveis ou até mesmo a subtração de coisas acompanhada de violência são tratados pelo direito penal. Por meio dessa breve relação é possível traçar uma linha condutora que perpassa não só o direito civil mas também outros ramos do direito, linha esta que acaba por tocar na relação do homem com as coisas.

A disciplina aqui estudada também é marcada por fortes raízes históricas. De forma geral, todo o direito da família romano-germânica possui raízes no direito romano, com o próprio nome sugere. É possível ver que, ainda hoje, alguns dos institutos preservam muitos dos caracteres observados no passado. Veja-se o caso da enfiteuse, direito real que permitia a atribuição a outra pessoa do “domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhoriodireto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”, conforme disposição do art. 678 do CC de 1916.¹⁵ Suas origens remontam situações de locações perpétuas ou em longo prazo de terras do Estado¹⁶ e teve nascimento no direito romano com base no princípio de que nos arrendamentos o arrendatário que pagasse a renda não podia ser des-

14 Outro ponto de toque entre direito das coisas e direito do consumidor ocorre nas situações em que alguém contrai um financiamento bancário para aquisição de bens imóveis. Em tais situações, não é incomum que os contratos de financiamentos bancários possuam cláusulas abusivas que obrigam o consumidor a adquirir outros serviços, como seguros, por exemplo, em uma flagrante situação da chamada “venda casada”, que viola o art. 39, inciso I do CDC. O STJ possui inclusive uma súmula tratando da questão: “Súmula 473: O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada”.

15 A enfiteuse, desde as institutas do imperador Justiniano, dava ao proprietário a preferência caso o enfiteuta quisesse alienar o domínio útil. Ver o art. 684 do CC de 1916. O novo Código Civil, no entanto, proibiu a constituição de enfiteuses ou subenfiteuses, de acordo com o art. 2.038, com a ressalva da possibilidade de constituição de enfiteuses dos terrenos de marinha, conforme o §3º, art. 49 da CF.

16 CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. RJ, 1977, p. 279.

pejado.¹⁷ Outra indicação desse caráter histórico ocorre com os direitos reais de usufruto, uso e habitação. Já nas institutas do imperador Justiniano¹⁸ era possível vê-las agrupadas no Livro Segundo, Títulos IV e V. No capítulo seguinte, por sua vez, são mencionadas as “usucapiões e posses de longo tempo”.¹⁹

É bem verdade, por outro lado, que o que hoje é visto como propriedade, quando analisado sob o ponto de vista histórico, deve ser entendido como “um artifício verbal para indicar a solução histórica que um ordenamento dá ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem”.²⁰ A ideia ou o conceito de “propriedade” não constitui o mesmo que se entendia em outras épocas. Um exemplo pode ser visto na concepção do que pode ser objeto da propriedade: houve um tempo em que o objeto era não apenas as coisas apropriáveis, mas também as pessoas, como se via na escravidão.²¹ Não se nega que há várias “propriedades”, ou seja, há várias formas de se denominar a relação de pertencimento das coisas às pessoas. É possível notar isso, em uma visão bem singela do problema, pois alguém pode ser proprietário tanto de coisas móveis quanto de coisas imóveis.²² No último caso, o direito parece se preocupar, mormente, com a questão da propriedade sobre bens imóveis urbanos e rurais.²³ Mais recentemente, em outro exemplo, o direito passa a reconsiderar também a questão da propriedade sobre os animais. Na França²⁴ foi realizada uma alteração no Código

17 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. V. I. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 450

18 Que segundo CHAMOUN, Ebert. *Ibidem*, p. 233, “unificou a propriedade romana”.

19 JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do imperador Justiniano*. Bauru: Edipro, 2001, p. 70 a 75.

20 GROSSI, Paolo. *Ibidem*, p. 5. No mesmo sentido FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1981, p. 63: “Os antigos basearam o direito de propriedade em princípios diferentes dos das gerações presentes; e daqui resulta serem las leis que o garantiram sensivelmente diversas das nossas”.

21 ALENCAR, José de. *A propriedade*. Ed. Fac-sím. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 22.

22 Sendo que o direito estipula regras diferentes para cada uma dessas propriedades. A forma de aquisição de um bem móvel é diferente da forma de aquisição de um bem imóvel.

23 SILVA, Clóvis do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob. *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 22.

24 LE MONDE. Les animaux sont officiellement “doués de sensibilité”. *Le Monde*. 28/1/2015. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/planete/article/2015/01/28/les-animaux-sont-desormais-officiellement-doues-de-sensibilite_4565410_3244.html>. Acesso em: 28 jan. 2015.

Civil para que os animais não sejam mais classificados como coisas, mas sim como seres sencientes ou, seja, seres dotados de sensibilidade. Este caso demonstra que se afeta aí não apenas a clássica divisão entre coisas e pessoas, mas também a visão de um direito de propriedade ilimitado – sobretudo no que diz respeito ao poder de dispor²⁵ – sobre os animais.²⁶ No Brasil há casos emblemáticos sobre o tema. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu pela posse compartilhada de um animal de estimação entre um casal em separação. A ementa indica que o animal “por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família”.²⁷ Tudo isso parece encaminhar o direito para o alvorecer de uma verdadeira emancipação animal²⁸ que se amplia na atualização do direito de propriedade sobre os animais.

25 Um dos aspectos do poder de “dispor” é a possibilidade do proprietário poder destruir a coisa, objeto da propriedade. Modernamente não se admite que aquele que é proprietário de um animal possa “destruí-lo” apenas por capricho ou maldade. Antes de invocar o aspecto criminal dessa eventual destruição, pode-se utilizar também, no âmbito do direito civil, as limitações impostas pelo cumprimento da função social da propriedade.

26 Sobre o tema, ver, no Brasil: NOIRTIN, Célia Regina Ferrari. Animais não humanos: sujeitos de direitos despersonalizados. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 5, v. 6, p. 133-148, jan./jun.2010; FRANCIONE, Gary L. Animais como propriedade. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 2, n. 3, p. 133-148, jul./dez.2007; DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 1, n. 1, p. 119-121, jun./dez.2006; CARDOSO, Haydée Fernanda. Os animais e o Direito: Novos Paradigmas. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 2, n. 2, p. 115-147, jan./jun.2007; BERTI, Silma Mendes; MARX NETO, Edgard Audomar. Proteção jurídica dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 2, n. 2, p. 107-113, jan./jun.2007; OLIVEIRA, Thiago Pires. Redefinindo o status jurídico dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 2, n. 2, p. 273-288, jan./jun.2007.

No exterior, ver, em primeiro lugar, a obra mais marcante que inicia o debate sobre os direitos dos animais na atualidade, que é SINGER, Peter. *Animal Liberation*. New York: HarperCollins, 2002. Adicionalmente, ver também: FRANCIONE, Gary L. *Animals as Persons: Essays on the abolition of animal exploitation*. New York: Columbia University Press, 2008; FRANCIONE, Gary L. *Introduction to Animal Rights: Your child or the dog*. Philadelphia: Temple University Press, 2000; FRANCIONE, Gary L.; GARNER, Robert. *The Animal Rights Debate*. New York: Columbia University Press, 2010.

27 TJRJ, AC nº 0019757-79.2013.8.19.0208. 22ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem. j. em janeiro de 2015.

28 No direito antigo, segundo ALENCAR, José de. *Ibidem*, p. 12, “o resgate do filho ou do servo, que perdia a condição de coisa para assumir a personalidade, e por conseguinte se liberava do mancipio, chamou-se emancipação –*emancipatio*”. Cita-se aqui tal referência apenas para justificar o termo “emancipação animal”.

É possível ver, em relação à propriedade, que durante a Idade Média existia um direito feudal baseado na propriedade fundiária.²⁹ Na época, portanto, o direito protegia a propriedade de muitas famílias nobres, famílias estas que se opunham às modificações que visassem suprimir seus amplos direitos.³⁰ A ideia de propriedade e do uso da terra pelos não proprietários – os possuidores – era baseada em “relações pessoais de vassalagem e de fidelidade”³¹

No Brasil, antes do Código de 1916, vigiam as Ordenações Filipinas (que foram antecedidas pela Ordenações Afonsinas e Manuelinas).³² Tais ordenações estabeleciam, entre outras coisas, o chamado regime das sesmarias, que possuía características medievais.³³ Embora tivessem caído em desuso em Portugal desde o século XVI, foram amplamente utilizadas no Brasil até o século XIX.³⁴ É necessário dizer que de forma geral, já em 1603, data das Ordenações Filipinas, elas eram consideradas anacrônicas, defeituosas e lacunosas.³⁵ Mesmo assim, no entanto, foram a base do direito brasileiro por muitos anos.

O regime das sesmarias, é necessário dizer, constituía um dos meios que a Coroa portuguesa tinha para distribuir terras na colônia.³⁶ Na verdade, os primeiros esforços de colonização de Portugal vieram por meio das chamadas “capitanias hereditárias”. Os donatários das capitanias recebiam “uma doação da Coroa, pela qual se tornavam possuidores mas não proprietários da terra”.³⁷ Entre os poderes dos donatários estava o de doar sesmarias. Tal questão é relevante, pois foi por

29 CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28.

30 CAENEGEM, R.C. Van. *Ibidem*, p. 114-115.

31 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, p. 104.

32 STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Dimensão jurídica e formas de apropriação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n.56, p.65-80, 2012, p. 67.

33 *Idem*. *Ibidem*, p. 66.

34 *Idem*. *Ibidem*, p. 68.

35 ALBUQUERQUE, Pedro de. *Direitos Reais: Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 65.

36 MAGALHÃES, Lúcia Regina Esteves. *Direitos Reais na Atualidade*. In: *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 63.

37 FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: USP, 1995, p. 44.

meio desse modo de distribuição de terras que surgiram os grandes latifúndios.³⁸

Nas sesmarias, aquele que recebia a posse da terra era obrigado a explorá-la e cultivá-la.³⁹ Posteriormente, em 1850, aparece a Lei nº 601, chamada de Lei de Terras, que, entre outras coisas, reconhece a possibilidade de aquisição de terras por meio da compra, abolindo assim o regime das sesmarias.⁴⁰ A referida lei foi importante ao reconhecer uma função social da posse, pois seu art. 5º estabelecia que:

Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas adquiridas por ocupação primária, ou havidas de primeiro ocupante, que se acharem cultivadas ou com princípio de culturas, e moradia habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes.⁴¹

Já o Código Civil de 1916 ficou marcado por sua orientação extremamente patrimonialista⁴² e individualista.⁴³ Protegia-se mais as coisas do que as pessoas. O mesmo também podia ser observado no Código Civil Francês de 1804, o chamado Código de Napoleão,⁴⁴ visto como um código conservador.⁴⁵ Nosso código conhecia, por exemplo, poucas limitações à propriedade, e as que existiam eram fundadas sobretudo no direito de vizinhança.⁴⁶ As Constituições brasileiras pós-Código Civil é que passam a prever uma concepção mais social da propriedade (a saber, as Constituições de 1934, 1946 e 1967).⁴⁷

38 Idem. Ibidem.

39 Segundo Bóris Fausto, este dever era raramente cumprido. Idem. Ibidem, p. 45.

40 MAGALHÃES, Lúcia Regina Esteves. Ibidem, p. 64.

41 Cf. MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino. A função social da posse no Código Civil. In: _____ (Coords.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 34.

42 GOMES, Orlando. *Raízes históricas...*, p. 4.

43 Idem. Ibidem, p. 33: “A mentalidade dominante conserva-se fiel ao individualismo jurídico, mais consentâneo, então, com o grau de desenvolvimento das forças produtivas do país”.

44 Segundo Caenegem, o código de Napoleão baseava-se em uma visão da propriedade como um direito absoluto. CAENEGEM, R.C. Van. Ibidem, p. 11.

45 Idem. Ibidem, p. 10.

46 SILVA, Clóvis do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob. *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 19.

47 Idem. Ibidem, p. 22.

É possível notar, com isso, que a evolução da própria sociedade está muito relacionada com a relação do homem com as coisas. A sociedade foi construída e se mantém levando em consideração – entre outras coisas, é claro – as formas como o ser humano se apropria das riquezas. Estuda-se, por exemplo, na disciplina de direito das obrigações, as questões atinentes à relação entabulada entre credor e devedor que culminam em uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Costuma-se dizer que as obrigações sempre têm um fim ou uma finalidade que se reduz ao seu cumprimento.⁴⁸ A aquisição de bens, sejam eles móveis ou imóveis, é intermediada, muitas vezes, por relações obrigacionais – os contratos – que regulam o formato e as condições de tais pactos. Ocorre que o direito das obrigações, por si só, não é suficiente para regular o contato das pessoas com as coisas. O contrato apenas, como se sabe, não é suficiente para a transmissão da propriedade imóvel. O conhecido brocardo “só é dono quem registra” explica que a propriedade imóvel só se transmite pelo registro do título translativo no registro de imóveis, situação tratada a partir do art. 1.245 do CC.

O direito das coisas estuda, assim, a relação das pessoas com as coisas. A disciplina é constituída, conforme a lição clássica de Clóvis Beviláqua pelo “complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”.⁴⁹ Já Orlando Gomes, mais sinteticamente, diz que o ramo “regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica”.⁵⁰ Investiga-se nesta disciplina a relação jurídica que une as pessoas às coisas. O direito das coisas abrange também os direitos reais, que, segundo Ricardo Aronne, são aqueles “direitos subjetivos que regem as relações entre os indivíduos e as coisas, tendo por base o direito real fundamental, que é o de propriedade, seguido por seus desdobramentos”.⁵¹ Silvio Rodri-

48 Essa é justamente uma das diferenças entre os direitos reais e os direitos pessoais, ou obrigacionais: os direitos reais são – em alguns casos –, ao contrário dos pessoais – ou obrigacionais – perpétuos. Desde as Institutas do imperador Justiniano que se nota a divisão entre direito real e direito pessoal, cf. ALENCAR, José de. *A propriedade*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 27.

49 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 11.

50 GOMES, Orlando. *Ibidem*, p. 7.

51 ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: A teoria da autonomia – Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 34.

gues, em sua lição, fala que o direito real é aquele que “se prende à coisa, prevalecendo com a exclusão da concorrência de quem quer que seja”.⁵² E, por fim, San Tiago Dantas diz que os direitos reais são aqueles em que há “a aderência do vínculo jurídico a uma coisa determinada”.⁵³

Normalmente, o primeiro instituto estudado na disciplina é a posse. Isso porque tanto proprietários quanto não proprietários podem exercer a posse sobre as coisas. Mesmo alguém que não seja proprietário de algo pode usá-lo – como ocorre em um contrato de comodato, por exemplo. Discute-se se a posse é um fato ou um direito. Isso significa que nem sempre quem tem a propriedade tem a posse e nem sempre quem tem posse tem propriedade. No primeiro caso, há a figura do proprietário de um imóvel que o aluga a terceiros. Neste caso, o locador é proprietário mas não possui a posse direta, ou seja, o poder físico direto sobre a coisa. Chama-se esse estado de posse indireta. No mesmo exemplo, o locatário tem a posse direta. Nesta mesma situação o fato de o locatário ter a posse direta do imóvel não significa que ele é proprietário nem significa que o possuidor indireto perde a propriedade.⁵⁴ Por isso, diz-se também que a posse envolve a possibilidade de exercer o “conteúdo econômico da propriedade”.⁵⁵ A doutrina inclina-se para dizer que a posse é um fato, sendo que Silvio Rodrigues diz que a posse é a “exteriorização do domínio”.⁵⁶

O direito real mais importante, sem dúvida, é a propriedade.⁵⁷ Nela se concentram todos os poderes que uma pessoa pode ter sobre uma coisa, quais sejam usar, gozar e dispor. Tais poderes constituem o chamado domínio,⁵⁸ o núcleo da propriedade, também entendido como

52 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

53 DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de Direito Civil III: Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 11.

54 Sobre a posse direta e indireta, ver o art. 1.197 do CC: “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

55 CHAMOUN, Ebert. *Ibidem*, p. 220. O Código Civil, de acordo com o art. 1.196, estabelece que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Os poderes a que o código se refere são aqueles que constituem o núcleo da propriedade: usar, gozar ou dispor. Costuma-se dizer, também, que a posse é a exteriorização do domínio.

56 *Idem*. *Ibidem*.

57 *Idem*. *Ibidem*, p. 4.

58 Apesar de grande parte dos manuais afirmarem que domínio e propriedade são a mesma coisa,

o aspecto interno da propriedade. A propriedade é um direito tão amplo que se confunde, inclusive, a coisa com o direito,⁵⁹ visto que é comum as pessoas dizerem, em relação ao bem, que este é sua propriedade. Constitui-se, a propriedade, como o poder máximo sobre a coisa⁶⁰ que permite que o titular do direito possa aproveitar-se das utilidades da coisa (uso); aproveitar-se dos frutos que a coisa produz (gozo) e, por fim, alienar, onerar, gravar ou destruir a coisa (disposição).⁶¹ Todos os outros direitos reais são direitos que possuem uma extensão menor do que a propriedade.⁶² Em relação a este direito – de exercício limitado, gize-se desde já – é fundamental a vontade do proprietário.⁶³ Além do uso, gozo e disposição a doutrina aponta também, em relação à propriedade, o poder de reivindicar,⁶⁴ ou seja, a possibilidade buscar a coisa com quem que esteja.⁶⁵

Essa relação do proprietário com a coisa pode ser vista de dois modos, segundo a lição de San Tiago Dantas: o aspecto interno envolve a relação da pessoa com a coisa, a dominação que o titular exerce sobre a coisa; a senhoria ou domínio. Já o aspecto externo, a relação do proprietário com outras pessoas, é a propriedade propriamente dita.⁶⁶ O aspecto externo permite que o proprietário possa excluir outros de interferirem em sua propriedade.⁶⁷ Assim, o aspecto interno está relacionado ao conteúdo econômico do direito. A propriedade, é por assim dizer, o domínio instrumentalizado.⁶⁸

é necessário apontar a lição de Ricardo Aronne, que comprova a tese de que, na realidade, são direitos diferentes. Cf. ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio...*, *passim*, mas sobretudo o capítulo 7.

59 CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. RJ, 1977, p. 211.

60 Idem. *Ibidem*, p. 229.

61 DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Ibidem*, p. 95.

62 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

63 DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Ibidem*, p. 93.

64 Que também é visto no art. 1.228 do CC: “[...] e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

65 Idem. *Ibidem*, p. 95.

66 Idem. *Ibidem*. No mesmo sentido, ARONNE, Ricardo. *Ibidem*, p. 19.

67 DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Ibidem*, p. 93.

68 ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013, p. 182: “Cada vínculo potencial entre o sujeito e o bem, pode traduzir-se em uma faculdade real, um direito real. A propriedade envolve estes poderes, instrumentalizando-os, porém não se confunde com eles. A propriedade instrumentaliza

Os direitos reais, de forma geral, podem ser divididos em: propriedade; direitos reais sobre coisas alheias⁶⁹ (que compreendem os direitos reais de gozo ou fruição, quais sejam, a enfiteuse, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso) e os direitos reais de garantia⁷⁰ (que compreendem o penhor, a anticrese, a hipoteca e a alienação fiduciária) e, por fim, a promessa irrevogável de venda, também chamado de direito real de aquisição.⁷¹

Ao contrário das obrigações que sempre possuem um credor e um devedor, há direitos reais – como a propriedade – que não necessitam de outra pessoa que não o seu titular para serem exercidos.⁷² Uma das características mais fortes dos direitos reais é a sua oposição *erga omnes*. Isso significa que o titular de um direito real, como a propriedade, pode opô-lo a quem quer que seja. Por outro lado, isso significa também que há um dever de todos respeitarem a propriedade alheia, ou seja, o sujeito passivo dos direitos reais é toda a coletividade.⁷³ Tal situação faz com que os direitos reais sejam considerados direitos absolutos,⁷⁴ ou seja, toda a coletividade deve respeitá-los. O fato de ser

o domínio sem confundir-se com este. Assim como um contrato de compra e venda de um imóvel não se confunde com os poderes e deveres que instrumentaliza (pagar, de um polo, escriturar, de outro), o domínio ou sua eventual parcela, não se confunde a titularidade que o instrumentaliza”.

69 Também conhecidos como “direitos reais limitados”, cf. ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio...*, p. 34.

70 Esta modalidade de direito real garante ao credor de uma obrigação a possibilidade de ter a coisa em questão em garantia – a garantia real – caso o devedor não arque com o pagamento da referida obrigação. Este é, inclusive, um assunto que interessa tanto a disciplina de direito das obrigações quanto a de direito das coisas.

71 A classificação, baseada no próprio CC, é proposta por DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20-22.

72 ALENCAR, José de. *Ibidem*. p. 28: “Direito real – *ius in re* – é o direito inerente à coisa sem dependência de pessoa certa”.

73 Embora VENOSA, Sílvio de Salvo. *Ibidem*, p. 12, entenda que “pecam as teorias que veem no direito real toda a sociedade”. Segundo este autor, na verdade, eles não fariam parte do outro polo da relação jurídica visto que seriam estranhos a tais relações. Diz ele, ainda, que, na verdade, “todos os direitos são oponíveis contra terceiros”.

74 Embora se diga que não existam direitos absolutos, tal referência alinha-se ao seu exercício. Portanto, de fato, não existem direitos absolutos no seu exercício, embora existam direitos absolutos no que se refere ao seu reconhecimento. Sobre essa dissociação entre existência e exercício, ver MIRAGEM, Bruno. O art. 1228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, v. 3, n. 6, p. 21-44, 2005, p. 24.

absoluto não significa, todavia, que seu exercício pelo proprietário seja ilimitado. Assim, essa oponibilidade, esse caráter absoluto dos direitos reais faz com que os direitos reais sejam típicos,⁷⁵ ou seja, são reais apenas aquilo que a lei diz sê-los. No caso brasileiro, os direitos reais são, basicamente, aqueles elencados no art. 1.225 do CC, o que significa que eles são *numerus clausus*. Esta, portanto, é uma das diferenças entre os direitos reais e os pessoais (obrigacionais), pois os últimos não são *numerus clausus*, o que significa que as partes podem criar os contratos que quiserem, dentro, é claro, dos limites da ordem jurídica.

Alguns autores abordam também, dentro do direito das coisas, o estudo da propriedade intelectual, sobretudo, o estudo dos direitos autorais, com base na Lei nº 9609/1998. Assim, essa parte do direito das coisas aborda a relação do homem com as criações do espírito tais como os textos e as músicas. Contudo, em função da especialidade do tema, em geral, as faculdades – e também os manuais – abordam tais temas em disciplinas separadas.

Feitas essas considerações iniciais sobre a disciplina, passa-se agora para a análise da socialidade no direito das coisas.

Parte II – A socialidade no direito das coisas

Mesmo a despeito de todos os esforços e mesmo depois do novo Código Civil de 2002,⁷⁶ há ainda um caminho a ser percorrido pelo chamado movimento da despatrimonialização do direito civil. Tal movimento trata de reconsiderar os institutos do direito civil tendo em vista, em primeiro lugar, a proteção da pessoa humana, principalmente, quando envolver sua relação com as coisas. Neste sentido, Ricardo Aronne alerta para o fato de que o direito das coisas está por demais engessado ao contrário de outras áreas do direito civil.⁷⁷ Um dos motivos dessa

75 CHAMOUN, Ebert. *Ibidem*, p. 210.

76 Que, reconhecidamente, promove a passagem de um modelo liberal-individualista para um modelo social-humanista, cf. BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

77 ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio...*, p. 28. Ele diz ainda que, mesmo diante dos fenômenos repersonalizantes do direito atual, a “manualística” ainda resiste em absorver essa nova visão constitucionalizada do direito das coisas (p. 47).

Para dar apenas um exemplo de área mais avançada dentro do próprio direito civil, é possível citar o ramo dos direitos da personalidade, que recebeu grande influxo constitucional e que tem incorporado uma série de modificações, inclusive, levando em conta o reflexo das novas

constatação é a ideia ultrapassada⁷⁸ de que a propriedade é um direito⁷⁹ que pode ser exercido de forma ilimitada⁸⁰ (embora, no senso comum, muitos acreditem ainda que podem fazer o que bem entender com os bens imóveis). Já se disse que o direito civil, durante a vigência do código de 1916, foi marcado por uma visão excessivamente patrimonialista. Isso vai significar, em apertada síntese, uma preocupação muito maior do direito com a propriedade do que com a pessoa.

Essa passagem consolida-se com a Constituição de 1988⁸¹ e, após, com o Código Civil de 2002, sendo que hoje se fala, com frequência, no fenômeno da constitucionalização do direito privado.⁸² A ideia de so-

tecnologias. Sobre o tema, ver SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, *passim*.

78 Clóvis do Couto e Silva diz que as limitações à propriedade eram poucas no Código de 1916 – baseando-se na tradição liberal –, estando mais relacionadas com o direito de vizinhança. SILVA, Clóvis do Couto e. *Ibidem*, p. 18.

79 Foi Locke que apontou a propriedade entre os direitos naturais do homem ao lado da vida, da liberdade e da resistência (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 40).

80 ARONNE, Ricardo. *Os direitos reais na constitucionalização...*, p. 183. Este autor afirma que na maioria das democracias do mundo já não se vê mais assim a propriedade. Ela passa a ficar vinculada “à missão constitucional do Estado Social e Democrático”, além de estar “informado pela carga axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana”.

81 Basta ver o art. 184 da Constituição, que prevê a possibilidade de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

82 Embora o fenômeno seja tratado com ares de novidade, é possível ver, já há muito, algumas afirmações nesta linha. Basta mirar o que diz NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 149: “tudo há de ser meio para conseguir a pessoa humana o seu fim último. Não passa o estado de meio...”.

É necessário dizer, por outro lado, que tal movimento não é livre de críticas. Embora seja esta uma visão dominante no direito civil atual, há vozes contrárias, também, de grandes juristas. É necessário apontar (por todos), neste sentido, o trabalho de Luciano Benetti Timm (uma autoridade no campo da Análise Econômica do Direito – AED) que indica ser – a ideia de publicização do direito privado – proveniente, entre outras razões, do “projeto esquerdista derivado da tradição dos Direitos Humanos formada durante o período ditatorial ocorrido no Brasil, e que se tornou a visão predominante nos cursos de pós-graduação nacionais” e que representaria uma ideia paternalista, no âmbito do direito dos contratos. Além de apontar o pretensão viés político de tal doutrina, o prof. Timm enfrenta a questão da função social no âmbito da eficiência econômica, por meio da técnica da AED para realizar sua crítica. Cf. TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 6, p. 3.733-37.89, 2012, p. 3.754. Em outro espaço, o autor aponta que seria desnecessária a referência à função social nos textos legais: “Se a intenção do legislador é boa, até hoje, não existem, entre os juristas, como dito acima, evidências empíricas de resultados concretos efetivos do papel da função social dos institutos do Direito Privado no desenvolvimento econômico e social de um povo. Em realidade, este ideal humanista abre perigoso espaço, diante

cialidade vem como uma resposta ao modelo antigo⁸³ e prega uma “prevalência dos valores coletivos sobre os individuais”.⁸⁴ Deve-se levar em conta que o direito é um fenômeno ou, como quer Miguel Reale, “um fato social, de cuja vigência depende a sociedade toda”.⁸⁵ Seria possível complementar Reale dizendo que o direito é um fato do qual depende a sociedade toda, não apenas os proprietários, mas também os não proprietários; não apenas os ricos, mas também os pobres; não apenas os bem-aventurados, mas também os vulneráveis; não apenas os letrados, mas também os analfabetos; não apenas os sãos, mas também os doentes; não apenas os livres, mas também os presos... os exemplos são inúmeros.⁸⁶ Tal consideração, no âmbito do direito das coisas, é fundamentalmente notada pela consideração da função social da propriedade.⁸⁷

Buscando uma reação ao problema do patrimonialismo no direito civil surge a chamada repersonalização ou despatrimonialização do direito civil. Dessa maneira, nas palavras do prof. Eugênio Facchini, “recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas [...] sendo substituído pela consideração da pessoa humana”.⁸⁸ Vários são os efeitos disso, segue o professor, sendo um deles a valorização dos direitos da personalidade. Isso não significa, por óbvio, que se retira o “valor”

da realidade judiciária nacional, para leituras político-ideológicas de Direito Privado. Talvez fosse mais adequado tivesse o legislador simplesmente se referido à proibição do abuso de direito [...] ao invés de se referir função social” (TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54).

83 TARTUCE, Flávio. *Ibidem*, p. 107: “Por esse princípio, o Código Civil de 2002 procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra nós, em detrimento da palavra eu”.

84 BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. *Ibidem*, p. 49.

85 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 642.

86 Sobre essas oposições e a proteção do mais fraco pelo direito, ver a incrível obra de MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, *passim*.

87 *Idem*. *Ibidem*.

88 FACCHINI NETO, Eugênio. A Constitucionalização do Direito Privado. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 1, p. 185-243, 2012, p. 212. No mesmo sentido, ver FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45: “[...] há que se privilegiar, portanto, uma ideia personalista, que coloque o homem como centro do Direito em oposição à postura patrimonialista que apresenta a propriedade como o grande centro do interesse da dogmática jurídica”.

ou a importância da propriedade na sociedade. Trata-se, justamente do contrário: busca-se analisar a importância da propriedade para a vida de todos e não apenas para o proprietário. Neste passo, considera-se também qual o papel do patrimônio na vida das pessoas, que deve ser, na visão do prof. Luiz Edson Fachin, não apenas “fruto das oportunidades individuais, mas algo que é antes definido pelo coletivo, dotado de um sentido social”.⁸⁹ O mesmo autor também expressa a ideia de um “patrimônio mínimo” que esteja alinhado a um mínimo necessário para que alguém possa viver de forma digna.⁹⁰ Nesse sentido, nota-se que a consideração de uma socialidade no direito civil envolve uma certa limitação à autonomia privada e à propriedade.⁹¹

Judith Martins-Costa, ao comentar a obra de Miguel Reale, diz que o Código Civil de 2002 estaria ancorado em quatro diretrizes: a sistematicidade, a operabilidade, a eticidade⁹² e a socialidade.⁹³ Esta regra, a da socialidade, envolve a consideração da “relação entre a dimensão individual e comunitária”.⁹⁴ Abrange não apenas a propriedade, mas também a posse⁹⁵ e integra o próprio direito em si. Altera-se, assim,

89 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, p. 39.

90 Idem. *Ibidem*, p. 3.

91 GOMES, Orlando. *Direitos Reais...*, p. 10. Ver também quando diz que BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 1, p. 113-141, 2012: “a socialidade está na necessidade de o direito individual não se sobrepor a valores socialmente relevantes”, p. 123.

92 Sobre a questão da eticidade e sua ligação com o princípio da boa-fé objetiva, ver o nosso GOULART, Guilherme Damásio. Direito das Obrigações: Por um Direito das Obrigações Humanizado. In: KRETSCHMANN, Ângela. (Org.). *Formação Jurídica – II Ano*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 129-152.

93 MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. *Cadernos de Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, v. 2, n. 4, p. 575-639, 2004, p. 609.

Bruno Miragem indica que a ideia da socialidade, vista, em síntese, no fato de que “se passa a reconhecer em relação à propriedade o direito do seu titular exercer as prerrogativas que lhe são inerentes até onde tal exercício não ofenda o direito de outrem” ancora-se também na conferência de Otto Von Gierke “Lá función social del derecho privado”, em MIRAGEM, Bruno. *O art. 1228...*, p. 22.

94 Idem. *Ibidem*, p. 620.

95 Um exemplo é a proteção dada à posse-trabalho na aquisição de bens imóveis por meio da usucapião, de acordo com o parágrafo único do art. 1.238 e os arts. 1.239 e 1.240 do Código Civil.

a ideia antiga⁹⁶ de que a propriedade é um direito exercido de forma ilimitada.⁹⁷

É inegável que a ideia de socialidade impõe algumas limitações ao direito de propriedade. Sabe-se que há muitas limitações ao direito de propriedade. A primeira que se observa é a autolimitação, ou seja, as limitações impostas pelo próprio proprietário, visto que ele pode, se quiser, alienar, gravar e até mesmo destruir a propriedade, tudo de acordo com o poder de disposição. Entre elas – as limitações – encontra-se também a função social da propriedade, que, como se viu, possui raiz constitucional.⁹⁸ Igualmente a propriedade precisa estar alinhada com o bem comum, a dignidade da pessoa humana e também com os objetivos da república, estampados no art. 3º da CF, a saber, principalmente, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. A solidariedade, assim, na visão de Luiz Edson Fachin, “adquire valor jurídico”.⁹⁹

A Constituição, portanto, ilumina e influencia toda a estrutura do direito privado, colocando, em função daqueles objetivos, maior importância nas questões existenciais do que nas patrimoniais.¹⁰⁰ Ingo Sarlet ensina que mesmo a propriedade pode estar vinculada diretamente à dignidade da pessoa humana nas situações em que o imóvel serve de moradia para seu proprietário.¹⁰¹ Pode-se dizer, na mesma linha, que o exercício do direito à propriedade deve respeitar o interesse público.¹⁰²

96 De fato, é necessário destacar que ainda na Lei das XII Tábuas já existiam algumas limitações ao direito de propriedade. Sabe-se que, com base em tal lei “o interesse público legitimava a proibição das XII Tábuas de sepultar e queimar cadáveres dentro da cidade” para dar apenas um exemplo. Cf. CHAMON, Ebert. *Ibidem*, p. 233.

97 *Idem*. *Ibidem*, p. 625.

98 Cf. art. 5º, inciso XXIII. Ver também SILVA, Clóvis do Couto e. *Ibidem*, p. 22, que informa que tal princípio é encontrado nas “Constituições de quase todos os países”. No Brasil, segundo ele, o princípio estava nas Constituições de 1934, 1946 e 1967. Adicionalmente, afirma-se que a função social aplica-se a qualquer tipo de propriedade, inclusive, a imaterial e a empresarial, cf. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Novo Código...*, p. 626.

99 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, p. 47. Ver também, TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 45: “Vale dizer, família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, bem como quaisquer microcosmos contratuais devem permitir a realização existencial isonômica, segundo a ótica da solidariedade constitucional”.

100 MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29, p. 233 a 258 – jul./dez. 2006, p. 234.

101 SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*, p. 76.

102 GOMES, Orlando. *Ibidem*, p. 135.

O art. 1.228 do CC, que abre o capítulo “Da Propriedade em Geral”, também estabelece algumas limitações legais importantes sobre o direito à propriedade. Logo no §1º do referido artigo, é expressa a determinação de que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”. Também são feitas referências à proteção da flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico entre outras. Regra importante é a disposta logo após, no §2º, que indica que “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. O último caso indica um verdadeiro abuso de direito, que envolve aquelas situações em que alguém exerce um direito de forma anômala e fora dos fins econômicos, sociais, da boa-fé e dos bons costumes (de acordo com o art. 187 do CC).¹⁰³ Também, é importante citar o §4º – indicando também uma função social da posse –, que diz que:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Judith Martins-Costa e Gerson Branco indicam que o referido artigo é permeado por uma “profunda socialidade”.¹⁰⁴ A consideração dessa socialidade faria com que houvesse, no CC, um direcionamento promocional no direito de propriedade.¹⁰⁵ Igualmente, a consideração da dignidade da pessoa humana, também nas relações privadas, faz com que seja necessário primar pelo respeito aos “valores existenciais e sociais”¹⁰⁶ existentes na Constituição. A ideia aqui é, portanto, permitir

103 Conforme Orlando Gomes, *ibidem*, p. 143, a teoria do abuso do direito nasce justamente no âmbito do direito de propriedade. Como exemplo deste mau uso o autor aponta o caso de um proprietário que constrói “imensa e volumosa chaminé, não para seu uso pessoal, mas para escurecer a morada vizinha”. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Novo Código...*, p. 621, quando afirma que a jurisprudência francesa punha, por meio da teoria do abuso do direito, “certos limites ao poder absoluto do proprietário”.

104 BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas...*, p. 66.

105 MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Novo Código...*, p. 627. De outra forma, a propriedade pode ser vista também como um poder-função, já que deve cumprir sua função social, cf. MIRAGEM, Bruno. *Ibidem*, p. 23.

106 Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Ibidem*, p. 64.

que o direito de propriedade conviva de forma harmônica com outros direitos.¹⁰⁷

A interpretação do art. 1.228 do CC toca também nas relações condominiais. São muitos os problemas envolvendo as relações condominiais, principalmente, pelo uso abusivo ou anormal dos imóveis, sobretudo, compreendendo questões envolvendo barulhos e som altos.¹⁰⁸ Sabe-se, assim, que o condômino que não cumpre com os deveres condominiais pode sofrer multas de 5 a 10 vezes o valor das contribuições mensais, tudo de acordo com os arts. 1.336 e 1.337 do CC. Porém, ocorrem situações em que os condôminos, mesmo com as multas, continuam a praticar os comportamentos antissociais. Em tais casos extremos, entende-se que há possibilidade de exclusão da pessoa do condomínio,¹⁰⁹ o que também não deixa de ser uma restrição ao próprio direito do proprietário.

Outro exemplo da consideração da função social da propriedade ocorre nas situações de usucapião. A usucapião – modo de aquisição da propriedade – tem prazos diferenciados de acordo com a situação do possuidor. O prazo vai sendo diminuído de acordo com o atendimento progressivo de uma socialidade. Outro exemplo da manifestação da

107 Idem. *Ibidem*, p. 137.

108 Um dos deveres do condômino, de acordo com o art. 1336, inciso IV, do CC é: “dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes”. Ver também o art. 1.277 do CC sobre o uso anormal da propriedade. Esta seria uma das funções negativas impostas pela ideia de socialidade, cf. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Novo Código...*, p. 628.

Entre os muitos exemplos trazidos pela jurisprudência, destaca-se, em especial – pelo seu caráter pitoresco – um julgado do TJRS em que um condômino insistia em tocar violão e usar som mecânico nas madrugadas. Em um dos episódios o condômino perturbou o sossego da 1h30min até próximo das 8h30min da manhã. Já em outro episódio, o condômino “dependurou-se na janela e com uma corrente tentava bater na janela do vizinho”. Após mais de 20 reclamações dessa natureza, o condômino foi multado (tudo cf. TJRS, AC nº 70040658544, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Liége Puricelli Pires, j. em 8/9/2011).

109 Conforme se vê no Enunciado nº 508 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal”.

socialidade ocorre nas desapropriações,¹¹⁰ com a ocorrência do alargamento de suas hipóteses em situações específicas.¹¹¹

Cita-se também a situação encontrada na Lei nº 8629/1993, que regula a Constituição no que se refere à reforma agrária. O art. 9º da lei traz uma disposição que indica como a função social da propriedade rural é cumprida. Devem ser atendidos, simultaneamente, os incisos do referido artigo e, entre eles, está a questão relacionada às boas relações de trabalho traduzida no inciso IV: “a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. Isso significa que o proprietário, além de cumprir todas as normas relativas à produtividade – encontradas no art. 6º da mesma lei – não pode submeter seus empregados a condições contrárias ao seu bem-estar. É evidente que o direito do trabalho já tutela essas questões, todavia, a grande questão aqui é que o descumprimento de tais regras pode atestar o não cumprimento da função social da propriedade. Interessante observar o Enunciado nº 507 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que, ao se referir sobre a função social da propriedade, relaciona-a com a questão do trabalho,¹¹² o que indica uma relação interessante entre o direito das coisas e o direito do trabalho.

Os exemplos são muitos. Outro que pode ser citado é o bem de família e sua impenhorabilidade, de acordo com a disposição da Lei nº 8.009/1990 e também dos arts. 1.711 a 1.722 do CC. O imóvel “residencial próprio do casal, ou da entidade familiar é impenhorável” de acordo com o art. 1º da referida lei. Se se dá ao credor a garantia de que o devedor responderá com o seu patrimônio (art. 391 do CC), a manutenção de um patrimônio mínimo apoia a ideia de também promover uma certa proteção ao devedor.¹¹³ Tal caso afeta, como bem ensina Luiz Edson Fachin, não o crédito em si – que pode ainda ser cobrado –, mas apenas retira o bem da “órbita de executoriedade”.¹¹⁴ Trata-se de uma elevação

110 O Estatuto da Terra (Lei nº 4504/1964) prevê a possibilidade de acesso à propriedade rural por meio da desapropriação por interesse social de acordo com o art. 17, *a*.

111 SILVA, Clóvis do Couto e. *Ibidem*, p. 24.

112 Assim dispõe o Enunciado nº 507: “Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1º do art. 1.228 do Código Civil, que, em consonância com o disposto no art. 5º, inc. XXIII, da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho”.

113 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, p. 68.

114 *Idem*. *Ibidem*, p. 67.

da proteção da dignidade humana e do próprio direito de moradia garantido no art. 6º da CF, além da solidariedade também estampada no art. 3º da CF.¹¹⁵ Outro ponto interessante, em uma visão mais humanizada e igualitária do direito civil moderno, envolve a possibilidade de instituição de bem de família também nas situações envolvendo uniões homoafetivas.¹¹⁶ Há autores que afirmam também a possibilidade de ampliação dessa garantia para as famílias monoparentais e, ainda antes da Súmula nº 364 do STJ,¹¹⁷ até mesmo, para os solteiros.¹¹⁸ Tudo isso pode ser justificado historicamente, pois sempre houve uma certa “ligação sagrada” da pessoa com sua moradia, segundo Fustel de Coulanges,¹¹⁹ e a própria ideia do bem da família vige em nosso ordenamento desde 1912.¹²⁰ Na atualidade, é possível ver a posição de incrível vulnerabilidade dos moradores de rua, aqueles que não são proprietários ou possuidores de propriedade imóvel. Nesses casos é possível notar mais uma ligação entre a propriedade e a dignidade humana.¹²¹

Por fim, não se perca de vista que desde o Decreto-Lei nº 4.657/1943 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil, hoje renomeada para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) há previsão expressa¹²² (e raramente utilizada ou lembrada, diga-se de passagem) da socialidade no seu art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Na verdade, toda lei atende a um fim social¹²³ e seria incorreto imaginar que uma lei

115 Cf. TARTUCE, Flávio. *Ibidem*, p. 292.

116 *Idem*. *Ibidem*, p. 297. Mesma concepção deve ocorrer, também, na usucapião familiar do art. 1.240-A do CC, conforme entendimento do Enunciado nº 499 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “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”.

117 Súmula nº 364 do STJ: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

118 SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos *et al.* (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87.

119 Ver FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *Ibidem*, p. 64-65.

120 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, p. 133.

121 SCHREIBER, Anderson. *Ibidem*, p. 83.

122 Cf. alerta de BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. *Ibidem*, p. 65.

123 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 160.

tenha uma finalidade “antissocial”. De qualquer forma, trata-se de uma orientação ao juiz, que, quando aplica a lei, deve estar atento para atender ao bem comum.¹²⁴

CONCLUSÕES

Além de assentar algumas bases para a compreensão do direito das coisas, este estudo procurou também trazer elementos para a reflexão envolvendo o alinhamento da disciplina com o direito privado moderno. Essa visão moderna de direito privado abrange a compreensão e a incorporação, no direito civil, do fenômeno conhecido por constitucionalização do direito privado. Entre as muitas consequências desta visão moderna está a ideia da socialidade, que pode ser aplicada também no direito das coisas.

O referido fenômeno envolve também a despatrimonialização do direito das coisas e sua conseqüente repersonalização. É evidente que não se quer, com isso, afastar a importância da propriedade privada, o que levaria ao comprometimento da organização da sociedade como conhecemos presentemente. O que se advoga, no entanto, é que há certas limitações impostas, como se viu, ao direito da propriedade e uma das mais importantes é fundamentada na própria função social da propriedade. Esta é a ideia de socialidade que se impõe.

A ideia de socialidade é, portanto, uma resposta no sentido de humanizar e repersonalizar o direito privado. Tal entendimento culmina também na consideração de que toda a pessoa deve ter um mínimo necessário para conseguir viver de forma digna. Isso institui um direito civil preocupado com a solidariedade e com a redução das desigualdades.

Por fim, a partir de agora, cabe aos estudiosos do direito ampliar e consolidar a visão da socialidade no direito das coisas, mirando, sempre, a dignidade humana como valor máximo a ser atingido pelo direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Direitos Reais*: Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino. Lisboa: Almedina, 2009.

124 TARTUCE, Flávio. *Ibidem*, p. 57.

ALENCAR, José de. *A propriedade*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2004.

ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013.

_____. *Propriedade e Domínio: A teoria da autonomia – Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BERTI, Silma Mendes; MARX NETO, Edgard Audomar. Proteção jurídica dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 2, n. 2, p. 107-113, jan./jun. 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 1, p. 113-141, 2012.

CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARDOSO, Haydée Fernanda. Os animais e o Direito: Novos Paradigmas. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 2, n. 2, p. 115-147, jan./jun. 2007.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de Direito Civil III: Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 1, n. 1, p. 119-121, jun./dez. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A Constitucionalização do Direito Privado. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 1, p. 185-243, 2012.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: USP, 1995.
- FRANCIONE, Gary L. *Introduction to Animal Rights: Your child or the dog*. Philadelphia: Temple University Press, 2000.
- _____. Animais como propriedade. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 2, n. 3, p. 133-148, jul./dez.2007.
- _____. *Animals as Persons: Essays on the abolition of animal exploitation*. New York: Columbia University Press, 2008.
- _____; GARNER, Robert. *The Animal Rights Debate*. New York: Columbia University Press, 2010.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Direitos Reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GOULART, Guilherme Damásio. Direito das Obrigações: Por um Direito das Obrigações Humanizado. In: KRETSCHMANN, Ângela (Org.). *Formação Jurídica – II Ano*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 129-152.
- GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do imperador Justiniano*. Bauru: Edipro, 2001.
- LE MONDE. Les animaux sont officiellement “doués de sensibilité”. *Le Monde*. 28/1/2015. Disponível em: <<http://www.lemonde.fr/planete/>

article/2015/01/28/les-animaux-sont-desormais-officiellement-doues-de-sensibilite_4565410_3244.html>. Acesso em: 28 jan. 2015.

MAGALHÃES, Lúcia Regina Esteves. Direitos Reais na Atualidade. In: EMERJ (Org.) *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. *Cadernos de Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, v. 2, n. 4, p. 575-639, 2004.

_____. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MIRAGEM, Bruno. O art. 1228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, v. 3, n. 6, p. 21-44, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino. A função social da posse no Código Civil. In: _____ (Coords.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

NOIRTIN, Célia Regina Ferrari. Animais não humanos: sujeitos de direitos despersonalizados. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 5, v. 6, p. 133-148, jan./jun. 2010.

OLIVEIRA, Thiago Pires. Redefinindo o *status* jurídico dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 2, n. 2, p. 273-288, jan./jun. 2007.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. V. I. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos *et al.* (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Clóvis do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob. *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SINGER, Peter. *Animal Liberation*. New York: Harper Collins, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: Introdução*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Dimensão jurídica e formas de apropriação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n.56, p.65-80, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*. 6. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 6, p. 3733-3789, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

2

NOVAS REALIDADES DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Dartagnan Ferrer dos Santos¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO - 1. A relação de emprego em transformação no cenário pós-moderno - 1.1. Do que (ainda?) trata o direito laboral: a relação de emprego como espécie de relação de trabalho - 1.2. O ambiente de emprego enquanto cenário de cooperação e tensão gerando novos direitos - 2. Rápida análise de alguns novos conceitos presentes na relação de emprego - 2.1. Os danos “pré-contrato” de emprego, “pós-contratual” e à empresa - 2.2. O dano existencial, o assédio moral e o assédio sexual em suas repercussões trabalhistas - 2.3. O teletrabalho, o monitoramento de “e-mail” de empregado e o “traga seu próprio dispositivo” - 3. Considerações finais: para onde vai a sociedade de trabalho? - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: No incerto cenário pós-moderno, as relações de emprego se modificam constantemente enquanto o direito do trabalho procura respostas para os problemas que surgem. Entre as novas realidades que o atual vínculo laboral faz trazer

¹ Advogado. Professor do curso de Direito do Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca). Professor em cursos de pós-graduação. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito e processo do trabalho pelo Centro de Estudos do Direito do Trabalho. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Contato: dartagnansantos@cesuca.edu.br.

à tona, está a responsabilidade civil por danos a empregado ou empregador em momento prévio ou posterior ao contrato; por sua vez, a frustração ao “projeto de vida” e os assédios moral e sexual ensejam indenizações; e o labor por meios telemáticos, a privacidade em mensagens eletrônicas e o uso de dispositivos tecnológicos pessoais geram novas questões no trabalho. Na certeza de que o respeito ao outro é cada vez mais imperativo no local de trabalho, permanece dúvida quanto ao rumo que a relação de emprego pode vir a tomar na sociedade que vai se construindo.

INTRODUÇÃO

Hoje estamos envolvidos em uma cada vez mais rápida espiral de transformações em todas as áreas. Há sempre “algo acontecendo que não se sabe exatamente o que é”, causando um misto de fascínio e temor; de aceitação e negação.² Trata-se do cenário que há décadas se convencionou chamar pós-moderno, alcunha para esses tempos nebulosos, velozes, voláteis e efêmeros em que vivemos.³ Aliás, na verdade o rótulo “pós-modernidade” pode já estar ultrapassado e ser insuficiente para retratar o ambiente posterior à popularização da “internet”, havendo quem prefira designar nossa era da virtualidade por outras denominações supostamente mais de acordo com o ritmo alucinante dos fatos.⁴

2 Em 1965, Bob Dylan gravou a canção “Ballad of a thin man” retratando um senhor de meia-idade perdido nas transformações sociais que se iniciavam naquela época. O refrão resume sua alienação e seu medo dessas mudanças: “Porque tem algo acontecendo aqui/ e você não sabe o que é/ ou será que sabe, Sr. Jones?”. O fato de esse respeitável Sr. ter estado entre professores, debates entre advogados e “todos os livros de Scott Fitzgerald” não o ajuda a entender ou aceitar o que se passa; e o que fica claro é apenas sua impotência frente à realidade. Os versos da canção visionária ainda são a imagem da vida imprecisa, encantadora e assustadora no que viria a ser chamado “pós-modernidade”. Cf. DYLAN, Bob. *Ballad of a thin man*. Intérprete (____). Nova Iorque. Columbia Records. Estúdio A. LP (51m26s), 1965. Letra e trecho disponíveis em: <<http://www.bobdylan.com/us/songs/ballad-thin-man>> Acesso em: 20 jun. 2015.

3 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

4 LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Les temps hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2006, p. 55: “Tudo se passa como se estivéssemos passado da era ‘pós’ para a era ‘hiper’. [...] E não se trata de sair do mundo da tradição para ascender à racionalidade moderna, mas de modernizar a própria modernidade. [...] Na hipermodernidade não há escolha, não há alternativa além de evoluir, acelerar a mobilidade para não ser ultrapassado pela ‘evolução’”.

Em meio a tantas mudanças, é difícil até mesmo retratar o que está ao nosso redor. De fato, quando se chega a uma descrição, é bastante possível que a realidade retratada já esteja substancialmente alterada; tarefa ainda mais árdua é pensar sobre e entender o que se passa sob as aparências do real, pois há cada vez menos tempo e disposição para a reflexão aprofundada, sem pressa e sem holofotes; como afirma Castanheira Neves em obra de título autoexplicativo, imergiu-se em uma “crise global da filosofia”.⁵

O direito está inserido nesse ambiente de incertezas, deixando apreensivos tanto aqueles que com ele operam como os titulares de pretensões jurídicas. “Incerteza” parece ser a palavra do momento, muitas vezes acompanhada de uma crítica quanto à “efetividade” da Justiça. Este é o momento em que “a ordem jurídica torna-se um conjunto normativo ideal, contraposto a uma desordem real”,⁶ pois o cenário fático – fonte material do direito – tem a velocidade de edição de uma chamada publicitária, enquanto normas, jurisprudência e doutrina tentam alcançá-lo, mas sempre ficando aquém do esperado.

Como todo o mundo jurídico, a “sociedade do trabalho”,⁷ o ramo do direito que dela trata e a sua “justiça especializada” participam dessa realidade de maneira marcante. As mudanças econômicas e as novas tecnologias parecem ser os principais fatores a provocar a “desadequação do direito do trabalho à evolução” do substrato econômico e social sobre o qual incide, o que tem forçado sua flexibilização “desde os anos oitenta”.⁸ Se é assim há cerca de trinta anos, quando não se imaginava a

5 NEVES, A. Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 18: Diz o autor que na pós-modernidade presenciamos “a convocação de pluralidades, de fragmentações, de diferenças incomensuráveis e irredutíveis que parecem sacrificar de todo a possibilidade de um pensamento da unidade universalmente integrante e o próprio sentido da universalidade em que se sustentasse a *ratio* pensável”.

6 LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 7-13.

7 SILVA, Josué Pereira da. *Trabalho, cidadania e reconhecimento*. São Paulo: Annablume, 2008, p. 20. O autor enumera quatro elementos que vão formar a “sociedade do trabalho”: a empresa industrial capitalista, o trabalhador (manual) assalariado, o mercado laboral e uma ética do trabalho, a qual justifica moralmente o ato de trabalhar e as relações entre essas instituições.

8 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.023.

popularização da internet, telefones móveis, etc., o que dizer do cenário atual do direito laboral?

O que vemos hoje no ambiente de trabalho e no seu ramo jurídico são, acima de tudo, mudanças; novas soluções e novos problemas fazendo surgir novidades normativas e originais maneiras de pensar e resolvê-las. É assim que, como espécies de “dano moral”, hoje se fala em “assédio moral” ou “dano existencial” ao empregado, inclusive por meio de ambiente virtual, o qual, em aparente paradoxo, passa definitivamente a ser parte de nossa realidade; a Justiça do Trabalho julga ações com alegações de dano “pré” e “pós-contratual”; a caracterização do “assédio sexual” para o direito laboral assume requisitos menos rígidos do que aqueles da lei penal; lamentavelmente, novas doenças advindas do labor são agora bastante conhecidas, como a “síndrome de Burnout”; por outro lado, ocorre também o dano moral à empresa através de comentários do empregado que sejam injuriosos, caluniosos e/ou desabonadores, etc. em redes sociais; surgem também questões quanto ao monitoramento de contas de “e-mail” de colaboradores ou sobre as consequências de ele usar no emprego dispositivos eletrônicos de sua propriedade; inúmeras formas de “teletrabalho” e as dúvidas que advêm de sua consagração também continuam a surgir no horizonte. Enfim, uma miríade de novas questões perfazendo “um museu de grandes novidades” o qual cantava o conhecido intérprete e compositor nacional⁹ – no caso, sem querer depreciar os hercúleos esforços e progressos dos operadores jurídicos por renovação, o direito parece ser o “museu” que, com grandes dificuldades, vai comportando em si tantas coisas novas.

Como método para escrita do capítulo, utilizou-se principalmente pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com ênfase especial em novos julgados transcritos em ementa e trechos de acórdãos; também se buscou notícias de jornal, entrevistas e casos curiosos. Através da indução por esses recortes de realidade, espera-se que o leitor alcance por si só seu conceito para cada novo assunto analisado. A abordagem é o mais interdisciplinar possível, através da comunicação “entre áreas de

9 A referência é à música “O tempo não para”, composição de Arnaldo Brandão e Cazuza. A letra da canção, que fez grande sucesso no final dos anos oitenta, faz uma muita ácida análise da realidade brasileira; essa “metralhadora cheia de mágoas” não soa nem um pouco datada e permanece sendo cantada e ouvida com grande reverência. Cf. BRANDÃO, Arnaldo e CAZUZA. *O tempo não para*. Intérprete Cazuza. Polygram. Universal Music, 1988. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TrADo_p3nYU>. Acesso em: 19 jun. 2015.

ciências diferentes, visando construir uma sociedade mais ética e democrática”.¹⁰ Tendo em vista as características dos volumes de “Formação Jurídica”, o texto visa ser leve e didático, com referências e relações ao cinema, música, etc.; tudo a fim de melhor ilustrar informações e argumentos. É assim que as nove “novas realidades da relação de emprego” eleitas para figurar neste estudo foram estruturadas em grupos de três, reunidas por critérios de proximidade entre os assuntos.

Diga-se, ainda, que este capítulo não tem de forma alguma a pretensão de aprofundar o estudo de tantos novos conceitos; muito menos pretende esgotá-los. Pelo teor introdutório, espaço limitado e amplitude temática, o objetivo do capítulo é tão somente expor um cenário geral e as principais características das novas realidades da relação de emprego. Busca-se aqui apenas uma conceituação suficiente dos problemas em doutrina, jurisprudência, imprensa, etc. Sendo assim, para que o leitor aprofunde o estudo de cada tema, recomenda-se a leitura da bibliografia utilizada, principalmente das obras bastante citadas em cada subcapítulo, as quais têm qualidade ímpar e esclarecedora; essas fontes certamente darão ao leitor elementos fortes e amplos sobre o objeto de sua pesquisa, de modo que este estudo pode modestamente ser visto como apenas um guia para exame panorâmico dos assuntos apresentados.

1. A relação de emprego em transformação no cenário pós-moderno

1.1. Do que (ainda?) trata o direito laboral: a relação de emprego como espécie de relação de trabalho

A moderna sociedade produtiva pode ser separada em três fases mais ou menos distintas. Em um primeiro momento, na “sociedade pré-industrial”, a agricultura e a extração perfaziam o setor produtivo determinante; após, a produção de bens através de máquina caracteriza a “sociedade industrial”; por fim, no momento em que vivemos, a “tecnologia intelectual, informação e conhecimento” inovadores estru-

10 ALVES, Elizete Lanzoni. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: construção de uma proposta pedagógica. In: MONDARDO, Dilsa, ALVES, Elizete Lanzoni; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos (Orgs.). *O ensino jurídico interdisciplinar: um novo horizonte para o direito*. Florianópolis. OAB/SC Editora, 2005, p. 38-9.

turam a chamada “sociedade pós-industrial”, na qual as riquezas mais características são a prestação de serviços e o fornecimento de bens que não se esvaem pelo consumo, como os “softwares”, sinais de TV a cabo, etc., produtos que, mesmo quando vendidos, continuam sob o poder de seus criadores, os grandes detentores do “valor conhecimento” de nossa era. Isso traz inegáveis mudanças estruturais nas prestações de serviços,¹¹ embora a relação de emprego continue sendo estruturada e regida principalmente pela Consolidação das Leis do Trabalho, pouco alterada desde seu nascimento em 1º de maio de 1943.

Em outros termos, não obstante cada vez mais aceleradas mudanças sociais, ainda é possível sustentar que o labor é “o princípio organizador fundamental das relações sociais e, portanto, o meio através do qual os indivíduos adquirem existência e identidade social pelo exercício de uma profissão”.¹² A relevância de exercer uma atividade laboral extrapola até mesmo o retorno financeiro, pois com ela o indivíduo existe e se apresenta na sociedade como útil e importante. O direito não poderia estar alheio a essa realidade, de modo que, dentre as categorias de relação jurídica,¹³ trata ele daquelas que têm o trabalho humano figurando como obrigação de fazer essencial, perfazendo o gênero que a técnica jurídica chama “relação de trabalho”, cujo labor envolvido pode apresentar diferenças substanciais, podendo ser executado de forma autônoma, por exemplo.

Quando a característica mais marcante da prestação de serviços é a “subordinação” do empregado à empresa, estamos diante de uma “relação de emprego”, protagonista no mundo do trabalho desde a consagração do sistema capitalista no cenário da era moderna, o que ocorreu há cerca de dois séculos.¹⁴ Os arts. 2º e 3º da mencionada “CLT” determi-

11 SILVA, Josué Pereira da, ob. cit., p. 23-4.

12 Ibidem, p. 22.

13 ARISTÓTELES. *Órganon*: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2005, p. 54: “Relação” é uma conexão dinâmica entre polos interligados criando uma interdependência entre eles, sendo impossível haver “relação” a coisa alguma. Cf. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 279: A “relação jurídica” é a “categoria básica do fenômeno do direito”, perfazendo um liame jurídico entre sujeito(s) e/ou objeto(s).

14 JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*: guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Consultoria: Renato Lessa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 29-30. Desde seu surgimento na Europa dos séculos XVI e XVII, o regime capitalista se caracteriza por trabalhadores

nam as características do vínculo de emprego: trabalho através de uma pessoa física; pessoalidade (prestação *intuito persone*); nãoeventualidade; onerosidade; e a já mencionada subordinação,¹⁵ que vem a ser seu elemento mais essencial, refletindo o poder de direção do empregador sobre o modo de o empregado prestar serviços pela sua sujeição às ordens da empresa.¹⁶ Esse tipo de prestação de serviços ainda é o principal objeto do direito do trabalho,¹⁷ mesmo que os limites de competência e de sua Justiça Especializada tenham se estendido a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004; e é das novidades dessa “relação de emprego” que se trata neste capítulo.

assalariados e por concentração dos meios de produção em uma classe dominante. Não obstante, em sua forma avançada, é cada vez menor o número de detentores da aparelhagem produtiva, pois as empresas tendem a formar grandes conglomerados “com potencial para rivalizar com nações-estado em sua influência sobre os recursos e a produção”. Karl Marx chamou esse estágio do sistema de “capitalismo monopolista (ou avançado)”. Como antítese do sistema capitalista, o regime comunista idealizado por Karl Marx teria meios de produção e aparelhos sociais controlados principalmente pelos trabalhadores. Cf. ob. cit., p. 46.

15 MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentário à CLT*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4-26.

16 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147: “A subordinação é, então, evidenciada na medida em que o tomador de serviços (e não o prestador, como acontece no trabalho autônomo), define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado [, configurando] uma situação que limita a ampla autonomia de vontade do prestador de serviços”, inclusive através de sua sujeição às ordens da empresa.

17 A título ilustrativo, transcreve-se a seguir – com grifos – questão discursiva da prova para o 135º Exame da Ordem da OAB/SP – Direito do trabalho Prova Prático-Processual –, a qual versa sobre trabalho subordinado e relação de emprego: “Pedro ingressou com reclamação trabalhista contra o estado de São Paulo para ver reconhecido o **vínculo de emprego** entre ambos, ainda que não tenha havido prévia aprovação em concurso público. A ação foi julgada improcedente pelo juiz do trabalho. Foi interposto recurso ordinário contra a sentença, repetindo-se os argumentos trazidos na petição inicial, e, sucessivamente, solicitando-se a condenação do reclamado ao pagamento das verbas decorrentes do contrato de trabalho havido entre as partes (aviso prévio, 13º salário proporcional, férias em dobro e simples acrescidas de um terço, depósitos do FGTS e indenização de 40% sobre o saldo do FGTS). O tribunal regional do trabalho (TRT) deu provimento ao recurso, por entender **caracterizada a existência de relação de emprego, na forma dos arts. 2º e 3º da CLT, mesmo diante da previsão do art. 37, inciso II e § 2º, da CF/88, pois o serviço foi prestado de forma pessoal, onerosa e com subordinação**, cabendo ao ente público arcar com as verbas decorrentes do contrato de trabalho. Ao reformar a sentença, o TRT reconheceu a existência do contrato nulo, mas entendeu ser ele capaz de gerar efeitos jurídicos, pelo que determinou o retorno dos autos à vara de origem para exame dos demais pedidos da inicial. Dessa decisão interpôs o Estado recurso de revista, cujo seguimento foi negado, sob o argumento de que as decisões interlocutórias são irrecorríveis (art. 893, § 1.º, da CLT e Súmula 214/TST)”. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/exame-da-ordem/exame-no-135/segunda-fase/OABSP004DireitoTrabalho.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

1.2. O ambiente de emprego enquanto cenário de cooperação e tensão gerando novos direitos

As questões adiante analisadas nasceram em razão de algumas circunstâncias marcantes do vínculo de emprego; fascinantes e conhecidas características suas que, de tão presentes, passam muitas vezes despercebidas aos nossos olhos, ao mesmo tempo em que trazem à tona o binômio “cooperação e tensão” entre empregado, empresa e colegas de trabalho. Isso porque a jornada de trabalho costuma representar cerca de oito horas diárias em inter-relações multifacetadas que geram cumplidades, disputas, amizades, desavenças e até mesmo relações amorosas entre aqueles que compartilham do ambiente de trabalho. Não por acaso Clóvis do Couto e Silva coloca o contrato de trabalho – negócio jurídico que em regra não tem prazo determinado – entre as “obrigações duradouras em sentido próprio”, as quais têm como uma de suas mais marcantes características “a maior consideração à pessoa, partícipe do vínculo com maior intensidade de deveres, resultantes da concreção do princípio da boa-fé”.¹⁸ Tudo isso é incrementado pela subordinação, elemento gerador de tensão e desconfiança entre os polos do contrato de emprego perfazendo um cenário propício para grandes colaborações e desentendimentos.¹⁹

Por outro lado, a sociedade humana comporta uma “complexidade dialética de pessoas ao mesmo tempo iguais e diferentes”,²⁰ sendo necessário possibilitar a convivência entre todos sem anular suas peculiaridades, pois o direito à diferença está incluso na igualdade;²¹ é a co-

18 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 165. Sobre o “princípio da boa-fé”, esclarece o autor que, embora tenha ele “múltiplas significações dentro do direito [,] é o dever de consideração para com o alter”, cf. ob. cit., p. 33. Da *alteridade* se tratará no parágrafo seguinte.

19 GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 151: “Ressalta-se que a relação de trabalho é campo fértil às discriminações devido ao liame *poder diretivo – subordinação* e à submissão do empregado aos comandos legais do empregador, em razão de sua hipossuficiência.”

20 DEMO, Pedro. *Éticas multiculturais: sobre convivência humana possível*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2005, p. 60. “Os indivíduos são, ao mesmo tempo, iguais e diferentes. São iguais, porque possuem características comuns [...] Mas somos diferentes, porque não há um ser humano que seja cópia linear de outro”, cf. ob. cit., p. 19.

21 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

nhecida “questão da alteridade”. Pelas razões já apontadas, no ambiente de trabalho esta é ainda mais presente, sendo necessário um permanente exercício de tolerância, entendida esta como o “respeito e valorização dos traços de singularidade do ‘Outro’”.²² Deve-se ter em mente que, enquanto indivíduo, necessariamente se está em meio aos outros, os quais também comungam da mesma dupla condição: ser cada um si mesmo e estar entre os outros.²³ Em última instância, há um jogo de espelhos em que “é o outro que confirma a minha identidade. [...] somos diferentes e reconhecemos esta diferença exatamente porque percebemos que somos iguais entre nós”.²⁴ Se assim não for, os problemas começam a surgir, momento em que o direito do trabalho precisa regular as relações existentes no ambiente de trabalho, de maneira a reconhecer a igualdade e as diferenças entre cada um no cenário cada dia mais “multifacetado dos modos de produzir na contemporaneidade”,²⁵ característicos das sociedades “plurais”.²⁶ E é assim que surgiram os temas e direitos que serão analisados a seguir.

22 BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). *Elementos de Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 53. “Os outros’ não significa algo assim como o todo dos que restam fora de mim, todo do qual o eu se destaca, sendo os outros, ao contrário, aqueles dos quais a-gente não se diferencia no mais das vezes e no meio dos quais a-gente também está.” Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas/SP: Unicamp; Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p. 343.

23 HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, tradução e notas: Irene Borges-Duarte. Revisão Helga Hooek Quadrado. Lisboa: Fim de Século, 2003, p. 39.

24 RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 46-47.

25 DA SILVA, Sayonara Grillo C. Leonardo. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Magister, v. 74, n. 3, p. 121, jul./set. 2008.

26 VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática Kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006, p. 11: As sociedades hodiernas comportam “diferentes valores e visões de mundo, apresentando um amplo espectro de tendências culturais que abrange desde ortodoxias religiosas até concepções de vida recém-criadas”.

2. Rápida análise de alguns novos conceitos presentes na relação de emprego

2.1. Os danos “pré-contrato” de emprego, “pós-contratual” e à empresa

É sabido que, em marcante regra, o contrato de emprego se estende no tempo, pois tem como uma de suas principais características o “trato sucessivo”, pelo qual “suas prestações são oferecidas e exigidas de forma contínua, renovando-se esse fluxo a cada instante, a cada momento em que se vivencia o ajuste”;²⁷ o vínculo relacional é ainda “sinalagmático” e “comutativo”, pois tem como pressuposto a equivalência de deveres e direitos entre seus polos, estando um obrigado em relação ao outro.²⁸ Tudo isso faz transparecer o “caráter dinâmico” dessa relação obrigacional, composta por muitas fases necessariamente interligadas e interdependentes.²⁹ Desse modo, os adimplementos parciais que vão ocorrendo no contrato de emprego – trabalho e pagamento, principalmente – não causam a extinção da obrigação principal. Tanto é assim que é princípio do direito laboral a “continuidade da relação de emprego”, com o que a ela se atribui “a mais ampla duração possível, sob todos os aspectos”.³⁰

Poder-se-ia frisar o “sob todos os aspectos” mencionado por Américo Plá Rodrigues. Isso porque, antes mesmo de estar configurado o contrato de emprego, ainda enquanto os potenciais “empregado e empregador” estão considerando a possibilidade de estabelecerem o vínculo contratual, já começam a existir direitos e deveres entre eles; durante o transcorrer do contrato, esses e muitos outros estão em pleno vigor; e mesmo após findar a relação contratual, permanecem existindo obrigações entre as partes. Nas palavras de Francisco Rossal de Araújo em voto relator, “o contrato de emprego terá uma fase de tratativas (pré-contratual), uma fase de desenvolvimento (contratual) e uma fase de

27 MARTINEZ, ob. cit., p. 153.

28 Ibidem, p. 144-151.

29 COUTO E SILVA, ob. cit., p. 20.

30 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo. 4ª tiragem da reedição de 1993. São Paulo: LTr, 1978, p. 141.

efeitos finais decorrentes do vínculo jurídico havido (pós-contratual)”³¹ É nesses termos que se fala em “deveres anexos” do contrato de emprego, os quais – sob o pressuposto da boa-fé – são entendidos como “indicações, atos de proteção [,] de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência”, etc. entre os contratantes,³² o que pode ensejar discussões bastante complexas e interessantes – inclusive envolvendo direitos e deveres de terceiros –, como pode demonstrar o julgado a seguir:

EMENTA. RECURSO DE REVISTA. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS BANCÁRIOS. PREVENÇÃO DO VÍRUS H1N1 – INFLUENZA A. Embora as empresas tenham a obrigação de manter um ambiente de trabalho sadio, no caso das epidemias cabe ao poder público tomar medidas de prevenção e contenção da doença, o que foi feito por meio da imunização da população a partir do ano de 2010 até os dias atuais. Ademais, restou consignado no acórdão do Tribunal Regional que os reclamados adotaram medidas de prevenção no ambiente de trabalho, como por exemplo, afixação de cartazes de conscientização e distribuição de álcool em gel para higienização. Incólumes os dispositivos apontados como violados. Recurso de revista não conhecido.³³

Sejam elas principais ou anexas, as obrigações oriundas do contrato empregatício estão presentes em todos os instantes dos mencionados três principais momentos do vínculo, sendo que desde sua oferta começa a haver normas trabalhistas a serem observadas.³⁴ E é por isso que hoje são reconhecidos os danos “pré” e “pós-contratual”.

31 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul – 8ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0001145-63.2012.5.04.0122 contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Rio Grande. Porto Alegre, 17 jul. 2014. Publicado em 27 jul. 2014. Des. Rel. Francisco Rossal De Araújo. Participam do julgamento: Juraci Galvão Júnior e Fernando Luiz De Moura Cassal. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 19 maio 2015.

32 COUTO E SILVA, ob. cit., p. 93. Tais deveres também são conhecidos como “secundários”, ou “instrumentais”, cf. *ibidem*, p. 91.

33 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo:RR nº 3962700-26.2009.5.09.0007. Data de julgamento: 27/5/2015. Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 5 jun. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203962700-26.2009.5.09.0007&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAM7NAAM&dataPublicacao=05/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=monitoramento%20and%20de%20and%20e.mail>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

34 MARTINS, ob. cit., p. 403: Art. 442-A. Para fins de contratação, o empregador não exigirá do

Em termos jurídicos, “dano [é] a subtração de um bem jurídico”, seja este mensurável em dinheiro, seja o “bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, imagem, liberdade, etc.”.³⁵ Quaisquer categorias de lesão podem acontecer em relações de emprego, acabando por serem instruídas e julgadas na Justiça do Trabalho, como demonstram as duas ementas a seguir. No primeiro caso, uma longa fase de “tratativas” para formalização do vínculo de emprego extrapolou a mera sondagem da trabalhadora para a vaga, uma vez que, além da relação contínua entre as partes, a empresa chegou a reter a Carteira de Trabalho e Previdência Social da trabalhadora por quatro meses, o que – além de ilícito, conforme art. 29 da CLT³⁶ – cria indiscutível certeza de que o contrato negado pela ré estava em andamento. Sendo assim, houve indenização pelo ato ilícito. Segue ementa e trechos da v. decisão:

EMENTA - RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. TRATATIVAS. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. Os fatos que embasam a condenação ao pagamento de indenização por dano moral relacionam-se com o não cumprimento, por parte da ré, de promessa de contratação da autora após a realização de processo seletivo para a vaga de ajudante e da efetiva de prestação de serviços em favor do reclamado. Trata-se de desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva durante as tratativas da contratação do autor. A ação do reclamado

candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade (artigo acrescentado pela Lei nº 11.644, de 10/3/2008). A respeito dessa norma, segue questão do V Exame Unificado da Ordem dos advogados do Brasil: “Uma empresa põe anúncio em jornal oferecendo emprego para a função de vendedor, exigindo que o candidato tenha experiência anterior de 11 meses nessa função. Diante disso, assinale a alternativa correta. (A) A exigência é legal, pois a experiência até 1 ano pode ser exigida do candidato a qualquer emprego, estando inserida no poder diretivo do futuro empregador. (B) A exigência não traduz discriminação no emprego, de modo que poderia ser exigido qualquer período de experiência anterior. (C) A exigência é ilegal, pois o máximo que o futuro empregador poderia exigir seriam 3 meses de experiência. (D) A exigência é ilegal, pois o máximo que o futuro empregador poderia exigir seriam 6 meses de experiência”. Disponível em: <<https://fgvprojetos.s3.amazonaws.com/163/V%20Exame%20Tipo%201.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

35 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 7. ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71-2. Enquanto os danos “patrimoniais” são mensuráveis em dinheiro, os danos “imateriais” são apenas indenizáveis, pois não se pode quantificá-los economicamente com exatidão. Os primeiros danos dividindo-se em “emergentes” e em “lucros cessantes”, enquanto os “danos imateriais” se subdividem em várias espécies, comportando danos morais, estéticos, ao bom nome, etc.

36 MARTINS, ob. cit., p. 66-7. “Art. 29. A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, [...]”

ao não concretizar a contratação da autora, mesmo após trâmites prévios que demonstraram inquestionável intenção de criar vínculo empregatício, caracterizou ato ilícito. Registre-se que, naturalmente, as medidas tomadas pelo réu indicaram certeza na formalização do vínculo, de forma que desestimularam a autora da busca de outras vagas no mercado de trabalho. Recurso do reclamado a que se nega provimento. [...]

VOTO RELATOR DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO: [...]

Sobretudo diante da realização de exames admissionais e da retenção, por cerca de 04 meses da CTPS da trabalhadora, tem-se que o reclamado não somente sondou a contratação da autora, mas, efetivamente, tomou medidas concretas para formalização do vínculo. Não é factível que o processo de contratação de um trabalhador compreenda a retenção da carteira de trabalho do candidato por meses, sem que isso indicasse ânimo real de empregar. A ação do reclamado ao não concretizar a contratação da autora, mesmo após trâmites prévios que demonstraram inquestionável intenção de criar vínculo empregatício, caracterizou ato ilícito. [...]³⁷

A jurisprudência seguinte trata de empresa que presta “más referências” quanto a ex-empregado que ingressa com reclamação na Justiça do Trabalho, acabando por impossibilitar ao trabalhador a colocação em novo emprego. Em primeiro lugar, o direito de ação é garantia fundamental ao cidadão, conforme inciso XXXV da Constituição da República;³⁸ depois, é evidente o dano material e/ou moral que sofre aquele que é ilicitamente depreciado perante outros e, com isso, não consegue sequer sua subsistência por ter negada sua contratação em razão dos comentários que o diminuem. Impõe-se então a indenização, conforme art. 927 do Código Civil:³⁹

37 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul – 8ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0001145-63.2012.5.04.0122 contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Rio Grande. Porto Alegre, 17 jul. 2014. Publicado em 27 jul. 2014. Des. Rel. Francisco Rossal De Araújo. Participam do julgamento: Juraci Galvão Júnior e Fernando Luiz De Moura Cassal. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 19 maio 2015.

38 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2015. “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

39 BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2015. “Art. 927. Aquele que, por ato

E M E N T A - DANO PÓS-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Em se tratando de pedido de indenização por danos morais decorrentes da fase pós-contratual, não há dúvidas acerca da competência desta Justiça Especializada para apreciar a matéria. O fator temporal não é determinante para definir a competência da Justiça do Trabalho, sendo relevante que a controvérsia seja decorrente da relação de emprego, exatamente o caso dos autos. A pretensão do reclamante enquadra-se no disposto no art. 114, VI, da Constituição Federal. Recurso do reclamante a que se dá provimento. [...]

VOTO RELATOR DESEMBARGADORA MARIA MADALENA TELESCA: [...]

Postula o reclamante a indenização por danos morais, em virtude da reclamada ter proferido informações desabonadoras a seu respeito após o fim do pacto laboral, com a finalidade de denegrir sua imagem e lhe prejudicar na obtenção de novo emprego. Argumenta, na petição inicial, que logo após a sua dispensa pela reclamada deixou currículo em várias outras empresas a fim de obter novo emprego. Contudo, não obteve resposta positiva de nenhum dos futuros empregadores, sendo que ao investigar o motivo da recusa da oportunidade de preenchimento da vaga, descobriu que as empresas haviam feito contato telefônico com a demandada, porém que esta informou ter o trabalhador ingressado com reclamação trabalhista contra ela e, ainda, faltar muito ao trabalho, circunstância que teria maculado a sua imagem e motivado o ajuizamento da presente ação com pedido de reparação por danos morais. [...] ⁴⁰

Inúmeros são os exemplos de indenização por danos ocorridos na fase “pré” ou “pós” contratual. Inclusive, sendo perfeitamente possível o dano moral à pessoa jurídica, não são raros os casos em que a empresa pode ser a vítima de dano moral cometido pelo trabalhador.

ilícito (arts. 186 e 187) dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Quanto à ilicitude da atitude em comento, faz-se em razão do direito fundamental de ação, não sendo lícito diminuir alguém por exercer suas garantias fundamentais, conforme se denota do art. 186 do mesmo diploma legal: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

40 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul – 3ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0000062-40.2014.5.04.0381 contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Taquara. Porto Alegre, 5 ago. 2014. Publicado em 14 ago. 2014. Des. Relatora Maria Madalena Telesca. Participam do julgamento: Ricardo Carvalho Fraga e Gilberto Souza Dos Santos. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 19 maio 2015.

Isso pode se dar “através de boatos, calúnias, injúrias ou difamações”, inclusive muitas vezes por configuração das hipóteses de “justa causa” cometida pelo empregado previstas no art. 482 da CLT.⁴¹ Prejuízos à imagem de empregadoras têm ocorrido bastante através de comentários depreciativos proferidos em redes sociais, grupos de discussão, etc. hospedados na rede mundial de computadores.⁴²

Assim, sem qualquer vedação da Constituição da República a esse respeito,⁴³ a Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴ e o art. 52 do Código Civil de 2002⁴⁵ garantem a possibilidade de indenização por dano moral cometido contra pessoa jurídica quando há lesão à sua “*honra objetiva*, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade”.⁴⁶ O valor indenizatório pode resultar de dano prévio, posterior ou simultâneo ao andamento do contrato de emprego, sendo ele pleiteado através de reclamação trabalhista ajuizada “pelo empregador”, conforme alínea “a” do art. 839 da CLT: “A reclamação poderá ser apresentada: a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe”.⁴⁷ Segue ementa em que a empregadora ajuizou reconvenção procedente contra o ex-empregado:

41 ARAÚJO, Jussara Barros. Dano moral à pessoa jurídica no direito do trabalho. *Migalhas*. 17 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64965,11049-Dano+Moral+a+pessoa+juridica+no+Direito+do+Trabalho>>. Acesso em: 18 maio 2015.

42 MORAES, Gislane Setti Carpi de. Do dano moral e material em prol do empregador. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 9 dez. 2014. *Jornal da lei*, p. 5.

43 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2015: “Art. 5º, 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”.

44 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Segunda seção. Julgado em 8 set. 1999, publicado em 8 out. 1999, p. 126. Súmula nº 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 maio 2015.

45 “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. In: BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

46 CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 92: “Registre-se, ainda, que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, é exclusiva do ser humano, mas a honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica, no mundo comercial?”.

47 MARTINS, ob. cit., p. 914.

EMENTA - DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. A pessoa jurídica é titular de direitos de personalidade e, assim, pode sofrer dano moral, sendo que este se limita a questões objetivas (repercussão negativa no âmbito comercial). É nesse sentido o entendimento consubstanciado na Súmula 227 do C. Superior Tribunal de Justiça. No caso em análise, exsurge dos autos a conduta ilícita do Reclamante (reconvindo) ao proferir insultos e xingamentos direcionados aos demais trabalhadores e prepostos da Ré, tirar a camisa no meio ambiente de trabalho e pisar em cima, e pretender macular a imagem de sua empregadora perante outras empresas concorrentes que desempenhavam suas atividades em local próximo por meio de gritos e palavras de baixo calão. Tal conduta não se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as relações laborais, rompendo a fidedignidade inerente ao contrato de trabalho. Reputa-se configurado o dever de indenizar por parte do Reclamante (reconvindo) à Reclamada (reconvinte).⁴⁸

Portanto, nem a empresa nem o empregado podem dizer ou fazer qualquer coisa de maneira temerária, irresponsável e/ou inconsequente, pois cada vez mais indenizações vêm sendo arbitradas pela Justiça. A respeito, ainda maior cuidado se deve ter com a “internet”, pois, como afirma João Vicente Rothfuchs, “rede social não é mesa de bar, com três ou quatro amigos. A conversa ganha dimensão pública”, de modo que seu uso requer cautelas ainda maiores.⁴⁹

2.2. O dano existencial, o assédio moral e o assédio sexual em suas repercussões trabalhistas

Dentre as espécies de dano imaterial que vêm sendo examinadas em reclamações trabalhistas, umas das mais peculiares e polêmicas são aquelas oriundas do chamado “dano existencial”, lesão essa que se carac-

48 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná. 4ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0001533-06.2012.5.09.0872 (ou 07438-2012-872-09-00-0) contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Maringá, 19 fev. 2014. Publicado em 7 mar. 2014. Des. Rel. Luiz Celso Napp. Participam do julgamento: Tânia Rosa Maciel De Oliveira, Alexandre Corrêa Da Cruz. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/processocnjsel.do>. Acesso em: 13 maio 2015.

49 SCARTON, Suzy. Redes sociais requerem cautela de empresários e trabalhadores. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 14 jan. 2014. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=151352>>. Acesso em: 23 maio 2015.

teriza pelo prejuízo à “realização de projetos de vida do empregado, ao violar o direito à convivência familiar e social, bem como ao descanso e ao lazer”.⁵⁰ É o caso do trabalhador que, em razão das peculiaridades de sua relação de emprego, acaba tolhido em seus sonhos, suas aspirações, desejos, etc. Sua capacidade de se completar como pessoa humana acabando sendo esmagada pela engrenagem de seu ofício, o qual se faz onipresente por jornadas absurdamente exaustivas, longas e/ou ilícitas e pela cada vez maior incapacidade de desligamento do trabalho em função de telefonemas, mensagens de “e-mail”, celular, etc. Nesse cenário assustador, o empregado acaba vivendo unicamente em função de seu trabalho, sem conviver com sua família, amigos, prazeres, etapas de crescimento pessoal, etc. É por isso que, conforme Júlio César Beber, esse tipo de lesão é também chamada de “dano ao projeto de vida”, sendo essencial que exista uma frustração comprovável para que exista o direito à indenização, como no caso da empregada que comprovou a perda do casamento porque trabalhou “por quase cinco anos, das 8h às 20h, entre segundas e sextas-feiras, nos sábados, das 8h às 16h e, em dois domingos por mês, das 8h às 13h, com uma hora diária de intervalo”, sendo evidente que em um cenário como esse só resta ao trabalhador um “vazio existencial” que de maneira alguma pode ser admitido como aceitável, tendo a empregada deferida indenização pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.⁵¹ Julgamentos análogos estão acontecendo, como demonstra a seguinte acenta a seguir tratando de caso semelhante:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre

50 FUNCIONÁRIA recebe indenização ao ter casamento prejudicado por carga horária em excesso. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 29 jul. 2014. *Jornal da Lei*, p. 6. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=168250>>. Acesso em: 25 maio 2015.

51 Loc. cit.

o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso do reclamante provido.⁵²

A respeito da ilicitude por lesão ao “limite legal relativo à quantidade de horas extras” referido na ementa, cabe deixar claro que existem limitações de tempo de trabalho em horário extraordinário, sendo que, em regra, não é possível ultrapassar as duas horas extras diárias de trabalho;⁵³ apenas em caso de “necessidade imperiosa ou força maior” é possível exigir a extrapolação desse limite.⁵⁴ Assim, considerando-se os limites de 8 (oito) horas de trabalho diário e 44 (quarenta e quatro) horas semanais,⁵⁵ nos dois casos mencionados foram muito desrespeitados esses limites legais.

Outro conceito que infelizmente passou a fazer parte do dia a dia das varas do trabalho brasileiras é o chamado “assédio moral”, conduta essa que pode se dar em vários níveis, a começar pelo desvirtuamento e/ou extrapolação do poder diretivo empresarial, obrigando o empregado a trabalhar, proceder, treinar, “motivar-se”, etc. de maneira constrangedora e/ou humilhante; indo mais além, o assédio pode se dar por perseguição opressora, cobrança excessiva, etc. no ambiente do trabalho excluindo a vítima do bom convívio entre os demais e tornando

52 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul – 1ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0002125-29.2010.5.04.0203 contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Canoas. Porto Alegre, 20 mar. 2013. Publicado em 27 mar. 2013. Des. Relator Jose Felipe Ledur. Participam do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes e Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos/>>. Acesso em: 23 maio 2015.

53 MARTINS, ob. cit., p. 91. “Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.”

54 *Ibidem*, p. 103. “Art. 61. Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencional, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.”

55 “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943);” in: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2015.

terrível o ambiente laboral. Há certo tempo, a psicologia do trabalho diagnosticou essa espécie de comportamento intensificado na globalização marcada por novas técnicas competitivas de organização e gestão de trabalho “voltadas para o crescimento da produtividade e do lucro”.⁵⁶ O ambiente nocivo à estrutura psicológica e à dignidade humana da vítima pode advir principalmente de duas fontes: pode ele nascer entre os próprios empregados ao entabularem uma luta insana pela manutenção de seus postos e ascensão profissional, focando-se em colega para diminuí-lo, humilhá-lo, ofendê-lo, etc. para assim afastá-lo do grupo em nítido “assédio horizontal”; também pode acontecer o problema no seio da hierarquia empresarial – “assédio vertical” –, através de um misto de cobranças exageradas e/ou descabidas, ofensas desarrazoadas, atitudes e metas mais e mais duras até o ponto de tornarem-se inalcançáveis,⁵⁷ o que inclusive pode vitimar todo o universo de trabalhadores da empresa ou setor, configurando a “gestão por estresse”, ou “straining”.⁵⁸ Esses condenáveis métodos de trabalho em um momento extremo podem levar o empregado ao esgotamento total e doentio, denominado “síndrome de Burnout”, quadro patológico em que o indivíduo capitula frente aos “excesso de trabalho, recompensa insuficiente, altos níveis de exigência psicológica, estresse, baixos níveis de liberdade de decisão e falta de apoio social”, conforme bem mencionado em fundamentação de acórdão de que trata recente notícia de jornal.⁵⁹

56 CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho: direito individual e coletivo do trabalho*. 8.ed. rev., ampl. e atual. Salvador:Juspodivum, 2013, p. 899.

57 *Ibidem*, p. 900: “A expressão *assédio moral* foi adotada pelos principais estudiosos desse comportamento, mas também é denominado de *violência moral no trabalho, humilhação no trabalho, terror psicológico no trabalho e hostilização no trabalho*. Em outros países, recebeu os seguintes apelidos: *acoso moral*, nos países de língua espanhola; *bullying* na Inglaterra; *harassment*, nos Estados Unidos da América; *harcèlement moral*, nos países de língua francesa; *mobbing*, na Itália, Alemanha e países escandinavos; *ijime*, no Japão.” (grifos no original).

58 CAIRO JR., p. 902-3. Cf. José Cairo Jr., como o “straining” não contém o “isolamento grupal” típico do assédio, não pode ser considerado “assédio moral” típico, embora também enseje indenização. Não obstante, é muito comum se entender a “gestão por estresse” como “modalidade de assédio moral”, como se denota de julgado do Tribunal Regional da 8ª Região transcrito na própria obra citada.

59 COTIDIANO estressante provoca Síndrome de Burnout. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 2, 3 e 4 de maio de 2014. Espaço Vital, p. 27. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/publicacao-30541-cotidiano-estressante-no-trabalho-provoca-sindrome-burnout>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

Cabe esclarecer que, diferentemente do típico dano moral – advindo de um ato ou fato antijurídico isolado ou sequencial –, o assédio moral se configura por “um conjunto de pequenas ofensas, muitas vezes dissimuladas, que, isoladamente avaliadas, não chegariam a abalar o patrimônio ideal do trabalhador”; porém, somadas, elas indiscutivelmente resultam em lesão à vítima.⁶⁰ O didático julgado a seguir deferiu indenização a empregado por “assédio moral decorrente tanto da questão relativa aos cânticos motivacionais como da cobrança abusiva de metas”, pelo que se pode perceber que mesmo procedimentos muito aquém da “síndrome de Burnout” podem configurar o dano em questão:

E M E N T A - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CANTO E DANÇA MOTIVACIONAIS. “WAL MART CHEER”. As práticas motivacionais devem ser implementadas pelo empregador com o devido cuidado e respeito à pessoa dos trabalhadores, tendo sempre em mente que a remuneração a eles alcançada se dá em troca do respectivo trabalho/tempo à disposição, no que não se compreende a obrigatoriedade de participação em todo e qualquer ato (canto, dança, gritos de guerra) alheios às funções para as quais o trabalhador foi contratado. Ainda que, na visão da empresa, essas práticas não acarretem nenhum constrangimento aos seus funcionários, essa avaliação é subjetiva, em muito dependente das características pessoais (principalmente introversão x extroversão) de cada um. O certo é que, ainda que a força de trabalho do empregado não se separe da pessoa do empregado, é a primeira que é alienada em troca do salário, e não a segunda. Dito de outra forma, no tempo em que o trabalhador está à disposição da empresa, está para uma finalidade, constante do contrato de trabalho, de maneira que qualquer alteração dessa finalidade de modo que ela recaia sobre a pessoa do trabalhador, sem qualquer vinculação coma função para a qual foi contratado (o que se dá quando aos trabalhadores é determinado que cantem, dancem, façam “palhaçadas”, etc.), poderá configurar-se o dano moral, uma vez que, como já visto, ingressar-se-á na esfera subjetiva de avaliação, em que cada pessoa poderá (a depender de suas características pessoais) sentir-se constrangida e humilhada, e, nesse caso, fará jus a indenização. Recurso do autor provido para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais. [...]

VOTO RELATOR DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO:[...]

60 CAIRO JR., ob. cit., p. 902.

A prova produzida demonstrou que a cobrança realizada pelos prepostos da ré excedeu os limites do poder diretivo do empregador, ou seja, de forma capaz de ofender a dignidade da parte autora, caracterizando ato ilícito causador de dano moral indenizável. [...] Vale lembrar que a indenização fixada compensa a vítima do assédio moral decorrente tanto da questão relativa aos cânticos motivacionais como da cobrança abusiva de metas, o que também é levado em consideração para fins de arbitramento do valor. [...].⁶¹

Por fim, os tribunais trabalhistas também vêm reconhecendo danos morais pelo que na órbita do direito laboral se considera “assédio sexual”, entendido esse como desagradável pressão para que a vítima ceda a desejos lascivos e/ou sexuais daquele que a assedia. Isso pode ocorrer de inúmeras formas, como falas e recados de duplo sentido e maugosto, toques e carícias indesejadas no corpo da vítima, sugestões e/ou promessas de ascensão profissional em troca de prazer, etc. Nesse caso, a empresa que tem – ou devia ter – ciência do assédio responde por culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* por não controlar os abusos de seus prepostos ou por não ver o que era visível. Assim, provados os fatos, o dano moral pelo assédio se dá *in re ipsa*, pois a lesão à vítima é inescapável da situação ocorrida.

É importante sublinhar que, na órbita do direito laboral, o conceito de assédio sexual previsto na lei penal é estendido, uma vez que os tribunais laborais entendem prescindível a prevalência de “condição de superior hierárquico ou ascendência” sobre a vítima.⁶² Em outros termos, colegas de trabalho em igual posição hierárquica podem cometer assédio um contra o outro; ou até mesmo isso pode ocorrer de subordinado para superior, bastando a pressão e o desconforto sobre a víti-

61 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul – 8ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0000596-83.2014.5.04.0251 contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha. Porto Alegre, 30 abr. 2015. Publicado em 7 maio 2015. Des. Relator Francisco Rossal De Araújo. Participam do julgamento: Juraci Galvão Júnior, João Paulo Lucena. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 13 maio 2015.

62 CAIRO JR., ob. cit., p. 904. Cf. BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015. *Assédio sexual* (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001) “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.” (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

ma. O julgado a seguir deixa clara essa extensão conceitual, bem como exemplifica lamentáveis atitudes de assédio:

E M E N T A Assédio sexual. Indenização por danos morais. Ainda que não se tenha por preenchido o conceito de assédio sexual no seu estrito sentido jurídico-penal (artigo 216-A do Código Penal), para fins de responsabilidade civil extracontratual, com amparo no artigo 927 do CC, o ato ilícito alegado na petição inicial restou caracterizado. Aplicação do artigo 935 do CC.⁶³

Principalmente sobre o tema há um filme tratando de um caso real ocorrido nos Estados Unidos da América. Trata-se de “Terra Fria” – “North Country”, em título original –, dirigido por Niki Caro. A película retrata assédio sexual e moral e questões quanto ao direito à segurança nas relações de trabalho em uma mina de carvão no estado do Minnesota, bem como o processo judicial decorrente do desrespeito às mulheres que lá trabalhavam. O roteiro foi baseado no livro “Class Action”, de Clara Bingham e Laura Leedy Gansler, retratando fatos e o processo judicial “Jenson vs. Eveleth Taconite Company” que deles decorreu.⁶⁴ São inúmeras as cenas e diálogos que resumem o mais profundo e arraigado assédio no ambiente de trabalho, onde a maior vítima é uma empregada que afirma desejar apenas “vir para o trabalho como todos os outros. Ser paga no fim da semana, alimentar meus filhos e talvez, de vez em quando, tomar uma cerveja no Tee-Gees, no sábado”. Seu pai complementa sua fala com um emocionado discurso aos colegas de sindicato, lamentando o tratamento desumano, as ofensas verbais “impossíveis de

63 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul – 7ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0000879-36.2012.5.04.0006 contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Porto Alegre, 5 mar. 2015. Des. Relatora Denise Pacheco. Participam do julgamento: Emílio Papaléo Zin, Wilson Carvalho Dias. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 13 maio 2015. Trechos dos depoimentos testemunhais são representativos do ambiente nocivo que caracteriza o assédio sexual: falava que a depoente ficava “gostosa” quando trocava de uniforme; que colocava a mão na cintura das funcionárias; que quando a depoente se abaixava, falava do “cofrinho”; que presenciou cenas iguais com a reclamante; que viu a reclamante chorando durante o horário de trabalho após esse tipo de conduta [...] foi despedido agora porque assediou uma funcionária no local de trabalho; que isso ocorreu no ano passado.

64 *TERRA Fria*. Direção de Niki Caro. Produção de Nick Wechsler. Intérpretes: Charlize Theron; Frances McDormand. Participant, 2005. 1 DVD (126 min), son., cor. Los Angeles: Warner Brothers, 2005. Título original: “North Country”. Em tradução livre, o livro que originou o filme é “Ação coletiva: a história de Lois Jenson e o caso paradigma que mudou a lei do assédio sexual”.

serem repetidas”, os repugnantes desrespeitos lascivos, etc. que sua filha sofre pelos colegas de ambos, resumindo ele: “Eu fui operário a vida toda. E nunca tive vergonha disso, até agora. [Minha filha era respeitada por vocês. E como empregada não é.] Então qual é a diferença? Ela ainda é minha filha”.⁶⁵ Isso que nos faz pensar por que no ambiente laboral acontecem coisas lamentáveis ausentes em outros locais de convívio... O que explicaria isso? O desvirtuamento da subordinação? Inveja e competição entre colegas? Desejo de canalizar a própria opressão a outrem? Fica o convite à reflexão.

2.3. O teletrabalho, o monitoramento de “e-mail” de empregado e o “traga seu próprio dispositivo”

O salto tecnológico e cultural que a humanidade está procedendo através da popularização da internet e de dispositivos eletrônicos de conexão contínua à rede é nada menos que notável, ou até chocante. Em um lapso de duas décadas estão ocorrendo mudanças que certamente serão lembradas por muito tempo como verdadeira revolução. Com isso, fazendo o seu possível, o direito tenta alcançar as realidades que vão se transformando ou surgindo. No que tange ao direito do trabalho, as novas formas de prestar serviços através de “e-mails”, “notebooks”, “tablets”, telefones móveis, etc. trouxe uma gama de mudanças profundas no contrato de emprego, levando a jurisprudência e a doutrina a tratar de novos problemas advindos desse “teletrabalho”, o qual tem como diferencial a prestação de serviços através de “ferramentas de comunicação e informação (notoriamente “internet”), distante de seu tomador de serviços”, seja no próprio domicílio do trabalhador; em “centros satélites” usados pelos empregados para troca de informações com a empresa; em “telecentros” equipados com equipamentos de informática muitas vezes compartilhados por diferentes empreendimentos; em “telecottages” situados em zonas rurais; ou mesmo de maneira “móvel”.⁶⁶

Essas novas formas de trabalho motivaram inclusive uma alteração no art. 6º da CLT pela Lei nº 12.551, de 2011, tratando da su-

65 Ob. cit., capítulo 20, 1:35:01.

66 FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: estudos para regulamentação a partir do direito comparado. In: _____. (Org.). *Novas tecnologias e relações de trabalho: reflexões*. Porto Alegre: Lex Magister, 2011, p. 14-15.

bordinação jurídica ao empregador mesmo adistância e/ou de forma mediata, por “instrumentos de informática ou telemáticos”.⁶⁷ Em verdade, cabe dizer que essa alteração legal não representou grande inovação no ordenamento juslaboral, pois o tradicional conceito genérico de subordinação podia responder – e respondia – se essa ocorria ou não no “teletrabalho”; no entender de muitos, parece que a lei “não criou modalidade própria e até então desconhecida de subordinação”.⁶⁸ Não obstante, veio ela reforçar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que é possível haver relação de emprego através da mediação de instrumentos telemáticos. O julgado a seguir é exemplo das discussões processuais a respeito:

E M E N T A - VÍNCULO DE EMPREGO. TELETRABALHO. PRESTAÇÃO DE LABOR SUBORDINADO. Presentes os requisitos formadores da relação de emprego, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes no lapso declinado na petição inicial.

[...]

Fundamentação:

Não bastasse isso, veja-se o seguinte trecho de uma das mensagens enviadas pelo sócio da ré à reclamante no início do período contratual em discussão: “Te liguei na sexta e tu não atendeu. Até segunda a tarde os e-mails que eu te mandei na sexta não tinham sido baixados. Só recebi e-mails teus a noite”. Como se percebe, há evidências de que, embora o trabalho da autora fosse realizado predominantemente em sua residência, o andamento das atividades dela era supervisionado e controlado pelo sócio da demandada, por telefone e via e-mail. Aliás, observo que, na oportunidade, a obreira foi repreendida por não atender as ligações e não ter lido os e-mails encaminhados: “Eu não trabalho desta forma e as pessoas que trabalham comigo também não”.

[...]

67 MARTINS, Sérgio Pinto, ob. cit., p. 28: “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551 de 2011) Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011).

68 MALLET, Estevão. Trabalho, tecnologia e subordinação: reflexões sobre a Lei nº 12.551. *Revista do advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXII, n. 115, p. 51, abr. 2012.

Por oportuno, ressalto que o mero fato de a demandante desempenhar as suas atividades predominantemente fora da sede da demandada, por si só, não é suficiente para afastar o vínculo de emprego, especialmente diante da inequívoca presença de pessoalidade e subordinação no trabalho prestado, mesmo que a distância. Aliás, não se pode descuidar que a própria legislação trabalhista sofreu alterações recentemente para incorporar uma modalidade de prestação de serviços que tem sido cada vez mais utilizada na atualidade, a saber, o teletrabalho. Por essa razão é que a atual redação do art. 6º da CLT prevê que “*Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego*”, tal como evidenciado na espécie. O caso *sub judice*, vale dizer, se insere perfeitamente na hipótese descrita no parágrafo único do aludido dispositivo legal, assim redigido: “*Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*”.⁶⁹

No caso transcrito, os “e-mails” trocados entre prestador de serviços e empresa foram determinantes para o julgamento da ação. Tanto que, “para melhor elucidação da matéria [foi transcrita] uma série de correspondências eletrônicas trocadas entre a reclamante e o sócio da empresa”⁷⁰ por longas quatro folhas do acórdão que, por seu teor, levou ao reconhecimento da relação de emprego havida. Certamente, cada vez mais haverá casos a serem resolvidos dessa maneira, inclusive através de mensagens trocadas por outras plataformas virtuais, como o “WhatsApp”.

Cabe agora falar a respeito do monitoramento de “e-mail” de empregado, partindo-se da coexistência de diferentes direitos fundamentais na mesma realidade e do imperativo de que todos eles resembram íntegros, sem lesões a um pelo exercício abusivo de outro, mesmo com a prevalência de um deles no caso específico.⁷¹ Desse modo, o controle

69 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul – 11ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0020370-80.2013.5.04.0010 contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 10ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Porto Alegre, 2 dez. 2014. Des. Relator Herbert Paulo Heck. Participam do julgamento: Flávia Lorena Pacheco e Maria Helena Lisot. Publicação em 4 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

70 Loc. cit.

71 STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade*: no direito constitucional brasileiro.

empresarial ou não das mensagens eletrônicas enviadas e/ou recebidas pelo empregado reflete o embate entre direitos contrapostos de ambos os polos da relação de emprego. Dentre outros, aqui estão envolvidos principalmente o poder que a empresa detém de dirigir a prestação de serviços e seus direitos à honra e à imagem, os três contrapostos à dignidade humana⁷² e aos direitos à privacidade e à liberdade de expressão e crítica do empregado, os quais se caracterizam principalmente pela “liberdade de ser, estar, ir e vir ‘como quiser’”⁷³ e pelo dever que o Estado e todos têm “de não impedir a exteriorização da faculdade de pensar, de professar crença ou religião, de externar opção política ou de criar artisticamente”.⁷⁴ Trata-se de garantia fundamental protegida no inciso X do art. 5º da Constituição da República enquanto determina serem “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”.⁷⁵ Transpondo esses conceitos para o assunto

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 137-141: Conforme a teoria de Robert Alexy, em razão da posição em que se encontram no sistema jurídico, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas constitucionais ou por normas infraconstitucionais às quais a própria Constituição conferiu tal força. É o que ocorre quando de sua ponderação, momento em que se restringe em certa medida o direito fundamental, mantendo-se sempre seu “núcleo essencial”.

72 A “dignidade humana” é um dos “fundamentos da República Federativa do Brasil” consagrados no art. 1º da Constituição da República. Trata-se ela do valor humano imanente que toda pessoa detém em si, não maior nem menor do que qualquer outra. É possível sustentar que “a pedra fundamental” desse conceito está em: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 77: “No reino dos fins, tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”

73 MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. A privacidade do correio eletrônico (“e-mail”) do trabalhador no ambiente laboral em relação ao empregador e a terceiros. In: *Cadernos da AMATRA IV*. Porto Alegre, HS Editora, ano VIII, nº 18, p. 130, 2014. Esclarece o autor em nota de rodapé que “a liberdade de vida privada pode ser definida por dois círculos concêntricos [...]: o núcleo duro é constituído pelo direito de ser deixado em paz [...]. É um direito de resistência consagrado, dentro do qual o sistema jurídico define um certo número de espaços particularmente protegidos, seja porque são abrigos da vida privada (o domicílio), seja porque neles está a expressão mais evidente (segredo das correspondências). Além deste espaço protegido, aparece igualmente um direito à autonomia da vida privada, [o qual] implica a livre escolha de sua vida privada, o direito de ser diferente, ou mesmo de ser imprevisível e de levar sua vida privada como entende, ao abrigo do julgamento de outros.” (COLLIARD, Claude-Albert; LETTERON, Roseline. *Libertés Publiques*. 8.ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 360 *apud* MESQUITA, ob. cit., p. 130-1.)

74 MELLO, Cristiane Maria Freitas de. *Direito de crítica do empregado nas redes sociais*. São Paulo: LTr, 2015, p. 70.

75 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www>

em comentário é possível afirmar que esses direitos envolvem a garantia que tem o empregado de enviar e receber mensagens eletrônicas, telemáticas, etc. que reflitam o que ele realmente quer escrever ou ler,⁷⁶ considerando sempre que – por outro lado – a empresa tem um nome a zelar e pode fiscalizar e/ou rechaçar certas mensagens enquanto os serviços remunerados do empregado estiverem à sua disposição.

A jurisprudência e a doutrina vêm consagrando alguns critérios para equilibrar esses valores e direitos contrapostos, considerando principalmente que as pessoas podem ter contas de “e-mail” para diferentes necessidades, sejam elas pessoais, laborais ou outra qualquer. Desse modo, existem contas privadas, que o empregado pode fazer em provedor qualquer, utilizando-o para seu lazer, comunicação com amigos, parentes, “hobbies”, etc., conta essa que não deve(ria) ser acessada em horário de trabalho ou fiscalizada pela empresa. Por outro lado, existem os endereços eletrônicos chamados “corporativos”, os quais são fornecidos pela empresa “a seus empregados para o desempenho de suas funções [, sendo seu uso,] via de regra, restritos às atividades do negócio [e] sujeitos à leitura por outros empregados, prepostos ou chefes da companhia”.⁷⁷ Nesse caso, a empresa é a emissora, receptadora e/ou última interessada na mensagem, tendo assim direito de acessar, fiscalizar, questionar, corrigir, etc. a mensagem, embora seja exigível que fiquem bem claras as diretrizes que a empregadora segue para fazê-lo,⁷⁸ o que muito transparece em textos padronizados lançados ao final de tais mensagens, nos quais as empresas avisam que podem ler, fiscalizar, monitorar, etc. a natureza, teor, linguagem, anexos, etc. de tal correspondência.

Percebe-se que são os chamados “e-mails corporativos” que podem resultar em efeitos mais duvidosos, polêmicos e complexos na relação de emprego e na necessária relação de confiança entre patrão e

planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

76 É o que se interpreta teleologicamente do inciso XII do art. 5º da Constituição da República, o qual dispõe ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Excluir mensagens de “e-mail” da inviolabilidade referida seria negar o andar da tecnologia e do tempo, o que iria de encontro à ideia de interpretação finalística (“teleológica”), a qual costuma ser a mais adequada para chegar-se à melhor aplicação da lei. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, loc. cit.

77 MESQUITA, ob. cit., p. 135.

78 *Ibidem*, p. 136.

empregado. A jurisprudência dominante considera que endereços eletrônicos corporativos que contêm o nome da empresa – normalmente no formato “[...]@nomedaempresa[...]br” – podem ser fiscalizados pelo empregador, pois ele é o próprio provedor do veículo da mensagem, não importando se esse “e-mail” tem como primeiro dado o nome do cargo exercido ou aquele do empregado, pois em qualquer dos dois casos está afastada a expectativa de privacidade pelo nome empresarial hospedando o endereço eletrônico.⁷⁹ Havendo a advertência quanto ao possível monitoramento, é bastante pacífica a jurisprudência a respeito permitindo-o; não sendo o caso de aviso claro, nem tanto, embora o julgado a seguir decida explicitamente nesse sentido:

[EMENTA:] Hipótese em que a reclamante não nega a procedência dos e-mails e nem tampouco a utilização do e-mail corporativo da ré para uso pessoal. Ainda, o teor dos e-mails é nitidamente dissociado e impróprio à atividade laboral para a qual a autora foi contratada. Configuração do art. 482 “b” da CLT. [...]O fato de inexistir nos autos ciência da autora de que o e-mail corporativo estaria sujeito à monitoramento não dá direito à reclamante de usá-lo para recebimento e envio de material de conteúdo pornográfico, inclusive utilizando-se da logomarca da ré (docs ns. 58, 54). E-mail corporativo é um instrumento de comunicação virtual disponibilizado pelo empregador, equiparando-se, pois, a uma ferramenta de trabalho, destinado essencialmente à troca de mensagens de caráter profissional. Ainda, a associação da má utilização ao bom nome e reputação da ré, já que era utilizada a logomarca dela nos e-mails, poderá, em tese, acarretar a responsabilização da ré perante terceiros pelos danos praticados pelo empregado (art. 932, III, do CC) ou ainda prejuízo moral, já que lesivo à imagem da empresa. [...]⁸⁰

79 MESQUITA, ob. cit., p. 136. Para o autor, o segundo tipo de formato, no qual consta o nome do empregado e não o cargo do imediato detentor da conta de “e-mail”, deveria ter “o mesmo tratamento de uma conta pessoal, independente do contrato de trabalho ou de aviso do empregador para o empregado, pelo menos em relação aos não integrantes da empresa”; no entanto, esse entendimento tem sido minoritário e ilustre o quão polêmicas são essas questões, quanto às quais se deve ter a maior cautela possível.

80 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 17ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0001137.79.2012.5.02.0013 contra sentença proferida pela 13ª Vara do Trabalho de São Paulo. São Paulo, 9. mar. 2015. Des. Relatora: Rilma Aparecida Hemetério. Participam do julgamento: Sérgio J. B. Junqueira Machado e Thais Verrastro de Almeida. Publicação em 13 mar. 2015. Disponível em <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=3350229>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

O caso acima trata de situação bastante comum, na qual o “e-mail corporativo” é “ferramenta de trabalho” posta à disposição ao trabalhador pela empresa, é usado para envio e recebimento de material de gosto duvidoso que nada tem a ver com o emprego, o que pode ensejar prejuízos à empresa tanto por seu nome estar relacionado à mensagem comprometedora como pela possível indenização que destinatários eventualmente lesados possam vir a cobrar da empresa por receber a mensagem. Do que se viu, restam os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários majoritários de que, sendo pessoal o endereço de “e-mail”, nenhum direito a empresa tem sobre ele; porém, os endereços “corporativos” permitem o monitoramento de suas mensagens, sendo para tal fortemente recomendável que quanto a isso esteja o empregado advertido.

Outra grande novidade inserindo-se nos ambientes de trabalho brasileiros é o que se pode chamar “traga seu próprio dispositivo”, tradução literal do “Bring Your Own Device” – ou apenas “BYOD” –, que vem sendo adotado há certo tempo em todo o mundo. Conforme bem esclarece Guilherme Damásio Goulart em artigo admirável por sua originalidade e profundidade, caracteriza-se a prática pela permissão, sugestão ou até mesmo obrigação de o empregado utilizar “seus próprios equipamentos (como *notebooks*, telefones pessoais, *tablets*, etc.) para a realização de suas atividades laborais”, o que causa relevantes efeitos e problemas a resolver no espectro de direitos trabalhistas e de privacidade do prestador de serviço.⁸¹

A primeira questão que emerge dessa situação para os operadores do direito laboral é a nítida transferência dos “riscos da atividade econômica” ao empregado enquanto esse coloca seu patrimônio a serviço da empresa, o que é categoricamente rejeitado pela nossa legislação trabalhista desde o art. 2º da CLT,⁸² não sendo possível o trabalhador arcar com o desgaste, os eventuais estragos, as manutenções e os riscos de transporte e segurança a que seu dispositivo ficaria submetido quando a serviço do empreendimento. Da mesma forma que o empregado tem

81 GOULART, Guilherme Damásio. Limites do BYOD: entre o poder do empregador e a proteção dos direitos de personalidade do empregado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 40, v. 159, p. 72, set./out. 2014.

82 MARTINS, ob. cit., p. 4. “Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

direito à indenização por desgaste de seu veículo pessoal usado a serviço, pode também ele perceber o valor correspondente ao seu prejuízo pelo uso de equipamentos telemáticos quaisquer, como se deu em julgado transcrito no artigo citado:⁸³

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DA PRIMEIRA RECLAMADA. USO DE NOTEBOOK PRÓPRIO PELO RECLAMANTE EM SERVIÇO. Prova testemunhal que confirma o uso do equipamento pelo autor, bem como a prática adotada pela recorrente do pagamento a título de locação dos equipamentos de propriedade dos empregados utilizados em proveito de suas atividades. Recorrente que não comprova a alegação de que o uso não era essencial às atividades do obreiro. Pagamento mensal a título indenizatório deferido na origem que deve ser mantido. Recurso não provido.⁸⁴

Questão bem mais complexa – e talvez ainda mais crucial – é aquela quanto aos efeitos do “BYOD” sob o direito fundamental à privacidade. Em primeiro lugar, algumas das questões que se analisaram acima sobre o monitoramento de “e-mails” do empregado se aprofundam no aspecto agora analisado, uma vez que, enquanto usado como instrumento de trabalho, o dispositivo do empregado em tese deve(ria) estar passível de fiscalização empresarial através de exame das informações lançadas nos equipamentos do empregado; e para tal, seria evidentemente necessário ter o aparelho à disposição do supervisor, que teria acesso a toda gama de arquivos pessoais do empregado, submetido assim a uma exposição profunda de sua vida, suas preferências, objetivos, etc. No entanto, é certo que o poder diretivo do empregador não vai a esse ponto, estando ele restrito à forma da prestação de serviços, de modo que a interferência do empregador nas questões privadas do empregado extrapolaria a direção empresarial cabível. Certamente a maioria dos julgadores entenderia como inadmissível tal atitude, mormente considerando-se que o empregado já está colocando seus bens pessoais a serviço da empresa, os quais seriam ainda instrumentos de devassa em

83 GOULART, p. 75.

84 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Rio Grande do Sul – 1ª Turma Julgadora. Recurso Ordinário nº 0000855-52.2010.5.04.0014 contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 14ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Porto Alegre, 8 jun. 2011. Des. Relator José Felipe Ledur. Participam do julgamento: André Reverbel Ferndandes e Ioni Salin Gonçalves. Publicação em 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

sua privacidade. Indo mais além, pode-se pensar que até mesmo uma hipotética “autorização” do empregado para monitoramento de seus dispositivos poderia vir a ser desconsiderada em eventual processo judicial, pois é sabido que muitas vezes o empregado não tem outro caminho se não “autorizar” algo determinado pela empresa; e provada uma coação dessa natureza, pode restar configurado dano moral à pessoa do empregado. Em última instância e sem autorização válida, como bem aponta Guilherme Damásio Goulart, “o monitoramento não autorizado de equipamentos pode configurar, até mesmo, o crime de interceptação telemática não autorizada, nos termos da Lei 9.296/1996”.⁸⁵ É assim que o articulista acaba por concluir que, “se o empregador decidir utilizar o BYOD, esta escolha deverá vir acompanhada com a renúncia ao seu direito de monitorar os equipamentos do empregado”, sendo que nem mesmo os “altos empregados”, cuja subordinação à empresa é notoriamente minorada pela posição que ocupam, podem ter suas privacidade e intimidade “flexibilizadas” em nome da prática.⁸⁶

Não obstante todas essas questões, entraves e insegurança jurídica que o BYOD traz para aos seus adeptos – principalmente por não existir em nosso país legislação específica a respeito –, o fato é que a prática chegou ao Brasil com grande força, da mesma forma que o fez na Rússia, na Índia e em outras nações emergentes em que nada menos que 75% dos entrevistados em pesquisa afirmaram estarem propensos a adotar a prática em alguma medida, o que pode se explicar por um percentual ainda maior de respostas no sentido de que comprometer-se com o BYOD e estar conectado todo tempo ao trabalho pode ajudar na ascensão profissional do trabalhador; inclusive, 59% dos entrevistados nesses países em crescimento preferem usar o mesmo telefone celular para a vida pessoal e para o trabalho.⁸⁷ Em outros termos, o prestador de serviços dessas nações parece estar disposto a “investir” seus pertences na empresa visando nela alcançar melhores postos – ou mesmo nela se manter em momentos de crise, claro.

85 GOULART, p. 73.

86 Ob. cit., p. 85.

87 LOGICALIS commissions white paper studies on BYOD. In: *Logicalis: business and technology working as one*. 28 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.logicalis.com/news/logicalis-commissions-white-paper-study-into-byod/>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

Justificativas pragmático-profissionais à parte, o fato é que a legislação trabalhista brasileira existente não parece muito convidativa com o “traga de seu próprio dispositivo”; essa novidade representa muitos riscos a ambos os polos da relação de emprego; graves lesões a direitos e altos valores indenizatórios podem advir da prática. As principais tentativas de justificá-la⁸⁸ não convencem, uma vez que a suposta “economia por parte do empregador” esbarra na assunção dos riscos do negócio pela empresa, podendo essa visada “economia” se reverter em pesada indenização; por outro lado, o fato de os empregados “gostarem” mais de trabalhar com seus próprios dispositivos” certamente não leva em conta eventuais monitoramentos a que poderiam ser eles submetidos – dessa parte, é de se esperar que o empregado “não goste” –. Não obstante, é sabido que mesmo a sólida tradição e forte ideologia juslaboral brasileira admite eventualmente algumas mudanças, o que até é possível vir a ocorrer a respeito do “BYOD”, embora isso não pareça agora muito provável. Assim, da mesma forma que bem conclui Guilherme Damásio Goulart,⁸⁹ aqui também se entende que a adoção pura e simples do “traga seu próprio dispositivo” pode representar mais prejuízos e lesão a direitos do que economia e prazer no exercício do trabalho; por outro lado, adotar a prática com todas as cautelas necessárias – e necessariamente renunciando ao monitoramento – pode representar um custo monetário e burocrático talvez até maior do que o fornecimento de dispositivos pela empresa. Com tudo isso, no momento, em âmbito nacional, a adoção do BYOD não parece aconselhável.

3. Considerações finais: para onde vai a sociedade de trabalho?

Diante do exposto se extraem algumas certezas e uma grande dúvida. Fica claro que houve progressos nas exigências do ambiente de trabalho, pois não há mais espaço ou omissão legal para atitudes irresponsáveis para com o outro; não é mais possível desprezar qualquer polo da relação de emprego sem punição plausível. Exageros e ofensas que já foram vistos como “naturais” ou possível exercício de poder diretivo e liberdade de expressão, hoje podem ser declarados assédio moral, dano

88 GOULART, p. 73.

89 Idem, p. 84-5.

existencial, dano moral à empresa, etc. Cada vez mais o mútuo cuidado entre empregado e empregador deve ser uma realidade; caso contrário, há uma substancial gama de fundamentos doutrinários, jurisprudenciais e normativos para realizá-la ou compensar sua inexistência por indenização correspondente.

Ainda de acordo com esses tempos de necessário cuidado na relação de emprego, cabe mencionar uma ideia que toma força na doutrina europeia e começa a fazer eco no Brasil. Trata-se de levar em consideração o “compromisso” estabelecido entre empregado e empresa no vínculo empregatício, o que perfaz uma nova configuração principiológica do direito laboral, tratando o “princípio da proteção” como uma via de mão dupla, a qual salvaguarda também a empresa.⁹⁰ É com isso em mente que Bernd Rütters, Gérard Lyon-Caen e outros vêm repensando o vínculo de emprego mais como “colaboração” entre trabalhador e empresa do que antíteses entre ambos.⁹¹ Em Portugal, Maria do Rosário Paula Ramalho estuda profundamente esse assunto, sustentando que a tutela ao trabalhador é facilmente justificada pela sua subordinação jurídica à empresa e que, mesmo que isso seja menos evidente, é também necessário que se façam salvaguardas ao empregador, até para que lhe seja possível o cumprimento de tantos deveres contratuais cabíveis à empresa, viabilizando a permanência do contrato.⁹² Com isso, no contexto dos “deveres anexos” ao contrato, são realçados os aspectos sinalagmático e comutativo do vínculo de emprego e seus consequentes compromissos recíprocos e equivalentes. Resume a doutrinadora portuguesa: “o *princípio da compensação debitória complexa das partes no contrato de trabalho* [tem] duas vertentes: o *princípio da proteção do*

90 DOS SANTOS, Dartagnan Ferrer. A relação de emprego como compromisso bilateral: em busca de um consenso fraterno. In: *Cadernos da AMATRA IV*. Porto Alegre, HS Editora, ano VIII, nº 18, p. 159-163, 2014. Sobre o “princípio da proteção”, cf. PLÁ RODRIGUEZ, ob. cit., p. 42-43. Mesmo não imune a críticas, o “princípio da proteção” ainda é visto como o elemento essencial do direito individual do trabalho. A norma se manifesta em três dimensões: escolhendo-se sempre aquela interpretação normativa que mais favoreça ao trabalhador – “in dubio, pro operario”; aplicando-se a “norma mais favorável” ao obreiro quando existir mais de uma cabível ao caso; e evitando-se a aplicação de eventual norma nova que venha piorar a situação do trabalhador – “condição mais benéfica”.

91 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 916, p. 1-17, 5 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>>. Acesso em: 18 maio 2015.

92 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 970-3.

trabalhador e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão”.⁹³ Na doutrina brasileira, Amauri Mascaró Nascimento é um dos poucos doutrinadores de renome a fazer menção a essa visão duplamente tutelar do direito do trabalho, a qual considera “adequada aos imperativos da época que atravessamos e às crises econômicas que caminham na história com o direito do trabalho”.⁹⁴ É de se esperar que mais referências a essas “ideias compromissórias” venham a surgir. Porém, como se disse, não há certezas sobre os rumos a serem tomados pela sociedade do trabalho.

Por oportuno, cabe lembrar o mito de Fausto, tantas vezes recontado em várias versões até alcançar a condição de monolito cultural pela pena de Wolfgang von Goethe. Em grande esforço de síntese, diz-se que trata a história desse fascinante intelectual do mundo moderno em ascensão, o qual entrega sua alma a Mefistófoles em troca da plena vida terrena, para com ela “atordoar-se, [vivendo] as sensações da espécie humana em peso”; esse desejo de intensidade é tamanho que, ao final das “tratativas” desse interessante “contrato” (!), conclui Fausto que, assim, “me torno eu próprio a humanidade; e se ela ao cabo perdida for, me perderei com ela”.⁹⁵ No dizer de Marshall Berman, a obra canônica reflete no desejo de transcendência de Fausto – e em suas consequências – o nascimento da modernidade e “a tragédia do desenvolvimento” advinda do capitalismo então nascente, modelo econômico de produção que, dentre tantas coisas, ensejou a consagração do trabalho subordinado que configura a relação de emprego. Essa realidade econômica trouxe inegável “processo de desenvolvimento econômico e social”, contexto em que a humanidade viria a fazer conquistas jamais imaginadas; porém, ao mesmo tempo floresce nesse cenário “um estilo de maldade

93 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho*: Parte I – Dogmática Geral. 2. ed. atualizada ao Código do Trabalho de 2009. Coimbra: Almedina, 2009, p. 509. [itálicos da autora]. Em loc. cit., a autora também cita mais duas “grandes valorações materiais orientadoras” do atual direito do trabalho: “o *princípio do coletivo*, que evidencia a onipresença do elemento coletivo na área jurídica” e o “*princípio da autotutela laboral*, que evidencia a capacidade de sustentação do sistema laboral em prossecução dos seus interesses e sem dependência da jurisdição exterior”.

94 NASCIMENTO, Amauri Mascaró. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 461.

95 BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Tradução: Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Iorriatti. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 41. É possível afirmar que essa “faustiana” renúncia ou não à metafísica para viver intensamente a vida terrena – com as culpas e consequências advindas dessa escolha – tem sido cada vez mais o dilema de todos nós.

caracteristicamente moderno: indireto, impessoal, mediado por complexas organizações e funções institucionais”⁹⁶ Tais características positivas e negativas não desapareceram em nossa era pós-moderna, mas sim nela se fortaleceram; e muito do que se viu acima é prova disso.

Assim, com a lembrança de obra ainda tão significativa, é com a enigmática última fala da leitura cinematográfica de “Fausto” por Alexander Sukorov⁹⁷ que se pode responder à indagação sobre os presentes rumos da relação de emprego: de nossa posição, não sabemos para onde ela ruma em alta velocidade; sobre seu destino, sabemos apenas que é incerto. Desse modo, sobre sua marcha resoluto, só podemos dizer que é “sempre para além”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Elizete Lanzoni. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: construção de uma proposta pedagógica. In: MONDARDO, Dilsa, ALVES, Elizete Lanzoni; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos (Orgs.). *O ensino jurídico interdisciplinar: um novo horizonte para o direito*. Florianópolis. OAB/SC Editora, 2005.

ARAÚJO, Jussara Barros. Dano moral à pessoa jurídica no direito do trabalho. *Migalhas*. 17 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64965,11049-Dano+Moral+a+peessoa+juridica+no+Direito+do+Trabalho>>. Acesso em: 18 maio 2015.

ARISTÓTELES. *Órganon*: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

96 Ibidem, p. 66-7.

97 FAUSTO. Direção de Alexander Sokurov. Produção de Andrey Sigle. Intérpretes: Johannes Zeiler, Anton Adasinsky e Isolda Dychauk. Imovision, 2011. 1 DVD (139 min), son., cor. Proline Film, Rússia, 2011. Título original: “Faust”, capítulo 12, 2:13:33 O roteiro da obra cinematográfica – por Yuri Arabov – é livremente “baseado na obra de Wolfgang von Goethe”.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Tradução: Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Iorriatti. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BRANDÃO, Arnaldo e CAZUZA. *O tempo não para*. Intérprete Cazuza. Polygram. Universal Music. 1988. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=TrADo_p3nYU>. Acesso em: 19 jun. 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

_____. *Código Penal*. Decreto Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). *Elementos de Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho: direito individual e coletivo do trabalho*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 7. ed. 2ª reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

COTIDIANO estressante provoca Síndrome de Burnout. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 2, 3 e 4 de maio de 2014. Espaço Vital, p. 27. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/publicacao-30541-cotidiano-estressante-no-trabalho-provoca-sindrome-burnout>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

DA SILVA, Sayonara Grillo C. Leonardo. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Magister, v. 74, n. 3, p. 121-148, jul./set. 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DEMO, Pedro. *Éticas multiculturais: sobre convivência humana possível*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2005.

DOS SANTOS, Dartagnan Ferrer. A relação de emprego como compromisso bilateral: em busca de um consenso fraterno. In: *Cadernos da AMATRA IV*. Porto Alegre, HS Editora, ano VIII, nº 18, p. 148-172, 2014.

DYLAN, Bob. *Ballad of a thin man*. Intérprete (_____). CBS Discos. 1965. Letra e trecho disponíveis em: <<http://www.bobdylan.com/us/songs/ballad-thin-man>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

FAUSTO. Direção de Alexander Sokurov. Produção de Andrey Sigle. Intérpretes: Johannes Zeiler, Anton Adasinsky e Isolda Dychauk. Imovision, 2011. 1 DVD (139 min), son., cor. Proline Film, Rússia, 2011. Título original: “Faust”.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 916, p. 1-17, 5 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>>. Acesso em: 18 maio 2015.

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: estudos para regulamentação a partir do direito comparado. In: _____ (Org.). *Novas tecnologias e relações de trabalho: reflexões*. Porto Alegre: Magister, 2011.

FUNCIONÁRIA recebe indenização ao ter casamento prejudicado por carga horária em excesso. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 29 jul. 2014. *Jornal da Lei*, p. 6. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=168250>>. Acesso em: 25 maio 2015.

GOULART, Guilherme Damásio. Limites do BYOD: entre o poder do empregador e a proteção dos direitos de personalidade do empregado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 40, v. 159, p. 71-86, set./out. 2014.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, tradução e notas: Irene Borges-Duarte. Revisão Helga Hooek Quadrado. Lisboa: Fim de Século, 2003.

_____. *Ser e tempo*. Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas/SP: Unicamp; Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Tradução de Ruy Jungmann. Consultoria: Renato Lessa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Les temps hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2006.

LOGICALIS commissions white paper studies on BYOD. *Logicalis: business and technology working as one*. 28 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.logicalis.com/news/logicalis-commissions-white-paper-study-into-byod/>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

MALLET, Estêvão. Trabalho, tecnologia e subordinação: reflexões sobre a Lei nº 12.551. *Revista do advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXII, nº 115, p. 44-51, abr. de 2012.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentário à CLT*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Cristiane Maria Freitas de. *Direito de crítica do empregado nas redes sociais*. São Paulo: LTr, 2015.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. A privacidade do correio eletrônico (“e-mail”) do trabalhador no ambiente laboral em relação ao empregador e a terceiros. In: *Cadernos da AMATRA IV*. Porto Alegre, HS Editora, ano VIII, nº 18, p. 129-147, 2014.

MORAES, Gislane Setti Carpi de. Do dano moral e material em prol do empregador. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 9 dez. 2014. Jornal da lei.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, A. Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Studia Ivridica 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. 4ª tir. da reedição de 1993. São Paulo: LTr, 1978.

SILVA, Josué Pereira da. *Trabalho, cidadania e reconhecimento*. São Paulo: Annablume, 2008, p. 20.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*: Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral*. 2. ed. atualizada ao Código do Trabalho de 2009. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Josué Pereira da. *Trabalho, cidadania e reconhecimento*. São Paulo: Annablume, 2008.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SCARTON, Suzy. Redes sociais requerem cautela de empresários e trabalhadores. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 14 jan. 2014. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=151352>>. Acesso em: 23 maio 2015.

TERRA Fria. Direção de Niki Caro. Produção de Nick Wechsler. Intérpretes: Charlize Theron; Frances McDormand. Participant, 2005. 1 DVD (126 min), son., cor. Los Angeles: Warner Brothers, 2005. Título original: “North Country”.

VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática Kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

3

DIREITO EMPRESARIAL

Paula de Jesus Martins¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO - 1. O Estado, o Direito e a Economia - 2. Os contratos empresariais modernos e os títulos de crédito - 3. A empresa em crise - CONSIDERAÇÕES FINAIS - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Quando se inicia o estudo de uma nova área do Direito, o maior desafio do professor é fazer nascer a paixão, o encantamento do aluno de forma que ele se sinta motivado para entrar neste barco e ajudar a remar descobrindo um mundo novo. Cada vez mais os estudos sobre os processos de ensino e dos sistemas de processamento da memória concluem que esta é uma relação síncrona: é uma corrente estabelecida em dupla via.

Por mais que um professor seja brilhante, tenha ótima oratória, um cabedal de conhecimento, se o aluno não estiver aberto e *interessado*

¹ Professora das disciplinas de Direito Empresarial e Estágio Supervisionado no Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha/RS (Cesuca). Mestre em Ciências Sociais pela PUCRS. Especialista em Direito Tributário Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/FGV. Especialista em Direito Internacional pela UFRGS. Advogada.

do... Tudo se perderá em poucos dias ou meses e o verdadeiro *processo doconhecimento* não se terá estabelecido e germinado para o futuro.

O objetivo primeiro deste texto é que o leitor se sinta estimulado a procurar por mais, a ler outros autores, a estudar com profundidade os temas que lhe são apresentados. Que não se contente com conceitos e posições estáticas e perenes, que desenvolva o espírito questionador. Pois a essência do Direito Empresarial é que este vive em constante mudança, assim como toda a humanidade.

Não se pode almejar compreender o sistema jurídico que rege as relações mercantis sem estabelecer as devidas relações com a economia e os avanços e percalços do caminho da globalização econômica, e este texto inicia enfrentando esse tema.

Na sequência, será apresentado o programa geral da disciplina do Direito Empresarial, sua raiz constitucional de forma a estabelecer as relações com os demais ramos do Direito. Inicia-se o estudo da matriz societária, desde sua criação até sua extinção, na fase final dos estudos, intermediado pela apresentação dos contratos empresariais modernos e os títulos de crédito. Temas estabelecidos e os seus novos e constantes desafios.

1. O Estado, o Direito e a Economia

O Direito Empresarial estuda aqueles que se organizam a fim de empreender atividade de cunho econômico, em que a figura do “lucro” passa a ter uma caracterização relevante.²

Outros tipos de sociedades (que não empresariais) podem desenvolver atividade econômica, mas não com a finalidade principal de auferir resultado positivo para o capital investido, a exemplo de uma associação de bairro ou uma igreja. Nesses tipos de associações ou sociedades, as atividades propostas até devem objetivar um resultado econômico acima daquele investido. Mas se pretende com isso possibilitar atender os objetivos desta sociedade, e não dar um retorno patrimonial aos investidores, como ocorre nas sociedades empresariais estudadas na disciplina.

2 O Código Civil, no art. 966, conceitua *empresário* sem a menção expressa de *lucro*.

A doutrina e, posteriormente, a legislação têm classificado essas associações e sociedades como “Entidades Sem Fins Lucrativo”, inclusive para fins tributários. Young define:

Quando mencionamos a terminologia “entidades sem fins lucrativos”, estamos abrangendo uma vasta gama de espécies, tais como associações, as fundações, os sindicatos, as sociedades cooperativas, as entidades filantrópicas e beneficentes de assistência social e as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico.³

De outra forma, nas sociedades empresariais contratuais, os sócios especializam⁴ parte de seu patrimônio pessoal, constituindo uma outra pessoa, agora designada pessoa jurídica, sujeito de direitos e deveres, e que exercerá as suas funções objetivando criar mercadorias, prestar serviços, em suma, exercer o seu objeto social. Mas o objetivo de remunerar aquele capital investido é parte vital de sua existência, sob pena de não haver motivação para mantê-la. E, assim, não existiriam as mercadorias, serviços, etc. Marx denominava este movimento como rotação do capital: “o ciclo do capital, considerado não como uma operação, mas como processo periódico, é chamado sua rotação”.⁵

Nesse sentido, pode-se questionar a forma como a atual sociedade civil ocidental, sendo focada no consumo excessivo, necessita se retroalimentar por meio de incremento constante da atividade mercantil. Para responder se o crescimento é o mesmo que desenvolvimento, Souza⁶ recomenda a leitura dos estudos de Celso Furtado, Amartya Sen e Ignacy Sachs, autores que irão abordar e aprofundar a discussão sobre igualdade social, desenvolvimento humano e o desenvolvimento sustentável, temas intimamente relacionados ao Direito Empresarial.

Mas, por si só, remunerar a parcela de patrimônio que se aplica em determinada operação é recepcionado juridicamente como uma

3 YOUNG, Lúcia Helena Briski. *Entidades Sem Fins Lucrativos, Imunidade e Isenção Tributária*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

4 Chama-se patrimônio especial a parcela de patrimônio do sócio que se destina a constituir o capital social de uma sociedade, embora algumas sociedades possam ser constituídas sem capital, por exceção. O tipo de patrimônio legalmente permitido para este fim é diferente de acordo com o tipo societário pretendido e está previsto na Lei nº 6404/1972 para as Sociedades por Ações e no Código Civil para as demais.

5 MARX, Karl. *O Capital*. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 249.

6 SOUZA, Jobson Monteiro de. *Economia brasileira*. São Paulo: Pearson, 2011.

medida de justiça encontrada e fundamentada no próprio texto constitucional, em especial no art. 5º, inciso XXII, ao invocar a proteção à propriedade privada; e no art. 170 e seus incisos, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica tanto interna como internacionalmente.

Nas duas últimas décadas se falou muito no tema *globalização* e com foco central no processo econômico deste vocábulo. A globalização significava a abertura de mercados, a livre concorrência, as trocas mercantis sem barreiras. Talvez um pouco diferente do que como imaginavam nossos descobridores ao se lançarem ao mar em um longínquo dia, procurando opções ao mercado estabelecido com a Índia, mas fundado na relação de dominação imposta pelo descobridor. A globalização como o mundo transformado em um grande mercado em que todos pudessem, livremente, oferecer seus produtos e buscar a melhor relação de preço. Spence⁷ alerta que todos os casos de elevado crescimento, e de forma sustentável, só foram possíveis, principalmente, pela crescente abertura e aumento da conexão global da economia. A atividade empresarial obteve importantes avanços tecnológicos, nas comunicações, diminuindo custos de logística, conexão e coordenação, gerando crescente integração econômica. E, nesse contexto, exacerba-se a importância das multinacionais.

Ocorre que este não foi um fenômeno que teve o mesmo impacto para diferentes nações: existe um forte sentimento entre parte dos estudiosos do fenômeno de que a globalização penalizou vários dos Estados menos favorecidos e/ou industrializados favorecendo os mais desenvolvidos. Sensação esta que se intensificou com as crises na Espanha, na Grécia, em Portugal, entre outros, eclodidas nos últimos anos. Singer já destacava que a grande diferença entre economias adiantadas e atrasadas estava nos seus pobres: “Não faz muita diferença ser rico nos Estados Unidos, no Brasil ou na Índia, mas é bem melhor ser um operário braçal num país industrializado do que em país não desenvolvido...”⁸

A Organização Mundial do Comércio (OMC) não está alheia a este fenômeno e possui expressa previsão de fundamentos os quais possibilitam medidas protetivas, contingenciais, embora não haja reconhecimento pleno de que tais medidas consigam, efetivamente, proteger

7 SPENCE, Michael. *Os desafios do futuro da economia: o crescimento econômico mundial nos países emergentes e desenvolvidos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

8 SINGER, Paul. *Aprender economia*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 111.

estas nações mais desfavorecidas em relação às consequências nocivas da globalização.⁹

E este não é o único fator a ser questionado. Quando se trabalha, legislativamente, a livre circulação econômica, esta tem um viés de focar-se na circulação de mercadorias, serviço e capital. Mas fator essencial da produção é o trabalho humano. E sobre este não se obteve o mesmo avanço na transnacionalização. A condição de estrangeirismo é fator determinante para o exercício do direito fundamental ao trabalho. Casella afirma que o texto constitucional aparentemente adota o modelo da integração considerando a dinâmica política da integração econômica, a teor do parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal, que afirma: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.¹⁰

Então, a pergunta que se apresenta é o quão efetiva é a liberdade de mercado quando os processos de produção estão sob bases muito díspares, entre estes mesmos Estados que buscam um mercado comum. Torna-se o desafio do século XXI para a economia mundial responder a este dilema. E, conseqüentemente, para toda a atividade empresarial, afetada de forma direta ou indireta, indistinto o ramo de atuação. Pois não é mais possível estudar o Direito Empresarial única e exclusivamente diante do Direito brasileiro, sem reconhecer a medida da interferência da economia internacional neste contexto e para vários outros ramos do Direito.

A sociedade empresarial, a pessoa jurídica e a empresa, compreendendo conceitos. O indivíduo, a pessoa natural, para o Direito é um fato, uma realidade. Basta o seu nascimento com vida para ser detentor de direitos e obrigações, independentemente de sua capacidade para exercê-los, de forma pessoal.¹¹ É a quem o Direito Civil chama de pessoa natural. O registro de seu nascimento é ato acessório, de natureza administrativa e não lhe altera a medida de personalidade. É um ato posterior ao fato jurídico do nascer com vida. Pontes de Miranda

9 Para compreender melhor estas exceções ao comércio internacional, ler: WELBER, Amaral. *Para entender o comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

10 CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional: vertente jurídica da globalização*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

11 Sobre a personalidade e capacidade civil, o Código Civil dispõe em seus arts. 2º ao 10.

afirmava que “o fundo de empresa se constrói no mundo fático, ainda que mediante elementos jurídicos”¹²

Fato diverso ocorre com as pessoas jurídicas. Ao se estudar a forma como o Direito brasileiro disciplinou as sociedades mercantis (um dos vários tipos possíveis de constituição de pessoa jurídica), observa-se que a personificação destas sociedades se dará mediante seu registro.¹³ Ou seja, a pessoa jurídica da sociedade empresarial é assim reconhecida através do ato do registro no órgão competente.¹⁴ Mas a ausência deste registro não afasta a disciplina legal normativa, inclusive lançando regulamentação própria para dois tipos societários possíveis de serem reconhecidos, ainda que ausente a fase registral.¹⁵

Desta forma, impõe-se que se façam conceituações de forma a construir o arcabouço mental a ser preenchido com o aprofundamento do estudo desta matéria. Compreendendo-se o “esqueleto” normativo e conceitual, o estudioso será capaz de construir de forma lógica a base do Direito Empresarial e suas respostas.

As pessoas jurídicas são ficção, criadas pelo Direito. Não possuem existência por si só, ao contrário das pessoas naturais. O Código Civil brasileiro as divide em dois grandes grupos: as pessoas jurídicas de Direito Privado e as pessoas jurídicas de Direito Público. O primeiro grupo, formado pelas pessoas jurídicas de Direito Privado, podem ser constituídas sob várias formas societárias e esta deverá ser uma escolha com base nos objetivos que se busca alcançar com tal associação. Por esta razão, como pessoas jurídicas privadas temos o rol, exemplificativo, do art. 44 do Código Civil. As sociedades empresárias encontram-se contempladas nos incisos II e VI.

12 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XV. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 365.

13 Sobre início da pessoa jurídica de Direito Privado, ver Código Civil, art. 45: “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

14 As sociedades mercantis são registradas perante o Departamento Nacional de Registro dos Atos do Comércio, autarquia federal, em uma de suas regionais, chamadas Juntas Comerciais, conforme regramento da Lei nº 6.015.

15 O Direito brasileiro reconhece a existência de Sociedades não Personificadas: a Sociedade em Comum, antigamente chamada de Sociedade de Fato; e a Sociedade em Conta de Participação. Ambas não são registradas, mas reconhecidas, em seus arts. 986 a 996.

Pode-se imaginar uma associação em prol de animais abandonados que realize um evento com fins a arrecadar fundos. Este evento pode ser realizado mediante a compra e revenda de mercadorias com um *plus*, que não caracteriza lucro, sob o ponto de vista econômico e até mesmo fiscal. Antes, é um resultado que será direcionado ao objetivo de atender aos animais. Ao passo que uma sociedade estabelecida para comprar e revender mercadorias (até mesmo para aplicação em animais) buscando um resultado chamado lucro será considerada uma sociedade empresarial. E a estas se destina o cerne do estudo do Direito Empresarial, ainda que não exclusivamente.

O segundo grupo, as pessoas jurídicas de Direito Público, possuem duas subdivisões: as pessoas de Direito Público externo e pessoas de Direito Público interno.

Apesar de ser área de Direito Privado, no estudo da atividade empresarial será importante conhecer e reconhecer a normatização sobre estas pessoas jurídicas de Direito Público, pois influenciarão diretamente toda a atividade econômica e empresarial. São estes os entes responsáveis pelo estabelecimento de programas e diretrizes de atuação nacional e internacional, como, por exemplo, na estrutura do Direito Concorrencial ao tratar de atos de concentração, liberdade econômica, direito e defesa da concorrência, entre outros.¹⁶

As pessoas jurídicas de Direito Público são as responsáveis por determinar o sistema econômico adotado, compreendido este como o conjunto de relações básicas, técnicas e institucionais que caracterizarão a organização econômica de uma sociedade. Destas escolhas pode-se adotar uma economia de mercado ou de um planejamento centralizado, por exemplo, a depender da maior ou menor interferência estatal na economia. Móchón¹⁷ afirma que os dois maiores sistemas de organização econômica são a *autoridade* e o *mercado*. Como autoridade deve ser compreendido todo o conceito de Estado. Piketty atualiza o estudo do tema para os contornos da economia na atualidade:

A questão do “retorno do Estado” não se coloca da mesma maneira nos anos 2010 do que nos anos de 1930, por uma razão simples: o peso do

16 COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Orgs.). *Direito Concorrencial, aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

17 MOCHÓN, Francisco. *Princípios de economia*. São Paulo: Pearson, 2007

Estado é muito maior hoje do que era àquela época, e em grande medida ele agora é maior do que nunca. É por isso que a crise atual se traduz às vezes em acusar os mercados e questionar o peso e o papel do poder público.¹⁸

Portanto, seria simplista anunciar que o estudo do Direito Empresarial esteja completamente inserido na seara do Direito Privado, pois a interferência e o controle estatal estão presentes diretamente a invocar os conceitos e fundamentos do Direito Público. E, com as alterações ocorridas no Código Civil, em 2002, o Direito Empresarial passou a estar normatizado ainda no antigo Código Comercial, datado de e no Código Civil. Esta realidade provoca longos debates entre comercialista e a autonomia do Direito Empresarial. O certo é que o Direito Civil trará temas de profundo interesse ao Direito Empresarial.

Parte do Direito Civil que trata sobre o direito de propriedade vai debruçar-se sobre a proteção da propriedade privada de bens de produção e a medida de sua restrição de uso e gozo. Pois a sua concentração em mãos de poucos particulares, fato que retiraria da propriedade privada a sua função social, ensejando atuação do ente público. Oliveira Ascensão, inclusive, insurge-se contra atuação de “sociedadesmultinacionais”, pois considera que a unificação europeia serviu para falir o Estado em prol destas sociedades:

Assim, o problema central da restrição dos titulares privados dos meios de produção coloca-se hoje perante entidades muito mais poderosas. E na pior altura: o Estado falido fica internacionalmente subordinado às potências tutelares das multinacionais, e os movimentos de integração económica tiram-lhe espaço de manobra para definir os quadros em que se deve processar a produção e a distribuição dos bens.¹⁹

Observe-se: retorna o tema da economia/integração/mercado e suas consequências para o Estado. É impossível pretender estudar o tema da atuação empresarial sem enfrentar a questão do comércio internacional.

Compreendido o tipo de pessoa jurídica de Direito Privado a que se destina, de forma central, o Direito Empresarial, parte-se para con-

18 PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 461.

19 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: reais*. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 145.

ceituar e compreender o vocábulo *empresa*. Cretella Neto²⁰ sintetiza a preocupação dos comercialistas, dentro dos sistemas jurídicos nacionais, a se dedicarem a elaborar um conceito para empresa a partir da entrada em vigor do Código do Comércio francês de 1808. E que, ao exercer as suas atividades além da fronteira do Estado de origem, estas passariam a se chamar transnacionais.

Pontes de Miranda conceituava empresa:

Chama-se empresa ou estabelecimento ao exercício profissional de atividade econômica, que se organize para a produção ou distribuição de bens ou serviços. De ordinário, quem cria a empresa precisa de complexo de bens, que possa dispor e usar, para atingir os fins do empreendimento. Somente a natureza e a extensão da empresa podem determinar o que é mister, como meio, no tocante a bens, móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos e no tocante a pessoas, que prestem serviços.²¹

Este conceito permanece válido nos dias atuais, apesar da mudança conceitual havida com a migração do Direito Societário do Código Comercial para o Código Civil, havida em 2002. Empresa não se confunde com a sociedade. Esta representa o tipo jurídico (entendido, ou não, como contratual) com que se irá desenvolver aquela. Coelho afirma que “A realização de investimentos comuns para a exploração de atividade econômica pode revestir de várias formas jurídicas, entre as quais a “sociedade empresária”.²²

Doutrinadores divergem sobre a natureza contratualista, ou não, do Direito Societário, sendo que o elemento da vontade da união de pessoas para um objetivo comum – a *affectio societatis* – restaria considerado como elemento vital para a sua criação. Fiuza, ao adotar a tese contratualista, dispõe haver quatro elementos do contrato de sociedade:

O primeiro elemento caracterizador é a pluralidade de sócios. Aliás, elemento essencial, sem o qual não haverá sociedade.

O segundo elemento é o *affectio societatis* que, como já vimos, traduz-se na vontade de constituir sociedade.

20 CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais do comércio*. Campinas: Millenium, 2010.

21 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XV. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 353.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Terceiro elemento é a personalidade jurídica. A sociedade regulamente constituída adquire personalidade, totalmente distinta dos seus criadores. A pessoa dos sócios não se confunde com seus criadores, a não ser nas sociedades não personificadas.

[...]

O quarto elemento é a economicidade, caracterizada pelo exercício da atividade econômica com fins lucrativos. Sem isso, haveria simples associação.²³

Esta tese perde sua força com recentes atualizações legislativas que, ao alterarem o Código Civil, permitiram a criação da sociedade limitada com um único sócio.²⁴ Assim, estaria superada a necessidade de pluralidade de sócios, e a situação *sui generis* de haver um contrato entre uma única pessoa. Na verdade, o Direito brasileiro já admitia a sociedade unipessoal ao permitir que uma sociedade anônima estrangeira criasse uma subsidiária integral, no Brasil. Mas permanece o reconhecimento da distinção entre a pessoa do sócio²⁵ e a sociedade a qual foi constituída por meio da especialização patrimonial, como acima referido.

Os reflexos são observados no Direito Sucessório, pois a individualização da personalidade da sociedade fará com que os direitos patrimoniais do sócio sejam reconhecidos aos herdeiros, mas não o direito a integrar a sociedade, em caso de sucessão. Pacheco²⁶ explica que a expectativa patrimonial é reconhecida, na esfera de direitos e obrigações do sócio em relação à sociedade.

Compreender a caracterização da atividade empresária, as formas admitidas pelo Direito, a relação com outras disciplinas são os objetivos centrais desta primeira etapa do estudo do Direito Empresarial.

23 FIUZA, César. *Direito Civil*. Curso Completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 588.

24 A lei alterou o art. 980 criando o art. 980-A, que instituiu a Sociedade Limitada Individual, conhecida como EIRELI.

25 A figura do sócio pode ser exercida por uma pessoa natural ou por outra pessoa jurídica que contribui para a formação de uma nova sociedade.

26 PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

2. Os contratos empresariais modernos e os títulos de crédito

No contexto histórico, o Direito Empresarial (outrora intitulado Direito Comercial) nasce de uma determinada classe de pessoas, os comerciantes, a fim de disciplinar uma atividade peculiar. Tomazette afirma que “este direito corporativo se desenvolveu profundamente, de modo que seus institutos passaram a dizer respeito não apenas aos comerciantes, mas também a outros cidadãos”.²⁷ E, nesta parte do estudo, vão-se analisar os contratos empresariais e os títulos de crédito. Este é o foco do estudo da terceira etapa de Direito Empresarial.

Em seguimento ao programa da disciplina, parte-se para o estudo dos chamados contratos empresariais, em sua maioria designado “modernos”. *De plano*, causa estranhamento que tal adjetivação ocorra para designar contratos que habitam o mundo jurídico há décadas, ou séculos, a saber: *shopping center*, franquias, *factoring* ou fomento mercantil, *leasing* ou arrendamento mercantil, cartão de crédito, entre outros.

Maior surpresa o estudante encontra ao perceber que a totalidade dos contratos acima nominados não possuem normatização legal. Ou seja, numa sistemática centrada sobremaneira no positivismo normativo, tem-se que enfrentar negócios jurídicos sem legislação própria agravada pelo fato de que tais contratos são originários de modelos provenientes da *common law*. Por vezes, a solução que se tem dado aos conflitos emanados no cumprimento de tais contratos se demonstram teratogênicos. Pois possuem defeitos em sua formação se analisados sistematicamente com o Direito brasileiro.

Tampouco a modernidade de tais contratos pode justificar a ausência de texto normativo. A exemplificar, Fernandes²⁸ revê a origem histórica de um modelo rudimentar de contrato de franquias no modelo adotado pela Companhia das Índias Ocidentais, em associação entre o Estado, o clero e a burguesia comercial emergente na época. Portanto, moderno é um adjetivo que não se percebe mais como aceitável, ao menos. Venosa²⁹ faz parte da corrente doutrinária que entende não ser

27 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

28 FERNANDES, Lina. *Do Contrato de franquias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 39.

29 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 13. ed.

relevante distinguir entre civil ou empresarial unificando o estudo do Direito Privado. Afirma que o Direito mercantil ou empresarial é mais dinâmico, exige a simplificação das fórmulas do Direito Civil. E este novo Direito Comercial irá renovar-se mais rapidamente, flexibilizando negócios, embora tenha a raiz obrigacional do Direito Civil, mas, por vezes, fugindo de seus princípios tradicionais.

Parte-se, então, para distinguir os contratos empresariais dos demais modelos obrigacionais. Coelho resume a disciplina jurídica aplicável aos contratos empresariais quando estes são celebrados entre empresários, ou na presença da figura do consumidor:

A disciplina jurídica dos contratos é direito-custo. A margem de atuação da autonomia da vontade e a intervenção do estado, calibradas pela lei, interferem no cálculo empresarial. A previsibilidade (condição de eficiência deste cálculo) depende do reconhecimento da vinculação da livre vontade dos contratantes, nas relações entre empresários iguais, e da aplicação o quanto possível objetiva do direito vigente, nas relações entre os desiguais.³⁰

Ocorre que o Direito Empresarial possui nos costumes uma importante fonte de Direito, ao contrário de outras áreas do Direito a exigir tipificação restrita como ocorre no Direito Penal, o qual define que não haverá crime sem lei que o defina; e o Direito Tributário disciplinando que não será exigido qualquer tributo que não previsto em lei. A própria mercancia, toda a atividade de trocas econômicas e sua regulação fazem parte da história da humanidade, retratada exaustivamente pelos maiores autores para sintetizar a forma de viver de uma dada sociedade, em um determinado período, e seus valores.

Ao debruçar-se sobre o estudo dos contratos empresariais, o estudioso irá fazer, obrigatoriamente, uma primeira distinção para caracterizar o contrato em tese como tipicamente empresarial, por definição, ou se presentes atores caracterizados como empresários, ou não. Nesse ponto, retorna o tema inicial de estudo, qual seja definir com clareza se a sociedade a que dirige a norma de conduta é uma sociedade empresarial ou outro tipo de pessoa jurídica. Renova-se a importância da

São Paulo: Atlas, 2013.

30 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

compreensão inicial dos conceitos para o deslinde das demais questões que são apresentadas ao estudioso do Direito Empresarial.

O Direito Empresarial é, por certo, o ramo que mais frequentemente irá contrapor sistemas jurídicos provenientes de diferentes formas de Estado e de governo. Fenômeno retratado acima, quando se tratou da globalização. Sistemas com fundamentos completamente diferentes podem ser maiores embaraços, estabelecer sistemas de trocas mercantis como, inclusive, ocorre diariamente. Assim, a área dos títulos de crédito foi a mais forte e diretamente tratada a fim de promover a harmonização de sua regulamentação. A Lei Uniforme de Genebra, ao tratar de Letra de Câmbio e de Nota Promissória, é o exemplo claro de que as trocas econômicas de cunho internacional exigiam a segurança jurídica de um diploma superior a lhes dar efetividade. Ressaltando-se que tal norma não se restringe às obrigações de cunho internacional, mas toda e qualquer operação que ocorra em Estado signatário ao tratado.

Rizzardo³¹ diz que existe uma gama de direitos particularizados, provenientes da própria convivência, da relação e de convenções celebradas entre as pessoas. E nesta inter-relação humana se estabelecem condutas ou obrigações a serem prestadas umas às outras pessoas. E desta convenção celebrada, que faz nascer um Direito que pode ser exigido, surge a pretensão impondo seu cumprimento.

Os títulos de crédito representam este direito pré-constituído, literal e autônomo, o que os tornam importantes vetores de toda a economia, pela segurança jurídica que representam.

Um dos maiores clássicos da literatura, *O mercador de Veneza*, de Shakespeare,³² vai contar a história que culmina na exigência de multa por obrigação não cumprida expressa em título de crédito. No texto já é feroz o ataque ao tomador de juros, numa metáfora em que a remuneração do capital “sangra” o devedor, podendo lhe levar à morte. Ou seja, o detentor do capital vê a remuneração de seu patrimônio no prejuízo direto do seu devedor. E é exatamente as divergentes fundamentações sobre os limites existentes, ou não, à aplicação de juros o tema mais persistente, de uma forma geral, na interpretação destes contratos. E, novamente, retorna-se ao tema da possibilidade de intervenção daque-

31 RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

32 SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Saraiva, 2011.

las pessoas de Direito Público elencadas anteriormente em relações de natureza privada, confirmando que não se pode pensar o Direito de outra forma que não a de integrar conceitos de forma transdisciplinar.

3. A empresa em crise

Assim como as pessoas naturais que um dia morrem, as sociedades empresárias podem deixar de existir. *Podem*, porque uma sociedade, em regra, não tem prazo para sucumbir. E, se o objetivo do lucro está sendo atingido, a história natural aponta para uma continuidade de existência. Este é o foco do estudo da terceira etapa de Direito Empresarial.

A extinção de uma sociedade por deliberação dos seus sócios pode ocorrer em um processo de fusão, de incorporação ou de cisão. Estes fenômenos são estudados dentro do Direito Societário, na primeira etapa do estudo do Direito Empresarial. Estes eventos também podem visar à concentração de poder econômico e, por este motivo, “tais alterações podem necessitar passar pelo exame e aprovação dos órgãos públicos e de defesa da concorrência”,³³ nas palavras de Fabretti. Esta será uma extinção pela própria vontade e não pelo resultado negativo alcançado pela sociedade, quando não consegue entregar para os seus sócios o objetivo que era esperado.

No caso de a sociedade estar em crise, que poderá ser econômica ou financeira, o Direito Empresarial vai dedicar o estudo dos procedimentos de Recuperação Judicial, Extrajudicial e a Falência. Os três institutos se encontram regulados sob a Lei nº 11.101/2005.

Esta fase de estudo é chamada de Direito Falimentar ou *Concur-sal*, pois trata do concurso de credores que, de uma forma conjunta, buscam a satisfação de seus créditos renunciando a execuções individuais. A Lei nº 11.101/2005 também trata da possibilidade de a iniciativa ser tomada pelo próprio devedor, sendo que caracteriza qualquer um dos casos como sendo o estudo de um fenômeno *processual*, em que a norma é dirigida para as condições e procedimento da ação.

Este se inicia com a legitimação ativa e passiva das partes; a competência jurisdicional, disciplinando recursos e fases; concluindo com a alienação judicial de ativos e a previsão dos crimes falenciais. A importância de compreender-se o esqueleto das pessoas jurídicas em título an-

33 FABRETTI, Lúdio Camargo. *Direito de empresa no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

terior se demonstra, por exemplo, nesta fase quando a lei disciplina que estarão submetidas à falência somente as sociedades do tipo empresarial, e não as demais. Assim, a caracterização da figura do empresário e da sociedade empresária é ponto de partida para o estudo da fase falencial.

A grande modificação apontada com a introdução da Lei nº11.101/2005 em substituição à lei que tratava da Falência e Concordata foi a possibilidade de proceder-se à recuperação extrajudicial, em que a presença do poder judiciário se dá em fase final, de forma homologatória. E isto se deu pelo reconhecimento do legislador de que a sociedade em crise merecia ser protegida, amparada, eis que exerce importante função social.

Uma sociedade empresarial que se fecha provoca consequências mais ou menos sérias em toda a coletividade na qual está inserida: são trabalhadores, fornecedores, consumidores prejudicados. Além, por certo, dos seus credores diretos. Esta necessidade de conferir-se um prazo, condições especiais para a satisfação de seus débitos, foi recepcionado pela nova lei. Coelho afirma que

A superação da crise da empresa deve ser resultante de uma “solução de mercado”: outros empreendedores e investidores dispõem-se a prover recursos e adotar medidas de saneamento administrativo necessários à estabilização da empresa, porque identificam nela uma oportunidade de ganhar dinheiro. Se não houver solução de mercado para determinado negócio, em princípio, o melhor para a economia é mesmo a falência da sociedade empresária que o explorava.

Neste sentido, a lei trouxe tratamento novo ao permitir e estimular a solução para a empresa em crise por meio de acordo coletivo com os credores. Mas esta solução deve ser buscada quando, efetivamente, houver possibilidade de recuperação e saneamento e não a permissividade em manter-se lesando credores e consumidores.

Também, em consonância com texto constitucional, há a previsão de tratamento diferenciado e favorecido à pequena e à média empresa, o que, de início, havia gerado dúvida sobre se tal procedimento diferenciado se tornava um dever, uma obrigação, ou se se tratava de uma oportunidade lançada. Atualmente, não há mais dúvida de que a adesão ao tratamento diferenciado é uma opção da sociedade empresária.

Em suma, a terceira etapa do estudo do Direito Empresarial, à semelhança do que ocorre no Direito Civil ao tratar da sucessão e inventário, vai trabalhar a “morte” da sociedade empresária motivada pelo seu insucesso, fechando o ciclo de sua existência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudar Direito Empresarial se inicia com a compreensão dos fenômenos próprios da ciência econômica: na aplicação dos recursos escassos, na circulação e concentração de riquezas, e todos os desafios que tais temas apresentam no cenário interno e internacional. Empresas transnacionais não são mais exceção e os próprios avanços tecnológicos rompem barreiras inimagináveis, alcançando mercados que, até então, consideravam-se impossíveis.

E segue o estudo com a análise da caracterização do empresário, e da sociedade empresária, destinatários da norma. Conceitos estes que se vai buscar no Direito Civil ainda que se reconheça a autonomia do Direito Empresarial. É na codificação civil que se encontram as formas societárias admitidas no Estado, prefaciadas na discussão sobre a terminologia *Direito Comercial* e/ou *Direito Empresarial*.

Os conceitos iniciais são a base indispensável, o alicerce, para que o estudioso possa navegar pelos seus meandros, suas interfaces, munido de uma sólida formação estrutural. Por esta razão, este primeiro encontro com a disciplina deve ser uma imersão compartilhada, entre mestre e aluno, neste novo e encantador universo das relações empresariais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: reais*. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional: Vertente jurídica da globalização*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1 a 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Orgs.). *Direito concorrencial, aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais do comércio*. Campinas: Millenium, 2010.

FABRETTI, Lúaudio Camargo. *Direito de empresa no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Lina. *Do Contrato de Franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FIUZA, César. *Direito Civil*. Curso Completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARX, Karl. *O Capital*. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Provaso*. Parte Especial. Tomo XV. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOCHÓN, Francisco. *Princípios de economia*. São Paulo: Pearson, 2007.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SINGER, Paul. *Aprender economia*. São Paulo: Contexto, 2008.

SPENCE, Michael. *Os desafios do futuro da economia: O crescimento econômico mundial nos países emergentes e desenvolvidos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, Jobson Monteiro de. *Economia brasileira*. São Paulo: Pearson, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Teoria Geral do Direito Societário. v. 1.5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIDO, Elisabete. *Curso de Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YOUNG, Lúcia Helena Briski. *Entidades Sem Fins Lucrativos, Imunidade e Isenção Tributária*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

4

A TUTELA DE URGÊNCIA E A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Jaqueline Mielke Silva¹

SUMÁRIO: 1. A tutela provisória no novo Código de Processo Civil a partir de uma perspectiva crítica - 1.1. A provisoriedade como característica da tutela antecipada: o equívoco do legislador ao se referir à tutela cautelar como espécie do gênero tutela provisória - 1.2. Das disposições gerais, relativas à tutela provisória (urgência ou evidência) - 1.2.1. Da tutela de urgência cautelar ou antecipada requerida em caráter incidente ou antecedente - 1.2.2. Da isenção de custas da tutela provisória requerida em caráter incidental: nos termos do art. 303 do CPC/2015, § 4º - 1.2.3. Da conservação da eficácia da tutela provisória na pendência do processo - 1.2.4. A modificação ou revogação da tutela provisória - 1.2.5. Da determinação de medidas ex officio para a efetivação da tutela provisória - 1.2.6.

1 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora do Curso de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Imed e da Faculdade Inedi – Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca) e de outras instituições de ensino superior. Professora na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (Ajuris), na Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe), na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e na Escola Superior da Magistratura do Trabalho (Femargs). Advogada.

Necessidade de fundamentação da decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória - 1.2.7. Competência para processar e julgar o pedido de tutela provisória - 1.3. Da tutela de urgência antecipada e da tutela de urgência cautelar: disposições gerais - 1.3.1. Requisitos da tutela de urgência antecipada e da tutela de urgência cautelar - 1.3.2. Da concessão liminar ou mediante justificação prévia da tutela de urgência (cautelar ou antecipada) - 1.3.3. Efetivação da tutela de urgência cautelar - 1.3.4. Da responsabilidade civil pela concessão de provimentos urgentes: - 1.3.5. Da possibilidade da exigência de caução no âmbito da tutela provisória - 1.4. Do procedimento da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente - 1.5. Da tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente - 1.6. Da tutela de evidência - 1.6.1. Hipóteses de concessão da tutela de evidência - 1.6.2. Possibilidade de concessão de ofício da tutela de evidência - 1.6.3. Processamento do pedido de tutela de evidência - 2. A comunicação entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida: a necessidade de uma tutela provisória comprometida com as mudanças sociais - CONSIDERAÇÕES FINAIS - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. A tutela provisória no novo Código de Processo Civil a partir de uma perspectiva crítica

1.1. A provisoriedade como característica da tutela antecipada: o equívoco do legislador ao se referir à tutela cautelar como espécie do gênero tutela provisória

O Código de Processo Civil (CPC/2015) continua com inúmeros equívocos, tal como as versões anteriores, relativamente ao que denominamos, na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, de tutela de urgência. A primeira das incongruências diz respeito ao título do Livro V da Parte Geral, denominado de “Tutela Provisória”. O art. 294 do novo diploma legal coloca como espécie do gênero tutela provisória a tutela de urgência e de evidência. No parágrafo único do mesmo dispositivo legal, refere ainda serem espécies do gênero tutela provisória tanto a tutela antecipada quanto a tutela cautelar. Do modo como foi sistema-

tizado, o novo texto adota como característica tanto da tutela cautelar quanto da antecipada, e também da tutela de evidência, a provisoriedade, o que é um grande equívoco, consoante a seguir demonstrar-se-á.

Ovídio Baptista da Silva, há mais de três décadas,² demonstrou com precisão que a característica da provisoriedade diz respeito apenas à tutela antecipada e não à tutela cautelar, na exata medida em que o “provisório” pressupõe a substituição por algo definitivo.³ Assim, inexoravelmente, o provisório sempre implicará a antecipação do que se espera que ocorra definitivamente algum dia. Como na tutela cautelar não há antecipação dos efeitos da sentença final, mas mera preservação de direitos, não há que se falar em provisoriedade, mas sim em temporariedade. A tutela cautelar é temporária porque deve durar enquanto durar a situação de perigo a que está exposto o interesse tutelado. Ao tratar do tema, afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva⁴ que o “provimento cautelar igualmente deve ser temporário no sentido de que a sentença que o contém jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material”.

O exemplo do jurista português Lopes da Costa⁵ é bastante ilustrativo para a compreensão da diferença entre os conceitos de temporário e provisório. Os andaimes em uma construção são temporários e não provisórios, pois devem permanecer até que o trabalho exterior de construção do prédio seja ultimado. Eles são, porém, definitivos, no sentido de que nada irá substituí-los. Essa temporariedade, no entanto, difere do modo como o desbravador dos sertões se serve da barraca onde acampa, até que possa construir uma habitação definitiva. A

2 *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 78.

3 Neste sentido, o posicionamento de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 301), *verbis*: “Medidas provisórias: seriam, pois, provimentos jurisdicionais limitados no tempo, provimentos que não são, de uma vez por todas, interinos, como também são chamados. Alude-se a algo de definitivo que ainda não ocorreu; porque limitada no tempo também é a condenação a pagamento de alugueres futuros até o ano tal, ou a eficácia das sentenças [...]. A provisoriedade, como qualidade de estar a ação assegurativa em relação com outra, não poderia bastar à definição das medidas de segurança porque em todo adiamento de cognição (declaração, condenação, constituição) ou de execução há provisoriedade [...] e não há medida de segurança. Em certas ações executivas, esse caráter de cognição provisória é elemento mesmo de subclassificação [...]”.

4 *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 78.

5 *Medidas Preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. São Paulo: 1953, p. 16.

barraca, neste caso, desempenha uma função provisória, porque será substituída pela habitação definitiva. Ou seja, o provisório é sempre trocado por um definitivo. Em contrapartida, o temporário não pressupõe a substituição pelo definitivo e, conseqüentemente, não contém intrinsecamente a ideia de antecipação.

No exemplo de Lopes da Costa, se seguirmos a concepção de Ovídio Araújo Baptista da Silvade tutela cautelar, o processo cautelar equivalerá aos andaimes, enquanto a construção equivalerá ao direito da parte. Assim como os andaimes permanecerão enquanto durar a construção, a eficácia do provimento cautelar perdurará enquanto durar a situação de perigo. Já a barraca equivalerá à antecipação de tutela na exata medida em que ela antecipa a moradia definitiva. Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva,⁶

é significativo o emprego do verbo trocar feito por Lopes da Costa, para tornar evidente a identidade intrínseca que deve existir entre o provimento cautelar, tal como o concebeu CALAMANDREI, e o provimento definitivo, já que aquele deverá ser “trocado” por este. Ora a barraca utilizada pelo desbravador do sertão só poderá ser substituída pela habitação definitiva porque também ela serviu (teve a função) de habitação. O provisório poderá ser substituído pelo definitivo se houver entre ambos, como observou CALAMANDREI, uma identidade entre seus efeitos, de modo que o provisório tenha a mesma natureza do definitivo, pelo qual haverá de ser trocado. Em última análise: se for uma antecipação do definitivo.

Na verdade, quando o legislador reformador adotou a característica da provisoriedade tanto para a tutela cautelar quanto para a tutela antecipada – tal como já fez na sistemática do Código de Processo Civil de 1973 –, mais uma vez inspirou-se na concepção do jurista italiano Piero Calamandrei.⁷ A presença deste autor sempre esteve muito forte no cenário jurídico processual brasileiro, e sua influência marcante continua presente no Código de Processo Civil de 2015.

Piero Calamandrei, ao adotar a provisoriedade como um dos elementos característicos da tutela cautelar, acaba por inserir no âmbito do processo cautelar os provimentos satisfativos. Não é demasiado salien-

6 *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 79.

7 *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

tar que a concepção de Piero Calamandrei de provisoriedade é a mesma de Ovídio Baptista da Silva e de Lopes da Costa. Ou seja, para ele, a ideia de provisório pressupõe a substituição por algo definitivo e, consequentemente, antecipação (satisfação).

A consequência marcante do modelo proposto por Piero Calamandrei é que, partindo da ideia de que a tutela cautelar é provisória, ele reconhece a existência de cautelares satisfativas no sistema. Já Ovídio Araújo Baptista da Silva, partindo de uma base absolutamente diversa (temporiedade), jamais vai reconhecer que a tutela cautelar possa implicar satisfação. A tutela cautelar tem por objeto único e exclusivo a segurança de direitos. Se houver satisfação, estaremos diante de uma categoria distinta, que é a tutela antecipada. Ou seja, no âmbito de sua concepção de tutela cautelar, não há que se falar em cautelares satisfativas.

Certamente, à luz do Código de Processo Civil de 2015, permanecerá a discussão sobre a existência ou não em nosso sistema jurídico das chamadas cautelares satisfativas, justamente em razão do equívoco no título do Livro V da Parte Geral.

A partir do exposto, entende-se que o legislador teria sido muito mais coerente se tivesse dado como título “Tutela de Urgência e Tutela de Evidência”, colocando como espécies da tutela de urgência a tutela cautelar e a tutela antecipada. Jamais deveria ter dado como título do livro “Tutela Provisória”, pelas razões acima elencadas.

1.2. Das disposições gerais, relativas à tutela provisória (urgência ou evidência)

No Título I do Livro V, que trata “Das Disposições Gerais, da Tutela de Urgência e da Tutela de Evidência”, os arts. 294 a 299 contemplam normas gerais referentes a ambas as espécies de tutela.

1.2.1. Da tutela de urgência cautelar ou antecipada requerida em caráter incidente ou antecedente

Ambas as modalidades de tutela de urgência podem ser requeridas em caráter incidental ou antecedente, nos termos do parágrafo único do art. 294 do CPC/2015. No tocante a este aspecto, na vigência do CPC/1973, ambas as modalidades de tutela de urgência também podem

ser concedidas do mesmo modo, com uma diferença no tocante à tutela de urgência cautelar incidental: no CPC/2015, a tutela de urgência cautelar incidental independe do ajuizamento de uma ação autônoma, bastando que o pedido seja formulado por simples petição ao longo do processo. Em vez de dois processos, teremos apenas um, que contemplará lides distintas dentro de um mesmo procedimento. Se de um lado esta opção legislativa reduz o número de processos, de outro, traz um grande problema, que é a existência de lides distintas – cujos fatos precisarão de produção de prova –, em uma mesma relação processual. Ao que parece, mais uma vez, o legislador ignorou a existência de uma lide cautelar, distinta da lide principal, explicitada com precisão por Ovídio Baptista da Silva.⁸ Para o autor, um dos elementos a compor o conceito de tutela cautelar é a exigência de que exista uma situação cautelanda, objetivamente identificável com um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o postula. A inclusão deste pressuposto coloca o doutrinador em divergência com a doutrina dominante – adotada mais uma vez no CPC/2015 –, que confunde tutela cautelar com tutela do processo e apenas indiretamente e por via reflexa, protege o direito da parte.

1.2.2. Da isenção de custas da tutela provisória requerida em caráter incidental: nos termos do art. 303 do CPC/2015, § 4º

Na petição inicial da ação em que se veicular pedido de tutela de urgência antecipada, deverá o autor levar em consideração o pedido principal quando indicar o valor da causa. Esta é a razão pela qual a tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de novas custas processuais, nos termos do art. 295 do CPC/2015. Este mesmo raciocínio deve ser aplicado analogicamente à tutela de urgência cautelar incidental, considerando a disposição da parte final do art. 308 do CPC/2015, que dispensa o adiantamento de novas custas processuais por ocasião da formulação do pedido principal. Evidentemente que, se dispensa o recolhimento de novas custas processuais, é porque as mesmas já devem ser pagas por ocasião da distribuição da ação cautelar. Assim, entendemos que o valor da causa da ação cautelar deverá corresponder também nesta hipótese, à lide principal.

8 *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 83.

1.2.3. Da conservação da eficácia da tutela provisória na pendência do processo

Enquanto pendente o processo, a tutela provisória – antecipada ou cautelar – conserva a sua eficácia, nos termos do art. 296 do CPC/2015. Esta conservação da eficácia ocorre mesmo durante o período de suspensão do processo, de acordo com o parágrafo único deste dispositivo legal. Do mesmo modo, se a tutela provisória tiver sido concedida por juízo incompetente, entendemos que o provimento também não perderá a eficácia até que ocorra o pronunciamento do juízo competente. Segundo J.J. Calmon de Passos,⁹ a regra da competência deve ceder ao risco de dano irreparável.¹⁰

1.2.4. A modificação ou revogação da tutela provisória

O art. 296 do CPC/2015 contempla, ainda, a possibilidade de modificação ou de revogação da tutela provisória. Entendemos que essa modificação ou revogação possa se dar se houver alteração das circunstâncias de fato que ensejaram a concessão da tutela provisória.

1.2.5. Da determinação de medidas ex officio para a efetivação da tutela provisória

Tal como dispõe o § 5º do art. 461 do CPC/1973, o magistrado tem amplo poder na determinação de medidas em prol da efetivação da tutela provisória, nos termos do art. 297 do CPC/2015. A opção legislativa foi por não indicar taxativamente essas medidas respectivas, deixando-as no âmbito da discricionariedade judicial. Como exemplos de medidas adequadas para a efetivação da tutela provisória, podemos exemplificar a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Se-

9 *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VIII, p. 293.

10 Aderimos à velha tradição do direito português referida por Pontes de Miranda, a partir de Silvestre Gomes Moraes, aceita também por Jorge Americano, José Frederico Marques, J.J. Calmon de Passos, Galeno Lacerda, Ovídio Araújo Baptista da Silva, Humberto Theodoro Júnior, Betina Rizzato Lara e Luiz Orione Neto, no sentido de que a liminar deferida por juízo incompetente deva prevalecer até que o juízo competente se pronuncie a respeito, de conformidade com o vetusto princípio *quando est periculum in mora incompetentia no attenditur*.

guindo a mesma sistemática adotada pelo CPC/1973 – art. 273, § 3º– o CPC/2015 também optou pela aplicação das normas relativas ao cumprimento provisório da sentença, conforme dispõe o parágrafo único do art. 297.

1.2.6. Necessidade de fundamentação da decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória

Evidentemente que a necessidade de fundamentação da decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória decorre de disposição constitucional (art. 93, inciso IX). Ainda que o CPC/15 não tivesse tratado da matéria no art. 298, evidentemente que a exigência constitucional manteria essa respectiva exigência.

1.2.7. Competência para processar e julgar o pedido de tutela provisória

O art. 299 do CPC/2015, contempla regra similar ao art. 800 do CPC/1973 referente ao processo cautelar. De acordo com esse dispositivo legal, “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”. Nas ações de competência originária de tribunais e nos recursos, “a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito”.

1.3. Da tutela de urgência antecipada e da tutela de urgência cautelar: disposições gerais

Os arts. 300 a 302 do CPC/2015 contemplam normas gerais que dizem respeito apenas à tutela de urgência antecipada e/ou à tutela de urgência cautelar, não se aplicando à tutela de evidência.

1.3.1. Requisitos da tutela de urgência antecipada e da tutela de urgência cautelar

O art. 300 flexibilizou os requisitos rigorosos hoje exigidos para a concessão da tutela antecipada (satisfativa), previstos no art. 273 do CPC/1973. Conforme já mencionado, houve uma uniformização de re-

quisitos. Tanto a tutela de urgência antecipada quanto a cautelar estão sujeitas ao preenchimento de dois requisitos: probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. O primeiro deles corresponde ao *fumus boni juris* e o último, ao *periculum in mora*. Mais uma vez, observa-se o comprometimento do CPC/2015 com a doutrina de Piero Calamandrei ao vincular a tutela provisória ao perigo da demora e à ideia de proteção ao processo.

No âmbito da tutela de urgência de natureza antecipada, há ainda outro requisito, previsto no § 3º do art. 300 do CPC/2015, que é a necessidade de reversibilidade dos efeitos da decisão. Corrigindo a imprecisão terminológica do CPC/1973, o CPC/2015 – acertadamente – em vez de mencionar como requisito da tutela antecipada a reversibilidade do provimento, menciona a reversibilidade dos efeitos da decisão, tal como já entende a doutrina majoritária a respeito da matéria.

1.3.2. Da concessão liminar ou mediante justificação prévia da tutela de urgência (cautelar ou antecipada)

O § 2º do art. 300 do CPC/2015, por sua vez, também reflete norma já existente no atual CPC/1973,¹¹ ao permitir a concessão da tutela de urgência (cautelar ou antecipada) liminarmente ou após justificação prévia. A concessão de liminar poderá se dar independentemente da ouvida da parte contrária, tal como expressamente permite o art. 9º, parágrafo único do CPC/2015. O novo diploma legal, seguindo a mesma sistemática do CPC/1973, não define os moldes em que se realizará esta audiência respectiva. É de se indagar: a) precisará o réu ser convocado para comparecer a esta audiência? b) se convocado, ou mesmo se tomar conhecimento por outros meios, poderá participar desta audiência? Se afirmativa a resposta, poderá levar testemunhas? Entendemos que o réu não precisa ser convocado para participar da audiência de justificação prévia, na exata medida que é possível a concessão liminarmente, *inaudita altera parte*. Todavia, sua participação é restrita: poderá inquirir as testemunhas do autor e contraditá-las, não podendo levar testemunhas, tendo em vista que a audiência de justificação prévia é para o autor obter a liminar. O réu não terá nenhum prejuízo, tendo em vista que terá a possibilidade, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, de

11 Art. 804 do CPC/1973.

ouvir suas testemunhas. Do mesmo modo, a audiência de justificação prévia não se presta para a tomada de depoimentos pessoais. Se o contrário fosse verdadeiro, estaríamos possibilitando a realização de verdadeira instrução no início do procedimento, quando nem sequer houve a realização de contestação.

1.3.3. Efetivação da tutela de urgência cautelar

Em que pese a revogação de todas as ações cautelares nominadas (com autonomia procedimental, prevista no Livro III do CPC/73), o art. 301 do CPC/15, possibilita que a tutela urgente de natureza cautelar possa ser efetivada mediante “arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea a asseguaração do direito”. As cautelares nominadas deixam de ter requisitos próprios tal como ocorre hoje no CPC/1973. No CPC/15 a tutela de urgência cautelar poderá veicular pleitos que correspondam ao que hoje denominamos de cautelares nominadas. Entretanto, todas as ações serão tratadas apenas como cautelares (sem qualquer nomenclatura específica), observando-se apenas os requisitos previstos no art. 300 do CPC/15.

1.3.4. Da responsabilidade civil pela concessão de provimentos urgentes:

O art. 302 do CPC/15 contempla a responsabilidade civil pela concessão de provimentos urgentes, sejam eles de natureza cautelar ou antecipada.¹²

A responsabilidade civil contemplada neste dispositivo legal é de natureza objetiva. O legislador ligou o dever de indenizar perdas e danos apenas ao fato de ter o requerente, que tornou efetiva a medida urgente, sucumbido no processo principal, sem qualquer indagação no tocante à existência de culpa, dolo ou má-fé processual, que porventura tivesse se revestido a conduta do requerente ao obter a concessão da medida urgente. Basta a sucumbência no processo principal para que o dever de indenizar se estabeleça. As hipóteses contempladas no dispositivo legal são as seguintes:

¹² Trata-se de uma cópia adaptada do art. 811 do CPC/1973.

a) Sentença lhe for desfavorável (art. 302, inciso I): Quando a sentença que julgar o pedido principal é desfavorável àquele que tiver deferida em seu favor a tutela de urgência, esse responderá objetivamente pelo eventual dano ocasionado pela efetivação da medida urgente. Contudo, não há que se falar em dever de indenizar como resultado direto da sentença de improcedência proferida em relação à lide cautelar. Note-se que a tutela de urgência cautelar pode ser inicialmente necessária – e nessa hipótese ter causa – e, mais tarde, vir a perder a sua justificativa, sendo revogada pela sentença que julgar a lide cautelar. Nesse caso o demandante não pode ser responsabilizado pelo dano que a efetivação da tutela cautelar tenha causado à parte. Em semelhante situação, porque é imprescindível que se pergunte sobre a causa ou a justificativa da tutela de urgência cautelar, entendemos que a responsabilidade depende de culpa, exigindo uma ação (autônoma) para a obtenção de tutela resarcitória.¹³

b) Obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, o demandante não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias (art. 302, inciso II): uma medida urgente (cautelar ou antecipada) não pode causar gravame despropositado ao demandado, devendo obedecer a regra da menor restrição do possível. Assim quando não promovida a citação no prazo de 5 (cinco) dias, o demandante responde objetivamente pelo dano ocasionado pela efetivação da tutela urgente.¹⁴

c) Cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal: O art. 309 do CPC contempla as hipóteses de perda da eficácia da medida cautelar. Nestas hipóteses, aquele que teve em seu favor concedido um provimento urgente de natureza cautelar também responde objetivamente pelos prejuízos sofridos pelo réu.

d) Reconhecimento de prescrição ou decadência (art. 302, inciso IV): Tem exatamente o mesmo significado da sentença desfavorável no pedido principal. Assim como o autor responde objetivamente quando

13 Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero (*Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 763).

14 Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero (*Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 764), “a particularidade, nesse caso, é que a liquidação deve tomar em conta apenas o dano provocado durante o espaço de tempo em que o réu não esteve no processo em virtude do atraso em sua citação”.

a sentença no processo principal lhe é desfavorável, também responderá objetivamente quando for reconhecida a prescrição ou decadência.

De acordo com o parágrafo único do art. 302 do CPC/15, “a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”. Ou seja, prescinde do ajuizamento de ação autônoma.

1.3.5. Da possibilidade da exigência de caução no âmbito da tutela provisória

O § 1º do art. 300 contempla a possibilidade de o magistrado exigir a prestação de caução real ou fidejussória na tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar), podendo haver a dispensa se a parte economicamente hipossuficiente não a puder oferecê-la.¹⁵

1.4. Do procedimento da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente

O Capítulo II do Livro V dispõe a respeito do procedimento que deve ser observada na tutela antecipada requerida em caráter incidente. Nos termos do art. 303 do CPC/15,

nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

De acordo com esse dispositivo legal, na petição inicial, o autor veiculará a ação que pretende ajuizar, veiculando o pedido de tutela antecipada. Não há a necessidade de o autor, na petição inicial, exaurir os fundamentos para a procedência da ação, bastando a demonstração da probabilidade do direito afirmado, por uma simples e incontestável razão: o autor deverá aditar a petição inicial posteriormente, complementando sua argumentação.

¹⁵ Regra similar existe no art. 804 do CPC/1973.

A indicação do pedido de tutela final na petição inicial se revela fundamental, de modo a que o magistrado tenha condições de verificar o(s) efeito(s) da sentença que o autor pretende antecipar.

Após a concessão da tutela antecipada, de acordo com o § 1º, inciso I do art. 303 do CPC/15, “o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou em outro prazo maior que o juiz fixar”. Em não sendo realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (§ 2º). Se for realizado o aditamento, nos termos do inciso II, “o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334”. Se não houver composição do litígio, “o prazo para contestação será contado na forma do art. 334”.

No caso de o magistrado entender que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, nos termos do § 6º do art. 303, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias. Não sendo aditada neste prazo, a petição inicial será indeferida e o processo, extinto sem resolução do mérito.

Em não sendo interposto recurso da decisão que conceder a tutela antecipada, nos termos do art. 304 do CPC/15, a mesma torna-se estável. Isto significa dizer que o processo será extinto (art. 302, § 1º do CPC/15), através de sentença. Esta decisão não transita em julgado materialmente, tanto que poderá ser revista através de ação autônoma, nos termos do § 2º deste mesmo dispositivo legal. Entretanto, o direito de “rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo” (§ 5º do art. 303 do CPC/15).

A estabilização a tutela antecipada é uma das grandes novidades do novo diploma legal, tendo inspiração no direito francês,¹⁶ no insti-

16 Humberto Theodoro Júnior (Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*, n. 157, p. 129 a 146) sintetiza o *référé* francês da seguinte forma: “o procedimento do *référé*, no processo civil francês, cumpre o papel da tutela de urgência permitindo a adoção rápida de equacionamento para questões de mérito, tal como acontece na antecipação de tutela no direito brasileiro. Não o faz, entretanto, em incidente do processo de conhecimento, nem em ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaura-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo. São, pois, características do sistema francês do *référé*: a) a autonomia do procedimento de urgência; b) a provisoriedade da decisão neles proferida; c) a ausência de coisa julgada”.

tuto processual do *référé*.¹⁷ Uma das características importantes desse instituto é sua autonomia. Ao contrário da nossa vigente tutela antecipada, que sempre está condicionada ao julgamento do pedido principal, não passando de um acessório, cujo destino fica sempre vinculado ao acerto a ser feito futuramente, no direito francês, o procedimento do *référé* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo. A tutela de urgência na França ocorre em processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior julgamento do pedido principal para confirmação do provimento emergencial.

A autonomia em questão faz com que o juiz do *référé* não seja alguém que delibera no aguardo de uma posterior e necessária intervenção de fundo em outra prestação jurisdicional. Essa ulterior composição do litígio, de caráter definitivo, pode eventualmente acontecer, mas não como necessidade sistemática ou orgânica. Mesmo que os dois procedimentos girem em torno do mesmo litígio, não perseguem o mesmo objeto e, por isso, não pode um ser considerado como preliminar do outro.¹⁸

O fim principal e específico do *référé* não é a composição definitiva do conflito, mas sim a “estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso”. Mas tudo é feito sumariamente e sem aspiração de definitividade. O procedimento se encerra

17 Jânia Maria Lopes Saldanha (*Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil – A Sumariedade Material da Jurisdição – Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 375), ao tratar da eficácia do *référé* francês, leciona: “no entanto, sendo a jurisdição do ‘caso concreto’, o *référé* é a prova da elaboração jurisprudencial do Direito afinado com os fatores culturais da sociedade, em cujo contexto a hermenêutica viabiliza julgamentos sumários, perturbando a ‘normalidade’ dos Códigos. Talvez o *référé* seja o império luminoso negado que ilumina a paisagem em ruínas apresentada pela crise da racionalidade moderna, porque é a experiência do concreto que permite preencher os vazios deixados pela lei. Mesmo assim, embora sejam da essência do *référé* aquelas características antes citadas, não pode ele ser considerado a panaceia para os males da prestação da jurisdição, seja quanto à sua administração, seja no tocante à sua burocratização, seja quanto ao acesso a ela ou à morosidade dos ritos. Para muitos, não pode ser considerado um *empireéclaté*. De modo que o alarde que se faz relativamente ao seu uso é que poderia sim ser considerado apenas um teatro de aparências. Entretanto, nos limites em que é utilizado, evidencia que os fatos e a praxe forense, ao modo do *common law*, são capazes de sobrepujar o campo etéreo das teorias doutrinárias. O resultado é que tem viabilizado, com eficiência, o sucesso da execução das decisões, comprovando a extrema ductilidade dos provimentos provisórios”.

18 Neste sentido: VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Lês référés*. Paris: Litec, 2003, n. 1.054 a 1.057, p. 204; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. Revista de Processo, n. 157, p. 129 a 146.

no plano da emergência, com provimento próprio e independente de qualquer outro processo. Mas a sentença é desprovida da autoridade de coisa julgada. Em relação a futuro e eventual processo principal ou de fundo, em torno da mesma controvérsia, o provimento *référé* é apenas provisório (embora não temporário nem acessório). Cabe às partes decidir sobre a instauração, ou não, do processo principal. Encerrado, o *référé* a solução judicial perdurará, sem limite temporal e sem depender de ulterior confirmação em processo definitivo.¹⁹

1.5. Da tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente

O procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente está previsto no Capítulo III do Título II do Livro V. Na petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar antecedente, o autor indicará a lide, seu fundamento, a exposição sumária do direito e o perigo da demora na prestação jurisdicional (art. 305 do CPC15).²⁰

Caso o magistrado entenda que o pedido tenha natureza antecipada, nos termos do parágrafo único do art. 305 do CPC15, observará o procedimento do art. 301, referente à tutela antecedente de urgência antecipada, acima descrito. Ou seja, implicitamente, foi reconhecida a fungibilidade entre a tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência satisfativa. O inverso não foi reconhecido no projeto, o que certamente trará discussões se a fungibilidade se dará na via inversa (entre tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar). Considerando que a fungibilidade nesta via encontra-se amplamente reconhecida, certamente, o entendimento jurisprudencial não se alterará.

O réu será citado para contestar o pedido, no prazo de 5 (cinco) dias, indicando as provas que pretende produzir (art. 306). Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo réu os fatos alegados pelo autor (art. 305).²¹ Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

19 Neste sentido: VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Lês référés*. Paris: Litec, 2003, n. 1.054 a 1.057, p. 204; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. Revista de Processo, n. 157, p. 129 a 146.

20 Este artigo corresponde ao art. 801 do CPC/1973.

21 Correspondente aos arts. 802 e 803 do CPC/1973.

Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser formulado pelo autor, nos próprios autos, no prazo de trinta dias, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais (art. 308). Nos termos do § 1º deste mesmo dispositivo legal, o pedido principal pode ser formulado juntamente com o pedido de tutela cautelar. Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou mediação, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu (§ 3º, art. 308). Não havendo composição do litígio, o prazo será contado na forma do art. 334.

O art. 309²² contempla as hipóteses de perda da eficácia da tutela e urgência cautelar concedida em caráter antecedente, *verbis*:

Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I – o autor não deduziu o pedido principal no prazo legal;

II – não for efetivada dentro de trinta dias;

III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Por fim, o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou prescrição (art. 310 do CPC/15).²³

1.6. Da tutela de evidência

A tutela de evidência está prevista no Capítulo III do Título II do Livro V. Trata-se de uma modalidade de tutela provisória, de acordo com a sistemática adotada no CPC/15.

1.6.1. Hipóteses de concessão da tutela de evidência

Nos termos do art. 311 do CPC/15, a tutela de evidência será concedida independentemente de perigo da demora da prestação da tutela

²² Correspondente ao art. 808 do CPC/1973.

²³ Correspondente ao art. 810 do CPC/1973.

jurisdicional ou de risco ao resultado útil do processo, nas seguintes hipóteses:

a) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (art. 311, inciso I): o abuso do direito de defesa consiste em artifícios que a parte se utiliza para que o processo demore tramitando (v.g. interposição de recursos procrastinatórios, advogado que permanece com os autos em carga acima do período de tempo permitido);

b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmentemente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, inciso II): os requisitos para a concessão da tutela de evidência são cumulados (alegações de fato puderem ser comprovados apenas documentalmentemente +tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante).

Esta hipótese de concessão de tutela de evidência gera algumas indagações: será possível a concessão de tutela de evidência se a questão for de direito e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante? O que se entende por tese firmada em julgamento de casos repetitivos? Será que a tese firmada precisa ser dos Tribunais Superiores ou será que pode ser dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais?

Entendemos não haver nenhum óbice a que a decisão prolatada em sede de tutela de evidência possa também ocorrer se a questão objeto do processo for exclusivamente de direito, desde que também preenchido o requisito de haver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. O grande entrave para a concessão da tutela de evidência é a prova, e quando a questão é de direito, via de regra, dispensa-se a produção de prova.

A segunda indagação é mais complexa. Entendemos que o julgador *a quo* possa conceder a tutela de evidência, em havendo tese firmada nos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Estaduais, desde que a jurisprudência destes não seja contrária à dos Tribunais Superiores. Se a jurisprudência destes tribunais for contrária à dos Tribunais Superiores, entendemos que deva prevalecer a jurisprudência dominante dos últimos:

c) tratar-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada

a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (art. 311, inciso III);

d) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos dos direitos do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311, inciso IV).

A decisão prolatada com base nas hipóteses previstas nas letras “b” e “c”, *supra*, poderá ser liminarmente deferida, nos termos do art. 309, parágrafo único. Ou seja, quando o magistrado despachar a petição inicial, liminarmente, “inaudita altera parte” poderá deferir a tutela de evidência. As hipóteses especificadas nas letras “a” e “d”, *supra*, não são de liminar, em razão de já ter ocorrido manifestação do réu em ambas as situações contempladas.

1.6.2. Possibilidade de concessão de ofício da tutela de evidência

O art. 311 do CPC/15 dispensa o requerimento da parte para a concessão da tutela de evidência, razão pela qual se pode afirmar ser possível a sua concessão de ofício ou mediante requerimento.

1.6.3. Processamento do pedido de tutela de evidência

No caso de tutela de evidência deferida com base no art. 311, incisos I e IV do CPC/15, entendemos que a mesma será sempre em caráter incidental, justamente por pressupor a intervenção do réu. Já nas hipóteses previstas nos incisos II e II do mesmo dispositivo legal, a tutela de evidência poderá ser requerida na petição de inicial e concedida, inclusive, *inaudita altera parte*. Nos termos do art. 1.015, inciso I do CPC/15, a decisão que se pronunciar sobre a tutela provisória (e a tutela de evidência é uma espécie deste gênero respectivo) é atacada através do recurso de agravo de instrumento. Logo, trata-se de uma decisão interlocutória. Por fim, importante referir que a ação será processada de acordo com o procedimento previsto na legislação.

2. A comunicação entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida: a necessidade de uma tutela provisória comprometida com as mudanças sociais

O Direito Processual Civil moderno deve ser o resultado da prática da vida cotidiana. Portanto, todas as alterações no âmbito da tutela cautelar e da tutela antecipada não poderão ser, de forma alguma, um entrave na efetivação de direitos. De nada adianta o processo se ele não é capaz de solucionar os impasses do cotidiano humano. Neste sentido, a procedimentalização é fundamental para o desenvolvimento da própria sociedade. Todavia, ela apenas tem razão de existir se o seu sentido for a pacificação social. J. J. Calmon de Passos,²⁴ ao tratar do tema, refere:

O processo de produção do Direito, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e institucionalização de modelos ou esquemas de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos.

Somente se pode falar em uma pacificação social se tivermos um Direito Processual Civil adequado à realidade moderna, e não a outros momentos históricos. Ao tratar do tema, refere Luigi Paolo Comoglio:²⁵

[...] quest'ultima impone di considerare come dovuto (e cioè: come due, debido o dovuto) non già qualunque processo che si limite ad essere estrinsecamente fair (vale a dire: corretto, leale o regolare, sul piano formale, secondo la law of the land), bensì un processo che sia intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri etico-morali accetati dal comune sentimento degli uomini di qualsiasi epoca o paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione. Da qui traggono origine le postulazioni teoriche, ormai quasi dovunque condivise, per la promulgazione e l'adozione di solenni atti legislativi (nazionali od internazionali) che riconoscano a tutti gli individui, in termini effettivi e senza irrazionali discriminazioni, il diritto fondamentale ad un

24 In: PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo* – Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93.

25 COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 52, n. 3, p. 887-938, set. 1998, p. 899.

processo equo e giusto, quale nucleo essenziale del più ampio diritto ad un ordinamento giuridico giusto.

O autor ressalta a importância dos aspectos éticos, bem como da justiça do procedimento. Interpretar e aplicar o direito obriga sempre a um balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto passado da norma e a exigência presente da justiça.²⁶ Atender ao chamado da justiça exige a recriação da norma contida no texto legal, não somente no sentido de que toda leitura/interpretação jurídica deve atender à singularidade de cada caso. Neste sentido, uma prática interpretativa que adote os princípios morais e éticos pode ajudar a superar a indeterminação dos enunciados jurídicos. Não se trata de interpretação dirigida a uma resposta certa,²⁷ mas comprometida com a realização de direitos fundamentais, busca da justiça e o caráter aberto, intangível desta. Os princípios morais e éticos não funcionariam com sentido único e decisivo, mas apenas como orientação à atividade do julgador.

É preciso que seja estabelecida esta atividade dialógica entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida real, implementando-se instrumentos diferenciados, capazes de torná-lo mais ágil e efetivo. Ao tratar do tema, refere Nicolò Trocker:²⁸

26 Segundo Jürgen Habermas (*Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1929, p. 19), “em sentido moderno, a justiça diz respeito à liberdade subjectiva de indivíduos inalienáveis; em contrapartida, a solidariedade prende-se com o bem-estar das partes irmanadas numa forma de vida partilhada intersubjectivamente. Frankena fala do *principle of justice*, o princípio do igual tratamento, e do *principle of benevolente*, que nos obriga a fomentar o bem-estar geral. A ética do discurso explica por que razão estes dois princípios remontam à mesma raiz da moral – nomeadamente à vulnerabilidade, carente de compensação, revelada pelos seres vivos, que só se particularizam em indivíduos por acção da socialização, de modo que a moral, ao defender os direitos dos indivíduos, é obrigada a defender igualmente o bem-estar da comunidade a que o mesmo pertence”.

27 Segundo Juan Carlos Arroyo (*La teoría discursiva del derecho – sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000, p. 76), “en particular, en relación con el mundo del derecho, este universalismo normativo especialmente atento al contexto de acción implicaría entender [...] la aplicación del derecho como una cuestión pragmática, forzosamente contingente, que no tiene a priori una respuesta fija, pues siempre han de tenerse en cuenta las circunstancias, tendencias, probabilidades y posibilidades cambiante de cada caso práctico”.

28 “Legato al contrasto tra il garantismo formale che apre astrattamente i meccanismi processuali a chiunque intenda far ricorso al giudice per la difesa delle proprie ragioni, e la realtà dei nostri sistemi processuali – che con la loro complessità e costosità creano severi ostacoli alla realizzazione del diritto –, il problema dell’accesso alla giustizia si manifesta innanzitutto come problema di accesso agli strumenti di tutela giurisdizionale. E come tale esso richiede di trovare una sua prima risposta nell’impegno di istituire appositi strumenti capaci di attenuare gli ostacoli di carattere economico

Ligado ao contraste entre o garantismo formal que abre abstratamente os mecanismos processuais a quem quer que pretenda recorrer ao juiz para a defesa das próprias razões, e a realidade dos nossos sistemas processuais – que com a sua complexidade e custos criam obstáculos severos à realização do direito –, o problema de acesso à justiça manifesta-se antes de mais nada como problema de acesso aos instrumentos de tutela jurisdicional. E como tal, este solicita encontrar uma sua primeira resposta no compromisso de instituir adequados instrumentos capazes de atenuar os obstáculos de caráter econômico – o custo dos litígios – que condicionam a possibilidade de perseguir o reconhecimento judicial dos direitos. Hoje, este compromisso assume também uma severidade particular perante o reconhecimento constitucional das garantias ligadas ao princípio do “processo justo”.

No direito brasileiro, temos experimentado diversas tentativas de “modernização” do processo civil. Todavia, elas são incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária, por uma simples e incontestável razão: continuamos legislando baseados no paradigma da modernidade. Sem uma mudança de paradigma, continuaremos a ter “reformas” que são apenas paliativos, que em nada resolvem problemas como a efetividade do processo e a realização do direito. Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva,²⁹

[...], é indispensável, e mais do que indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, técnicos sem princípios, meros intérpretes passivos de textos, em última análise, escravos do poder [...], pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.

– il costo delle liti – che condizionano la possibilità di perseguire il riconoscimento giudiziale dei diritti. Oggi, tale impegno assume anche una particolare severità di fronte al riconoscimento costituzionale delle garanzie legate al principio del ‘giusto processo’ (TROCKER, Nicolò. Accesso alla giustizia e assicurazione legale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, p. 1065-92, dic. 1986, p. 1.066).

29 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Lima: Palestra, 2005, p. 44.

Em sentido amplo – e não apenas restrito à tutela antecipada e à tutela cautelar –, o Código de Processo Civil de 2015 é mais um destes paliativos, que de modo algum resolverá o problema da crise da jurisdição brasileira. Conforme refere Lenio Streck,³⁰ “o modelo de direito predominante no Brasil longe está de atender às demandas provenientes de uma sociedade complexa, no interior da qual convivem os mais significativos contrastes”.

Por todas as razões expostas é que a “nova” tutela provisória deverá ser interpretada de modo a efetivar direitos fundamentais, aproximando assim o Direito Processual Civil da realidade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 pretendeu simplificar o que hoje denominamos de tutela de urgência, inserindo no âmbito da tutela provisória os provimentos urgentes de natureza cautelar e também os de natureza antecipada, assim como a denominada tutela de evidência. Com esta opção, o legislador reformador afastou-se de todas as teorias clássicas a respeito da temática, gerando novas dúvidas no tocante à aplicação dos novos procedimentos.

O grande risco é que as discussões em torno da forma acabem se sobrepondo à substância do ato, e a efetivação de direitos acabe sendo sacrificada.

Entendemos que a interpretação do novo texto deva deixar de lado discussões puramente processuais, e que haja uma preocupação com a realização de direitos, mais precisamente de direitos fundamentais. O “marasmo” das discussões processuais deve dar lugar a uma interpretação comprometida com os avanços sociais.³¹

30 *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

31 Ao tratar deste tema, refere Lenio Streck (*Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 105) que “é nesse contexto, pois, que entendo o direito: como impulsionador de transformações sociais qualitativas e quantitativas, característica que exsurge do *plus* normativo exsurgente do Estado Democrático de Direito. Há um conjunto de avanços sociais, frutos de pressões de movimentos sociais, que têm recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e de legislações emanadas do Poder Legislativo”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho – sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Lima: Palestra, 2005.

_____. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei referes:tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pré-giudizio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, jun. 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Tradução de Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1981.

CARPI, Federico. Provvedimenti Interinali di Condanna, Escutorietà e Tutela dele Parti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1977.

CHIARLONI, Sérgio. Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, 1991, p. 672-673.

CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*. Il giusto processo civile. Bari, n. 1, 2006, p. 26-27.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 52, n. 3, p. 887-938, set. 1998.

COREA, Ulisse. Autonomia Funzionale della Tutela Cautelare Anticipatoria. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, out./dez. 2006.

COSTA, Lopes da. *Medidas Preventivas* – medidas preparatórias – medidas de conservação. 2. ed. São Paulo, 1953.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Processo Civil* – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Salvador: Juspodivm, 2011.

DONNE, Clarice Delle. *Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare*: il caso dei provvedimenti di ripristino. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, mar. 2006.

GHIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme sui procedimenti cautelari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, jul./set. 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1929.

LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inominadas. *Revista dos Tribunais*, n. 605.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil* – Comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINUCCI, Elena. La Stabilità dei Provvedimenti Cautelari in Materia di Proprietà Intellettuale ed Industriale alla Luce del D.LGS n. 140/2006. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, jan./fev. 2007.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização* – as categorias do tempo. Tradução de Guilherme A. G. de Andrade. São Paulo: Unesp, 1995.

MASSARI, Hildegard. La stabilità del Provvedimento Cautelare nel Processo Civile Tedesco. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, abr./jun. 1996.

MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessita dell'acertamento com autorità di giudicato. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, jun./set. 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 2007. V. 2.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PANNARALE, Luigi. *Il diritto e le aspettative*. Bari: Scientifiche Italiane, 1988.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo – Julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VIII.

QUERZOLA, Leo. Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di “provvedimento anticipatorio”. *Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile*, set. 2006, p. 795.

ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 309-20.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil – A Sumariedade Material da Jurisdição – Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARZIA, Giuseppe. *Il processo cautelare*. 2. ed. Padova: Cedam, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada*. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo* n. 157, p. 129-146.

TORRALBA, Alberto José Lafuente. La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional: hacia la autonomía de las medidas anticipatorias. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 156, p. 77-103, fev. 2005.

TROCKER, Nicolò. Acesso alla giustizia e assicurazione legale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, p. 1065-92, dic. 1986, p. 1.066.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). *Revista do Tribunal Regional Federal – 4ª Região*, Porto Alegre, a. 17, n. 62, p. 45-6, 2006.

VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Lés Référés*. Paris: Litec, 2003, n. 1054-1057.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes. Função Constitucional Semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 82, v. 21, p. 53-69, abr./jun. 1996.

5

A RECONVENÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Maria Lúcia Baptista Morais¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO - 1. Pressupostos da reconvenção - 2. Legitimidade na ação de reconvenção - 3. Requisitos da contestação com reconvenção e o procedimento - 4. Reconvenção, ações dúplices e pedido contraposto - 5. Extinção da ação reconvenicional - CONSIDERAÇÕES FINAIS - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Com a Lei nº 13.105/2015, houve a alteração do Código de Processo Civil e, a partir disso, a ação reconvenicional passou a ser proposta de uma forma mais simplificada, integrando a contestação. No entanto, este fato não retirou dela a natureza de ação incidental nem a dispensou de ter os pressupostos gerais e específicos. O réu-reconvinte e o autor-reconvindo poderão formar litisconsórcio com um terceiro. Além disso, também o substituto processual pode figurar no polo passivo da reconvenção. Este tipo de ação continua tendo

¹ Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Atualmente, é coordenadora do curso de Direito da Faculdade Inedi – Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (CESUCA). Professora da disciplina de Direito Processual I do CESUCA. Atua principalmente nos temas ligados ao processo de conhecimento, teoria geral do processo, tutelas provisórias, procedimentos especiais e prática jurídica. *E-mail:* Coord.direito@cesuca.edu.br.

autonomia, podendo ter seguimento, apesar da extinção da ação tida como principal.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.305/2015 alterou o Código de Processo Civil e, dentre as mudanças, está uma modificação na forma de propositura da ação reconvenicional. Houve muita expectativa e divergência sobre a real necessidade da alteração do CPC/2015. Pelo projeto e sua tramitação, sabia-se que seriam mudanças substanciais e em grande número; no entanto, no que se refere à ação reconvenicional, percebe-se que as alterações não foram tão profundas, embora tenha sido alterado o modo de sua postulação.

A reconvenção é uma ação incidental, portanto, ação proposta no curso de um processo no qual já se desenvolve outra ação. Ela pode ser ajuizada somente pelo réu ou ele em litisconsórcio com um terceiro. Além disso, ela pode ser proposta somente contra o autor ou em litisconsórcio com alguém que estava fora da relação processual. A reconvenção contém pedido em favor do(s) reconvinte(s) e deve ter conexão com a ação principal ou com a defesa.

No Código de 1973 essa ação também era incidental, mas proposta através de peça separada da contestação. Em geral, era processada dentro dos mesmos autos da ação principal e o juiz, ao receber a contestação e a reconvenção, determinava a remessa dos autos ao distribuidor para que ele procedesse à anotação e ao cálculo para o pagamento das custas. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma simplificação, agora o reconvinte deve fazer a sua postulação dentro da própria contestação com a manutenção do procedimento posterior de remessa.

O tema é importante, porque a reconvenção é uma ação que, quando utilizada, faz com que haja economia processual. Há uma cumulação da ação reconvenicional proposta pelo reconvinte e a primeira ação ajuizada pelo autor. Como as duas ações tramitarão dentro do mesmo processo, os atos como intimações e produção de provas serão realizados conjuntamente, levando a um ganho em termos de tempo de tramitação de processo.

Se não houvesse a possibilidade de reconvenção, em casos de ações conexas, o retardamento seria muito maior do que o tempo para

responder a reconvenção. As ações conexas, em geral, são juntadas após a verificação de qual juízo ou foro é prevento, ou seja, em qual deles se fixará a competência. Portanto, ganha-se com a propositura da ação reconvenicional, que dispensa esta etapa da alegação e análise de qual será o foro ou juízo competente.

O tema será desenvolvido abordando-se os pressupostos gerais e específicos; legitimidade para reconvir; requisitos da contestação contendo a reconvenção e o procedimento; a diferença entre as ações: reconvenicional, dúplice e pedido contraposto e a extinção da reconvenção.

1. Pressupostos da reconvenção

Apesar da simplificação procedimental introduzida pelo CPC/2015, nem a natureza jurídica da reconvenção foi alterada, tampouco os seus pressupostos. Neste sentido são os posicionamentos de Felipe Sripes Wladeck² e Daniel Amorim Assumpção Neves.³

A reconvenção é uma forma de contra-ataque do reconvinte contra o reconvindo, que, em geral, é o autor da ação principal. Além de apresentar a sua defesa, o réu faz um pedido que poderia ser feito em ação autônoma, mas por uma questão de economia processual, o legislador permitiu que ele fosse feito incidentalmente e agora de forma mais simplificada ainda, dentro da mesma contestação.

A necessidade de fazer o pedido reconvenicional decorre do princípio da congruência, ou seja, a correlação que deve existir entre o postulado e o que será deferido no provimento jurisdicional. Assim, se não houvesse a reconvenção, o juiz teria que limitar-se a, no máximo, improceder o pedido do autor e o novo pedido do réu teria que ser formulado em ação autônoma.

A propositura da ação reconvenicional implicará na cumulação de ações, mas trata-se de uma faculdade do reconvinte. Caso ele não reconvenha, não perderá a faculdade de postular em juízo o seu direito. Para

2 WLADECK, Felipe Sripes. Da Reconvenção. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 926. Segundo o autor, "A reconvenção continua tendo natureza de demanda. Trata-se de demanda que o réu (reconvinte) propõe no bojo do mesmo processo já instaurado por iniciativa deste último".

3 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil* – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 245.

Luiz Guilherme Marinoni e outros, a cumulação é objetiva de demandas, ou melhor, uma cumulação de pedidos.⁴ Esclarecimento interessante, no que tange à cumulação das ações, é feito por Leonardo Greco. Para o autor, não é correto afirmar que a reconvenção, que é uma ação incidental, é também uma ação acessória, pois ela não é complementar a ação originária. Ele destaca que, apesar de a previsão legal fazer referência à ação “principal”, as duas ações são principais e argumenta: “Tanto isso é verdade que a desistência ou extinção da ação originária não implica necessariamente a da reconvenção (CPC de 1973, art. 317; CPC de 2015, art. 343, § 2º)”⁵

No entanto, equivocada é a afirmação feita por Fredie Didier Jr., que confunde ação incidental com incidente processual. O autor afirma nas noções gerais sobre a reconvenção:

Trata-se de um incidente processual que amplia o objeto litigioso do processo. Não se trata de processo incidente: a reconvenção é demanda nova em processo já existente. Por isso que a decisão do magistrado que indefere a petição inicial da reconvenção não extingue o processo; é decisão interlocutória e, portanto, agravável.⁶

A mistura do conceito de ação incidental e incidente processual pode ser percebida, porque, ao mesmo tempo em que o autor afirma que a reconvenção é um incidente processual, ele a enquadra como uma nova “demanda”. O incidente processual surge quando há necessidade de resolução de uma questão no curso do processo. Por outro lado, na ação incidental, que também é aquela proposta no curso de um processo em andamento, estão presentes os elementos da tríplice identidade, ou seja, partes, causa de pedir e pedido.

No CPC/2015, o legislador não usa mais a terminologia: reconvincente e reconvinde. Acredita-se que isso ocorra porque a reconvenção deve ser postulada dentro da contestação. No entanto, como o réu estará propondo outra ação, que é a reconvenção, entende-se como melhor

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil – Tutela de Direitos mediante procedimento comum.V. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.187.

5 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 76.

6 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 657.

opção manter a terminologia já consagrada, ou seja, quem reconvém é o reconvincente e o réu da ação reconvenicional será o reconvinido. A manutenção da terminologia facilitará a distinção, dentro da mesma peça, do texto que é de contestação e da nova ação que está sendo proposta.

Como a reconvenção é uma ação, também com relação a ela devem se observar as “condições da ação”. Para o CPC/2015, as condições são a legitimidade das partes e o interesse processual. O pedido juridicamente possível, finalmente, foi reconhecido pelo legislador como matéria de mérito. O avanço foi discreto, pois as demais condições estão igualmente dentro do mérito e, na verdade, são condições da pretensão material e não da ação, conforme ensinamento de Ovídio Baptista da Silva.⁷ Portanto, para que a reconvenção seja possível, deverá o réu ou o terceiro, que poderá estar em litisconsórcio, ter legitimidade e interesse jurídico. Assim, o reconvincente deverá estar vinculado à relação material, devendo ser necessária a tutela jurisdicional e ocorrer também a adequação do pedido feito. Além dos pressupostos gerais, a reconvenção tem também pressupostos específicos e, como toda ação, a reconvenção está sujeita a incidência dos pressupostos processuais, subjetivos e objetivos. O juiz deve ser competente, sem impedimento ou suspeição.⁸ As partes devem ter capacidade *ad causam*, *ad processum* e postulatória. Deve se ter observância de forma adequada e não existência de: litispendência, coisa julgada, compromisso arbitral,⁹ inépcia da inicial e nulidades.

Se por um lado há na reconvenção a necessidade de que o juiz observe a existência das condições da pretensão material e os pressupostos gerais, por outro lado existem, igualmente, os pressupostos específicos, que são:

- a) Necessidade de uma causa pendente. A reconvenção só é reconvenção porque foi proposta em um processo no qual se desenvolve outra ação. O mesmo pedido poderá ser feito em ação autônoma; no entanto, ela não será uma ação reconvenicional, uma vez que a reconvenção é sempre ação incidental.

7 SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. V. 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94.

8 A suspeição como pressuposto específico sempre foi objeto de divergência doutrinária.

9 Também há divergência quanto ao enquadramento do compromisso arbitral como pressuposto processual.

- b) Haver conexão entre causa principal e a reconvenção ou com os fundamentos da defesa, conforme art. 343 do CPC de 2015. Isso significa que a conexão pode se dar em razão da identidade de causa de pedir ou do pedido e também por uma ligação com a defesa. Esta última ligação permitirá que seja formulado um pedido que decorre, inclusive, de outra relação material, podendo ser postulada pela vinculação com uma exceção substancial indireta de mérito.¹⁰
- Luiz Guilherme Marinoni e outros¹¹ entendem que a conexão, necessária para a propositura da reconvenção, pode ser uma tênue ligação. O autor, acompanhando posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira,¹² afirma que a reconvenção deve ser admitida quando diminuir as despesas processuais, permitir produção de provas conjunta e favorecer a simplificação procedimental.
- c) O juiz da ação principal deve ser competente para a reconvenção. A doutrina admite, no entanto, a propositura da ação de reconvenção em foro relativamente incompetente. Como a arguição da incompetência relativa¹³ não é matéria que o juiz deva conhecer de ofício (art. 337, § 5º do CPC de 2015), se o réu, na preliminar de contestação, não arguir a incompetência relativa ou o Ministério Público não alegar nas causas em que atuar, haverá prorrogação de competência.
- d) Não ter havido contestação ou não ter esgotado o prazo para sua apresentação. Tem-se aqui, na verdade, mais dois pressupostos.

Se o réu pretender contestar e também reconvir, terá que fazê-lo ao mesmo tempo, pois a reconvenção fará parte da contestação. Houve o reconhecimento, pelo legislador, de posicionamento doutrinário predominante, de que o réu pode reconvir sem contestar e isto está expresso no art. 343, § 6º, do CPC/2015.

10 A exceção substancial indireta é uma defesa de mérito em que o réu concorda com a existência da relação material, mas alega um fato novo, que pode ser modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. No caso em comento, o réu poderia alegar na contestação que não pagará o autor, apesar da existência da dívida, porque o autor também deve para ele, valor ainda maior decorrente de outra relação material.

11 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 185.

12 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressupostos da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.136.

13 Na hipótese do art. 63, § 3º, entendo não se tratar de competência relativa, pois, se o juiz entender ineficaz a cláusula de eleição de foro, o critério que estará prevalecendo será o da pessoa envolvida, normalmente, hipótese de consumidor hipossuficiente. Se o critério é pessoal, a incompetência é absoluta.

Quanto ao não esgotamento do prazo de contestação, como a reconvenção será formulada dentro da contestação, é preciso ficar atento à preclusão. Ocorrendo a propositura da ação reconvenicional sem a contestação, não se pode primeiro reconvir e depois pretender contestar, mesmo que dentro do prazo de 15 dias, pois terá ocorrido a preclusão consumativa. Portanto, se o réu quiser usar os dois tipos de respostas terá que, necessariamente, fundir as duas peças.

A identidade procedimental. Este sempre foi um requisito para a propositura da reconvenção e não poderia ser de outra forma. Se as duas ações vão tramitar conjuntamente, é claro que elas devem ter a mesma movimentação de atos processuais. Caso os procedimentos sejam diversos, é possível reconvir se as duas ações tramitarem pelo procedimento comum, conforme art. 327, § 2º.

A admissibilidade da reconvenção não se restringe a um tipo de procedimento. A partir do momento em que um procedimento especial passa a se desenvolver como o comum, a reconvenção será admitida. É o que ocorre, por exemplo, na ação de consignação em pagamento. Vencida a primeira etapa de depósito e rejeitado pelo credor o valor ofertado, se ele pretender contestar, poderá ao mesmo tempo reconvir, pois, dali para frente, o procedimento será comum.¹⁴

2. Legitimidade na ação de reconvenção

A possibilidade de que a reconvenção possa ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro e contra o autor também incluindo um terceiro foi admitida no CPC/2015. Esta previsão resolve a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco já admitia que houvesse a ampliação de sujeitos com a reconvenção, tanto no polo ativo como passivo. O autor afirma que “admissibilidade da reconvenção subjetivamente ampliativa é expressão da legítima tendência a universalizar a tutela jurisdicional, procurando extrair do processo o máximo de proveito útil que ele seja capaz de oferecer (*supra*, n.40 e 42)”¹⁵

14 NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 948.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 505.

Felipe Scripes Wladeck e outros¹⁶ ensinam que o terceiro pode também reconvir, mas em litisconsórcio. Ele não poderá, portanto, ser autor da reconvenção sozinho e, além disso, ele também ficará, obviamente, com a obrigação de preencher todos os requisitos legais para figurar como parte na ação reconvenicional. Neste sentido, igualmente é o posicionamento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que, expressamente, afirmam: “A reconvenção ajuizada apenas contra um terceiro que não seja parte da ação principal, é inadmissível”¹⁷.

Também comunga com este posicionamento Fredie Didier Jr., acrescentando que a ampliação subjetiva, em tese, ocorre em duas hipóteses: a primeira, quando for uma hipótese de litisconsórcio necessário e a segunda, quando a formação do litisconsórcio derivar do mesmo fundamento de fato ou de direito.¹⁸ Leonardo Greco refere-se ao tema admitindo que, a partir da previsão do CPC/2015, seja formado o litisconsórcio tanto no polo ativo como passivo.¹⁹

O mesmo autor traz alguns questionamentos quanto ao tipo de litisconsórcio passivo que pode ocorrer em reconvenção. Segundo ele, aplica-se, na ação reconvenicional, tanto o litisconsórcio passivo necessário quanto, se houver conexão, o litisconsórcio passivo facultativo.²⁰ O mesmo questionamento é feito quanto ao litisconsórcio formado no polo ativo da reconvenção.²¹ Em realidade, percebe-se que, nas duas hipóteses, um requisito sempre presente para a formação do litisconsórcio é a conexão.

16 WLADECK, op. cit., p.932.

17 NERY JR, op. cit. p. 953.

18 DIDIER JR., op. cit., p. 658-659.

19 GRECO, op.cit., p 73.

20 DIDIER JR, op. cit., p. 659.

21 A Carta de Vitória elaborada no primeiro encontro após a sanção do novo CPC, no V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC, realizado nos dias 1º, 2 e 3 de maio de 2015, sob a coordenação de Fredie Didier Jr. (coordenação geral) e Rodrigo Mazzei (coordenação local). Disponível em: <<http://portalprocessual.com/carta-de-vitoria-enunciados-do-v-encontro-do-forum-permanente-de-processualistas-civis/>>. Acesso em: 17 de junho de 2015. O Enunciado nº 46 aplica-se a esta hipótese de reconvenção ampliativa no polo ativo e está previsto nos seguintes termos: “Nº 46. (Art. 343, § 3º, CPC/15) A reconvenção pode veicular pedido de declaração de usucapião, ampliando subjetivamente o processo, desde que se observem os arts. 259, I, e 327, § 1º, II. Ampliação do Enunciado 237 da Súmula do STF (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento; redação revista no IV FPPC-BH)”.

Mesmo em situações em que a regra é a não admissibilidade de litisconsórcio, como é o caso de litisconsórcio ativo simples, em que o terceiro traria demanda diversa da proposta, ainda assim, é possível que diante da existência de conexão ocorra uma exceção. Este parece ser o procedimento ideal em razão da economia processual. Por exemplo, em um acidente de trânsito com vários envolvidos, em que apenas dois deles litigam, o réu poderia reconvir juntamente com um terceiro igualmente envolvido no acidente. O terceiro traria a sua demanda, mas ela seria conexa pela causa de pedir da ação em curso.

Seria possível questionar a afirmação retro de possibilidade de reconvenção ampliativa, sob o argumento de que traria demora na prestação jurisdicional. No entanto, Cândido Rangel Dinamarco tratava do tema de uma forma muito pertinente, mesmo antes da atual previsão legal. O posicionamento do autor foi o seguinte:

As possíveis demoras que a ampliação subjetiva possa causar não são suficientes para afastar sua admissibilidade, porque o processo não tem a destinação de oferecer tutela rápida ao autor a todo custo mas, acima disso, a de realizar a pacificação social mais ampla possível; invocar a urgência do autor como fundamento da recusa às reconvenções ampliativas do processo civil do autor (supra 39); é também, em última análise, negar a utilidade do próprio instituto da reconvenção. Onde houver mais benefícios sociais de pacificação, nada terá de ilegítimo uma razoável espera a mais (supra, n. 561).²²

Outro aspecto interessante sobre formação do litisconsórcio na reconvenção é que, através desta ação, pode-se obter uma forma não listada pelo legislador de intervenção de terceiros. Neste sentido, é o posicionamento de Fredie Didier Jr.,²³ porém, certamente este tema gerará polêmica na doutrina, pois, quando os terceiros ingressarem na relação processual, eles assumirão a posição de parte. Entende-se, entretanto, que, apesar disso, houve sim o ingresso de um estranho a relação originalmente constituída e, portanto, a formação de um litisconsórcio ulterior.

Felipe Scripes Wladeck e outros ainda fazem referência a uma reconvenção restritiva admitindo que os réus podem reconvir contra todos ou apenas um dos autores. Eles acrescentam que, se vários forem

22 DINAMARCO, op. cit., p. 506.

23 DIDIER JR., op. cit., p. 660.

os réus, como quaisquer litisconsortes, eles poderão contestar separadamente e, portanto, será possível a existência de várias reconvenções dentro do mesmo processo.²⁴ Pode-se questionar, embora se compreenda também possível o que disse o autor, se efetivamente, nesta hipótese, haverá economia processual.

Outra novidade da nova legislação é a previsão da reconvenção em face do substituto processual – art. 343, §5º. O CPC/2015 permite que o réu proponha ação reconvenicional contra quem está atuando em legitimação extraordinária,²⁵ mesmo que para postular tutela a direito que teria contra o que está sendo substituído. No mesmo sentido é o posicionamento de Daniel Amorim Assumpção Neves.²⁶

Felipe Sripes Wladeck igualmente admite esta hipótese e adverte que:

Na reconvenção, o réu pleiteará tutela de direito que detiver diante do substituído, e não diante do substituto. Mas, em tese, será possível (conforme o § 3º do art. 343) ao réu reconvir em face do substituto e substituído, em litisconsórcio, quando detiver direitos em face de ambos e estiverem preenchidos todos os pressupostos necessários para tanto.

O autor afirma ainda:

Além disso, observe-se que o substituído apenas poderá ficar vinculado ao resultado do processo (a coisa julgada material formada pela decisão da demanda “principal” e da reconvenção) se lhe tiver sido dada a oportunidade de atuar como assistente litisconsorcial do substituto – haja vista a sua legitimidade *ad causam*.²⁷

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a regra que permite a reconvenção contra o substituto processual não se aplica ao representante legal, já que este último não é parte no processo e apenas atua em nome alheio, defendendo direito de outrem.²⁸

24 WLADECK, op. cit., p. 932.

25 Ocorre legitimação extraordinária quando aquele que figura como parte no polo ativo é parte apenas no sentido formal. Ele postula em nome próprio direito alheio, como é o típico caso do Ministério Público, que pode ser autor de ações para postular interesses de crianças e adolescentes e de idosos, por exemplo.

26 NEVES, op. cit., p. 245.

27 WLADECK, op. cit., p. 933.

28 NERY JR., op. cit., p.953.

3. Requisitos da contestação com reconvenção e o procedimento

A reconvenção deve ser proposta no prazo de contestação, já que será formalizada dentro da mesma peça, como antes referido. Além disso, a doutrina vem destacando a necessidade de que, na contestação, o advogado deixe bem delimitado o texto da defesa e o que faz parte da ação reconvenicional, com identificação clara dos fatos, dos fundamentos jurídicos e dos requisitos específicos da reconvenção.²⁹ Foi criado um Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e a partir das discussões são expedidos enunciados. O enunciado 45 trata da reconvenção e prevê:

45. (art. 343). Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda inicial. (Grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu).³⁰

Entende-se que, embora não haja necessidade de capítulo próprio, a divisão da petição será bem-vinda, evidenciando quais são os fatos específicos da reconvenção. Falando da fusão das duas peças, Luiz Guilherme Marinoni e outros apresentam uma exceção à regra. Entende-se correta a posição dos autores quando afirmam que, se o réu pretender apenas reconvir sem contestar, a reconvenção terá peça autônoma.³¹ Leonardo Greco cogita a hipótese de a reconvenção ser tratada com exclusividade em uma petição chamada pelo réu de contestação.³² Correta é a justificativa do autor para a possibilidade de ser dada sequência apenas a ação reconvenicional, sem a ação principal.

29 WLADECK, op. cit., p. 928.

30 A Carta de Vitória elaborada no primeiro encontro após a sanção do novo CPC, no V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC, realizado nos dias 01º, 02 e 03 de maio de 2015, sob a coordenação de Fredie Didier JR. (coordenação geral) e Rodrigo Mazzei (coordenação local). Disponível em: <<http://portalprocessual.com/carta-de-vitoria-enunciados-do-v-encontro-do-forum-permanente-de-processualistas-civis/>>. Acesso em: 17 de junho de 2015.

31 MARINONI, op. cit., p. 185.

32 GRECO, op. cit., p. 74. Segundo o autor: “Entretanto, se o réu apresentar com o nome de contestação uma petição em que somente trate da reconvenção, omitindo-se na articulação de matérias de defesa em relação à ação, o réu estará revel e a reconvenção será admitida por expressa previsão do § 6º do art. 343”.

Para o mesmo autor, o CPC de 2015 adotou a técnica da sentença parcial com a introdução do julgamento antecipado parcial do mérito, no art. 356, e, sendo assim, poderia o réu ser revel na ação principal, mas o juiz admitir o processamento da reconvenção.³³

Algumas questões de ordem prática podem suscitar dúvidas acerca dos requisitos da reconvenção. Felipe Sripes Wladeck entende que o fato de que a reconvenção será formulada dentro da contestação não eliminará a exigência dos requisitos da peça. É correta a posição do autor, mas um requisito em especial foi mencionado e merece uma abordagem mais específica: o valor da causa. O autor afirma somente o seguinte: “Quanto ao valor da causa, aplica-se o artigo 292”.³⁴ A forma de calcular o valor da reconvenção está no referido artigo, mas cabe um questionamento: Será adequado colocar um valor da causa na contestação mesmo que ela contenha a reconvenção? Entende-se que, para uma melhor organização da contestação, o advogado deve dividir a peça e arguir preliminares, se existirem. Ele deve fazer a impugnação precisa dos fatos alegados, das provas apresentadas ou a falta delas e fazer a fundamentação da resistência oferecida. Na sequência, o réu deve passar à narrativa dos fatos da reconvenção. Neste momento da peça, de preferência com uma divisão por tópico, o réu-reconvinte deve descrever, segundo a sua visão, os fatos de que pretende demonstrar a existência através das provas que produzirá.

Dentro desta narrativa de fatos, se o pedido for envolver, por exemplo, pagamento de quantia, o valor pretendido deverá ser explicitado. Após a narrativa dos fatos da reconvenção, é indispensável apresentar a fundamentação jurídica, ou seja, as razões jurídicas que embasarão os pedidos feitos.

A partir da narrativa de fatos, o reconvinte apresentará uma sugestão de consequência jurídica que deverá ser adotada pelo magistrado. Não se pode esquecer, evidentemente, da referência às provas com as quais o reconvinte pretende demonstrar tanto os fatos impugnados quanto os arguidos especificamente para a reconvenção.

Se estivesse sendo elaborada peça autônoma de reconvenção, como ocorria no CPC de 1973, a seguir teríamos os requerimentos, pe-

³³ Ibidem, p. 74.

³⁴ WLADECK, op. cit., p. 928.

dados e por fim o valor da causa. Como o CPC de 2015 fundiu as duas peças, entende-se que a melhor solução será, logo após a fundamentação, deixar consignado o valor que se atribui à reconvenção, tenha ela ou não conteúdo econômico imediatamente aferível, nos termos do art. 291.

No mesmo sentido é o posicionamento de Leonardo Greco, que textualmente afirma: “Sendo a reconvenção uma nova ação, nessa parte a petição de contestação deverá conter a individuação dos fatos e fundamentos e a precisa indicação do pedido, das provas e do valor dessa nova causa”.³⁵

A finalização da contestação será com requerimentos e pedidos pertinentes à contestação e a reconvenção. Destaca-se que, mesmo tendo pedidos implícitos, a boa elaboração da peça requer a indicação de todos eles. Assim, além de pedir o não acolhimento da preliminar, se foi arguida, e, em geral, a improcedência total do pedido feito pelo autor, o réu-reconvinte deverá requerer a intimação³⁶ do advogado do reconvinde para responder a reconvenção no prazo de 15 dias, conforme art. 343, § 1º. Em seguida o réu deverá postular a procedência do pedido reconvenicional, pois este é o pedido imediato.³⁷ É claro que o pedido de procedência deve vir acompanhado da referência ao tipo de provimento que se pretende obter, com tutela condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva *lato sensu*. O réu-reconvinte em reconvenção propõe uma ação “Inversa”.³⁸

Sendo assim, além do pedido imediato, o reconvinte deve fazer o pedido mediato, ou seja, aquilo que ele pretende do reconvinde-autor. Na medida em que o réu esclareça qual o bem da vida pretendido, ele estará evidentemente relacionado ao tipo de ação que foi proposta e à eficácia predominante que será obtida na sentença de procedência. Então, se a sentença for condenatória, no pedido reconvenicional deverá conter, expressamente, a referência à procedência do pedido para condenar o reconvinde ao pagamento do valor X, acrescido de juros e correção monetária.

35 GRECO, op. cit., p. 74.

36 Pode-se ter que requerer também a citação, se a reconvenção foi proposta em litisconsórcio com um terceiro.

37 O pedido imediato é aquele feito ao Estado para que ele preste a tutela jurisdicional.

38 SILVA, op. cit., p. 305. A ação é inversa, porque o réu também faz postulações contra o autor no mesmo processo.

O requerimento de produção de prova também é requisito da contestação e da reconvenção que está embutida nela; ou seja, basta um requerimento que especifique as provas que pretende o réu-reconvinte produzir. Não se pode esquecer que serão possíveis ainda outros tipos de requerimentos, dependendo do caso concreto, como, por exemplo, o de gratuidade da justiça, de exibição de documento, etc.

A doutrina admite a emenda da contestação, na parte relativa à reconvenção, apesar da junção das duas peças. Entende-se correta esta possibilidade, já que a reconvenção é uma ação e como tal deve conter requisitos específicos e gerais, como antes referido. Não seria lógico, até mesmo pela incidência dos princípios que norteiam o Código de 2015, que o juiz não permitisse atuação da parte na correção do defeito da peça.³⁹ Além de entender que a reconvenção contida na contestação tem todos os requisitos para prosseguir ou de que não os tem e que vai mandar emendá-la, pode o juiz também decidir pela extinção da ação reconvenicional. Ele poderá fazer isto de pronto, por exemplo, por reconhecer a incidência de prescrição do direito postulado.

Fredie Didier Jr. aborda, por outro lado, o tema das despesas processuais e afirma o seguinte:

Por fim, duas observações sobre as despesas processuais na reconvenção: i) caberá à lei estadual definir se há ou não pagamento de custas processuais em razão da reconvenção. Na Justiça Federal, a reconvenção não se sujeita ao pagamento de custas (Lei nº 9.289/1996); ii) dispensa-se a caução às custas, na reconvenção (art. 83, § 1º, inciso III, CPC).⁴⁰

No art. 286 do CPC/2015, o legislador tratou das hipóteses de distribuição por dependência. Ele não conseguiu resolver o problema do Código anterior, pois o inciso I trata da distribuição por dependência quando houver conexão ou continência e, no parágrafo único, tem-se a referência expressa de outras hipóteses, dentre elas a reconvenção. Ocorre que um dos pressupostos para reconvir é a conexão e, sendo assim, ela estaria inclusa nas duas hipóteses.

Como o parágrafo único é mais específico, entende-se que ele deva ser aplicado. Sendo assim, não haverá distribuição por dependên-

39 WLADECK, op. cit., p. 928.

40 DIDIER JR., op. cit., p. 663.

cia da reconvenção, mas uma anotação pelo distribuidor. Isto, porém, não significa o não pagamento de custas, mas sim que o procedimento continuará como em geral ocorria antes. O juiz recebe a contestação com a reconvenção e determina a remessa ao distribuidor para que ele proceda à anotação e, posteriormente, deverá haver a intimação do reconvinido para efetuar o pagamento das custas.

Este procedimento, que agora é necessário em razão de a reconvenção estar contida na contestação, acabará propiciando a dilação do processo por interesse do réu. Já ocorreu uma situação concreta em que o réu-reconvinte deveria ter sido intimado para o pagamento das custas, mas a nota de expediente, equivocadamente, continha a intimação da reconvinida para pagamento das custas de reconvenção, sob pena de extinção da ação reconvenicional. Obviamente, não houve o pagamento, mas percebido o erro na forma de intimação foi necessária expedição de nova nota, pois para o reconvinte-réu não era interessante o rápido andamento do processo. Conclusão: até que, efetivamente, ocorreu nova intimação, lá se foram alguns meses de andamento do processo.

O ato de comunicação que deve ser usado na reconvenção é a intimação do advogado e isto se justifica porque, em geral, ela é proposta contra o autor que está na relação processual. No entanto, o CPC/2015 permitiu a formação de litisconsórcio na reconvenção, tanto no polo ativo como no passivo; portanto, neste último caso, o ato deverá ser a citação, com a finalidade de chamar o litisconsorte passivo para integrar a relação já estabelecida.

Como em toda ação, na reconvenção será necessário preservar e estabelecer o contraditório, que é princípio constitucional. Portanto, uma vez completado o polo passivo, será aberto o prazo para que o reconvinte responda a reconvenção. Observa-se que o legislador de 1973 referia-se a prazo para contestar, enquanto o de 2015 usou o gênero “resposta”; portanto, parece claro que a intenção foi admitir a reconvenção da reconvenção.⁴¹

Segundo Fredie Didier Jr., esta última hipótese está mais no plano teórico, mas é aplicável, exceto na ação monitória, por razão do art. 702, § 6º, do CPC/2015, que proíbe textualmente a reconvenção da reconvenção. Por outro lado, correta é a referência feita pelo mesmo autor quanto à ex-

41 WLADECK, op. cit., p. 929. No mesmo sentido o posicionamento do autor: “[...] não há mais dúvidas sobre a admissibilidade (com a ressalva do art. 702, § 6º) de reconvenções sucessivas”.

tensão da resposta. Ele afirma: “A resposta à reconvenção é ampla, podendo o reconvinde inclusive, denunciar a lide ou proceder ao chamamento ao processo”.⁴² Há possibilidade de que isto ocorra, particularmente, face à permissão legal de formação de litisconsórcio com terceiros.

A propositura da ação reconvenicional não suspende o curso da ação principal e sendo assim, ambas serão instruídas conjuntamente. Mas o juiz poderá extinguir a reconvenção e dar prosseguimento a outra ação, tida como principal ou vice-versa, conforme art. 343, § 2º, do CPC/2015.

4. Reconvenção, ações dúplices e pedido contraposto

A reconvenção, como se viu, é uma ação proposta no mesmo processo em que outra se desenvolve e tem como pressuposto fundamental a conexão. Nela há um pedido que, necessariamente, deve ser formulado pelo réu-reconvinde contra o autor-reconvinde, com possibilidade de atuação de litisconsortes em ambos os polos.

Para Adroaldo Furtado Fabrício as ações dúplices são identificadas por duas situações. A primeira, quando não se pode estabelecer qual dos envolvidos na relação material tem legitimidade para a propositura da ação e a segunda, quando surgir um efeito secundário de condenação, mesmo sem uma postulação do réu. O autor explica e exemplifica:

[...] a situação jurídica é tal que qualquer um dos sujeitos pode ajuizar a ação em face do outro ou dos outros. Tal ocorre nos juízos demarcatórios e divisórios: não há, rigorosamente, autores e réus; qualquer dos confinantes ou comunheiros poderia ter tomado a iniciativa. Se há dois sujeitos da relação jurídico-material e qualquer deles pode propor a mesma ação contra o outro, essa ação é dúplice. Geralmente se reconhece essa condição de *actio duplex*, por exemplo, à prestação de contas, não tanto pelo fato de asparto oferecer quem as deve, assim como pode exigi-las aquele a quem são devidas (na verdade, são diferentes, em um e em outro caso, as pretensões e os remédios), mas antes em razão do efeito secundário de condenação pelo saldo, que faz título executivo contra qualquer das partes, independentemente de quem seja o autor ou o réu.⁴³

42 DIDIER JR., op. cit., p. 657.

43 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 414-415.

Pretendendo se traçar uma distinção com a reconvenção, nos moldes do procedimento estabelecido pelo legislador do CPC/2015, verifica-se que, por exemplo, na ação de exigir contas, art. 550 do CPC/2015, não há sequer a necessidade de postulação para que o réu tenha em seu favor a constituição de um título executivo, razão pela qual se pode enquadrá-la como uma ação dúplice. Entretanto, na ação reconvençional, há necessidade de formulação expressa do pedido do reconvinte, para que não seja ferido o princípio da congruência.⁴⁴ Adroaldo Furtado Fabrício há muito defendeu a tese de que nas ações possessórias não se tem uma típica ação dúplice, pois o pedido de indenização e proteção possessória deve ser formulado pelo réu na contestação. Segundo ele, a possessória se tornou dúplice por uma imposição legal. Na época da distinção feita pelo autor, havia uma diferença prática, pois a reconvenção era postulada em peça autônoma, então, a previsão das possessórias trazia uma economia procedimental. Entretanto, o autor, já naquela época, defendia o caráter reconvençional do pedido formulado na contestação da ação possessória, assim como admitia que, em hipóteses diversas das previstas na lei, seria possível propor a reconvenção propriamente dita.⁴⁵

Em realidade, o pedido formulado na ação possessória tem a natureza de pedido contraposto, que, por sua vez, produz efeito reconvençional. Ele é formulado como a reconvenção dentro da própria contestação, no entanto, terá que, obrigatoriamente, estar vinculado aos mesmos fatos referidos pelo autor na petição inicial. Esta limitação percebe-se também no art. 556 do CPC/2015, que estabelece a possibilidade de o réu, em contestação, postular a proteção de sua posse e a indenização de seus prejuízos.

Neste sentido posiciona-se Fredie Didier Jr., que assim se manifesta:

No direito brasileiro, porém, o pedido contraposto apresenta-se como uma demanda mais simplificada do que a reconvenção. Uma é a sua característica peculiar: há restrição legal quanto à sua amplitude

44 Ibidem, p. 415. Adroaldo Furtado Fabrício ensina que: “Cumprido destacar, ainda a esse propósito, que a simples improcedência da ação, por si só, não representa tutela judicial dispensada à posse do demandado, o que, ocorrendo, poderia fornecer argumento favorável à duplicidade ‘natural’ da ação possessória. Mesmo quando o juiz afirma ser possuidor o réu, e ser justa e de boa-fé a sua posse em favor do autor, não lhe está dispensando tutela possessória: está, simplesmente, fundamentando a improcedência da demanda”.

45 FABRÍCIO, op. cit., p. 415-416.

(nos Juizados Especiais, deve ficar restrito aos “fatos da causa”, nas possessórias, admite-se o pedido de indenização).⁴⁶

Verifica-se, portanto, que o pedido contraposto é também formulado em contestação e, através dele, o réu estará dando início a uma nova ação que ficará cumulada com a ação em andamento; porém, ele tem uma limitação frente à reconvenção. No pedido contraposto, o réu terá sempre a obrigação de ingressar com uma ação que seja conexa com a ação principal pela causa de pedir. Os fatos das duas ações deverão ser os mesmos, não podendo o réu trazer para a relação processual uma relação material diversa da discutida em juízo.

Por outro lado, a ação reconvenção é mais ampla, pois ela permite a conexão não só com a causa de pedir, mas com a defesa apresentada pelo réu. O reconvinte, portanto, arguindo uma exceção substancial indireta poderá, por exemplo, não estar cumprindo uma obrigação devido ao descumprimento de outra por parte do autor e, com base nesta defesa, ele poderá formular o seu pedido reconvenção. Leonardo Grego alerta para o fato de que a conexão fática não precisa ser total. O autor afirma que: “[...] na minha opinião, basta que apenas alguns destes constituam também a base fática do pedido formulado pelo réu”.⁴⁷

Cabe lembrar que a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, nº 9.099/1995, não prevê a possibilidade de reconvenção, mas sim de pedido contraposto. No art. 31 dessa lei, o legislador estabeleceu a possibilidade de que o réu, em contestação, faça um pedido em seu favor, mas limitou esse pedido à vinculação com os mesmos fatos referidos pelo autor. Portanto, mesmo que agora, com o CPC/2015, a reconvenção seja postulada em contestação, ela continuará não sendo permitida nos Juizados Especiais Cíveis, devido ao fato de sua amplitude conflitar com os princípios desses Juizados.

5. Extinção da ação reconvenção

O legislador do CPC/2015 manteve no art. 343, § 2º, previsão similar à do código de 1973, no sentido de que o autor pode desistir da ação principal e ser dada continuidade à ação reconvenção. Em reali-

⁴⁶ DIDIER JR., op. cit., p.664.

⁴⁷ GRECO, op. cit., p. 78.

dade, esta possibilidade legal sempre foi admitida pela doutrina, inclusive com ampliação da interpretação para casos em que não houvesse a resolução de mérito. Este último posicionamento foi, agora, incluso no texto legal.

Luiz Guilherme Marinoni e outros apontam a autonomia do direito postulado em reconvenção, mesmo tendo a previsão legal de que ele deve ser formulado juntamente com a contestação, e afirmam que este é o motivo que justifica a possibilidade de desistência da ação, independentemente do prosseguimento da ação reconvenicional.⁴⁸

Felipe Sripes Wladeck entende que o CPC de 2015 não repetiu a previsão de que as duas ações deveriam ser julgadas conjuntamente e isto está coerente com a previsão dos arts. 332, 354, parágrafo único, e 356, que admitem o fracionamento do julgamento de mérito.⁴⁹ O autor aponta a possibilidade de que haja o julgamento liminar de improcedência da reconvenção, com base no art. 332 do CPC de 2015, no entanto, não admite o julgamento de procedência liminar, em razão do princípio do contraditório.⁵⁰

Mesmo tendo sido proposta em contestação, a reconvenção poderá ser julgada antecipadamente. Uma questão interessante, no que tange ao julgamento, é trazida por Daniel Amorim Assumpção Neves. O autor afirma que pode parecer que quando há o julgamento da reconvenção, antes da ação principal, não será possível interpor o recurso de agravo, em razão da previsão do CPC de 2015. No entanto, verifica-se que a irrecurribilidade não será integral, pois se trata de julgamento antecipado parcial e, em razão da previsão do art. 356, § 5º, haverá a possibilidade de interposição de agravo de instrumento.⁵¹ Correta é a posição do autor retro citado, que, inclusive, tem respaldo no enunciado nº 154 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que estabelece: “É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção”.⁵²

48 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p.185.

49 WLADECK, op. cit., p. 929.

50 Ibidem, p.930.

51 NEVES, op. cit., p. 246.

52 A Carta de Vitória elaborada no primeiro encontro após a sanção do novo CPC, no V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis – V FPPC, realizado nos dias 1º, 2 e 3 de maio de 2015, sob a coordenação de Fredie Didier Jr. (coordenação geral) e Rodrigo Mazzei (coordenação

Daniel Amorim Assumpção Neves lembra que pode ocorrer a extinção da ação reconvenção em razão da prescrição ou decadência e afirma:

Assim, se extinta isoladamente a reconvenção com fundamento em prescrição ou decadência, por exemplo, será cabível agravo de instrumento, bem como num caso de extinção antecipada da ação principal por aplicação de qualquer dos dois incisos do art. 356 do Novo CPC.⁵³

O legislador, no art. 487, inciso II, do CPC/2015, estabeleceu que haverá resolução de mérito quando o juiz decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição e, no parágrafo único do mesmo artigo, que há obrigatoriedade de o juiz ouvir as partes para poder decidir sobre os dois institutos referidos. Aliás, esta é também uma novidade do CPC de 2015, pois, no anterior, o juiz podia sempre conhecer de ofício estas matérias. Agora, ele também pode, mas, em geral, terá que permitir que as partes se manifestem. A regra de necessidade de oitiva das partes foi excepcionada no § 1º do art. 332 do mesmo Código, que trata do julgamento de improcedência liminar do pedido e que permite o julgamento de ofício, caso seja reconhecida a prescrição ou a decadência.

Percebe-se aqui, mais uma vez, a preocupação do CPC/2015 com a participação e cooperação das partes.⁵⁴ Fazendo uma interpretação sistemática do Código, conclui-se que, apesar de a regra ser a interposição de apelação para a sentença de improcedência liminar do pedido, quando ocorrer este julgamento exclusivamente para ação reconvenção, por ser ela uma ação incidental, o recurso cabível será o agravo de instrumento, conforme art. 356 do CPC/2015.

local). Disponível em: <<http://portalprocessual.com/carta-de-vitoria-enunciados-do-v-encontro-forum-permanente-de-processualistas-civis/>>. Acesso em: 17 de junho de 2015.

53 NEVES, op. cit., p. 246.

54 THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Novo CPC – Fundamentos e Sistematização – Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95. Para os autores: “O Novo CPC, assim, parte da premissa de cooperação/comparticipação entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, se levada a sério, conduzirá à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões mais bem construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos”.

Comunga com este posicionamento Fredie Didier Jr., que afirma: “Contra decisão que indeferir liminarmente a petição inicial da reconvenção ou julgá-la liminarmente improcedente, cabe agravo de instrumento (art. 354, par. ún. e art. 1015, II, CPC)”.⁵⁵

Por fim, corretamente, o autor conclui que não será possível recorrer contra as decisões que extinguirem a reconvenção ou a ação principal fora dos casos antes mencionados, porque não terá havido resolução do mérito e, conseqüentemente, não se enquadra nas hipóteses do art. 1.015 do CPC de 2015, nem há previsão específica para tal. O mesmo autor finaliza dizendo que: “Um julgamento liminar de intempestividade da reconvenção ou de acolhimento de preliminar de contestação para julgar a ação principal só poderão ser impugnados pela parte sucumbente na apelação ou contrarrazões”.⁵⁶ Também não será possível recorrer da decisão que deixa de indeferir ou julgar antecipadamente a reconvenção, exceto se houve o acolhimento de uma preliminar de convenção de arbitragem. Ocorre que as hipóteses de admissibilidade do recurso estão listadas em lei e a exceção está prevista no art. 1.015, inciso III, do CPC/2015.⁵⁷

55 DIDIER JR., op. cit., p. 658.

56 NEVES, op. cit., p. 246.

57 TONIOLO, Ernesto José. Os requisitos de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). In: RUBIN, Fernando Rubin; REICHEL, Luiz Alberto (Orgs.). *Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 183-184. O autor esclarece: “O agravo de instrumento também sofreu profundas transformações com a aprovação do novo Código de Processo Civil. O art. 522 do CPC/73 elenca genericamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, utilizando conceitos abertos, que permitem maior adaptação aos casos concretos.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Novo CPC – Fundamentos e Sistematização – Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95. Para os autores, “O Novo CPC, assim, parte da premissa de cooperação/comparticipação entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, se levada a sério, conduzirá à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões mais bem construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos”.

DIDIER JR, op. cit., p. 658.

NEVES, op. cit., p. 246.

TONIOLO, Ernesto José. Os requisitos de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). In: RUBIN, Fernando Rubin; REICHEL, Luiz Alberto (Orgs.). *Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 183-184. O autor esclarece: “O agravo de instrumento também sofreu profundas transformações com a aprovação do novo Código de Processo Civil. O art. 522 do CPC/73 elenca genericamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, utilizando conceitos abertos, que permitem

Se as duas ações tramitarem conjuntamente e estiverem prontas para julgamento de mérito ao mesmo tempo, elas serão julgadas na mesma sentença em razão da conexão, conforme art. 55, § 1º, do CPC.⁵⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modificação da legislação processual com a Lei nº 13.105/2015 trouxe muitas novidades, dentre elas a maneira como a ação reconvenicional deve ser proposta. A reconvenção continua sendo uma ação incidental, mas deverá fazer parte integrante da contestação, não sendo mais manejada através de petição própria.

Percebe-se que a modificação legal teve como foco a economia processual. Aliás, é ela que justifica a existência da própria reconvenção como ação incidental, pois cumulando as ações e as instruindo conjuntamente tem-se uma prestação jurisdicional mais efetiva.

A reconvenção embutida na contestação continuará a ter os mesmos pressupostos gerais e específicos. Portanto, para ingressar com uma ação reconvenicional o reconvinido deverá ter legitimidade e interesse jurídico. A reconvenção deve ser: conexa com a ação em andamento ou com um fundamento da defesa; não ser proposta em juízo absolutamente incompetente; ser formulada na contestação e, portanto, no prazo dela; pode ser formulada sem haver contestação ou junto com ela, para evitar a preclusão consumativa e, finalmente, deve tramitar com o mesmo procedimento da ação “principal”.

A reconvenção é ação proposta em geral pelo réu contra o autor, no entanto, a legitimidade pode ser ampliada com a formação de litisconsórcio tanto no polo ativo como no passivo. A nova legislação tam-

maior adaptação aos casos concretos. Já o art. 1015 da Lei nº 13.105/2015 prevê casuística e detalhadamente os casos de cabimento do agravo de instrumento, deixando pouca margem à utilização do recurso para impugnar outras decisões interlocutórias. A redação minuciosa parece haver se preocupado em prever expressamente decisões interlocutórias que, como demonstra a análise da jurisprudência, muitas vezes eram confundidas com sentenças, a exemplo daquela que exclui o litisconsorte do processo (art. 1.015, VII, Lei nº 13.105/2015). Todavia, a ausência de previsões de cabimento mais abertas, a exemplo daquela relacionada à decisão ‘susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação’, prevista no art. 522 do CPC/73, poderá causar prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional, possibilitando, ainda, a impetração de mandados de segurança, que trazem desordem ao sistema recursal”.

58 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 187.

bém autoriza a propositura da ação reconvençional contra o substituto processual, diferentemente do que ocorria no Código anterior.

Mesmo estando contida na contestação, a reconvenção demandará uma narrativa de fatos específica com consequente fundamentação jurídica e indicação do valor da causa. Além disso, deverá fazer os pedidos e seus requerimentos específicos, juntamente com os da contestação. Caso o juiz entenda que os requisitos da peça não estão presentes, ele deverá mandar emendá-la antes de exercer o direito de indeferir a reconvenção de imediato.

Verificando a existência de reconvenção na contestação, o juiz deverá determinar a remessa dos autos ao distribuidor, para as devidas anotações e cálculo das custas.

O reconvincente deverá ser intimado, através de seu procurador, para que no prazo de 15 dias, se quiser, ofereça respostas. A nova previsão legal autoriza o autor-reconvincente a não só contestar, mas também reconvir novamente. Outra novidade foi a previsão expressa de que há a possibilidade de reconvenção sem a contestação, consolidando assim o posicionamento doutrinário predominante.

A reconvenção é diferente do pedido contraposto, embora os dois produzam efeitos reconvençionais. A reconvenção é mais ampla, em razão da possibilidade de ter conexão com a ação principal ou com o fundamento de defesa, enquanto para fazer o pedido contraposto, o réu terá que ficar limitado a fatos articulados pelo autor na petição inicial.

Com a Lei nº 13.105/2015, a reconvenção ainda pode continuar em caso de desistência da primeira ação ou de outra causa que a extinga sem resolução do mérito, portanto, mantém-se como ação autônoma.

A mudança de legislação, no que tange à reconvenção, não nos permite profundas discussões inéditas. Verifica-se que, assim como aconteceu com outros temas, na reconvenção, o legislador de 2015 legitimou posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes. De qualquer forma, espera-se que, com as mudanças, seja possível alcançar as tão desejadas economia e celeridade processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

CARTA DE VITÓRIA – V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC, realizado nos dias 1º, 2 e 3 de maio de 2015, sob a coordenação de Fredie Didier Jr. (coordenação geral) e Rodrigo Mazzei (coordenação local). Disponível em: <<http://portalprocessual.com/carta-de-vitoria-enunciados-do-v-encontro-do-forum-permanente-de-processualistas-civis/>>. Acesso em: 17 de junho de 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VIII. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. V. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil – Tutela de Direitos mediante procedimento comum*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Novo CPC – Fundamentos e Sistematização – Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TONIOLO, Ernesto José. Os requisitos de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). In: RUBIN, Fernando Rubin; REICHELDT, Luiz Alberto (Orgs.). *Grandes Temas do*

Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WLADECK, Felipe Sripes. Da Reconvênção. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

6

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Cristina di Gesu¹
Nereu José Giacomolli²

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais - 2. A necessária diferenciação entre fontes e meios de prova - 3. Metodologia da busca da prova testemunhal - 4. Efeitos do descumprimento do art. 212 do Código de Processo Penal - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Coordenadora Adjunta do Departamento Editorial do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). Professora convidada dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal do Uniritter, da Universidade de Passo Fundo (UPF) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professora de Direito Penal e de Direito Processual Penal do Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca) – Faculdade Inedi.

2 Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), vinculado à Graduação, ao Mestrado e ao Doutorado em Ciências Criminais. Professor convidado no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal. Possui estudos de Pós-Doutorado na Università degli Studi di Torino, Doutorado na Universidad Complutense de Madri e Pós-Graduação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Exerceu a magistratura de 1986 a 2014. Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Advogado criminalista.

1. Considerações iniciais

Os depoimentos das testemunhas, em que pese às críticas direcionadas, mormente à fragilidade, à vulnerabilidade e às possíveis contaminações a que estão sujeitos,³ insofismavelmente, contribuem à formação da convicção do julgador, de forma decisiva no âmbito criminal. Trata-se de uma importante e fundamental fonte de prova, sem desmerecer as demais. No dizer de Bentham,⁴ “as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça”.

Em tempos em que a humanização e a valorização da pessoa são relegadas a um plano secundário, os interrogatórios dos réus, as declarações das vítimas e os depoimentos das testemunhas são um dos fatores que contribuem à humanização do processo penal. Desta feita, os vícios, defeitos e imperfeições, próprios do ser humano, ultrapassam os seus dizeres e atingem os seus atos, sejam eles exteriorizados através de documentos, perícias, reconhecimentos, enfim, alcançam também a metodologia da busca da prova, os meios e as fontes de prova.⁵

A prova testemunhal está regulada no Título VII, Capítulo VI, do Código de Processo Penal, o qual inicia dizendo que toda pessoa poderá ser testemunha; entretanto, a legislação ordinária também prevê as hipóteses em que a testemunha poderá recusar-se a depor (art. 206 do CPP⁶), as que são proibidas de prestar depoimento (art. 207 do CPP⁷), bem como às que não se defere o compromisso de “dizer a verdade” (art. 208 do CPP⁸). Evidente não significar a promessa de “dizer a verdade”,

3 Acerca da possibilidade de contaminação da prova testemunhal, vide GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

4 BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales...*, p. 83.

5 GIACOMOLLI, Nereu; GESU, Cristina di. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. Processo Penal Contemporâneo. Org. Nereu José Giacomolli e André Machado Maya. “Considerações acerca da prova testemunhal no processo penal”.

6 “Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.”

7 “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

8 “Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.”

requerida pelo magistrado à testemunha, que esteja buscando a verdade dos fatos no processo. A tomada do compromisso e este representam a manutenção de um processo ético, isento, com regras claras e objetivas, de modo a almejar-se que os sujeitos não inventem situações, não criem fatos, não falseiem a verdade. Busca-se a narrativa do ocorrido conforme a percepção daquilo que foi visto e ouvido. Isso, necessariamente, não significa a “verdade” do que ocorreu,⁹ mas uma contribuição à formação de um conjunto de informações destinadas ao convencimento do julgador, para que construa um juízo de absolvição ou de condenação, o seu *sentire* ao caso concreto.

As testemunhas exercem uma função retrospectiva, na medida em que buscam resgatar, em suas memórias, a lembrança de fatos ocorridos no passado, a fim de dar conhecimento ao julgador sobre aquilo que viram e ouviram, cumprindo com a função recognitiva do processo. É por isso que Cordero,¹⁰ com muita propriedade, refere como sendo “máquinas retrospectivas”, na medida em que se faz mister verificar as hipóteses históricas formuladas no processo.

Embora não seja vedado à testemunha consultar brevemente seus apontamentos (art. 204, parágrafo único, do CPP¹¹), o depoimento, salvo raríssimas exceções (art. 221, § 1º, do CPP¹²) deverá ser prestado oralmente, possibilitando o contraditório, ou seja, a participação da acusação e da defesa na produção da prova (art. 204 do CPP), de forma objetiva, pois assim o trata o art. 213 do Código de Processo Penal.¹³

9 GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do Processo Penal: considerações críticas*, p. 9.

10 CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo II, p. 4.

11 “Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.”

12 “Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. (Redação dada pela Lei nº 3.653, de 4.11.1959) §1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)”

13 “Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.”

Em sua essência, a pessoa pode ser considerada testemunha quando fornece elementos acerca dos fatos tratados no processo. O compromisso e a limitação do número de pessoas a serem inquiridas, em nosso sistema jurídico, atingem a testemunha, sendo necessária a filtragem dos excessos de adjetivações. Contudo, por mais prudentes, íntegras e equilibradas que sejam as pessoas que prestam o depoimento, mormente as consideradas como testemunhas – indenes a fatores perturbadores –, é tarefa árdua e de difícil delineamento, por quem não possui conhecimento técnico e científico, o afastamento de conteúdos isentos de interesse, de compaixão e de interferências emotivas.

Os relatos das testemunhas são feitos em primeira pessoa, razão pela qual a prova testemunhal deve ser tratada como uma questão subjetiva. Nesse ínterim, não há como pressupor a captação objetiva dos acontecimentos por parte do aparato sensorial, porque a memória não os armazena como imagens sobre uma película ou sons gravados, em total desconsideração à complexidade e aleatoriedade da operação. Isso tudo gera um alerta: a falibilidade do testemunho. Daí a necessidade de utilização de outras fontes de prova a fim obter o convencimento do julgador sobre o modo como ocorreu o fato delituoso.

De outra banda, nenhuma regra processual é capaz de determinar até onde as testemunhas merecem crédito, embora a metodologia de inquirição e a observância do regramento para tal tenham o intuito de garantir a produção da prova com maior qualidade técnica.

Quanto à credibilidade e valoração da prova testemunhal, Bentham¹⁴ estabeleceu para o testemunho uma *força média*, a qual seria derivada do “homem médio” do Direito Penal: um homem da classe média dos cidadãos, de inteligência comum, de uma probidade imaculada que não desse lugar a nenhuma objeção, que referisse por uma forma conveniente o que tivesse observado. Não se contentando apenas com isso, procurou Bentham criar um instrumento destinado a estabelecer o exato valor da força probatória de cada testemunha (como se isso fosse possível!).

Assim, o instrumento apto a medir a persuasão das testemunhas sobre os fatos seria o *testimoniômetro*, o qual consistiria em um “decímetro com uma escala dupla, escala de persuasão positiva e escala

14 BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, p. 79-80.

de persuasão negativa, com um zero representando a ausência de toda persuasão, pró ou contra”. O inusitado instrumento também teria utilidade ao magistrado, pois, ao proferir sua sentença, precisaria nitidamente com quantos graus de persuasão proferiu sua decisão, tal como um barômetro moral, a fim de marcar a persuasão das provas sobre a consciência dos juízes. Destacamos o fato de que nem mesmo Malatesta ter levado o referido *testimoniômetro* a sério.¹⁵

Conforme o antigo sistema de provas legais, adotava-se o critério da concordância das testemunhas, segundo o qual eram necessárias apenas duas testemunhas idôneas para fazer prova completa de um fato. Considerava-se a coincidência das declarações como excelente prova de sua veracidade. Esse sistema foi criticado por Beccaria, quem partia da prova científica. E, para Bacon, “os testemunhos não se contam, se pesam”.¹⁶

É certo que as declarações de uma mesma testemunha devem satisfazer a regra da “nãocontradição”. Quando uma pessoa declara algo e se contradiz, faz-se necessário investigar as causas da discordância, com o intuito de se verificar a simples existência de uma manifestação voluntária da mentira, de um erro involuntário ou a incidência de uma falsa memória.

Por outro lado, a coerência nas diversas declarações de uma testemunha também não se configura na garantia de sua veracidade. Isso porque todas podem ter sido induzidas a pensar da mesma forma. Ademais, desde o abandono técnico da prova tarifada, cabe às partes obter o convencimento do julgador, produzindo uma prova com qualidade técnica e suficiente para tal. No *decisum*, o juiz valorará cada prova, conforme o seu entendimento; pode optar por uma das vertentes probatórias. A isso se insere a livre convicção, mas essa é limitada pelo dever constitucional de motivar e de fundamentar – livre convicção motivada.

A credibilidade da prova testemunhal dependerá do contexto probatório e de quanto convenceu o julgador, pois, desde o abandono da tarifa probatória, nenhuma prova possui um valor específico, embora se constate, na praxis forense, o acentuado valor dado à prova pericial quando comparada à prova testemunhal. Um dos fatores dessa concre-

15 MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. p. 356.

16 GORPHE, François. *La critica del testimonio*, p. 28.

tude tarifada verifica-se na rara impugnação das perícias e na aceitação das conclusões como certas incontestáveis. Observa-se ser a prova testemunhal uma das poucas modalidades permissivas de reiteração ou da repetição em juízo com exceção da prova antecipada e pré-constituída. Quanto aos demais meios, discute-se a eficácia probatória, na medida em que somente a prova produzida em juízo “possui força enfraquecedora da presunção de inocência”.¹⁷ A possibilidade de contraditório é requisito essencial da prova, a tal ponto de não serem atos de prova os que não se submetem ao contraditório. Ademais, fontes, meios e metodologia na busca da prova são conceitos diversos.

2. A necessária diferenciação entre fontes e meios de prova

Antes de abordarmos a diferença entre fonte e meio de prova, é importante trazer à tona o reconhecimento, conforme Gomes Filho,¹⁸ no ordenamento jurídico, do direito à prova. A introdução do material probatório no processo é caracterizada como um verdadeiro *direito subjetivo*, o qual possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa, incluindo “a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz”.¹⁹ Segundo o autor, o direito subjetivo à prova tem como sujeito passivo o Estado, representado pelo órgão jurisdicional. Este, por sua vez, está obrigado a tornar efetivas (direito à valoração), desde que legítimas, as postulações das partes, ou da parte contrária ser também sujeito passivo quando tenha em seu poder alguma prova, salvo o direito do acusado a não incriminação.²⁰

Portanto, a acusação e a defesa têm direito à prova, isto é, não só de proporem meios de prova, mas também de obterem uma avaliação probatória idônea, ou seja, motivada, bem como a vedação de exclusão arbitrária do material apreciável. Assim, como refere Chiavario,²¹ o direito à prova não se esgota no poder de iniciativa probatória das partes,

17 ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, p. 240.

18 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 83.

19 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 84.

20 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 85.

21 CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale: profilo istituzionale*, p. 329.

mas compreende o poder de as partes buscarem as fontes de prova; de postularem a admissibilidade dos meios de prova; de participarem de sua admissibilidade e de obterem uma valoração do resultado probatório.²²

Nessa perspectiva, a prova é, antes de tudo, uma “atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional”,²³ isto é, um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório (proposição das provas). Entretanto, o núcleo desse direito encontra-se no pronunciamento judicial relativo à admissão, pertinência e relevância das provas. Assim, “somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas, motivadas e adotadas após o debate contraditório, pode estar satisfeita a garantia”.²⁴ Isso porque, junto ao direito à prova, há o correlato direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes, justamente por não se tratar de um direito absoluto.²⁵

As regras acerca da prova penal sofrem influência direta pela escolha de um ou de outro modelo, considerando ser a matéria probatória pouco ou nada regulamentada em se tratando do modelo inquisitório. Assim, quanto maior o poder conferido ao inquisidor, “melhor será a verdade acertada”.²⁶ Ao juiz-inquisidor eram atribuídos plenos poderes acerca da investigação, admissão, produção e valoração da prova. E, justamente, em razão do acúmulo de tantas funções, não havia necessidade de regulamentação pormenorizada da matéria, o que se traduziria em um limite ao acerto da verdade.²⁷

A necessidade de contraditório, fundado na dialeticidade, exige amplo regramento do sistema probatório. O juiz, em um processo equilibrado e justo, decide conforme aquilo que é trazido aos autos pela acusação e pela defesa, havendo uma clara “repartição” dos poderes de investigação, admissão, produção e valoração da prova.

Feitas tais considerações, importante traçar a diferenciação, pouco feita pela doutrina, no que concerne à fonte de prova, ao meio de pro-

22 TONINI, Paolo. *La Prova Penale*, p. 205.

23 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 85.

24 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 88.

25 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 89.

26 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 16.

27 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 16.

va e aos elementos de prova, antes de considerar a metodologia da busca da prova testemunhal, objeto principal e delimitado deste capítulo.

Tonini sustenta ser o meio de prova um instrumento processual que permite a aquisição de um elemento de prova. Assim, “o modo de produção é previsto para permitir que o juiz e as partes valorem, da melhor forma, a credibilidade da fonte e a idoneidade do elemento de prova”.²⁸

A testemunha é fonte de prova; o depoimento é meio de prova; as informações levadas ao processo são os elementos de prova; por fim, as perguntas feitas à testemunha, melhor dizendo, a forma de inquirição, é a metodologia da busca da prova. Destarte, o resultado parcial das informações fornecidas pela testemunha, somado ao conjunto de outras fontes, de outros meios e demais elementos, resultam na prova.

Portanto, a “prova, num sentido totalizante, é o resultado”. Rigorosamente, a testemunha não é meio de prova, pois a prova oral é que é meio. O teor da declaração é que é o elemento de prova. Nessa linha “a prova não é da acusação ou da defesa, mas do processo. Quando a defesa requer a juntada de um documento nos autos, esse documento, enquanto coisa, é a fonte real de prova e o que ele representa – fato e circunstâncias – é o meio de prova”.²⁹ Guasp³⁰ classifica os meios de provas distinguindo os instrumentos que consistem em pessoas, coisas e atividades. A prova é pessoal se o meio de prova é proporcionado por uma pessoa, ou seja, pelas próprias partes, cujas declarações provocam, em um sentido ou em outro, a convicção do juiz. Aqui se incluem a confissão, o testemunho de terceiros e as perícias. Classifica a prova em realquando o instrumento é dado por uma coisa. O autor refere que se a coisa tem natureza móvel e pode ser levada à presença do juiz, está se tratando de um documento; entretanto, se é imóvel, exigindo que o órgão judicial se mova até o lugar onde está situada, cuida-se de reconhecimento judicial ou inspeção ocular. Por fim, quando os acontecimentos, atos em sentido amplo, podem ser utilizados como meios de prova, estamos diante de uma prova *atual*, a qual compreende as presunções, os indícios e as conjecturas.

28 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 108.

29 GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do Processo Penal: considerações críticas*, p. 21.

30 GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, p. 317.

O Código de Processo Penal disciplina alguns meios de prova, mas não regulamenta, de forma completa, a metodologia da busca da prova. O próximo item será destinado à abordagem (crítica) acerca da metodologia de busca da prova testemunhal e, principalmente, como as referidas regras processuais estão sendo observadas nos julgados criminais e quais as consequências de seu descumprimento.

3. Metodologia da busca da prova testemunhal

Muitos dos feitos criminais, mesmo após as mudanças contidas nas Leis nº 11.690/2008 (provas) e nº 11.719/2008 (procedimentos), adaptaram-se (*tempus regit actum*) apenas parcialmente à nova sistemática do Código de Processo Penal, maculando as decisões e os processos de vício insanável, por ofensa à regra contida no art. 212 do Código de Processo Penal.

A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, introduzindo uma nova metodologia de inquirição das testemunhas, ao prever que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiveram relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. É na regulamentação do sistema probatório que emerge uma base democrática e humanitária de processo ou a opção por um modelo autoritário de processo penal.

Conforme a sistemática tradicional, o magistrado é quem inquiria, primeiramente, a testemunha, herança de um modelo de processo penal de alta inquisitorialidade, de busca de verdade a qualquer preço, da fantasia do encontro da verdade. Além disso, os questionamentos não eram formulados pelas partes, diretamente aos depoentes, mas por intermediação necessária do juiz. Assim, dentro de um sistema arcaico, o Ministério Público e o defensor formulavam as perguntas ao magistrado. Este, por sua vez, interpretava os questionamentos, elaborando-os, mentalmente e, após, traduzia-os em perguntas às testemunhas. As respostas destas eram interpretadas pelo juiz, a seu modo e linguagem, e ditadas ao funcionário judiciário, quem as digitava ou datilografava.

Nesse ato medieval, muita da substância das declarações se esboroava.³¹ Era o antigo modelo francês, parcialmente abandonado naquele país.

Atualmente, na França, a testemunha, no início de seu depoimento, é instada a narrar, livremente, o que sabe acerca dos fatos – *déposition* (art. 331 do CPP francês). As *questions* são formuladas de forma sucessiva e eventual, diretamente, pelo magistrado, pelo Ministério Público e pela defesa, havendo situações excepcionais, em que as perguntas são feitas diretamente pelo juiz, como é o caso da parte civil.³² Evoluiu-se, na França, dos modelos acusatório e inquisitorial para um modelo contraditório de processo penal.³³

As modificações de 2008 alteraram, substancialmente, a metodologia da colheita da prova testemunhal. Além da ordem da inquirição das testemunhas (primeiro as arroladas pela acusação e após as arroladas pela defesa), houve importante modificação no que tange à ordem de formulação do questionamento. A literalidade legal é clara, encontrando suporte e aderência constitucional.

Segundo essa nova sistemática, as partes formulam as perguntas antes do magistrado, diretamente à pessoa que estiver prestando o seu depoimento, pois a parte que arrolou o depoente, através da iniciativa das perguntas, demonstrará o que pretende provar. Após, a parte adversa exercitará o contraditório na metodologia da inquirição, formulando as perguntas de seu interesse. Porém, antes das perguntas das partes, a vítima ou a testemunha poderá narrar livremente o que sabe acerca dos fatos.

Com isso se garantem o equilíbrio e o contraditório na formação da prova, através de uma previsão clara e objetiva, nos moldes do *adversary system*, com regramento acerca das funções entre os sujeitos processuais. Primeiramente a parte demonstra o que pretende provar com a inquirição de determinado sujeito; em seguida, garante-se o contraditório e, por último, o magistrado realiza a complementação, na esteira da situação processual formada com as perguntas, com o objetivo de esclarecer situações que, a seu juízo, não restaram claras.

Caminha-se na esteira de um sistema democrático, ético e limpo de processo penal (*fair play*). Evitam-se os intentos inquisitoriais,

31 GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do Processo Penal: considerações críticas*, p. 56.

32 CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale: profilo istituzionale*, p. 205.

33 AIMONETTO, Maria Gabriela. *Le Recenti Riforme della Procedura Penale Francese*, p. 68.

o assumir o lugar da parte, a parcialização do sujeito encarregado do julgamento. A nova sistemática exige a presença do acusador e do defensor na audiência e, deste, efetividade, sob pena de ofensa às garantias constitucionais. Não se retira o comando da audiência e a valoração da prova ao magistrado, na medida em que esse continua controlando as perguntas, pois a prova se destina a seu convencimento, podendo formular questões suplementares, ao final. Essa é a nova metodologia legal, inserida no devido processo constitucional, em seu aspecto formal e substancial, a ser observado.

É de ser dito, em razão da discussão doutrinária acerca da necessidade ou não de o ofendido ser arrolado para ser ouvido, interessar, *prima facie*, à acusação o depoimento deste, motivo por que as perguntas deverão ser formuladas primeiramente pela acusação, ressalvada a hipótese em que a oitiva foi de iniciativa puramente defensiva.

O magistrado, conforme a nova regra processual, assume o papel de fiscalizador da inquirição, podendo vetar as perguntas indutoras das respostas, bem como as que não tiverem relação com os fatos ou, de qualquer forma, não interessarem ao deslinde do feito, deixando a critério da acusação e da defesa a elaboração dos questionamentos, com o fito de preparar as teses a serem suscitadas por ocasião das alegações finais orais (debates) ou escritas (memoriais).

O ativismo processual, na dinâmica dos atos processuais, é das partes, da acusação e da defesa, e não mais do magistrado, sujeito processual encarregado da decisão, a quem as partes (outros sujeitos) labutarão, nos autos, para convencê-lo. As partes propõem os meios (mecanismos, instrumentos idôneos para introduzir no processo os elementos que emanam das fontes de prova) pelos quais pretende levar ao magistrado as informações, os dados *a priori*, extraídos das fontes de prova (objetos ou sujeitos dos quais se extraem os resultados a serem valorados pelo julgador) e o magistrado, no novo modelo processual, democrático, humanitário e republicano, possui, no que tange à metodologia da produção da prova testemunhal, uma atividade subsidiária, complementar, na esteira do *in dubio pro reo*, em decorrência da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF), base epistemológica do processo penal.

A nova sistemática adotada à inquirição das testemunhas pela legislação processual brasileira, através da Lei nº 11.690, de 9 de junho

de 2008, aproximou-se do *cross examination* norte-americano, pois, em ambos, a acusação e a defesa formulam os questionamentos diretamente às testemunhas, as quais também ficam sujeitas ao contrainterrogatório da parte adversa (garantia do contraditório); entretanto, distancian-do-se deste, porque a inquirição não é tarefa exclusiva da acusação e da defesa.

Contudo, a modificação possui maior semelhança àquilo que os italianos chamam de *esame incrociato* (perguntas cruzadas), considerando a previsão do Código de Processo Penal italiano acerca da possibilidade de intervenção do magistrado ao final. Nesse sistema, o magistrado, durante a inquirição das partes pode intervir para controlar a lealdade e pertinência das perguntas, a genuidade das respostas e a correção da contestação, podendo perguntar, ao final.³⁴

O denominado exame cruzado, na dicção de Tonini, é um mecanismo articulado e complexo, com regras precisas, cujo escopo é submeter o declarante a uma imediata verificação operada pelas partes contrapostas. O exame cruzado se divide em três momentos fundamentais: *exame direto*, *contraexame* e *reexame*. Segundo Tonini, o *exame direto* é conduzido pela parte que fez o requerimento de oitiva da testemunha (ou outro sujeito que presta declarações). O *contraexame* é eventual, na medida em que as partes que não requereram a oitiva daquela testemunha podem, em momento oportuno, formular perguntas. O *reexame* é duplamente eventual: desenvolve-se somente se ocorreu o *contraexame*; no *reexame*, a parte que conduziu o exame direto pode “formular novas perguntas”.³⁵

A baixa densidade constitucional e a manutenção das bases inquisitoriais do modelo probatório brasileiro se observam no débil regramento acerca dos meios de prova e dos meios de busca e produção da prova. Restritos ao objeto de análise (art. 212 do CPP³⁶), na metodologia de inquirição das testemunhas, afirmamos haver uma fraca regulamentação dessa metodologia. Poderão as partes reperguntar? As partes de-

34 CHIAVARI, Mario. *Diritto Processuale Penale: profilo istituzionale*, p. 205.

35 TONINI, Paolo. *La Prova Penale*, p. 131.

36 “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).”

verão aguardar a sua vez para perguntar ou poderão interferir no momento processual da outra parte e formular perguntas, aproveitando o desenvolvimento da informação prestada? Como ocorrerá nas situações das testemunhas referidas e quando o magistrado resolve ouvir, *ex officio*, uma testemunha? A redação do art. 212 do CPP é clara: o magistrado pergunta por último e de forma suplementar, ou seja, sobre os pontos não esclarecidos. E isso se aplica a todas as situações.

Por ser o julgador o destinatário da prova, há de manter a sua posição de alheamento, isto é, de garantidor, a fim de conservar o equilíbrio processual na colheita da prova. Embora, do ponto de vista científico defendamos a impossibilidade de o julgador indagar às partes, a opção legislativa foi a de permitir, mas de forma suplementar, subsidiária. Isso está claro na lei e há de ser observado.

4. Efeitos do descumprimento do art. 212 do Código de Processo Penal

A forma dos atos processuais é um limite ao poder estatal e, simultaneamente, uma garantia ao imputado, entendido o processo como “um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição”.³⁷ Elementar que o sistema de garantias constitucionais está a serviço da defesa e do imputado e não da acusação, na medida em que o exercício do *ius ut procedatur*, isto é, da pretensão acusatória deve ser limitado e não garantido.³⁸

A utilização dos depoimentos defeituosos contamina o *decisum*, o qual há de ser desconstituído e, em cada caso penal, há de ser verificado o desdobramento causal do ato viciado, nos seguintes atos processuais, pois poderá haver contaminação dos atos processuais subsequentes (inquirição de outras testemunhas, v.g.). Há decisão, pioneira, nesse sentido, da 5ª Câmara Criminal do Tribunal do Rio Grande do Sul:

PROCESSUAL PENAL. INQUIRIÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA. NULIDADE. A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu ex-

37 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, II, p. 393.

38 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, II, p. 393.

pressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova. Anularam, em parte, o processo. Unânime. (Apelação Crime nº 70028349843, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 18/3/2009).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, em uma primeira manifestação acerca do tema, decidiu:

*HABEAS CORPUS. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. 1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade. 3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma. 4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP. (STJ, HC 121.216/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 19/5/2009).*

Ocorre que a formulação de perguntas pelo magistrado, antes das partes, ultrapassa a mera irregularidade da metodologia da inquirição, pois o defeito atinge uma formalidade essencial, por não ter sido observado o devido processo legal, no plano formal (ordem de inquirição) e

material (vício substancial, por ofensa ao contraditório e a distribuição das funções entre os sujeitos processuais). A inversão das perguntas ou a inquirição inicial do magistrado invalida o depoimento e veda a sua utilização no processo, pois a inutilizabilidade é uma forma de invalidade dos atos processuais.³⁹

Segundo Tonini, a inutilizabilidade constitui-se em um tipo de invalidade, a qual se caracteriza por atingir não o ato em si, mas o seu “valor probatório”. O autor sustenta poder ser o ato válido do ponto de vista formal (não eivado de nulidade), mas ser atingido em seu aspecto substancial, considerando que a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal: servir de fundamento para a decisão do juiz.⁴⁰

Levando-se em conta a estruturação do sistema de invalidades processuais a partir da matriz constitucional do processo penal, trabalhamos com os conceitos de ato processual defeituoso sanável ou insanável. Nesses termos, “somente o ato defeituoso insanável dará lugar ao decreto judicial de nulidade e, por consequência, de ineficácia ou impossibilidade de valoração probatória”.⁴¹ A “nulidade” somente existirá nos casos de atipicidade insanável e relevante.

Portanto, o vício ou defeito na metodologia da inquirição, invalida o ato processual e veda a utilização do depoimento no processo. O veredicto condenatório que utiliza tais depoimentos não produz efeitos, é ineficaz. Para os que defendem a existência de nulidade absoluta e relativa no processo penal, o ato sentencial condenatório se reveste de nulidade absoluta. Somente o veredicto absolutório tem entidade suficiente para suplantiar o defeito.

Assim, os depoimentos das vítimas e das testemunhas que não observarem a regra processual contida no art. 212 do Código de Processo Penal não poderão ser utilizados no processo penal. Nenhum vício ocorrerá quando o magistrado, após qualificar a testemunha ou a vítima e dar-lhes conhecimento da situação processual, instá-los a narrar, livremente, o que sabem sobre os fatos, sem formular perguntas. Ao serem utilizados para condenar ou em qualquer outro provimento judicial restritivo dos direitos do imputado, provocam a invalidade do *decisum*. Os

39 LOZZI, Gilberto. *Lezioni di Procedura Penale*, p. 193.

40 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 76.

41 LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, II, p. 391 e 392.

atos processuais contaminados pelos vícios também não poderão ser utilizados e o veredicto condenatório há de ser desconstituído, devendo outro ser proferido.

Imprescindível mencionar que, dependendo da categoria adotada para nominar a inobservância do devido processo legal constante no art. 212 do Código de Processo Penal, diferentes consequências processuais advirão. Ao considerarmos a inutilização do ato processual ou como sendo prova ilícita, por violação às normas legais (art. 157 do CPP), este não poderá ser valorado na sentença e outra decisão deverá ser proferida, sem repetição da tomada do depoimento. Nesse caso o juiz julgará o feito com aquilo que restou nos autos. Não há como negar, nessa hipótese, o risco de o magistrado valer-se da nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, ao proferir nova sentença, no sentido de utilizar, na fundamentação, as declarações das vítimas e das testemunhas prestadas na fase pré-processual, pois não haverá renovação da oitiva das vítimas e inquirição das testemunhas, mesmo como argumentos de prova.

De outra banda, ao considerarmos os depoimentos obtidos sem a observância do art. 212 do Código de Processo Penal como ato viciado, cuja consequência é a nulidade, por violação à garantia da forma, o caminho é a repetição do ato viciado e dos que forem contaminados pelo defeito. Nessa solução, renovar-se-ia o depoimento tomado em desobediência ao art. 212 do Código de Processo Penal, bem como outros depoimentos e os atos processuais contaminados pelo defeito. O risco, nessa solução, é a inutilidade dos efeitos da decisão, em razão da repetição do depoimento.

A solução há de partir de alguns critérios básicos. O primeiro deles é a essencialidade de garantia de proteção do imputado da forma dos atos processuais, ou seja, a forma é garantia quando considerada em favor da defesa, como limite da incidência do *ius puniendi*. O princípio violado é o devido processo legal e constitucional, o que resulta em defeito substancial e não meramente formal, não passível de convalidação do ato quando influir direta ou indiretamente na formação de um juízo condenatório.

Portanto, é o caso concreto que fornecerá a solução adequada, de molde menos danoso ao acusado. Independentemente da solução processual adotada (no sentido de determinar-se ou não a renovação

da prova testemunhal), a persistência na metodologia anterior revela o intuito, consciente ou não, de manutenção de um modelo de processo penal de alta inquisitorialidade, sem bases constitucionais, democráticas e republicanas, distanciadas do contraditório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIMONETTO, Maria Gabriela. *Le Recenti Riforme della Procedura Penale Francese*. Torino: Giappichelli, 2002.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. V. II. Tradução de Manuel Osorio Floriat. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale: profilo istituzionale*. Torino: UTET, 2007.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo II. Tradução de Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editorial Temis, 2000.

GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; GESU, Cristina di. *Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal*. Processo Penal Contemporâneo. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GORPHE, François. *La critica del testimonio*. 2. ed. Tradução de Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 4. ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di Procedura Penale*. Torino: Giappichelli, 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Tradução de José Alves de Sá. São Paulo: Livraria Teixeira.

TONINI, Paolo. *La Prova Penale*. Milão: Cedam, 2000.

_____. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

7

(RE)LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL CLÁSSICO E OBSTRUÇÃO DO MINIMALISMO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Emerson de Lima Pinto¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO - 1. Direito Penal mínimo e conceitos criminológicos - 2. Os movimentos políticos criminais e suas diretrizes - 3. Neorretribucionismo - 4. O abolicionismo radical - 5. Despenalização - 6. Descriminalização - 7. Desprisionização - 8. Descarcerização - 9. Discurso jurídico e dogmático penal humanista - 9.1. Dogmática penal e ideologia - 9.2. Fundamentos de sua estruturação - 9.3. A necessidade da radical retificação do discurso jurídico-penal - 9.4. O direito humanitário e o direito penal - 10. Dogmática penal humanista: garantias penais mínimas no sistema penal racional e a Lei Federal nº 9.099/1995 - 10.1. Dogmática penal humanista - 10.2. A Lei Federal nº 9.099/1995: despenalização e as infrações de menor potencial ofensivo - 10.3. O garantismo e a transação

¹ Advogado. Doutorando em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito Público pela Unisinos. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em História da Filosofia pela Unisinos. Professor no curso de Graduação em Direito na Unisinos e do Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca). Pesquisador do Cesuca.

penal: ruptura no Direito Penal clássico - 10.3.1. A Lei Federal nº 9.099/1995 e o princípio do consenso - 10.3.2. Um novo modelo de direito - 10.3.3. A Teoria Garantista e a Lei Federal nº 9.099/1995 - 10.3.4. O princípio da presunção de inocência - 11. Hermenêutica jurídica: o processo de (re)construção da dogmática jurídica, a crise de paradigmas e o conceito de crime de menor potencial ofensivo - CONSIDERAÇÕES FINAIS - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Ao analisar o tema da justiça penal, faz-se imprescindível realizar questionamentos acerca das concepções atuais, identificadas com uma proposta humanista, tendo como referencial a Criminologia Crítica. Esta se faz atual nas suas várias vertentes, nos debates tendo como eixo central o presente e o futuro do sistema penal. A reflexão busca promover deslocamentos que visam à compreensão de âmbitos de atuação das normas no processo social, sejam elas emanadas em sua elaboração ou aplicação. A posição escolhida não pressupõe uma dicotomia entre o mundo sistêmico e o mundo da vida, e, nesse sentido, adentrara-se em um modelo de justiça que subjaz implícito às concepções jusfilosóficas da Lei Federal nº 9.099/1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

As diversas vertentes do pensamento jurídico foram utilizadas; entretanto, a principal está assentada na Criminologia Crítica. Desta feita, gostaríamos de, inicialmente, identificar de que local se origina a procedência do discurso. Assim, esta primeira parte aborda as novas tendências do pensar crítico a respeito do Direito Penal. Para tanto, reflete-se sobre o Direito Penal mínimo, o Neorretributivismo e o Abolicionismo, analisando elementos que fundam o discurso e a práxis dessas concepções. *O que é a justiça penal? Como se apresenta em nosso país? Como ocorre o fenômeno de sua emanção?* Ora, nossa tradição é monista estatal, ou seja, há o monopólio do Estado para legislar, em especial no Direito Penal, uma vez que também compete o monopólio da sanção penal. O Estado, segundo a concepção clássica, monopoliza a tarefa de decidir acerca dos conflitos que, em diversas oportunidades, acabam por gerar delitos. Por que existem diversas tendências? O que é e para que serve a política criminal? Que influência exerceram as ten-

dências da criminologia na elaboração da Lei Federal nº9.099/1995? O que é abolicionismo penal?

Na sequência analisa-se como o discurso jurídico penal é utilizado pela dogmática tradicional, ou melhor, pelo discurso oficial, bem como a necessidade de construir um discurso que, aliado a uma prática real, contraponha-se ao estabelecido. Mais adiante, na segunda parte, faz-se uma reflexão sobre elementos da dogmática jurídica que são adotados com a finalidade de efetivar a garantia dos direitos assegurados nos *Códigos* (Direito Penal e Processual Penal) e na Constituição. E, por fim, analisam-se, também, a fala autorizada e o argumento de autoridade que sustentam o exercício do poder científico como fonte política-jurídica dos doutrinadores.

1. Direito Penal mínimo e conceitos criminológicos

Modernamente, verificamos a existência de uma infinidade de diplomas legais que regulamentam fatos da sociedade brasileira de uma forma acentuada; ouve-se a expressão *inflação legislativa*, ou seja, que a capacidade do legislador em criar novos diplomas legais é superior à possibilidade de os juristas conhecê-los. Existe a ideia de que o sistema penal pátrio é liberal com os *criminosos* e que em não diminuí a violência e a criminalidade. Portanto, é adequada a refutação da concepção neorretributivista que fundamenta teoricamente os movimentos políticos de Lei e Ordem, os quais Araújo Júnior crítica, a fim de evitar a continuidade do círculo da violência.

Ao opor-se a essa concepção e, fundamentados na excessiva ingerência do Estado no âmbito das liberdades do cidadão, resta-nos a definição por uma das outras duas concepções: a minimalista (Direito Penal mínimo), ou seja, numa concepção tática, portanto, de transição, ou estratégica, como um fim em si mesmo ao pregar ruptura da institucionalização das respostas contra as condutas desviadas. Adotar a via minimalista tendo em vista as seguintes razões: a) necessidade de um amadurecimento em torno da proposta abolicionista; b) o desmascaramento a falência do modelo ressocializador e das prisões; c) elevado custo da operacionalização da justiça penal; d) deslegitimação do sistema frente a sua seletividade e discricionariedade na relação com as vítimas e aos *desviantes*. O minimalismo penal possui metas não intervencionistas e se caracteriza pela redução da intervenção estatal para

resolução dos conflitos penais ou pela própria abolição desta *presença institucionalizada*. Desta forma, procura alternativas às intervenções da sociedade de forma real. A política criminal fundada no minimalismo penal representa uma concepção que remonta à intervenção mínima do Estado frente ao Direito Penal e, ao mesmo tempo, assegura máximas garantias aos cidadãos. O debate sobre o Direito Penal mínimo pode ser estabelecido em três frentes distintas e complementares; pois sem esta inter-relação está-se diante de outra proposta de política criminal, sem condições de prosperar na vida social. Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem responsabilidade para com essa proposta, uma vez que, se o legislador opera com o princípio não intervencionista, dará curso a processo de despenalização, descriminalização e descaracterização, o que lhe impõe, de forma suplementar, a necessidade de não propugnar pela criminalização de novas condutas. E, neste caso, ao Executivo compete a iniciativa de propor uma política que tenha por fim prevenir o delito, com iniciativas para erradicar as causas de alguns dos crimes que ocorrem em nossa sociedade, visto terem os mesmos, por origem, a concentração de renda ou de terras por uma parcela pouco expressiva de nossa sociedade. E, por fim, ao Judiciário compete compreender o princípio de que a função do Direito Penal é a de tutela de bens jurídicos e, assim, de forma fragmentária e subsidiária, atuar na garantia dos princípios constitucionais que fundam o Direito Penal e Processual Penal dentro de uma concepção de Estado Democrático de Direito.

2. Os movimentos políticos criminais e suas diretrizes

Para que se possa explicar em torno dos diversos movimentos da política criminal, faz-se necessário defini-la: política criminal nada mais é do que o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado controla o crime. É, portanto, o conjunto de procedimentos por meio dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal. E entende-se possível subdividir em três os modelos fundamentais de política criminal: a) o liberal; b) o autoritário; e c) o totalitário. O primeiro funda-se na ideologia liberal iluminista e procura assegurar a liberdade individual frente ao poder do Leviatã; o segundo bifurca-se e compreende, dentre outros, o modelo anárquico e o marxista e, por último, o modelo totalitário, cuja versão política é manifesta através do fas-

cismo e sua faceta religiosa que é percebida através do integralismo. O (neo)marxismo tem aproximado o pensamento socialista de princípios liberais que asseguram os direitos e garantias fundamentais como um patrimônio histórico da humanidade que não pode ser compreendido exclusivamente como construção da *classeburguesa*.

Os movimentos político-criminais giram em torno da relação contra a conduta desviada. São intervencionistas ou não intervencionistas. Os primeiros constituem-se em árduos defensores de uma participação mais firme e presente do Estado no controle social, ampliando o controle estatal formal, utilizando-se do Direito Penal; os segundos, numa posição bem diferenciada, assumem a necessidade do afastamento do Estado, não raramente, propondo a eliminação da intervenção estatal para resolver os conflitos penais ou penalizáveis, confiando mais nos processos e nos agentes de controle formal. E, partindo do pressuposto de que o sistema penal deve continuar exercendo seu papel de instrumento de controle social, existe uma ampla convicção de que então a justiça criminal, para alcançar sua meta, deve se modernizar. E esta modernização deve ser compreendida dentro das mais diversas concepções do Direito Penal. Como já exposto, compreende as formulações mais conservadoras, retributivistas e repressoras e as liberais, que entendem a necessidade a fim de dotar de maior funcionalidade o sistema e as punições. Em outro campo, encontram-se aqueles que identificam a modernização com a readequação do Direito Penal, a fim de que somente sejam as penas previstas e aplicadas em situações limite.

O discurso empregado pelos operadores do Direito e sua vinculação ideológica aos projetos de sociedade vigente é visto não como uma técnica neutra, mas como uma forma de intervenção na realidade a partir de um referencial predeterminado, cuja gênese encontra-se na teoria política. A respeito da meta dos movimentos político-criminais na atualidade, Gomes afirma:

O fenômeno da crise da pena de prisões e do próprio direito penal tem provocado múltiplas tendências de respostas e reações com conteúdos muito diversificados, que vão desde o retorno da política crimina ao neorretribucionismo puro e absoluto, como é o caso da corrente neorretribucionista ou neoclássica conservadora norte-americana, de outra forma, na absoluta via inversa a proposta anteriormente referida coloca-se a posição abolicionista radical, que sustenta o desaparecimento

do próprio direito penal e, passando pelo abolicionismo moderado que propõe a intervenção mínima do Direito Penal, com máximas garantias, (...)

d) acatamento de algumas finalidades da pena, mas como, limitações inerentes do estado social e democrático de direito; e por fim, e) uma forte e moderna corrente criminológica entende que melhor que punir é prevenir e, neste campo, o direito penal, com sua ameaça preventiva geral, intimidatória, cumpriria um papel muito modesto.²

De certo modo, a reflexão crítica tem suas matrizes na oposição frente a Criminologia tradicional originada na Criminologia Crítica, que se entende em harmonia com Castilho:³ “[...] cita o crime e a criminalidade como entidades ontológicas pré-constituídas ao Direito Penal e sua grande indagação gira em torno das causas do crime. As respostas, de modo geral, são agrupadas em biológicas, psicológicas, antropológicas, sociológicas e multifatoriais [...]”; inseridas no contexto da ideologia da defesa social que rotulam os “desviantes” como sujeitos diferentes dos membros da sociedade e que devem ser (re)educados e (re)socializados teve origem na década de 1960. Onde teóricos críticos propugnam pela elaboração de um novo paradigma criminológico se agruparam na “criminologia da reação social” na busca da oposição teórica ao *establishment* criminológico.

3. Neorretribucionismo

A corrente neoclássica, ou neorretribucionista, vem obtendo um crescimento acentuado, tendo em vista o fato de vir inspirando a atual política criminal norte-americana. Essa teoria informa que o delito seria fruto de uma opção racional econômica, em que a corrente neorretribucionista procura criminalizar condutas, ou seja, entende válido e eficaz o processo que reconhece normalmente a ilicitude de uma conduta, descrevendo-a como infração penal ou transformando-a de contravenção em delito. O intervencionismo neorretributivista possui como metas a criminalização, a carcerização, a penalização e a institucionalização. E, de fato, é impossível que uma corrente de política criminal *moderna* não

2 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 57-58.

3 CASTILHO, Ela Wiecko V. de, op. cit., 1988, p.23.

conceba que o delito é um fato social e comunitário, e que o trate como problema de segurança pública crendo que, desta forma, está solucionando o problema, visto que, quanto à corrente neorretribucionista, Gomes sintetiza:

[...] (d) não é tarefa fácil de outra parte saber se é o fracasso do sistema legal que aumenta a criminalidade ou se é o aumento da criminalidade que causa o fracasso do sistema; e) vem da atitude de um forte setor jurídico, especialmente, judicial para o qual a legitimidade geral do sistema penal não é um problema de sua incumbência, que está reduzido unicamente a solução de casos concretos de acordo com as pautas legais que regem o conflito particular; g) da tensão dialética entre o legalismo e interpretação crítica do direito, o modelo moderno o jurista não irá fugir e, sempre que as concepções legislativas, infraconstitucionais entrem em conflito com a magna carta, preferência do intérprete, logicamente será pela última; h) neorretribucionismo representa, pelo que estamos vendo uma moderna tendência da moderna política criminal: jogo a favor da criminalização da punição da prisão, da penalização. Sua preocupação é evidentemente preventiva geral, no sentido positivo. Não se questiona a justiça da norma, todas devem ser respeitadas, independentemente de sua coerência social; i) o Homem, como ser social, tem forte inclinação para resolver seus conflitos com base no consenso informal, natural, sem necessidade de nenhuma instituição estabelecida.⁴

De tudo o que foi exposto, pode-se fazer reflexões teleológicas sobre o Direito Penal. Presta-se ele apenas à função de “fazer justiça” (KANT) ou recompor a soberania jurídica (HEGEL), como preveem as teorias absolutas da pena, e, na esteira, o neorretribucionismo? Deixemos tais argumentos para os comícios dos “movimentos de lei e ordem”. A função repressiva está apropriada de um discurso dominante no século XXI e está agora no direito positivo: “reparação dos danos sofridos pela vítima [...]”. Não mais é função exclusiva do Direito Penal a prevenção punitiva, sendo a reparação dos danos preocupação prioritária.

4. O abolicionismo radical

O abolicionismo informa que os homens e mulheres que afirmam a necessidade da prisão, de fato, não têm conhecimento de como, na

4 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 60-62.

prática, funciona essa máquina de excluir e punir. Se soubessem como funciona realmente, passariam a construir uma consciência popular que exigirá a abolição. A defesa da justiça penal, como ela se apresenta nos dias de hoje, está consolidada a partir de imagens maniqueístas que se impõem muito mais por inércia do que por outra razão qualquer.

O que é o sistema penal? Sabemos que é o discurso oficial (político, científico, jurídico), que procura dotá-lo de uma racionalidade com intuito de controlar o homem. Outra imagem é a de um sistema coeso, estruturado e orgânico. Faz-se fundamental a forma como Hulsman explica:

Cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervêm no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter de se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado – o que ele procura colocar na lei, no Código Penal – e as diferentes práticas das instituições e dos homens que a fazem funcionar.⁵

A sua ação não é conjunta nem harmônica, pois essas instituições funcionam de forma compartimentalizada, em estruturas independentes, cuidando de seus interesses, portanto, sem visão global articulada. E Flávio Gomes procura sintetizar os abolicionistas:

a) a corrente abolicionista sustenta que a pena e próprio direito penal possuem mais efeitos negativos que positivos, advoga por essas razões, pela eliminação total (presente e futura) de qualquer controle formal do delito, que deve dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos; b) é o desaparecimento do sistema penal, mas isso não significa abolir todas as formas coercitivas de controle social. A sociedade, aliás, já conta com inúmeras formas não penais de solução de conflitos e pode desenvolver várias outras. O sistema penal formal deve ser abolido porque, em razão de sua influência muito teológica-escolástica, é patentemente maniqueísta; (...)⁶

Se nos opusermos, entretanto, a essa concepção e, fundamentados na permissiva ingerência do Estado no âmbito das liberdades do

5 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. 1. ed. Niterói: Luam, 1993, p. 59.

6 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 62-63.

cidadão, resta-nos a definição por uma das outras duas concepções: a minimalista, ou seja, numa concepção tática, portanto, de transição, ou estratégica, como um fim em si mesmo (pressupondo a necessidade de regulamentação de determinados fatos como crime), seja na que prega a ruptura total e absoluta da institucionalização das respostas possíveis contra as condutas desviadas.

5. Despenalização

Transitoriamente, urge a necessidade de reconstruir o conceito de pena ao recordar que cabe ao poder político, até certo ponto, decidir quais condutas devem ser submetidas à pena, portanto, que razões levam alguns fatos a serem considerados como crimes, e isso integra seu exercício de poder no sistema penal. Despenalizar consiste em adotar alguma reação formal com intenção de controlar determinadas condutas *desviadas* e o modo utilizado de penalização consiste na cominação de pena de prisão.

Despenalizar, portanto, consiste no ato de adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que têm por finalidade, às vezes, sem retirar o caráter ilícito da conduta, dificultar, ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução. E se verifica que a pena não se apresenta como um instrumento idôneo para solução dos conflitos que surgem. Sua falta de racionalidade deriva de sua incapacidade de resolver os conflitos e de, no máximo, decidir formalmente a respeito deles. Interessante a posição a respeito da pena que possui Zaffaroni:⁷ “logo, toda sanção jurídica ou imposição de dor a título de decisão de autoridade, que não se encaixe nos modelos abstratos de solução de conflitos dos outros ramos do direito é uma pena”.

E Zaffaroni,⁸ quando aborda o abolicionismo, no que tange ao fim do modelo penal como o conhecemos, afirma:

no entanto, o modelo penal, tal como enfatizado pelo abolicionismo e outras críticas, deixa de ser um modelo de solução de conflitos, por supressão de uma das partes do conflito sempre que a vítima desapareça em razão da apropriação do conflito pelo soberano do Estado.

7 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 203.

8 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 203-204.

E, nesse caso, o conceito de pena deverá ser readequado da seguinte forma: “pena é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito”. Ou seja, aquela situação não prevista por Zaffaroni em nenhum dos outros ramos do direito de índole, portanto, não repressiva e coercitiva, deverá ser considerada como uma privação racional, uma vez que se estará tratando de uma situação excepcional. Uma pena, seja legal ou ilegal, deve procurar decidir os conflitos dentro de limites máximos de racionalidade tolerada, não ser aplicada quando estiver ausente no conflito qualquer dos requisitos do tipo e, quando se trata de lei inconstitucional, declará-la não impondo a pena. Sobre as medidas substitutivas e alternativas da pena de prisão, quando abordam os processos despenalizadores clássicos não consensuais, ou seja, aqueles em que não é admitida a transação, pelo acordo ou conciliação, Flávio Gomes informa:

Os substitutivos penais e as medidas alternativas configuram exemplos clássicos de despenalização não consensual. Modernos processos despenalizadores levam em conta o consenso, o princípio de oportunidade e interessa-lhes mais ressocialização que a retribuição do infrator, mais a reparação dos danos à vítima que o atendimento da pretensão punitiva estatal.⁹

Segundo seu caráter fragmentário, o Direito Penal só pode intervir quando se trate de bens fundamentais, o que justificaria a imposição da medida extrema da pena e seus maléficos efeitos; possuindo caráter subsidiário, significa que a norma penal exerce uma função de proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrarem eficazes na defesa dos bens jurídicos, pois sua intervenção no círculo jurídico dos cidadãos só tem sentido se se fizer como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para o bem jurídico:

São leis penais, portanto, as que preveem penas como forma de decisão de conflitos e as que, de qualquer modo, autorizem a imposição de penas (sejam ou não constitucionais), entendendo-se por penas as consequências jurídicas que implique privação de direitos ou sofrimento

9 GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal Mínimo: Lineamentos das Suas Metas, *Revista Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 74-75, jan./jun. 1995.

e que não pertençam como modelos de solução, a outros ramos de direito.¹⁰

Os abolicionistas referem-se a suprimir a pena e faz-se necessário esclarecer que o conceito de pena empregado é aquele concebido e aplicado pelo sistema penal. Destaca-se, no entanto, que questionar o direito de punir conferido ao Estado, de forma alguma, significa rejeitar qualquer medida coerciva, tampouco suprimir a responsabilidade pessoal do autor da ação *desviada*. Precisa-se encontrar na pena um papel legítimo que possa reativar pacificamente o tecido social. E, desta feita, para os abolicionistas, não havendo uma relação real entre aquele que é punido e aquele que pune, ou inexistente o reconhecimento da autoridade, está-se diante de situações em que falar de legitimidade de pena será difícil. Quando aborda a pena legítima, Hulsman afirma:

A pena, tal como entendida em nossa civilização, parece conter dois elementos: 1 - uma relação de poder entre aquele que pune e o que é responsável, etc...e outro aceitando que seu comportamento assim seja condenado, porque reconhece a autoridade do primeiro; 2 - em determinados casos, a condenação é reforçada por elementos de penitência e sofrimento impostos e aceitos em virtude daquela mesma relação de poder. Esta é a análise – e a linguagem – que estamos habituados a ouvir e que parece legitimar nosso direito de punir. Em nosso contexto cultural, a verdadeira pena pressupõe a concordância de duas partes.¹¹

Os processos despenalizadores procuram evitar a aplicação de pena de prisão, portanto, consideradas penas alternativas. Nesse sentido, impõe-se a referência de algumas delas: a) multa retributiva cominada abstratamente e alternativamente, ou seja, pena de prisão ou multa, sendo que o magistrado opta pela multa, diminuindo a ingerência estatal; b) multa assistencial – o beneficiário da multa passa a ser uma instituição pública ou privada, cuja finalidade seja, obviamente, assistencial; c) penas restritivas de direito (alternativas) é o que o Código Penal Brasileiro trata como efeito da condenação; em vez de configurar como pena cumulativa, deveria ser considerada alternativa; d) multa reparatória constitui-se no fato de haver previsão legal de aplicação de multa e

10 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 206.

11 HULSMAN, L., op. cit., p. 87.

não de prisão; entretanto, cabe destacar que o destinatário desta multa não é a vítima, mas, sim, o Estado; e) tratamento de desintoxicação – enquanto não descriminalizado, o que esperamos que o seja brevemente –, a lei deveria prever o tratamento de desintoxicação; f) *probation* ou suspensão da condenação – nesse caso, verifica-se que o processo penal transcorre normalmente e, havendo condenação, o magistrado não impõe a pena. Em seu lugar, fixa um conjunto de atividades que o *condenado* terá que realizar durante certo tempo; se realizadas de acordo com a imposição estatal, extingue-se a punibilidade do agente sem haver a condenação; g) o perdão judicial, bastante utilizado em nosso ordenamento jurídico; e h) uma série de outras penas alternativas, *alternativas e criativas*, visto que a magistratura pátria tem fixado outras tantas obrigações positivas e negativas aos *desviantes*, que vão desde: a) positivas – o não frequentar alguns lugares, como bares ou sair em determinadas horas – ou, b) negativas – como ir à igreja ou não permitir o acesso à habilitação de um veículo.

Sobre o tema da descriminalização dos tóxicos e da postura dos operadores do sistema penal frente à realidade dos consumidores de substâncias entorpecentes, de forma pitoresca e caricatural, Hulsman aborda o tema quando trata do Conselho Interdisciplinar que existe nos Países-Baixos, que funciona consultivamente e, portanto, opina sobre órgãos do sistema penal sendo encarregados de promover sua integração:

Lembro-me especialmente de uma sessão desta assembleia plenária, onde foi debatido o problema da heroína. Eu expliquei o que os *junkies* me contaram sobre suas experiências; como aqueles que usam heroína entram num processo praticamente inexorável de decadência social, de marginalização, por não serem reconhecidos. Eles precisam da heroína, esta substância é muito cara, eles não podem pagar e a polícia está à espera do momento em que irão roubar para consegui-la. Há também a assistência médico-social, que alguns temem mais que a própria prisão. Lá, lhes fornecem substitutivos da heroína, mas desde que se submetam a toda espécie de exames, de urina, de sangue, etc., o que lhes parece uma imposição degradante. Eu disse ao Conselho: os *junkies* entendem que é a política de drogas que os joga nesta situação; seria interessante dialogar com eles, pois têm a experiência da marginalização provocada

pelo sistema penal. Mas cada um dos presentes tomava a palavra sem levar em conta as observações do vizinho.¹²

Realizado o relato do diálogo com os *junkies*, passaram os notáveis a desfilarem seu vasto saber multidisciplinar e generalista, conforme Hulsman:

E se não era possível colocar em prática a mudança ou enquanto ela não se desse, se deveria persuadir os interessados a substância ilegal da qual são dependentes por uma substância legal pela qual não seriam incomodados. [...] Este médico propunha que se organizasse um programa de ajuda para fornecer uma substância substitutiva – a metadona – para aqueles que hoje são perseguidos pelo consumo de heroína. [...] quando chegou sua vez de falar, um juiz de instrução, colocou-se sob sua própria perspectiva, afirmou por seu turno: “Poderíamos evitar a detenção, se eles realmente aceitassem se tratar, mas eles jamais respeitam as condições e, assim, não há outro jeito senão colocá-los na prisão; [...] Encerrado o debate acerca do problema desfere o professor em sua conclusão: Mas, cada um ficou preso à sua estreita visão profissionalizada do problema. E, como de costume, não saiu deste encontro qualquer decisão conjunta, qualquer prática diferente: os serviços interessados continuariam a desenvolver o mesmo trabalho compartimentalizado. É assim que o sistema sempre se refaz.¹³

Gomes ainda destaca que nos modernos processos despenalizadores procura-se evitar a própria abertura ou o desenvolvimento do processo de algumas formas, como, por exemplo: a) transação penal; b) suspensão condicional do processo; c) a aquiescência com a pena proposta; e, por fim, d) o processo de ordem penal, no qual o promotor propõe, no início do caso, uma pena e oportuniza ao juiz intimidar o acusado a aceitá-la ou não; eficaz, mais ferindo as garantias individuais, percebe-se, desse modo, uma ação autoritária do Estado. A medida parece positiva, contudo, exigirá uma racionalidade dos operadores envolvidos com a situação. Sobre as razões da “falência do Estado em matéria penal” administração da Justiça é denunciada por Streck:

12 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*, p. 78.

13 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*, p. 79.

o sistema de administração da justiça consegue enfrentar, de forma mais ou menos eficiente, os problemas que se apresentam rotinizados, sob a forma de problemas estandardizados. Quando, porém, surgem questões macrossociais, transindividuais, e que envolvem, por exemplo, a interpretação das ditas “normas programáticas” constitucionais, tais instâncias, mormente o judiciário procuram, nas brumas do sentido comum teórico dos juristas, interpretações despistadoras, tornando inócuo/ineficaz o texto constitucional. Isto porque o discurso-tipo da dogmática jurídica estabelece os limites do sentido e o sentido dos limites do processo hermenêutico.¹⁴

Existem, também, no ordenamento jurídico, instrumentos que visam, após a aplicação da pena de prisão, substituí-la por outro mecanismo penal; são chamados de substitutos penais e, ainda, existem outros processos despenalizadores que procuram restringir ou evitar a execução da pena de prisão. Nesse sentido, Gomes sintetiza de forma bem objetiva os tais institutos na situação:

Há ainda os processos despenalizadores que visam evitar ou restringir a execução da pena de prisão. Podem ser alencados: a) o *sursis* – suspensão condicional da pena – que, levando em conta as atuais penas cominadas aos delitos, deveria ser ampliado para penas inferiores a três anos; b) o regime aberto ou semiaberto. Nestes casos está presente a pena de prisão e só podemos considerá-los despenalizadores na medida em que visam evitar o cumprimento da pena em regime fechado; c) a prisão domiciliar para aquelas hipóteses previstas no artigo 117 da LEP ou, segundo a jurisprudência, onde não existe Casa do Albergado para o cumprimento do regime aberto; o livramento condicional; e) remição pelo trabalho; f) anistia, graça (indulto individual) e indulto (coletivo).¹⁵

Em regra, os processos (des)penalização podem ser consensuais (transação) ou não consensuais. Como os processos (des)penalizadores possuem como fundamento dificultar a aplicação da pena de prisão, podemos referir: a) transformação da ação penal pública incondicionada em ação penal pública condicionada à representação. Nesse sentido, exige um ato de vontade da vítima, que manifesta sua vontade em ver

14 STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 21.

15 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 87.

o *desviante* ingressar no sistema penal, e ela também; b) a transformação da ação penal pública em ação penal privada, em queo *princípio da oportunidade* se apresenta de forma mais visível. Dessa forma, reduziriam as ocorrências no sistema penal e aquelas que adentrassem estariam informadas das consequências de tal decisão.

6. Descriminalização

A lei informa onde está o crime; portanto, é ela que cria o criminoso. Descriminalizar consiste no processo de retirar o caráter ilícito penal de uma conduta humana. E por que descriminalizar? Entre outras razões, uma tem tomado bastante tempo de reflexão dos juristas e sociólogos, mesmo com formação liberal, que passam a defender que a tese da descriminalização constitui-se no que se convencionou chamar de cifra negra da criminalidade. Poderíamos discutir o conceito *de caráter preconceituoso deste conceito*, entretanto, isto não é objeto deste trabalho. *Mas o que é a cifra negra?* A cifra negra é o fato de que muitas situações se enquadram perfeitamente em tipos penais previstos nos Códigos e não adentram na máquina punitiva. Isso ocorre em função de um grande número de vítimas não denunciarem os fatos a polícia, no entanto, significa que comunicações que chegam aos órgãos de repressão e investigação não são corretamente processadas, e, às vezes, não são considerados pelo Ministério Público face à *insignificância*¹⁶.

Ao realizar uma referência técnico-jurídica a respeito do tema e forma de descriminalizações, ninguém mais adequado do que Gomes: “Existem duas vias pelas quais é possível dar-se a descriminalização: a) via legislativa, formal, ou b) via judicial interpretativa”, e prossegue:

a via descriminalizadora legislativa pode ser também caracterizada como via extradogmática ou extrassistemática por extinguir um processo formal de revogação do ilícito que está fora do âmbito interpretativo

16 Verifica-se, portanto, que uma infinidade de fatos, que são típicos e puníveis, não são vistos ou avaliados como tais pelas supostas vítimas ou pelos agentes do Estado. Assim sendo, isso significa que muitos dos fatos identificados pela lei como crimes não são percebidos como se tivessem uma natureza excepcional. São encarados como naturais, cotidianos ou culturalmente aceitos. E, na verdade, quando uma lei elimina a natureza ilícita de um fato previsto em outra norma incriminadora, estamos diante da *abolitio criminis*. Entretanto, ocorre que, na prática, a descriminalização já se operou faticamente, pois, apesar de sua existência formal, ela deixou de ser aplicada ou porque as vítimas não se interessam pelo uso do sistema penal ou a consciência popular não repugna a conduta.

dogmático. É por isso mesmo uma via indireta ou mediata da qual o aplicador da lei não pode se valer a não ser depois do advento da lei criminalizadora.¹⁷

A hermenêutica crítica está direcionada para a construção de um futuro e para uma realidade em mudança vista em sua interpretação. A hermenêutica é caracterizada pelo uso de diretrizes formais, isto é, pela ideia reguladora de um verdadeiro consenso.¹⁸

A hermenêutica crítica desvenda o fetiche construído pela dogmática no que concerne às normas constitucionais recusando a ideia de que existem normas que por sua existência possuem eficácia plena, contida ou limitada. O processo de produção de sentido é realizado pelo hermenêuta/intérprete conhecedor da hermenêutica crítica de forma a adjudicar um sentido transformador. A hermenêutica crítica não exclui a realização de mediação da hermenêutica filosófica, no entanto, sua característica central é a crítica.

[...] a via judicial ou interpretativa, por seu turno, é direta ou imediata porque permite que o aplicador da lei, valendo-se dos princípios limitadores do *jus puniendi* estatal, desde logo, restrinja o âmbito proibido, garantindo maior ação para os indivíduos [...], a descriminalização pode ser global ou setorial. É global quando se retira o caráter ilícito do fato de maneira extensiva, abrangente, isto é, o fato passa a ser lícito perante todo o ordenamento jurídico e [...] a descriminalização pode ser só setorial, isto é, o fato perde seu caráter de ilícito penal, mas é transferido para o mundo dos ilícitos civis, administrativos etc.¹⁹

Os setores identificados com um projeto progressista de sociedade que aponte num sentido de construção de um Estado Social a partir do Estado Democrático de Direito procura por dentro de o Direito entender, influenciar e, às vezes, (re)definir na construção de um sentido dessa produção discursiva. A interpretação deve ser vislumbrada como um processo aberto com a finalidade de construção de alternativas diversificadas, inclusive, contrariando a ideologia da subsunção,

17 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

18 STRECK, op. cit., 1997, p. 27.

19 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 79.

ampliando a integração com a realidade, sendo pluralista e desafiando o *establishment* dos *círculos de intérpretes tradicionais*. Os hermenutas críticos devem apropriar-se da hermenêutica constitucional com o intuito de garantir direitos e garantias previstas na Constituição procurando dar-lhes efetividade. Assim agindo, estará o jurista orgânico e crítico se utilizando de referencial teórico com o objetivo de transformação do Direito, do Estado e da própria sociedade. Ainda dentro da via interpretativa judicial, há de se fazer referência à possibilidade da construção teórica descriminalizadora baseada no princípio da insignificância, da adequação social, da presunção de inocência e do princípio do não haver crime sem efetiva lesão ou perigo.

7. Desprisionização

Segundo os abolicionistas, o preso, sua família, a vítima ou mesmo a sociedade não extraem qualquer benefício do encarceramento. E Bitencourt, quando comenta a fundamentação conceitual sobre a qual se baseia a *falência da pena de prisão* ou ineficácia da pena privativa de liberdade, sintetiza:

a) considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador do recluso. Não se pode ignorar a dificuldade em fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de antissociais, se se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo se os associa a antissociais.²⁰

Verifica-se que o condenado a prisão adentra em um universo alienante, em que a natureza de todas as relações é deformada. A prisão é mais do que a privação da liberdade, pois também é retirada do preso a convivência no mundo normal, do afeto e da atividade, uma vez que ingressa num mundo artificial, onde tudo é negativo. E, deste modo, manifesta-se Molina:

a pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos expiacionistas; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra

20 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas Alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 143-144.

que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta porque uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não. b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém, igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas tornam inalcançáveis o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina da natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.²¹

Dentre as diversas causas que estruturam a afirmação de que, no mínimo, há uma crise da pena de prisão, para não se concluir sobre sua falência, podemos citar as manifestas deficiências das condições penitenciárias existentes em quase todos os países do mundo. E, segundo Bitencourt:²²

As deficiências da prisão, as causas que originam ou evidenciam sua crise podem ser analisadas em seus mais variados aspectos, tais como pelas perturbações psicológicas que produz, pelo problema sexual, pela subcultura carcerária, pelos efeitos negativos sobre a pessoa do condenado, etc.

E há diversos temas relacionados com a *falência da pena de prisão*, como, por exemplo: a) fatores materiais, b) fatores psicológicos, c) fatores sociais e diversos outros elementos relacionados com essa problemática que não poderemos adentrar visto que não é o objeto central de nosso estudo.

8. Descarcerização

O conceito de carcerização significa dar um sentido à possibilidade legal de prisão cautelar dos suspeitos de autoria de algum delito previsto no Código Penal sem trânsito em julgado de sentença condenatória irreversível, pois podemos destacar, no mínimo, seis possibilidades de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico: prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão temporária, prisão enquanto aguarda o julgamento do Tribunal do Júri, prisão derivada de acórdão recorrível

21 BITENCOURT, op. cit., 1993, p. 144.

22 BITENCOURT, op. cit., 1993, p. 145.

e prisão para apelar, pois, sem dúvida, a utilização da prisão cautelar é instrumento típico de um Estado autoritário, que está muito mais preocupado com suas razões do que, propriamente, com as razões do direito, leia-se as liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

A descarcerização significa a adoção de processos que visam evitar sua execução em cárcere, ou da decretação ou manutenção da prisão cautelar, e Gomes esclarece que os processos de descarcerização podem se apresentar de duas formas:

a) extradogmáticos ou extrassistemáticos, do qual deve se encarregar o legislativo; b) intradogmáticos ou intrassistemáticos, que deve ser concretizado pelo Judiciário. Os primeiros só podem ser realizados de forma indireta ou mediata, isto é, por meio de lei formal (reforma legislativa); já os segundos podem ser executados imediatamente, diretamente, pelos juízes, interpretando-se e aplicando-se o ordenamento jurídico em vigor [...] como exemplo de processos descarcerizadores legislativos (que dependem de lei) poderíamos lembrar: a) a ampliação do direito de livrar-se solto, nos termos do artigo 321 do CPP; b) ampliação do direito de prestar fiança, ocorre que quando o legislador proíbe a fiança, os juízes só podem conceder liberdade provisória, sem fiança, o que é pior porque a caução é uma garantia para o pagamento da multa, das custas e da indenização à vítima.²³

Outra providência a ser adotada pelo Poder Legislativo consiste na ampliação das hipóteses em que a autoridade policial pode conceder fiança visto que urge a criação de algumas medidas substitutas ou alternativas à prisão cautelar. Nos casos em que há possibilidade econômica do acusado, devem-se aplicar medidas de garantia patrimonial, bancárias ou fiscais (certamente será em número bastante reduzido, uma vez que os *clientes* do sistema penal em geral vivem em estado de miséria) e, em outras situações, dever-se-ia restringir a locomoção, permanecer na residência ou comparecer com frequência perante o magistrado. Onde não exista prisão especial, deve-se utilizar a prisão domiciliar e, inclusive, alargar o *privilégio* da prisão especial a outros grupos sociais além dos que já são permitidos.

Nossa Constituição assegura a liberdade como regra e a prisão como exceção e nesse sentido deve posicionar-se o operador jurídico,

23 GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal Mínimo: Lineamentos das Suas Metas, *Revista Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 5, jan./jun. 1995, p. 90-91.

procurando interpretar de forma a ampliar as hipóteses de liberdade e restringir as hipóteses de prisão, em especial a cautelar. Convém destacar que agiu certo o legislador constituinte ao reafirmar que somente o magistrado é autoridade para decretar a prisão cautelar, afastando a pretensão de setores do Ministério Público que tinham esta pretensão. E, neste sentido, Gomes²⁴ informa que, quando se trata da hipótese de prisão cautelar no Brasil:

dissemos que três dentre elas estão: a decorrente de pronúncia, a decorrente de sentença recorrível. Nessas três hipóteses o que temos é uma verdadeira pena antecipada, que viola o princípio da presunção de inocência. Este princípio, todos sabemos, não proíbe a prisão cautelar. Ocorre que esta só se justifica quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

E conclui uma análise da prisão cautelar (carcerização) no Brasil:

definitivamente devemos separar a prisão cautelar dos direitos de aguardar o julgamento em liberdade, de apelar ou de recorrer para tribunais superiores. A prisão cautelar tem disciplina jurídica específica, pode ser decretada em qualquer fase do processo, desde que necessária para a garantia do seu resultado, mas não pode ser condição de nenhum direito público subjetivo do acusado previsto irrestritamente na Constituição Federal. Assim entendida a matéria, é evidente que o juiz conta com mais um importante processo de descarcerização: devidamente aplicados aos princípios constitucionais citados pode-se reduzir drasticamente o número de prisões cautelares, inclusive nominalmente, o que vem de encontro com os postulados do Direito Penal Mínimo baseado no princípio de humanidade.²⁵

Deverá a magistratura criminal agir com zelo observando o tempo máximo da prisão cautelar e, de acordo com nossa jurisprudência, o preso deverá ser julgado em 81 dias e, findado este prazo, sem que o processo tenha sido encerrado, dever-se-á reconhecer o excesso de prazo e liberado o preso, excepcionada quando o atraso deu-se por responsabilidade da defesa. Deve-se procurar rechaçar qualquer interpretação

24 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 92.

25 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 93.

que seja restritiva à liberdade e, dessa forma, não podemos confundir prisão cautelar com direito de aguardar julgamento em liberdade, ou condicionando o direito de apelar ou de recorrer à prisão cautelar significa atingir o direito a ampla defesa com os meios e recursos inerentes.

9. Discurso jurídico e dogmático penal humanista

9.1. Dogmática penal e ideologia

Afasta-se a imagem de um direito asséptico e, de outra forma, apresentamo-lo como de fato é; um conceito de intervenção e interação social construído a partir de uma configuração social estruturante, ou seja, desmitificando os consensos sociais que discursiva ou faticamente procuram criar uma determinada coesão social artificial, de forma a organizá-la a partir de uma concepção de sociedade (Teoria Política). E, conferir a que projeto está vinculado o Direito Penal pátrio e, de outro modo, procura-se apontar no sentido de referenciais universalizantes a partir de uma proposta socialista ou radical humanista de matriz identificada com o Direito Penal mínimo ou abolicionista moderada e, passa-se para a análise da dogmática penal nacional existente e, identificam-se tipos penais, em que se pode notar que a preocupação do legislador está centrada em proteger a propriedade privada em detrimento da saúde ou da integridade física. Em relação à desproporcionalidade das penas previstas no Código Penal, visualiza-se um conjunto de sanções desproporcionais aos fatos típicos na fixação de pena frente à gravidade do ilícito penal. Tavares, quando aborda a questão da proporcionalidade das penas, faz uma digressão:

Encontram-se inúmeras cominações que se afastam dessa relação de proporcionalidade. E nossa realidade penal bem demonstra a incongruência dessas cominações, quando comparadas com outras em que, na maioria das vezes, embora representem menor punição se relacionem com maiores danos sociais. Veja-se à guisa de comparação, que a pena do crime de adultério(art. 240), em que não cabe cogitar-se de dano social, é de 15 dias a 6 meses de detenção, enquanto aquela cominada ao delito de emprego de processo proibido ou de substância não permitida (art. 274), ou do complemento da venda de tal produto (art. 276), que atinge um número indeterminado de pessoas e põe em risco a saúde pública, éfixada nos limites de 1 a 3 meses de detenção; ou

a pena cominada ao delito de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 297), fixada de 1 mês a 1 ano de detenção, e onde a ação criminosa consiste em constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, no sentido de exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou trabalhar ou não trabalhar, e é menor, no seu mínimo, do que a pena do próprio constrangimento ilegal (art. 146), que é fixada em 3 meses.²⁶

A sutileza do legislador ao tratar da questão das multas nos delitos contidos nos títulos relativos à proteção da vida e da integridade corporal considerou a multa como uma opção do magistrado. Entretanto, nos títulos relativos à proteção da propriedade, a pena de multa é aditiva, ou seja, além da pena corporal, o juiz aplicará a sanção pecuniária. E, para o cidadão, essa sutileza poderá passar despercebida. Para o cientista do Direito, fica evidente o tratamento discriminador e de classe utilizado no sentido de criminalizar condutas e de estabelecer sanções de maior gravidade dependendo do interesse atingido. *Qual o bem jurídico melhor tutelado, a propriedade ou a vida?* A opção do legislador não pode ser identificada como um acaso de modo não justificável cientificamente; e, política; produzida no sentido de atingir parcela selecionada; por fim, sua eficiência é seletiva e discriminadora.

Streck²⁷ diz:

longe de possuírem um significado evidente, tais conceitos expressam várias representações conflitantes entre si, em vez de propiciarem uma visão precisa do fenômeno jurídico, na prática eles funcionam, como barreiras ideológicas, mascarando contradições sociais profundas e antagonismos irreconciliáveis.

E, mais adiante, assevera que a superficialidade com que essa discussão sobre a sanção:

percebe-se, assim, mesmo que através de uma análise superficial, que esse enfoque atenuante a punição/indenização tem o claro intuito de beneficiar a uma camada da sociedade, a qual, mediante o pagamento de uma indenização, terá uma considerável redução da pena. Ou seja,

26 TAVARES, Juarez. PARQUET: Relatório Anual da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Rio Grande do Sul. In: *Crítérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas*, 1992-1993, p. 125-126.

27 STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 30.

quem não tiver recursos para indenizar a vítima, será punido com a pena integral.

Em nosso ordenamento jurídico, existem garantias que possuem hierarquia normativa. Dessa forma, proliferam exemplos em que a vida tem menor proteção que a propriedade privada do cidadão. Infelizmente, uma análise apurada desnuda a ordem hierárquica com a qual o legislador frente aos conflitos sociais. Quando cotejamos cada artigo do Código frente aos setores conflitantes e percebe-se a sua destinação ideológica. E, efetivamente, a situação se agrava quando trata da Lei Federal nº 9.099/1995, que estabelece a transação penal, inclusive, com efeitos cíveis nos feitos que, a princípio, tratam de delitos de pequeno potencial ofensivo cometidos pelos indivíduos. Entende-se dentro da tradição humanista que constrói um Direito Penal identificado com as garantias fundamentais e rechaça a ideia do *Direito Penal do Terror*, não há dúvidas de quais os bens jurídicos deverão ser preservados e em que ordem à hierarquia legislativa. Independentemente da concepção de qual modo de produção propugne o intérprete da norma ou o legislador, numa sociedade civilizada, deve-se assegurar ao homem que seu maior bem é a vida, sua integridade física e sua liberdade. Isso é universal. Depois, sim, o direito à propriedade (*sistema capitalista*) ou coletiva, do povo ou do Estado (*socialismo real*).

9.2. Fundamentos de sua estruturação

Verifica-se que o poder instituído não é estruturado de forma simples, vertical, linear, mas, sim, através de redes complexas que envolvem a formação de diversos micropoderes com ação integrada ou não. Um controle social exercido de forma permanente. Nada e ninguém estão desvinculados de uma rede que existe e que ordena a vida social de forma orgânica. Entretanto, no Direito Penal, onde está a última *ratio* de intervenção e repressão social, percebe-se o caráter de equilíbrio e reprodutibilidade que interessa ao sistema. O discurso se dá de forma coerente, a partir da formação do bloco hegemônico existente na sociedade brasileira e latino-americana. Assim sendo, escolhe-se aceitar o sistema instituído no subordinando ao estabelecido ou nos insurgimos e no caminho procura-se construir uma alternativa com um modelo de civilização que mereça este conceito. Parece-nos óbvia a escolha na clas-

sificação dos elementos do discurso legitimante: a) o exercício de poder verticalizante é exercido, no âmbito do Direito Penal, através do discurso que não se esgota em si mesmo, mas que desempenha outra atividade, a saber, a definidora de regras gerais para as decisões, ou seja, em sua dupla função, ela define as diretrizes para as decisões que se sucederão posteriormente pela agência judicial; b) Os componentes legitimantes e propositivos, os legitimantes tem por função atribuir um sentido racional à pena a qual está submetida à legalidade. Já no caso da função propositiva, esta se limita a ser derivada dedutivamente da planificação ou homogeneização do exercício de poder da agência judicial; a atitude anteriormente descrita, na prática, enseja uma visão orientada dentro de um contexto ideológico que o conflito social perde-se dentro de uma pauta decisória, uma vez que cada delito, encarado isoladamente, nada representa, ou melhor, é insignificante dentro de um sistema que opera com abstrações dedutivamente articuladas no sentido da manutenção do sistema, que é perfeito e, deste modo, legitima o sistema penal.

O discurso jurídico penal é organizado de forma a dar um sentido *universalizante* a uma opção ideológica definida *a priori*. Visa, portanto, justificar uma decisão já tomada. E, deste modo, a área de abrangência do Direito Penal é delimitada pela pena e o conceito desta é definido pelo legislador, assegurando (aos poderes controladores) decidir sobre a área de abrangência do saber penal instituído e do seu discurso. Zaffaroni,²⁸ ao tratar do discurso jurídico penal, afirma:

O discurso jurídico penal legitimante do sistema penal não pode jamais cumprir a função de pautar a melhor decisão diante do conflito, mas apenas de pautar a decisão dedutivamente mais adequada a premissa legitimante do exercício do poder do sistema penal previamente selecionado com alguma das teorias da pena.

O processo visa excluir da elaboração e da intervenção do saber penal aquele que não se identifica ou se opõe ao projeto em curso. A concepção de sociedade, na qual se espelham os arautos do sistema penal instituído, procura discursivamente excluir seus opositores da criação do conhecimento jurídico e do seu exercício de poder, e Zaffaroni:

28 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 184.

Obviamente, o que é excluído do discurso – uma vez que a consequência jurídica que priva de direitos – é denominada pena é excluído também do conhecimento – e do exercício do poder – da agência judicial penal, ou seja, é excluído do poder dos juristas e, geralmente, é incorporado ao discurso administrativo, transferindo-se para o exercício do poder – das agências nãojudiciais.²⁹

Esse *movimento do Estado*³⁰ acaba fortalecendo um pluralismo jurídico ao avesso, que legitima atitudes de setores que agem violentamente, tanto na repressão a indícios de ilícitos quanto na repressão asuspeitos potenciais. Os suspeitos potenciais não têm a menor possibilidade de serem identificados nos grupos que se desenvolvem em função da macrocriminalidade econômica, uma vez que estes, em regra, não são alcançados pelo nosso sistema seletivo de punições. Zaffaroni destaca a legitimação proporcionada pelo próprio sistema penal a esses *grupos paraestatais*.³¹ Verifica-se que esses elementos negativos podem ser mais ou menos estruturados, ou seja, depende da preservação do poder instituído, e, no nosso caso, autoritário e verticalizado, com estamentos mais ou menos econômicos. Desse modo, percebe-se que o discurso convencional procura dar eficácia discursiva e legitimante através de uma dupla forma: pelo modo positivo, procurando dotar a pena de uma função, necessariamente consensual para o imaginário popular, deduzindo um sistema de diretrizes decisórias com visibilidade solúvel e, pela forma negativa, ao reconhecer como razoáveis os limites determinados pelos organismos do sistema, o que, dentro desta perspectiva, legitima seu arbítrio de poder.

29 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 185.

30 Cabe alertar que esta produção é típica dos Estados, cuja formação é totalitária ou, como no Brasil e Latino-América, autoritária. Esta configuração burocrática social engessa a formação de uma sociedade civil livre e capaz de agir com a autonomia necessária à construção de uma sociedade democrática e torna-se nociva a projetos democrático-populares que visam não apenas à democratização da sociedade, mas também à democratização do Estado, transformando-o de centralizado e verticalizado numa estrutura descentralizada, participativa e transparente. O modelo vigente, autoritário, proporciona a formação de estruturas não governamentais que agem no sentido do Movimento pela Lei e Ordem, de indole conservadora ou reacionária, de caráter neorretributivista.

31 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 185.

9.3. A necessidade da radical retificação do discurso jurídico-penal

É fundamental reconhecer a (des)legitimação do sistema e subtrair a autenticidade de qualquer discurso de justificação da base de qualquer construção dogmática e procurar sustentá-la frente à realidade existente, frente aos conflitos sociais, afinal de contas, é para regular que essas normas foram criadas. *Não é?* As soluções destas formas terão que obedecer a uma vinculação ao caso concreto, testando sua legitimidade frente à vida social. Esse movimento resgataria um papel mais interventivo dos juristas frente às opções do sistema instituído, possibilitando uma flexibilidade maior na aferição da justiça e, ao mesmo tempo, preservando os direitos humanos de forma efetiva, proporcionando, também, uma discussão estratégica sobre a própria definição de crimes, *descriminalizando* a função da pena, *despenalizando* e, por fim, a própria discussão a respeito da descarcerização tão necessária à sociedade civilizada. Zaffaroni³² ordena como tarefa primeira dos juristas orgânicos “determinar o âmbito do saber penal com base em dados corretos, que retirem do arbítrio do exercício de poder das agências legislativas”. O movimento proporciona questionar ao saber penal e ao *establishment*, sepultando as fórmulas acabadas de solução de lides. Da leitura de Zaffaroni, conclui-se que o abandono da possibilidade teórica das estruturas lógico-reais foi uma opção política, uma vez que fragilizava o atual sistema penal. O autor relata: “Em nossa opinião, a teoria das estruturas lógico-reais não foi arquivada por ser infecunda, mas porque, ao ser aplicada à teoria da pena, teria deslegitimado o sistema penal e desmistificando o discurso jurídico penal”³³.

Se o exercício do poder do sistema penal encontra-se deslegitimado, a única possibilidade racional que nos resta é reconhecer a necessidade em aboli-lo. No entanto, deve-se refletir de que forma isso deverá acontecer, inclusive, propondo alternativas até a concretização desta utopia possível. Zaffaroni analisa o tema:

Apesar de o exercício de poder dos juristas encontrar-se limitado às agências judiciais, a deslegitimação do sistema penal e a quebra do

32 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 186.

33 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 193.

discurso dos juristas não deslegitimam necessariamente o exercício do poder das agências judiciais. Na verdade, à medida que as agências judiciais exercem seu poder, de forma racional, frente a um fato o de poder que não podem suprimir, seu exercício de poder será legítimo, se o fizerem distendendo seus recursos para controlá-los.³⁴

Entende-se que o fato de propugnar um discurso jurídico penal de novo tipo não implica uma (re)legitimação do sistema, contudo, deve ser encarado como uma opção tática frente à atual conjuntura político-jurídica. A transição possui um preço que não se pode ignorar e deve-se denunciar e propor alternativas com radicalidade e consistência.

9.4. O direito humanitário e o direito penal

O Direito Penal tem se apresentado como *locus* onde se dão os debates complexos em relação ao sistema de valores sociais e filosóficos. Pode-se dizer que o Direito em geral não deve ser encarado de forma apartada dos demais campos do conhecimento. No *Direito Penal*,³⁵ essa elaboração ganha vigor ao considerar-se a axiologia envolvida com este ramo do Direito. A vida, a integridade física, liberdade e bens primários apresentam-se em oportunidades, como interfaces da sociologia, filosofia, medicina e história, uma vez que o Direito Penal e o Direito Humanitário possuem íntima relação.

Pelo seu caráter universalizante, o Direito Penal (saber ou discurso jurídico-penal) assume a função de um Direito Humanitário do tempo da política. Mas como espaço de Direito Humanitário em nossa região marginal, urge a reconstrução do discurso jurídico-penal como planificação do exercício de poder decisório dos juristas. Arriscamo-

34 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 196.

35 Constatamos, pois, que toda a intervenção do sistema penal é arbitrária e violenta por sua seletividade; a única coisa que ela pode fazer é controlar a violência (aparentemente), mas jamais suprimi-la, no máximo, propugnar pelo discurso da prevenção geral da pena como um elemento de coerção retórica. Compreendemos, também, que o Direito Penal, deslegitimado como o nosso que não resolve os conflitos que lhe são apresentados e decide a respeito deles. E, na tradição do ensino jurídico *latu sensu*, procura-se forjar no imaginário dos juristas a imagem de que não é possível a politização do Direito. Mais do que isso, reputam ao muito citado e pouco lido Kelsen a responsabilidade por esse fundamento do Direito moderno. No que tange ao Direito Penal, a respeito da politização desse ramo, o discurso não é diferente, contudo, não raras vezes, a resposta apresentada para refutar essa possibilidade contém em si uma contradição, uma vez que, em regra, vem impregnada de uma carga ideológica que insiste no *dogma* da apoliticidade do Direito Penal.

nos a afirmar que do reconhecimento dependerá nossa sobrevivência comunitária. Sobre o tema da dignidade da pessoa, Tavares:

Considera-se que o objeto de proteção se estende a qualquer pessoa, independentemente da idade, sexo, origem, cor, condição social, capacidade de entendimento e autodeterminação ou *status* jurídico (nãodelinquente ou delinquente). Da mesma forma, situam-se nesse objeto tanto o nascituro quanto o morto, ou até mesmo grupos homogêneos minoritários.³⁶

E Zaffaroni propõe um conceito de Direito Penal delimitado, de forma provisória, com o qual estamos de acordo:

É possível definir provisoriamente o Direito Penal (o saber jurídico-penal) como a reconstrução discursiva que interpreta as leis de conteúdo punitivo (leis penais) para dotar a jurisdição dos limites exatos para o exercício de seu poder decisório e de modelos e de opiniões não contraditórios para os conflitos que o poder das demais agências seleciona a fim de submetê-los à sua decisão, demodo a proceder de forma socialmente menos violenta.³⁷

Dever-se-á discutir como a política deve ser entendida e a essa resposta dependerá da inflexão daquele que responde, e este, sim, jamais será neutro. Ao que nos parece, a neutralidade deveria ser debatida, e não a politicidade. E, nesse sentido, Zaffaroni:

a deslegitimação do sistema penal acaba de demonstrar que a agência judicial é política, que sempre o foram todas as agências judiciais, e que renunciar é exercer seu poder ou cedê-lo gratuitamente a outras agências é também um ato político, porque não há exercício de poder estatal que não seja político ou é político ou não é poder.³⁸

A resposta fornecida pelos defensores do *establishment* é coerente com sua fundamentação teórica e ideológica, entretanto, descompasada da realidade que se expressa de forma viva na sociedade frente ao Estado. O Direito Penal é político e o discurso jurídico-penal nunca deixou de ser político, e assumi-lo não implica politizá-lo, mas fazê-lo

36 TAVARES, Juarez, op. cit., p. 115.

37 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 206.

38 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 207.

consciente de sua natureza e potencialidade. E, optar por realizar um discurso opositor ao sistema penal vigente e incentivar discursivamente o desenvolvimento de uma prática de poder autônoma para o Poder Judiciário e para os operadores jurídicos.

O Direito Penal possui como elemento estruturante a atribuição de proteger os valores ético-sociais fundamentais e, secundariamente, a proteção dos bens jurídicos em particular. A própria deslegitimação do sistema penal deixou sem guarida essa teoria, visto que não levava em conta a seletividade do sistema penal, sua corrupção e violência e que tal fundamento resultaria no fato de que os fins da pena são determinantes, levando em conta a personalidade do agente, pois os movimentos conservadores procuram construir uma nova teoria sintomática da ação. Zaffaroni fulmina essa teoria:

É evidente que não concordamos com essa etização do Direito Penal, pois é esvaziada de todo conteúdo ético em sentido restrito, atendendo a condutas sintomáticas de antijuridicidade, ou quem sabe, francamente, limitando-se a selecionar pessoas para mostrar como são aplicadas as penas sempre que a exibição da máquina penal seja útil a conservação da confiança no poder ou do medo do poder.³⁹

Quando discutimos garantias penais mínimas a partir de um referencial ético, pressupõe-se uma antropologia, uma vez que o discurso jurídico penal subsiste se não estiver assentado em sólida base filosófica. E, também, de pronto, compete ressaltar que os direitos humanos não se constituem somente numa antropologia filosófica, mas também numa antropologia jurídica. E tal compreensão se compatibiliza com a deslegitimação do Direito Penal; nesse sentido, Zaffaroni evidencia:

quem pretenda fundamentar um discurso jurídico-penal sobre esta terá que reconhecer que seus “valores éticos fundamentais” são sustentados mediante o sequestro dos mais frágeis para treiná-los reiteradamente na violação das normas que correspondam a tais valores, tudo levado a cabo por agências que no exercício de seu poder os desrespeitam continuamente.⁴⁰

39 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 210.

40 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 211

Modernamente, impõe-se frente à nossa realidade preparar um discurso que apresente um modelo propositivo de reetização do discurso jurídico-penal, entretanto, não nos impede de manter o contra-discurso, deslegitimador do sistema. O discurso re-etizador não deverá ficar adstrito aos destinatários em regra do sistema penal, mas ampliar-se no sentido de atingir aos poderes do Estado, que têm como função decidir a respeito dos conflitos. Sem dúvida, se não procedermos a (re) legitimação, a partir de outra concepção e sua natural reetização, pode-se assistir ao ocaso do Direito em geral e o sistema penal permanecerá sendo puro exercício de poder seletivo e discriminado que, na prática, não resolve os conflitos e, no máximo, decide dirigido por um referencial ideológico. Zaffaroni relata que:

O discurso planejador de seu exercício de poder, como resposta a este imperativo ético, terá a sua marca. O conteúdo ético do discurso jurídico penal (que lhe devolveria a racionalidade perdida) seria fornecido por seu geral objetivo de limitar, controlar e reduzir o nível de violência do sistema penal, o que implica que o Direito Penal, concebido como direito humanitário em conjuntura política, teria uma função política criminal (de redutora da violência) como um passo no caminho rumo a utopia.⁴¹

A Constituição, no que tange ao Direito Penal, assegurou valores que são fundamentais para cidadania e efetivação dos direitos humanos, valores que são constantes e representam um *núcleo jurídico-político fundamental*, que não garantem a existência de um Direito Penal democrático, mas assegura-lhe caráter humanitário.

10. Dogmática penal humanista: garantias penais mínimas no sistema penal racional e a Lei Federal nº 9.099/1995

10.1. Dogmática penal humanista

Ao desenvolver uma reflexão sobre o papel do Estado na manutenção das garantias fundamentais do ser humano no campo do Direito

41 ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 213

Penal e Processual Penal, o monopólio da investigação e sanção permanece com o Estado, pois, nesse espaço específico, não é da melhor inteligência repassar à sociedade a resolução dos conflitos nesta área existentes. Assim sendo, deve-se construir a ideia de força da elaboração de um sistema e do seu discurso jurídico-penal-racional, a serviço da deslegitimação que encontra de forma prática e eficiente forma de intervir sobre as instituições e os homens, modificando normas e constituindo uma ética voltada para a vida.

Há uma relação íntima entre as concepções mais *modernas de política criminal*⁴² e sua contribuição decisiva para a elaboração da Lei Federal nº 9.099/1995, que consagra a *despenalização* de quatro formas em nosso ordenamento jurídico. O legislador, ao elaborar a presente norma, atendeu aos anseios dos juristas que exigiam a criação de mecanismos que agilizassem o Direito Processual Penal e Penal de forma a modernizá-los, proporcionando sintonia com os Movimentos de Direitos Humanos e com as correntes criminológicas mais progressistas. O universo da intervenção mínima deve centrar-se na formulação de novas leis penais quando restar comprovada sua necessidade, demonstrada sua utilidade racionalmente, como instrumento de coibir a injustiça estrutural. Dentro do juízo que permeou a elaboração do presente diploma legal, Lei Federal nº 9.099/1995, a intervenção mínima representa uma forma de comunicação de massa que, tendo em vista o desgaste a que vem sido submetido o Poder Judiciário frente à sociedade organizada, procura garantir o prestígio do sistema e legitimar a seletividade de seus destinatários. A Lei Federal nº 9.099/1995 está adequada aos *mandamentos abolicionistas*,⁴³ visto que uma das críticas é realizada em razão do fato

42 O Abolicionismo Penal e o Direito Penal mínimo, em suas proposições, mantêm uma relação bastante estreita com o Juizado Especial Criminal, possibilita um Direito Penal mais *consensualizado*, menos repressivo e transacionável (mediado), que representa profunda ruptura com o Direito Penal clássico. Eo Direito Penal mínimo ou Minimalismo Penal é assentado fundamentalmente no princípio da intervenção mínima do Estado frente à sociedade. É, antes de qualquer coisa, um princípio de ordem política, já que vincula o legislador ao postulado ético de, em qualquer elaboração legislativa, verificar se a lei que irá formular, propor e debater, harmoniza-se com os postulados dos direitos humanos. E, modernamente, a tendência internacional tem sido assegurar, cada vez mais, dispositivos nas legislações dos mais diversos Estados, a fim de que contemplem garantias fundamentais dos cidadãos frente ao Estado-Nação. Nesse sentido, os juristas humanistas têm procurado assegurar que os direitos humanos orientem as elaborações legislativas, de forma a possibilitar que não se limitem aos aspectos puramente formais dos direitos e garantias individuais, mas estendam-se ao respeito, à própria condição humana.

43 Para os abolicionistas, um grande problema que se apresenta é de que a *vítima* não mais pode

de que o sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente nele envolvidas. Agora, com a possibilidade da transação penal, as vítimas podem recuperar em parte sua *titularidade* e participação no processo na conciliação. Em algumas situações, é possível a recuperação de parte da integralidade do bem jurídico atingido, sem, no entanto, sujeitar o *infrator* a uma pena convencional do sistema penal nacional.

A Lei Federal nº 9.099/1995 tem como um de seus liames fundamentais a desinstitucionalização, em acordo com as elaborações abolicionistas, pois tem como referencial, para a funcionalidade do novo sistema, a afirmação da possibilidade de haver uma confiança nos processos de regulamentação sociais informais e descentralizados. Desinstitucionalizar significa possibilitar à sociedade resolver conflitos, e não apenas decidi-los. Ora, a institucionalização é a regra de nosso ordenamento, ou seja, implica atribuir a uma instância estatal a capacidade de reagir contra o ato desviado e possibilita, no âmbito da justiça penal, um verdadeiro local de resolução e participação frente aos conflitos apresentados. Tal atitude visa procurar reduzir a carga de sofrimento não apenas daquele que será passível de punição, mas daquele que foi vítima de uma ação não recomendável. Devem-se procurar meios alternativos de resolução de conflitos, procurando encontrar respostas afirmativo-positivas e, certamente, confiando mais nos seres humanos. Nesse sentido, sem dúvida, a descentralização é um caminho respeitável a ser trilhado.

10.2. A Lei Federal nº 9.099/1995: despenalização e as infrações de menor potencial ofensivo

Os Juizados Especiais são bastante eficazes, eis que mais da metade do movimento forense vincula-se a causas de *menor potencial ofensivo* e, conseqüentemente, com esse novo modelo de justiça, sua resolução é rápida, em primeiro grau, o que, de certa forma, possibilita que os demais operadores do sistema penal tenham mais tempo para tratar das questões mais complexas que se apresentam. Destaca-se o fato de que

suspender a ação penal pública, uma vez que, já iniciado o movimento do Estado (*jus perseguendi* e *jus puniendi*), não era mais permitido oferecer um procedimento que procurasse a reconciliação, que lhe poderia assegurar uma reparação aceitável. O sistema penal nacional, em alguns casos, passa a reconhecer o caráter evolutivo das experiências interiores. Dessa forma, um dos impactos produzidos pelo sistema penal, na medida em que essa lei vige, é o fato de que se pode minimizar o trauma estigmatizante de a vítima ingressar no sistema penal.

partes das penas alternativas ou transacionadas vêm sendo cumpridas pelos desviantes, portanto, adimplindo essa nova modalidade de obrigação. Isso se dá, entre outras razões, pela presença da própria sociedade, que participa (da resolução) e fiscaliza sua execução. A transação penal, concretizada pelo diploma legal, é apontada como uma das mais revolucionárias medidas despenalizadoras na atualidade, visto que procura reparar os danos e prejuízos e acelera a justiça, evita a pena de prisão e é econômica. De outra forma, a presença da vítima no processo real é um fato que deve ser saudado, visto que ela deixa de ser coisificada, como ocorre, inevitavelmente, nas abstrações dos operadores jurídicos.

Dessa sorte, passa ela a ter parte na resolução do conflito e, não raras vezes, na readequação do desviante na sociedade. E, teoricamente, é possível refletir sobre a despenalização por duas vias: a) pelo caminho exclusivamente civilista, descriminalizando-se ou despenalizando-se totalmente o fato; ou b) pela via tradicional do Direito Penal e Processual Penal, quando os interesses em xeque não autorizam a descriminalização, mas há a necessidade da reparação da vítima (possui uma pretensão indenizatória alcançável) que se sobrepõe à própria *pretensão punitiva do Estado*.⁴⁴

Neste quadro podem-se citar quatro medidas despenalizadoras: 1) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, parágrafo único); 2) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa) (art. 76); 3) as lesões corporais culposas ou leves passam a requerer a representação (art. 88); 4) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89). Em três desses institutos citados, podemos verificar presente o *consenso, transação*, como elemento despenalizador. E, de acordo com a norma prevista no art. 74 da

44 Verifica-se que nos encontramos diante de um retorno ao contratualismo, que se apresenta na esfera penal o que, se bem articulado, poderá ser um elemento positivo, pois presente a possibilidade de atender aos interesses da vítima, do infrator, da coletividade e da própria justiça. Nesse sentido, extremamente visível que o delito é um conflito social que merece uma resolução humana e afirmativo-positiva. Entretanto, não podemos afirmar que a Lei dos Juizados Especiais adotou a linha descriminalizadora de condutas típicas. Entretanto, podemos afirmar que ela procura adotar a linha de intervenção mínima do Estado frente às atitudes *desviadas*. De outra sorte, ensejou diversas condutas (des)penalizadoras de caráter penal e processual penal alternativa que procura evitar a prisão do indivíduo.

Lei nº 9.099/1995, no que tange à composição dos danos civis que podem resultar de uma *transação*, *submissão* ou *renúncia*, deverá ser reduzida a escrito, para que possa, em qualquer destes casos, ser apresentada ao juiz, para que esse a homologue, constituindo-se em título executivo nos casos de transação e de submissão.

Em sua obra, Grinover *et al.*,⁴⁵ quando comentam o art. 74:

A homologação do acordo civil pelo juiz configura sentença à qual a lei confere eficácia de título executivo judicial (salvo, evidentemente, no caso de renúncia, em que nada há para executar). O entendimento deriva do art. 584, inciso III, CPC, segundo o qual título executivo judicial a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse sobre questão posta em juízo.

Procedimento idêntico ocorrerá quando o acordo firmado diretamente entre os interessados, em via extrajudicial, vier a ser homologado pelo juiz. Inobstante o fato de não ocorrer com frequência acordo referendado pelo Ministério Público, pelo defensor público ou pelos advogados dos transatores constituindo um título executivo extrajudicial, portanto, não se tratando de prática habitual no juizado, em que sempre haverá um magistrado para a homologação do acordo civil. E, neste contexto, o dispositivo previsto na Lei Federal nº 9.099/1995 estabelece que, logo após haver sido encerrada a tentativa de conciliação civil, com ou sem resultado, passa-se, na mesma audiência, aquela de transação penal.

Verifica-se, portanto, que não é vedada a tentativa de transação penal na ação pública incondicionada e na condicionada à representação.

10.3. O *garantismo* e a transação penal: ruptura no Direito Penal clássico

10.3.1. A Lei Federal nº 9.099/1995 e o princípio do consenso

A pretexto de flexibilizar e dar celeridade ao processo, propor a “transação” como uma nova realidade jurídica de solução dos conflitos

45 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei Federal 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 117-118.

tos, bem diferente das formulações clássicas do próprio Direito Penal, originado no Estado Liberal, dentre os princípios que permeiam as categorias de despenalização (medidas penais ou processuais penais alternativas à pena de prisão), pode-se destacar como basilar o *princípio do consenso*.⁴⁶ E, na esteira da dialética que rege cada fenômeno, duas grandes áreas chocam-se hoje no campo político-criminal: a corrente identificada com a redução da tutela estatal sobre a liberdade individual, seja de forma radical (abolicionismo) ou moderada (Direito Penal mínimo) e as tendências conservadoras, que postulam a retribuição como solução dos problemas advindos da criminalidade. Fatores como a falência da proposta *ressocializadora*, principalmente quando a suposta reintegração à sociedade deve ser feita através da prisão, o custo elevado do sistema prisional, a deslegitimação de um sistema que encarcera alguns e outros não por comportamentos idênticos. E, retorna-se, portanto, para os interesses da vítima, em detrimento da preocupação exclusiva em realizar sua pretensão punitiva. Insere-se, assim, o *Direito Penal*,⁴⁷ na era em que a punição é encarada como a *ultima ratio*, proporcionando-se o diálogo entre autor e vítima, esta sendo encarada como sujeito de direitos que deve ser privilegiado em face de uma concepção de justiça.

No sistema introduzido pela norma federal, verificam-se características da transação penal: a) *personalíssima* – a transação penal é um ato personalíssimo, exclusivo do acusado e nem mesmo seu procurador com poderes específicos poderá fazê-lo; b) *voluntariedade* – a escolha de transigir ante a proposição do Ministério Público ou do magistrado

46 Verifica-se, pois, que o sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente neles envolvidos. Parte da luta dos defensores do Direito Penal mínimo sempre foi pelo resgate, por parte da vítima, de sua *titularidade* e participação no processo enquanto parte ativa. Com o advento da conciliação, essa possibilidade se operou. Foi dado à sociedade o início de um processo emancipatório; um voto de confiança em sua capacidade de resolver conflitos, no entanto, com alguns excessos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, que deverão ser sanados sob pena de infringirmos os direitos e garantias fundamentais. E outra consequência de todo este processo é que, pela primeira vez, o Direito Penal recepciona o enfoque da vítima, não encarando essa apenas como um elemento útil no processo de apuração do crime e persecução do criminoso, mas como um titular de direitos que foram violados e demanda reparação, não retribuição.

47 Não assume o Direito Penal, ao contrário do que uma análise apriorística poderia indicar, uma posição temerária ao tomar tal posição, mas apenas, através da forma como recepciona tal instituto. Junto à tradicional classificação dos crimes entre os de baixo e alto potencial ofensivo, trabalha-se com conceitos de campos de consensualidade e conflitividade (ligar-se-ia à *alta criminalidade*, esta quantificada em função do repúdio social à sua natureza ou sua capacidade organizativa). Quanto a esta esfera, pouco a tendência descriminalizadora tem a acrescentar, estando seus mecanismos relegados a uma eficácia programática.

deve ser a decisão do desviante, constituindo em circunstância imperativa que seja exposto ao desviante as consequências de sua opção – obrigação de cumprir a pena aplicada, assunção de culpa; c) *formal*: a formalização das conciliações penais deverá ser realizada em audiência, através do acordo de vontades dos sujeitos envolvidos na relação, pondo termo ao processo, impondo-se a presença de um juiz e de um defensor constituído; d) *tecnicamente assistida*: sob pena de quebra do princípio da ampla defesa, deverá o réu ser assistido por defensor constituído. Sobreleva ressaltar que se constitui no fato de o autor da ação típica ser informado de que, voluntariamente, estará abrindo mão de seus direitos fundamentais.

10.3.2. Um novo modelo de direito

A introdução da transação penal em nossa ordem jurídica representa ruptura com o modelo liberal de Direito no que tange à proteção dos direitos e garantias fundamentais. A “reformulação” em vigor relativiza o acesso do cidadão a elementos condições de defesa técnica. Ao mesmo passo, cria uma relação dupla de vários agentes do Estado. Se de fato a reformulação (re)introduziu a vítima no processo (se bem que apenas vítimas passíveis de lesão de pequeno potencial lesivo), coloca em uma mesma audiência juiz, Ministério Público, a defesa da pretensa vítima e o “desviante”, com sua defesa. A reforma tem um visível viés neoliberal que aponta para um Direito conciliatório em que o Estado assume um papel inadequado para o “Direito” que está em questão. A abertura da composição patrimonial para recuperar eventuais prejuízos ocasionados pelo autor do fato delituoso abre no imaginário social a falsa ideia de que tudo pode ser composto patrimonialmente.

Em relação à suspensão condicional do processo, não reside maior dúvida quanto a sua legalidade e conveniência em nossa sociedade. Nesse caso, o juiz já foi convencido, pelas provas demonstradas no processo (*verdade formal*), de que reside causa de condenação e que o desviante poderá ser beneficiado com o instituto. Contudo, no caso da transação penal, não chegaremos às provas, pois a *verdade consensual* foi obtida no processo. O réu assume a culpa pelo fato danoso; a vítima recebe uma reparação, renunciando à sua pretensão punitiva. Assume, pois, uma função que caberia, pelo modelo tradicional, ao Estado, todavia, fragilizando os direitos fundamentais do “desviante”.

Em vez de o Poder Legislativo propor um modelo que descriminalize condutas (as de *pequeno potencial ofensivo*), transfere a discussão para outros ramos do Direito que não a esfera penal, através do modelo que está sendo denominado Direito Reflexivo.⁴⁸ Neste modelo, os excluídos socialmente acabam recebendo um Direito de segundo ou terceiro tipo, aprofundando cada vez mais a ausência do Estado como um órgão de proteção e respeito à cidadania. E, com a introdução do instituto, pode-se constatar um efeito negativo que parece estar sendo esquecido face a *novidade redentora*, o simples fato de que diversos delitos que já haviam sido superados pela realidade da vida tornaram a surgir como conflitos *penalmente relevantes* mesmo que considerados de *pequeno potencial lesivo ou ofensivo*. De tal feita que ressurgam como *fênix* condutas que já deveriam estar descriminalizadas.

10.3.3. A Teoria Garantista e a Lei Federal nº 9.099/1995

O garantismo designa um modelo normativo de direito, e, na esfera penal, de estrita legalidade. Caracteriza-se por um sistema cognitivo de poder mínimo; no plano político, como uma técnica capaz de minimizar a violência. A legalidade, completando, pode ser definida, em sentido amplo, como validade formal que exige somente que sejam predeterminados por leis os sujeitos titulares e as formas de exercício de todo o poder; em sentido estrito, validade substancial que requer que estejam legalmente pré-ordenadas e circunscritas às obrigações e proibições. Portanto, o garantismo é um modelo de Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade; b) no plano substancial, pela garantia dos direitos fundamentais e dos cidadãos. A Teoria Garantista, além de teoria jurídica, surge como base de uma democracia substancial, pois, segundo tal compreensão, o Estado de Direito é resultado de garantias liberais e sociais que sedimentam solo para a gênese de uma democracia política. Inclina-se por uma democracia que satisfaça não somente a vontade da maioria como também os interesses e necessidades vitais dos cidadãos, e Ferrajoli, sobre democracia e o garantismo:

48 Segundo André-Noél Roth (*O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno?*), o Direito Reflexivo é considerado um Direito procedente de negociação, de mesas redondas, etc., constitui uma tentativa para encontrar uma nova forma de regulação social, outorgando ao Estado e ao Direito um papel de guia (e não de direção) da sociedade.

El garantismo como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino), estructural y substancial de la democracia: las garantías, tanto liberales como sociales, expresan en efecto dos derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginalizadas o descrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba. [...] democracia social forma por tanto un todo único con el de un estado social de derecho: consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y correlativamente, de los deberes del estado, o, si se quiere, en la maximilización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes.⁴⁹

Compete-nos retomar posição no sentido de que é qualquer procedimento que busque dotar de celeridade a administração da justiça por si só compatível com a flexibilização de direitos fundamentais sobre os quais, em nossa compreensão, o próprio desviante não possui legitimidade para abdicar de direitos fundamentais os quais não apenas a ele estão destinados, mas a toda a sociedade. Fragilizar os institutos constitucionais do próprio Direito Penal significa desferir duro golpe ao Estado Democrático de Direito.

10.3.4. O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência constitui-se no fato de o acusado de cometer qualquer fato descrito como criminoso possuir direito público subjetivo de não ser submetido ao *estado de condenado* até o trânsito da sentença penal condenatória.

Tal princípio decorre de outros dois princípios do processo penal pátrio: a) *princípio de defesa plena* e b) *princípio do contraditório*.

Ferrajoli refere-se aos institutos do Direito Penal e Processual Penal e o respectivo conteúdo jurídico-político em questão informa a impossibilidade de o “desviante” transigir a respeito de seus direitos fundamentais.

49 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razon – Teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 1995. p. 864; 866.

Las garantías penales e procesales, como hemos dicho otras veces, no pueden ser más que un sistema de prohibiciones inderrogables: prohibiciones de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar o de sancionar de alguna otra forma, si no concurrieren las condiciones establecidas por la ley en garantía del ciudadano frente a los abusos de poder. Prohibiciones análogas, por lo demás, garantizan los derechos de libertad no sólo frente a los poderes estatales sino también frente a los poderes privados, al no permitir su privación ni aun el consentimiento de los titulares de los mismos. Ni siquiera por contrato un hombre puede ser obligado a privarse de la vida o de las libertades fundamentales, reconocidas a cada ciudadano como derechos personalísimos.⁵⁰

Quando se trata, contudo, de assuntos referentes à matéria penal, essa celeridade processual, de forma alguma, pode relativizar princípios penais elencados como direitos e garantias fundamentais de modo que o desviante não possa ter contra si a fúria de Leviatã ou a vingança privada. O contexto político-jurídico em que se deu a discussão a respeito do instituto da transação penal, instituído pela Lei Federal, e suas consequências são questionados a partir de uma análise da Criminologia Crítica e da hermenêutica que fundamenta a investigação, de forma a (re)pôr alguns conceitos que passam à margem da manifestação doutrinária pátria.

A Lei Federal nº 9.099/1995 é um avanço, contudo, perante avanços, sempre se tende a um ufanismo ofuscante, deixando a parte negativa dos fenômenos a título de ponto cego. E temos alguns que devem ser levantados. A separação entre crimes de alto e baixo potencial ofensivo, contida na Lei Federal nº 9.099/1995, em seu art. 61, é de um caráter eminentemente mecanicista, porquanto efetua tal taxonomia utilizando apenas o critério do *quantum* de pena estabelecido pelo legislador no estatuto repressivo. Indo-se por esta objetividade estrita, corre-se o risco de retirar-se o caráter de ofensividade de crimes como os contra a ordem tributária e até mesmo alguns *crimes ecológicos*, que, por sua natureza e pela abrangência difusa de suas consequências, jamais poderiam perder tal *status*. Tanto esse risco é real que o consensualismo já chegou a tal área, visto a novação do débito, antes do oferecimento da denúncia,

50 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon*– Teoria del garantismo penal. Madri: Trotta, 1995,p.861.

extinguir a punibilidade dos crimes de ausência de recolhimento, seja de contribuição previdenciária ou social.

Quem diz que tal ou qual crime apresenta uma lesividade social grave ou não? Quem preenche o conteúdo ideológico dessa escolha? Condicionar à representação a agressão de um homem contra sua esposa, sendo que esta na mesma noite deverá retornar à mesma casa onde sofreu a agressão, é tacitamente decretar a extinção da punibilidade para um comportamento que se situa entre os mais covardes e reprováveis em termos penais.

11. Hermenêutica jurídica: o processo de (re)construção da dogmática jurídica, a crise de paradigmas e o conceito de crime de menor potencial ofensivo

O conceito de *crime demenor potencial ofensivo* definido pela Lei Federal nº 9.099/1995 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais – e de que maneira a doutrina está se pronunciando sobre o tema assim que posto em prática. Inócuo revisar os diversos fundamentos que nos levam a exigir a celeridade processual judicial, a fim de que tanto os operadores jurídicos quanto os cidadãos obtenham sua pretensão atendida. Razões como a ausência de estrutura material e de recursos humanos, assim como a falta de preparação daqueles que tentam ingressar através de concursos públicos nas carreiras do Ministério Público ou da Magistratura são por demais conhecidas e não precisam ser repristinadas agora.

Verifica-se, pois, que o crescimento desmedido de normas incriminadoras, ou seja, a verdadeira inflação penal não sofreu uma tensão por parte dos doutrinadores de nosso país, uma vez que a edição do já referido diploma legal trouxe de volta ao mundo jurídico diversas condutas que haviam sido *despenalizadas* em vez de propor a descriminalização de condutas, optando o legislador por sua manutenção sob critérios de política criminal e não de natureza técnico-científica. E, por fim, essa situação passou despercebida pelos doutrinadores e poderá ser (re)pensada a ação dos juristas frente a realidade. E, o problema referente ao menor potencial ofensivo é que se verifica a timidez dos avanços frente sua potencialidade. Assim, realizada a regulamentação através da Lei Federal nº 9.099/1995, a competência *ratione materiae*, objeto de julgamento, de acordo com Molina:

Infrações de menor potencial, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, são as contravenções penais e os crimes a que comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. Todas as contravenções penais, independentemente da pena e do procedimento, integram o espaço de consenso eleito pelo legislador. No que concerne aos crimes urge atentar para as duas limitações legais: a) limitação quantitativa: entram no conceito de infração de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima (cominada) não exceda um ano; trata-se de pena em abstrato, prevista no tipo penal não de pena em concreto ou em perspectiva; 2) limitação procedimental: estão excluídos os delitos que possuem procedimento especial⁵¹. Essa criminalidade de menor potencial ofensivo, que não se confunde com a de lesividade insignificante, tampouco pode ser identificada com a criminalidade de médio potencial ofensivo.⁵¹

Por ocasião da regulamentação do art. 98, inciso I, da Carta Constitucional, diversos projetos foram apresentados ao Congresso Nacional pela sociedade civil e, também, por parlamentares, no sentido de dotar a norma programática de sua regulamentação criando a dogmática jurídica *necessária* à aplicação e efetivação de seus efeitos jurídicos. No entanto, é o debate acerca das formas escolhidas pelo Estado para enfrentar o problema, porquanto, por exemplo, no exposto acima, verifica-se que a discussão se dá sobre a disponibilidade e discricionariedade, e não a respeito da utilidade e da persecução penal.

O discurso sobre a falácia e a hipocrisia tem uma competência, ou melhor, uma área de abrangência limitada. Questiona-se sobre a celeridade do sistema penal:

a dogmática jurídica, ao servir de instrumento para a interpretação/sistematização/aplicação do Direito, vai aparecer como um conjunto de técnicas de fazer crer com as quais os juristas conseguem produzir a linguagem oficial do Direito que se integram com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito o de impedir uma problematização e uma reflexão mais aprofundada sobre nossa realidade sociopolítica.⁵²

51 GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 423.

52 GRINOVER, ob. cit., 1996, p. 31.

O papel que a ideologia desempenha na sociedade, seja na política, vem perdendo seu caráter de pluralidade. E, em relação à mudança de paradigma, Molina:

No novo modelo de justiça criminal deve ficar cristalinamente delimitado o espaço de consenso (vinculado à pequena e média criminalidade) do espaço de conflito (criminalidade grave). O espaço de consenso será voltado primordialmente para a ressocialização do autor do fato e pode implicar, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o recuo de certos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, tais como o de igualdade de oportunidades, o de presunção de inocência, o da verdade real, o da ampla defesa, contraditório etc.[...] a criminalidade pequena ou média há nítida preocupação, internacional inclusive, de fazer incidir, na maior extensão possível, o princípio da intervenção mínima.⁵³

Na modernidade, a incorporação de um espaço de consenso e o repensar de um espaço de conflito da justiça criminal geram acordo no sentido de propor uma reflexão a respeito de sua delimitação ou mesmo da decisão de não intervenção estatal. O sistema penal, através dos parlamentares (Lei e Ordem) e dos operadores *jurídicos tradicionais*,⁵⁴ sistematicamente se depara com a incapacidade de não apenas “resolver os conflitos”, mas também, de decidi-los, desenvolve saídas válvulas, ou seja, mecanismos que liberam parte da pressão de forma ordenada, a fim de evitar que a mesma se torne incontrollável e tencione o *Sistema*.⁵⁵

53 GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 418.

54 Na sociedade tem sido comum o retorno da concepção utilitarista na qual o Direito Penal (re)surge do medievo com um caráter retributivista e utilitário, cuja finalidade é criar a ilusão de que reprimirá aqueles que transgredirem as normas sociais postas. Vigem no mundo todo o avanço dos Movimentos de Lei e Ordem que ocultam o caráter falimentar dos Estados Socialistas e *break do Welfare State* encontra nos parlamentares do ódio representantes comprometidos com a *mudança social*. Combustível para esses oradores, o discurso sobre a violência e sobre as formas de repressão servem de canções, a fim de sopesarem o pânico do nosso cotidiano. E, no imaginário social, a repercussão do problema da criminalidade é superdimensionada. Em nosso país, a *justiça midiática* começa sua escalada por maiores índices de audiência e estimula uma carga de repressividade e incita a se manifestar contra a violência, por meio de métodos pouco ortodoxos ou, então, reativar velhas discussões ortodoxas como a maioridade penal, prisão perpétua e a pena de morte, enquanto passam despercebidos crimes contra o sistema financeiro nacional.

55 As *saídas válvulas* não poderão denunciar sua natureza perfunctória, de tal forma que, necessariamente, deverão ser revestidas de uma *cientificidade teórica* ou mesmo de um avanço significativo no sistema que permite *decidir* mais celeremente e com eficiência os conflitos aparentes, pois sempre que uma saída válvula é inserida no sistema a doutrina manifesta-se de

Adotamos, no Brasil, o modelo da despenalização, pois se diminui a pena de um delito sem descriminalizá-lo. Isso se dá uma vez que, em algumas circunstâncias, entende-se mais razoável manter a ilicitude do fato, eliminando-se a pena. Segundo o Comitê do Conselho Europeu,

inclui toda a gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais: prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, sistemas de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação, diminuição do salário e todas as medidas (re)educativas dos sistemas.⁵⁶

E, ao analisar a doutrina, percebe-se que sobre a Lei Federal nº 9.099/1995 diversos autores se manifestaram, sobretudo a respeito da concepção mais geral da lei, inclusive, vários deles comentaram a integridade dos artigos e conteúdo. Incorre-se risco de não compreender, de forma radical, institutos que denotam uma ruptura no pensamento tradicional. E, em relação à construção do sentido comum, o teórico Warat:

Os especialistas se encontram também na posição de consumidores da subjetividade coletiva. Eles, inclusive, são duplamente consumidores da subjetividade instituída. Além da subjetividade que circula socialmente consomem a subjetividade específica que articula e controla a produção social das verdades. Os discursos de verdade nunca são resultados de um emissor isolado. Eles estão vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade “científica”, de um monastério dos sábios.⁵⁷

Os juristas impõem-se desvendar os signos de poder da cultura oficial e (re)pensar a forma de comunicação com vistas a formar os

forma a celebrar e consolidar o *novo avanço*. Tais observações tornam-se relevantes como auxílio à discussão acerca da crise do Direito e, em especial, do Direito Penal, das criminologias e das instituições encarregadas de combater a (essa) criminalidade. E, no que se refere ao pensamento jurídico, não podemos olvidar o que se sucede em outras áreas do pensamento humano no que tange à necessidade de uma fala autorizada que nos apresente caminhos a serem percorridos. Contudo, em se tratando de doutrina jurídica, estamos diante da fala que nos indica relações de poder, as quais pode-se ou não ratificar.

56 CERVINI, Raul. Os processos de descriminalização. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 75.

57 WARAT, Luís Alberto. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p.68.

juristas e, sobre o processo secularizado de verdades e seu discurso, Warat,⁵⁸ no sentido de (des)mitificar essa realidade virtual em que são dotados de legitimidade os novos sábios ou de fato como se apresentam após a vida monástica da qual surgem:

O discurso canônico opera sobre esta realidade censora estabelecendo um território de fantasmas onde se terá a convicção absoluta de que todos os casos particulares encontrarão necessariamente seu lugar no conjunto classificatório. Assim, o discurso canônico preserva o funcionamento institucional da lei contra as rupturas de seu equilíbrio e o que os juristas chamam de segurança jurídica.

O instituto jurídico fundador da Lei Federal nº 9.099/1995 não passa de mais uma manifestação real de exercício de poder de *dogmática jurídica*. A hermenêutica não é uma verdade empírica nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica é, assim, a consagração da finitude e a compreensão do sentido produzido pelos doutrinadores ao interpretar a Lei Federal nº 9.099/1995. Contudo, no que tange à repristinação de crimes *descriminalizados de fato* para o nosso ordenamento jurídico, bem como os diversos problemas processuais oriundos da Lei dos Juizados Especiais Criminais (transação penal e suspensão condicional do processo), dão conta da existência de um silêncio significativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o surgimento da Lei Federal nº9.099/1995 em nossa ordem jurídica, verifica-se a gênese de uma nova concepção de Direito Penal e Processual Penal. O diploma legal prevê um conjunto de institutos jurídicos que possibilitam no ordenamento jurídico formas de despenalização de condutas típicas. A Lei Federal dos Juizados Especiais Criminais, com sua letra, possibilita por parte dos operadores uma nova postura frente aos conflitos humanos típicos, antijurídicos e culpáveis que, na busca de uma solução destes problemas que vão além da *decisão* que se apresenta *formalmente* como elementos que constituem os movimentos de política criminal que influenciam as elaborações legislativas. A Lei

58 WARAT, op. cit., 1995, p. 69.

Federal nº 9.099/1995 contempla as reivindicações humanistas e pode ser um passo no questionamento, por dentro do sistema vigente, no sentido da tensão a respeito da função e a necessidade da pena e da descriminalização, despenalização, descarcerização, desinstitucionalização como elaborações teóricas e sua prática na Lei dos Juizados Especiais Criminais. E, com o advento da Lei Federal nº9.099/1995, identifica-se a gênese de um “Novo Direito Penal” que está sendo inserido em nosso Direito. Entende-se que andou célere o legislador ao elaborar a lei, que precisará de tempo para forjar uma nova cultura menos *retributivista* e *repressora*, contudo, espera-se uma atitude que contemple não apenas a despenalização, mas também a descriminalização de condutas.

Na verdade não seria incorreto afirmar que, se de fato a Lei Federal nº9.099/1995 teve o mérito de introduzir a vítima no processo penal, ou melhor, no sistema penal, possibilitando que o autor do fato tido como delituoso e lesivo possa vir a reparar os danos causados, ao mesmo tempo, com o discurso sedicioso de que essa “fórmula” conciliatória e, portanto, consensual de justiça, representa um grande fator positivo na extensão da “justiça” àqueles que não a têm, evita uma discussão mais global a respeito da própria descriminalização de condutas enquadradas no conceito de “pequeno potencial ofensivo”.

Por fim, em relação à transação penal que é “experimentada legalmente” com a participação do Estado, ainda dentro de uma concepção de monopólio da força e da justiça. No caso, não se questiona o monopólio, mas, sim, os institutos do Direito Penal clássico que estão sendo relativizados frente ao diploma legal introduzido com a Lei Federal nº 9.099/1995. Por trás do instituto da transação penal pode-se encontrar uma proposição de que o Estado não está adequado a continuar com seu monopólio na administração da justiça. E verifica-se como se dão o processo hermenêutico e sua (re)construção, a partir de uma definição de crimes de menor potencial ofensivo previstos na Lei Federal nº 9.099/1995 que é utilizado pelo *status quo* no sentido de sua interpretação oficial se constituir em dogma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERON, Genacéia da Silva. Considerações sobre o Juizado Especial Criminal: Competência, infrações de menor potencial ofensivo e

audiência preliminar. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 23, p. 252/27, jul. 1993.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatizações das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal*. 2.ed. Porto Alegre: Acadêmica, 1993.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón- Teoria del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1995.

_____. O Direito como sistema de garantias. In: *O novo em Direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luís Flávio. *Suspensão condicional do processo*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Col.). Comentários à Lei Federal 9.099, de 26.09.1995. In: *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1.ed. Niterói: Luam, 1993.

LUISI, Luis. A crise do sistema penal – soluções processuais. *Correio Brasiliense*, Brasília, 27/5/1996, Caderno de Justiça, p. 4.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, 1995.

SANTAELLA, Lúcia. Práticas semióticas. In: *Produção de linguagem e ideologia*. São Paulo: Cortez, 1996. p. 60-79.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

_____. Hermenêutica e Dogmática: Aportes críticos acerca da crise do Direito e do Estado. *Cadernos de Pesquisa do Curso de Mestrado em Direito da Unisinos*, São Leopoldo, Unisinos, 1997.

TAVARES, Juarez. PARQUET: Relatório Anual da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Rio Grande do Sul. In: *Crítérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas, 1992-1993*, p. 125-126.

WARAT, Luis Alberto. O monastério dos sábios: O sentido comum teórico dos juristas. In: *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 65-92.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

8

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Kelly Lissandra Bruch¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO - 1. Formação histórica da concepção de propriedade industrial - 1.1. Propriedade Industrial: origem e regulação - 1.2. A propriedade Industrial no âmbito internacional - 1.3. Regulação brasileira sobre a proteção à propriedade industrial de plantas - 1.3.1. Patentes de Invenção - 1.3.2. Proteção de cultivar - 2. A função social do direito relacionado à propriedade industrial de plantas - 2.1. Função da Propriedade Industrial - 2.2. Natureza Jurídica da Propriedade Industrial - 2.3. Limites à Propriedade Industrial - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O objetivo deste estudo é abordar a propriedade industrial sob o aspecto de sua função social. Para tanto, serão analisados dois ativos intangíveis que se destacam pela novidade,

¹ Pós-Doutora em Agronegócios pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Agronegócio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Cepan/UFRGS). Doutora em Direito pela Université Rennes I, França, em cotutela com a UFRGS. Mestre em Agronegócios pelo Cepan/UFRGS. Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professora de Direito do Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca). Professora do Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito da UFRGS. Professora do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) do Cepan/UFRGS. Membro da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul (OAB/RS).

suscetíveis de serem utilizados no âmbito da proteção de plantas e que se encontram dentre os direitos de propriedade industrial: patente de invenção e proteção de cultivar. Na primeira parte, abordaremos a formação histórica da concepção da propriedade industrial, adentrando nos acordos internacionais e, por fim, na legislação vigente no Brasil. Na segunda parte, trataremos da função social deste direito de propriedade industrial e de como ele pode ser analisado sob o formato de um limite à propriedade industrial no caso específico da proteção aplicada às plantas.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade intelectual, biotecnologia, inovação.

INTRODUÇÃO

Iniciadas nos Estados Unidos e impulsionadas pelos impressionantes resultados científicos e financeiros, invenções na área biotecnológica são hoje desenvolvidas em âmbito global. Um dos fatores preponderantes desse impulso certamente foi a possibilidade de apropriação dessas inovações. Foi essa garantia de retorno que atraiu investimentos e viabilizou a realização de pesquisas que, sem esses direitos, não poderiam ser executadas. Portanto, um dos motores da expansão dessa nova tecnologia foi certamente a proteção do direito de propriedade industrial. Esse novo paradigma abriu, dentro do direito, um novo campo de estudos com intersecção com o agronegócio: o direito de propriedade industrial de plantas.

A proteção ao direito de propriedade industrial de plantas vem sendo objeto de estudo, abordando-se sua caracterização e forma de utilização. Contudo, faltam respostas quando se questiona sobre os efeitos monopolísticos dessa diferenciada forma de apropriação de bens. Para compreender esse questionamento, indaga-se se a função social dessa propriedade, que resulta na imposição de certos limites à propriedade industrial de plantas, poderia ser uma resposta ao equilíbrio entre esses efeitos monopolísticos e os benefícios advindos dessa inovadora forma de proteção.

Neste sentido, o objetivo do presente capítulo consiste em analisar a função social aplicada como limite à propriedade industrial de plantas, que é um capítulo do direito de propriedade intelectual. Dessa

forma, antes de se adentrar na temática específica, faz-se necessária uma incursão sobre a generalidade do tema.

A propriedade intelectual constitui-se do conjunto de princípios e normas que regulam a aquisição, o uso, o exercício e a perda de direitos e de interesses sobre ativos intangíveis diferenciadores que são suscetíveis de utilização no comércio. Esse instituto não abarca todos os ativos intangíveis, mas somente aqueles que servem de elementos de diferenciação entre concorrentes. O objeto tratado pela propriedade intelectual abrange os elementos diferenciadores que apresentem: novidade – que diferencia quanto ao tempo; originalidade – que diferencia quanto ao autor; e distinguibilidade – que diferencia quanto ao objeto.²

Os elementos diferenciadores quanto à novidade são os elementos essenciais às invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais e novas cultivares. A originalidade é o elemento diferenciador abarcado pelos direitos autorais e, em especial no Brasil, pelos direitos de programas de computador. As indicações geográficas, subentendendo-se as indicações de procedência e denominações de origem, a reputação dos comerciantes e as marcas, sejam estas de produtos e serviços, coletivas ou de certificação, são exemplos de objetos da propriedade intelectual que não resultam da inventividade ou da criatividade – mas que não deixam de ser importantes como elementos de distinguibilidade. Ou seja, para cada espécie de direito que forma o gênero da propriedade intelectual, há elementos diferenciados que o distinguem e agrupam.

Neste capítulo apenas trataremos do objeto que abrange os elementos diferenciadores quanto à novidade dos ativos intangíveis suscetíveis de serem utilizados no comércio de plantas, que se encontram dentre os direitos de propriedade industrial: patente de invenção e proteção de cultivar. Na primeira parte, abordaremos a formação histórica da concepção da propriedade industrial, adentrando nos acordos internacionais e, por fim, na legislação vigente no Brasil. Na segunda parte, trataremos da função social deste direito de propriedade industrial e de como ele pode ser analisado no caso específico da proteção aplicada às plantas.

2 Conforme Nuno Tomaz Pires de Carvalho, na palestra “Propriedade Intelectual”, proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, em Florianópolis, em 22 de maio de 2004.

1. Formação histórica da concepção de propriedade industrial

Nesta primeira parte abordamos a formação histórica da concepção da propriedade industrial, buscando compreender a origem da ideia de propriedade para finalizar com a concretização da propriedade intelectual.

Em um segundo momento perpassamos os acordos internacionais que promoveram a globalização da noção de proteção à propriedade industrial, deste a Convenção União de Paris para a Proteção à Propriedade Industrial (CUP), até chegar ao Acordo sobre Aspectos Relacionados à Propriedade Intelectual e Comércio (TRIPS, em inglês).

Por fim, abordamos especificamente a forma de proteção de invenções na área biotecnológica, no Brasil, por meio da proteção de patentes, e a proteção de plantas que se dá no âmbito da proteção de novas cultivares e cultivares essencialmente derivadas.

1.1. Propriedade Industrial: origem e regulação

No estado de natureza, concebido pelos modernos, “[...] o homem não esquitejava a natureza nem os bens que lhe compõe o patrimônio. No estado da natureza, tudo era de todos” (ROCHA, 2003, p. 544).

Essa concepção comunitária rompe-se, segundo Rousseau (1971, p. 205), quando

[...] o primeiro que, em face de um pedaço de terra, diz: este é para mim, e encontra pessoas tão simples a ponto de crerem nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, quantas guerras, quantas mortes, misérias e horrores não poderiam ter sido espargidas do gênero humano se alguém, ficando o pé ou batendo em sua face, pudesse ter feito crer a seus semelhantes: guardem vocês de escutar a este impostor, vocês estarão perdidos se vocês esquecerem que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém (tradução livre do autor).

Assim nasceu a noção de propriedade. Da propriedade das coisas e pertences pessoais, quando os povos eram nômades e a terra era abundante, para a propriedade da terra, quando se iniciou a agricultura, os povos multiplicaram-se e fixaram-se na terra e esta passou a ser mais escassa. Da propriedade coletiva da terra onde os clãs comandavam

determinadas regiões que permaneciam gerações em sua posse, para a terra do senhor feudal, a terra do soberano e, por fim, como fruto da revolução francesa, uma propriedade individual e absoluta da terra, acompanhada de todas as coisas e pertences individuais (CÂMARA, 1981; ASCENSÃO, 2000).

Assim como nasceu a propriedade material, desde os primórdios o homem busca “[...] atribuir *status* de propriedade a produtos da mente” (VARELLA, 1996, p. 26). Os artesões livres usavam símbolos que distinguiram seus produtos, segredos de manufatura e produção de determinados objetos eram conservados dentro das famílias durante gerações.

Durante a Idade Média, a atividade industrial se dava nas indústrias corporativas, nas quais as invenções eram tidas como monopólio da corporação e não dos inventores. A resistência à aceitação de inovações dentro das corporações tornou-se um grande obstáculo à realização e implementação de inventos e ao progresso da indústria como um todo. Em reação a esse monopólio das corporações de ofício, os Soberanos dos Estados passaram paulatinamente a realizar concessões de privilégios, com os quais se conferia ao autor de uma invenção industrial a faculdade de sua exploração exclusiva e independente de uma corporação. Esses privilégios eram concedidos a novas invenções e as novidades eram trazidas do exterior ou a determinadas indústrias que os Estados entendiam dever ser retiradas do monopólio das corporações. Esses privilégios também eram determinados por interesses políticos de maior arrecadação fiscal e troca de privilégios (RAMELLA, 1913, p. 7).

No final da Idade Média, em boa parte da Europa havia concessão de privilégios industriais e comerciais, cartas especiais e licenças, não se distinguindo entre inovações e outras concessões dos Estados. Desde 1331 há notícias de concessões de *letters of protection* que concediam o privilégio de exploração de determinado setor produtivo na Inglaterra (FROTA, 1993).

O Estatuto do Monopólio de 1623, de Giacomo I, na Inglaterra, constituiu-se em um marco na história dos direitos de propriedade industrial. Sua finalidade foi limitar a prerrogativa régia e eliminar o caráter arbitrário da concessão do privilégio para determinar que o direito exclusivo de explorar um invento fosse concedido ao inventor se cumpridos os requisitos de novidade e ideia inventiva. O direito con-

cedido consistia em uma exclusividade temporária para a produção da novidade (GRECO, 1956).

Na França, até a promulgação de um Editto do Rei, em 1762, não havia distinção entre a concessão de privilégios de invenção dos demais favores concedidos pela Coroa.

A vida econômica e política organizavam-se com base em corporações de ofícios, que eram reguladas pela Coroa Francesa. Em 1776 as corporações foram suprimidas e, a partir da Revolução de 1789, foram abolidos os regulamentos das corporações, bem como restrição ao livre comércio e à indústria. Em 1791 estabeleceu-se um estatuto sobre patentes, com base no estatuto inglês, no qual se incorporava a ideia do princípio do direito natural de propriedade do inventor sobre a invenção (FROTA, 1993, p. 18-19).

Nos Estados Unidos da América o direito de propriedade intelectual consta do texto da Constituição de 1788, no art. I, Secção I, § 8. Esse direito garante, com base na promoção do progresso da ciência e da indústria, por um determinado limite de tempo, o direito exclusivo a autores e inventores sobre seus escritos e invenções. Em 1790 foi promulgada a primeira lei federal sobre patentes (FROTA, 1993, p. 19-20).³

No Brasil, a concessão de privilégios chegou junto com a Corte Real Portuguesa, mediante a publicação do Alvará de 28 de janeiro de 1809. Até essa data era proibida qualquer indústria na colônia brasileira. Após esse Alvará, as patentes de invenção foram incluídas na Constituição do Império de 1824 e em todas as Constituições Republicanas posteriores. Diversas leis e decretos regularam a matéria durante estes últimos dois séculos.⁴

Todavia, a concessão de direitos de propriedade industrial relativos a organismos vivos apenas foi possível a partir da atual Lei de Propriedade Industrial, sob nº 9.279, de 14 de maio de 1996 e, posteriormente, a Lei de Proteção de Cultivares sob nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Mas a discussão acerca da possibilidade de proteção de plantas já se iniciava em meados do século passado. Segundo Garcia (2005, p. 73),

3 Para um estudo mais detalhado da história da propriedade intelectual, recomenda-se consultar: ROUBIER, 1952; FROTA, 1993, p. 13-32; VARELLA, 1996, p. 21-43; BARROS, 2004, p. 1-30; OLIVEIRA, 2000, p. 21-87.

4 Para um estudo mais apurado da história legislativa brasileira, recomenda-se: CERQUERIA, 1982, p. 1-48

essa discussão foi trazida por interesses externos, tendo sido incluída no art. 3º do Código de Propriedade Industrial⁵ vigente à época, mas dependente de uma regulamentação que nunca ocorreu.⁶

Da atual legislação brasileira trataremos mais detidamente em item específico. Contudo, antes de nos adentrarmos nos direitos nacionais, faz-se necessária uma breve incursão nos tratados e acordos internacionais que regulam esse tema.

1.2. A propriedade Industrial no âmbito internacional

Diversos acordos internacionais retratam o histórico da propriedade intelectual. Mas, para que se possa abordar os pontos propostos para este capítulo, nesta parte trata-se da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), da criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO, em inglês), da União Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas (UPOV) e do Acordo sobre os Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS, em inglês). Não se trata, no presente estudo, da Convenção de Biodiversidade nem dos demais acordos internacionais relacionados a meio ambiente, biossegurança e conhecimentos tradicionais, por estarem fora do escopo delineado para o trabalho.

A Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), firmada em 20 de março de 1883, é o primeiro tratado multilateral a tratar da proteção da propriedade industrial, sendo que o Brasil foi um de seus signatários originais (BASSO, 2000, p. 73). Essa Convenção criou, entre os Estados signatários, uma União, também conhecida como União de Paris, cujas atividades administrativas eram exercidas pelo escritório da União de Paris.⁷

5 “Artigo 3. *A proteção da propriedade industrial se efetua mediante:* a) concessão de privilégio de patente de invenção; modelos de utilidade; desenhos ou modelos industriais e **variedades novas de plantas**”. BRASIL. *Decreto-Lei n. 7.903 de 27 de agosto de 1945*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7903.htm>. Acesso em: 20 jan. 2006.

6 Um relato completo sobre a história da implementação da Lei de Proteção de Cultivares no Brasil pode ser verificado em: GARCIA, 2005, p. 73-82; DEL NERO, 2004, p. 117-144 e p. 235-247; CHAMAS, 2000.

7 Para uma descrição detalhada da formação da CUP e seu funcionamento, *vide*: PLAISANT, 1949.

A Convenção, ainda vigente, tem por objetivo a proteção da propriedade industrial consistente nas patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de fábrica ou de comércio, marcas de serviço, nome comercial, indicações de proveniência ou denominações de origem, e a repressão à concorrência desleal.⁸ As disposições tanto materiais quanto formais referentes a essa proteção encontram-se nos arts. 1 a 12 da CUP. Na CUP não há qualquer menção permitindo ou proibindo a proteção – mediante patentes de invenção ou outro sistema – de micro-organismos ou plantas. Vale ressaltar que na primeira versão dessa Convenção ainda não era conhecida a engenharia genética, mas em sua revisão de 1967, de Estocolmo, já se conhecia essa possibilidade e, mesmo assim, não se fez menção direta ao tema. Dessa maneira, aos seus Estados-membros possibilitou-se a opção de proteger ou não proteger esse campo tecnológico.

Em 1892, o escritório da União de Paris e o escritório da União de Berna⁹ foram reunidos, criando o *Bureaux Internationaux Reunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* (BIRPI), com finalidade de gerir estes tratados.

Após a Segunda Guerra Mundial, reestruturou-se o BIRPI para atender às novas necessidades e transformações ocorridas na ordem mundial. A solução apresentada, através da Convenção de Estocolmo, de 14 de julho de 1967, foi a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO, em inglês), com sede em Genebra, na Suíça, e que posteriormente recebeu o *status* de organismo especializado da Organização das Nações Unidas (ONU) (WIPO, 2015).

No âmbito da WIPO, além da Convenção União de Paris e da Convenção União de Berna, também são administradas outras Convenções, Acordos e Tratados, em um total de 26 tratados relacionados com proteção à propriedade intelectual, sistemas globais de proteção e classificação internacional.

8 A última versão da CUP foi internalizada no Brasil, de forma integral, por meio do Decreto Presidencial nº 635/1992.

9 Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, criada em 9 de setembro de 1886.

Quadro 1: Tratados Administrados pela WIPO

Proteção à propriedade intelectual	Sistemas globais de proteção	Classificação internacional
<p>Beijing Treaty on Audiovisual Performances (audiovisual)</p> <p>Berne Convention (direitos autorais)</p> <p>Brussels Convention (distribuição de sinais de programas por satélite)</p> <p>Madrid Agreement (Indications of Source) (Falsa indicação de procedência)</p> <p>Marrakesh VIP Treaty (publicação de trabalhos para deficientes visuais)</p> <p>Nairobi Treaty (símbolos olímpicos)</p> <p>Paris Convention (propriedade industrial)</p> <p>Patent Law Treaty (patentes)</p> <p>Phonograms Convention (fonograma)</p> <p>Rome Convention (direitos conexos aos direitos autorais)</p> <p>Singapore Treaty on the Law of Trademarks (marcas)</p> <p>Trademark Law Treaty (marcas)</p> <p>Washington Treaty (topografia de circuitos integrados)</p> <p>WCT (copyright)</p> <p>WPPT (direitos conexos)</p>	<p>Budapest Treaty (depósito de micro-organismos)</p> <p>Hague Agreement (desenhos industriais)</p> <p>Lisbon Agreement (denominações de origem)</p> <p>Geneva Act (Indicações geográficas e denominações de origem)</p> <p>Madrid Agreement (marcas)</p> <p>Madrid Protocol (marcas)</p> <p>PCT (patentes)</p>	<p>Locarno Agreement (desenho industrial)</p> <p>Nice Agreement (classificação das marcas)</p> <p>Strasbourg Agreement (patentes)</p> <p>Vienna Agreement (elementos figurativos das marcas)</p>

Fonte: Elaborado com base em WIPO (2015).

Contudo, a WIPO não possui poder coercitivo para determinar a aplicação de uma medida sancionatória por descumprimento de um dispositivo de uma Convenção, nem há em sua atuação como garantir *standards* mínimos de proteção à propriedade intelectual nos países signatários (BRUCH, 2013).

Estes obstáculos levaram à inclusão da discussão da proteção à propriedade intelectual relacionada ao comércio, no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, em inglês), na Declaração Ministerial de 1986, que deu início à Rodada Uruguai. Após oito anos de discussão, esse tema teve consolidada sua tratativa através do Acordo sobre os Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS, em inglês). Esse acordo encontra-se no Anexo 1.C do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (WTO, em inglês), internalizado pelo Brasil por meio do Decreto Presidencial nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

O objetivo geral do TRIPS, conforme previsto em seu preâmbulo, é reduzir as distorções e obstáculos ao comércio internacional e assegurar que as medidas e procedimentos de repressão ao comércio ilícito não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio internacional legítimo.

Trata-se de um acordo que estipula uma proteção mínima da propriedade intelectual em nível mundial, para corrigir a prática de infrações a essa tutela, elevando o nível de proteção em todos os membros e garantindo essa proteção mediante procedimentos judiciais predeterminados que sejam ágeis e efetivos (PIMENTEL; DEL NERO, 2002, p. 47-50).

Sob a direção desse objetivo geral e desses mecanismos de correção, o TRIPS é construído em sete partes: disposições gerais e princípios básicos, padrões relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual, aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, obtenção e manutenção de direitos de propriedade intelectual, prevenção e solução de controvérsias, arranjos transitórios e disposições finais.

Três tipos de normas formam o TRIPS: normas substantivas, normas de procedimentos e normas de resultados. A primeira trata das disposições gerais e princípios básicos, além das normas materiais e do estabelecimento de padrões mínimos de proteção dos direitos de autor e conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografia de circuitos integrados, proteção de informação confidencial

e controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licença, abrangendo as partes I e II do Acordo. O segundo visa tornar efetivo o disposto nas normas substantivas, apresentando os procedimentos civis, administrativos e penais, bem como medidas cautelares e de fronteiras. O terceiro busca tornar efetivos os procedimentos apresentados e determinar a extensão do ressarcimento para compensar o dano sofrido pelo titular do direito de propriedade intelectual ou a extensão do ressarcimento do demandado em caso de abuso dos procedimentos de aplicação das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, prevenção e solução de controvérsias. Ambos os tipos de normas encontram-se abrangidos pelas partes III a VII do Acordo (BASSO, 2000, p. 192).

No art. 1º, § 1º, do TRIPS estabelece-se que os membros determinarão a forma apropriada de implementação das disposições do Acordo, especialmente no que diz respeito ao âmbito de seus respectivos sistemas e práticas jurídicas. Não há obrigação da promoção de proteção mais ampla que a estabelecida no TRIPS.

Isso ressalta o caráter indicativo do Acordo, que não impõe uma legislação padrão a ser internalizada, mas um conjunto de padrões mínimos a serem adaptados pelos membros ao seu ordenamento jurídico. Isso também significa que o desatendimento à internalização adequada do Acordo não resulta em um direito subjetivo privado, mas em um descumprimento do Acordo que deverá ser questionado pela via adequada, ou seja, por meio do sistema de solução de controvérsias da OMC (BARBOSA, 2003, p. 82).

Esclarecida a inexistência de relacionamento entre as disposições dos padrões adotados pelo TRIPS e o direito subjetivo do ator privado, faculta-se ao membro aplicar as recomendações de forma coerente e conveniente com sua política interna de proteção à propriedade intelectual. O direito subjetivo do ator privado não poderá se suplantar ao disposto na legislação nacional com a evocação da aplicação efetiva do TRIPS no país. Em suma, os artigos do TRIPS não são autoaplicáveis, e, para tornarem-se efetivos, devem ser feitas alterações no ordenamento jurídico interno de cada membro.

Para o presente trabalho, serão tratadas as normas relacionadas à proteção de plantas, que estão dispostas na Seção 5 do Acordo, que abrange a proteção de patentes, bem como os limites que o Acordo im-

põe, ou possibilita que sejam impostos, aos direitos de propriedade industrial, que se encontram em diversas partes do TRIPS.

A Seção 5 trata especificamente do direito de patentes. No art. 27 estão elencadas quais matérias os membros são obrigados a proteger mediante patentes. Segundo o item 1, qualquer invenção, de produto ou de processo, *em todos os setores tecnológicos*, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.

Como exceções gerais, os membros podem considerar como não patenteáveis as invenções cuja exploração seja necessária evitar para proteger a ordem pública, a moralidade, a vida humana, vegetal e animal, ou para evitar prejuízos para o meio ambiente, conforme o item 2 do art. 27 do Acordo. Os membros também podem considerar não patenteáveis plantas e animais, conforme o art. 27, item 3, alínea *b*.

Contudo, são obrigatórias, conforme o art. 27, item 3, alínea *b*, a patenteabilidade de micro-organismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais e a proteção de espécies vegetais, podendo essa proteção se dar por patentes ou por um sistema diverso. É a partir desse dispositivo que surgem no Brasil, e em diversos outros países, as patentes de invenções biotecnológicas e a proteção de cultivares.

No âmbito das limitações, o TRIPS permite a concessão de licenças compulsórias e licenças obrigatórias, conforme seus arts. 31 e 32. Contudo, o Acordo não se manifesta sobre a aplicabilidade e extensão do princípio da exaustão de direitos, segundo dispõe o art. 6º do TRIPS.¹⁰

Concomitante à WIPO e posteriormente ao TRIPS, foi fundada, por meio da Convenção para a Proteção de Novas Variedades de Plantas, ocorrida em 1961, em Paris, a União Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas (UPOV). Atualmente seu *status* é de organização intergovernamental, com sede em Genebra, na Suíça. Esta Convenção foi revisada em 1972, 1978 e 1991. O seu objetivo é proteger o direito de propriedade industrial de novas cultivares de plantas, e sua missão é fomentar um sistema eficaz para a proteção das espécies vegetais, com a finalidade de promover o desenvolvimento de novos cultivares para o benefício de toda a sociedade (UPOV, 2015).

10 Para um exame mais acurado do TRIPS, *vide*: IGLESIAS PRADA, 1997; CORREA, 1996; ZUCCHERINO; MITELMAN, 1996; CASADO CERVIÑO; CERRO PRADA, 1994.

Atualmente encontram-se vigentes os dois tratados: a Ata de 1978 da UPOV (UPOV/1978) e a Ata 1991 da UPOV (UPOV/1991). Houve possibilidade, durante determinado período, de os países-membros da UPOV permanecerem no âmbito da UPOV/1978 ou optarem pela UPOV/1991. O Brasil aderiu à UPOV/1978 no ano de 1999.

A UPOV/1978 apresenta proteções extensivas apenas à parte reprodutiva das novas cultivares, bem como estabelece que o país escolha entre a proteção por meio de patente ou por um sistema *sui generis*, mas não por ambos para a mesma espécie botânica. O UPOV/1991 estabelece a possibilidade de a proteção ser extensiva até outras partes da planta, diferenciando a proteção da nova cultivar e proteção da cultivar essencialmente derivada, bem como não inibe a possibilidade da existência de dois sistemas que protejam o mesmo objeto (UPOV, 2015).

Ambas apresentam uma série de limites à proteção da propriedade industrial sobre a cultivar. Os principais limites são: *Exceptions to the Breeder's Right*, *Farm's Right*, o princípio do esgotamento de direitos e a licença compulsória por abuso de direito e por interesse público. Conforme o *Exceptions to the Breeder's Right* (exceção do direito de melhorista), o direito do melhorista não se estende a atos realizados de forma privada e com propósitos não comerciais, atos realizados para experimentação e atos realizados para criar outros cultivares. Segundo o *Farm's Right* (direito do agricultor), o país-membro da UPOV também pode, com limites razoáveis e respeitando os interesses legítimos do melhorista, restringir os direitos do melhorista em relação a qualquer novo cultivar, para permitir que os produtores rurais usem, com o fim de propagação e para uso próprio, as sementes que eles mesmos tenham colhido, mediante o plantio dos cultivares protegidos em terras suas (BRUCH, 2013).

De acordo com o princípio do esgotamento de direitos, o melhorista não pode interferir na utilização do material que, com seu consentimento, tenha sido vendido ou enviado a outro mercado. Contudo, ele pode interferir se a utilização envolver propagação do cultivar ou exportação de material do cultivar que possa ser propagado para um país que não proteja cultivares de plantas, exceto se esse material for exportado para consumo final – como alimento por exemplo. Em algumas situações, pode o país-membro estabelecer um direito mais amplo referente a certos gêneros ou espécies alterando o momento em que se esgotam

os direitos do melhorista para até, inclusive, o produto comercializado e outras partes da planta (BRUCH, 2013).

Na licença compulsória por abuso de direito e por interesse público, há possibilidade de o país-membro autorizar a uma terceira parte a propagação da nova cultivar, mediante uma justa remuneração.¹¹

1.3. Regulação brasileira sobre a proteção à propriedade industrial de plantas

Sob direta influência da internalização do TRIPS em 1994, foi promulgado no Brasil um conjunto de leis que visavam estabelecer a proteção de praticamente todas as áreas da propriedade intelectual: Lei nº 9.297, de 14 de maio de 1996, que se refere à propriedade industrial, nela incluindo-se as patentes de invenção, modelos de utilidade, desenho industrial, marcas e indicações geográficas, além da repressão à concorrência desleal; Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a propriedade intelectual de programa de computador; Lei nº 9.610, também de 19 de fevereiro de 1998, que trata dos direitos autorais; Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997, que disciplina a proteção de cultivares. Esta última, deve-se frisar, conta com inspiração direta da UPOV/1978, embora também apresente dispositivos contidos na UPOV/1991.

Considerando-se que o presente estudo se propôs a analisar a propriedade industrial de plantas, são analisadas as normas referentes especificamente à patente de invenção que se aplica à biotecnologia, bem como a proteção de novas cultivares e cultivares essencialmente derivadas.

1.3.1. Patentes de Invenção

Em linhas gerais, as patentes de invenção são concedidas às invenções que comprovadamente sejam novas, apresentem atividade inventiva e aplicação industrial. Contudo, em cada ordenamento jurídico, há peculiaridades para a concessão desse direito. Basicamente se busca ressaltar quais são as principais características e peculiaridades com relação a esta proteção no Brasil.

¹¹ Para uma abordagem mais detalhada, *vide*: BYRNE, 2003; GARCIA, 2005; ERBISCH; MAREDA, 2004.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção mediante patentes de invenção se dá com base na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. O órgão responsável pelo recebimento e análise dos pedidos de patente invenção e modelos de utilidade é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, INPI (2015), autarquia federal criada em 1970, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), com sede no Rio de Janeiro/RJ, além de Divisões Regionais, Representações e Postos Avançados. Esse órgão também é responsável pelo depósito dos registros de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador, topografia de circuitos integrados e análise de contratos de transferência de tecnologia (BRUCH, 2013).

Como requisitos para a patenteabilidade de um invento, dispõe o art. 8º da Lei nº 9.279/1996 que apenas é patenteável a invenção que seja nova, apresente atividade inventiva e possua aplicação industrial, além de suficiência descritiva.

A *novidade* é um conceito negativo: para ser novo, o invento não deve ter se tornado público, ressalvado o período de graça,¹² não pode estar compreendido no estado da técnica e não deve ter precedentes. Por exemplo, “uma patente que reivindica um fragmento de DNA trata somente do fragmento isolado – e aí pode residir a novidade, e não do fragmento tal como disposto na natureza” (CHAMAS; BARATA; AZEVEDO, 2004), pois, se o consideramos como encontrado na natureza, seria apenas uma descoberta do que já existe, e não algo novo. Similar comparação pode ser feita com uma fórmula matemática e o seu uso para calcular o ponto exato de aquecimento de determinado metal, para que este forme uma liga inquebrável. A fórmula matemática, ou seja, a equação, é uma descoberta – apenas alguém precisava chegar a ela. Já sua aplicação para se chegar a um produto específico valeu-se da novidade. Não é a equação que está protegida, mas o processo de aquecimento do metal.

12 Segundo Souza, Appel e Souza (2004, p. 21), “[...] em alguns casos excepcionais, a divulgação da invenção não elimina a sua novidade. É o que prevê o artigo 12 da Lei nº 9.279/1996, que estabelece o chamado período de graça. A divulgação anterior não é oponível quando tenha sido feita pelo próprio inventor (de maneira restrita); pelo INPI, através de publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor, com base em suas informações ou por atos por ele praticados; ou por terceiros que tenham recebido informações direta ou indiretamente do inventor. No entanto, a divulgação não pode ter ocorrido há mais de 12 meses da data do depósito ou da prioridade do pedido de patente.”

A *atividade inventiva* é o que não decorre de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica, quando aferida por um técnico no assunto. A obviedade e a evidência, decorrentes do estado da técnica e de difícil determinação por sua latente subjetividade, poderiam ser identificadas por quatro etapas, segundo Jones (1994):

- a) identificação do conceito inventivo abrangido pela invenção;
- b) verificação do que um técnico experiente, mas não imaginativo, consideraria na data do depósito do pedido como sendo de conhecimento geral do assunto;
- c) identificação das diferenças existentes entre o estado da técnica e a invenção;
- d) identificação das diferenças entre as etapas óbvias a um técnico no assunto e aquelas que requerem algum grau de trabalho inventivo, considerando-se total desconhecimento da invenção referida.

Seguindo-se esses passos se poderia garantir uma certa objetividade na avaliação da atividade inventiva (WOLFF, 2001).

Por *aplicação industrial* entende-se a possibilidade de utilização ou produção de uma invenção em algum tipo de indústria. “A tendência no campo biotecnológico é exigir que se associe uma função clara à sequência de DNA – um caráter mais operativo; meras associações não são aceitas” (CHAMAS; BARATA; AZEVEDO, 2004). A interpretação do INPI, com relação ao conceito de aplicação industrial, é flexível, sendo aplicável para indústrias agrícolas, indústrias extrativas e demais produtos manufaturados. Contudo, deve ser possível reproduzir o processo ou fabricar-se o produto com uma certa escala industrial mínima, trazendo certa homogeneidade à aplicação do processo e ao produto final (SOUZA; APPEL; SOUZA, 2004, p. 22).

Em regra, o material biológico encontrado na natureza deve ser associado a uma função para ser considerado invenção. Para requerer a patente de uma determinada sequência genética, a esta deve-se associar uma finalidade. Por exemplo: uma sequência específica do gene de uma bactéria é isolado da natureza e inserido em uma outra sequência, transmitindo a esta a função encontrada na bactéria. A função encontrada na bactéria era ser tóxica a uma lagarta, mas não a outras ou outros seres vivos. E era especificamente esta lagarta que consumia em grande escala determinada gramínea, que era muito utilizada para a alimentação de certos animais, antes do ataque desta lagarta. Com a inserção desta se-

quência no gene da gramínea, tornando-a tóxica à lagarta, à sequência foi dada uma função específica (novidade), que em momento algum se esperava encontrar nesta bactéria ou em outra bactéria e muito menos imaginava-se possível inserir isso em uma gramínea (atividade inventiva). Após a inserção e com a realização de inúmeros retro cruzamentos, a característica se estabilizou e ficou ativada na gramínea, sendo possível promover a venda de suas sementes em larga escala (aplicação industrial) (BRUCH, 2013).

Contudo, deve-se ressaltar, por vezes esses requisitos são de análise subjetiva, o que pode levar à concessão ou negação de um pedido de patentes sem um critério objetivo. Segundo Chamas, Barata e Azevedo (2004), há um tratamento diferenciado na análise de patentes de sequências de DNA entre os diversos escritórios de cada um dos países que analisam patentes biotecnológicas. É o caso do Escritório Europeu de Patentes (EPO) e o Escritório de Patentes dos EUA (USPTO), sendo o segundo menos rigoroso, por exemplo. Essa diferença de critérios pode ser um problema porque, se for concedida uma proteção muito ampla, pode-se dificultar e até impossibilitar novas pesquisas e inovações sobre a mesma sequência genética. Mas se estes critérios forem tão estritos e finalizarem por inibir a concessão, não haverá incentivo para se promover pesquisas nessa área (BRUCH, 2013).

Por fim, a patente também deve descrever de forma clara e suficiente a invenção, de maneira que possa ser reproduzida por um técnico no assunto, pois este é um dos principais fundamentos do sistema de patentes: revelar à sociedade o conteúdo da invenção em troca da proteção da propriedade desta, com a possibilidade de excluir terceiros de sua exploração. Tendo em vista que há uma grande variabilidade da matéria viva, bem como há uma complexidade do processo de obtenção de um novo organismo, eventualmente surgem problemas para se realizar a completa descrição e publicação do invento biotecnológico (SOUZA; APPEL; SOUZA, 2004, p. 22). Para tanto, foi estabelecido o *Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure* (1977).¹³ Segundo esse tratado, os

13 Para ser credenciada, a instituição autorizada deve possuir pessoal qualificado e instalações adequadas para realizar a estocagem do material e manter a viabilidade deste, que ficará estocado por 30 anos, ou por cinco anos após a última requisição de fornecimento do material biológico (por terceiros que queiram ter acesso a esse material), o que for mais longo, mesmo que a patente tenha sido concedida ou o pedido de patente tenha sido abandonado. Em 31 de janeiro de 1997, havia

micro-organismos deverão ser depositados em instituições autorizadas, com a finalidade de complementar o requisito legal de suficiência descritiva para a publicação do invento. No caso do Brasil, há um local nacional para se promover este depósito, já que o país não é signatário deste acordo.

A Lei nº 9.276/1996 estabelece, também, um rol de invenções não passível de proteção mediante patentes, podendo ser estas compreendidas em dois grupos: a) aquelas que não são passíveis de patenteabilidade por não serem novas, não apresentarem atividade inventiva ou aplicação industrial, elencadas no art. 10 da lei; b) aquelas que, embora cumpram os requisitos legais, não são passíveis de proteção por determinação legal, elencadas no art. 18 da lei.

Dentre os objetos e processos que não são considerados como inventos, o art. 10 elenca, no seu inciso IX, o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Dentre os objetos e processos que, embora se constituindo em invenções, não são passíveis de serem patenteados, o art. 18 elenca, em seu inciso III, o todo ou parte dos seres vivos. Contudo, o mesmo inciso III determina que essa impossibilidade não se estende aos micro-organismos transgênicos¹⁴ que sejam novos, apresentem atividade inventiva e aplicação industrial e que não sejam meras descobertas.

Dentre os processos utilizáveis na biotecnologia, destacam-se (MARQUES, 2002): a) A utilização de material biológico (inclusive microbiológico) para a produção de outros produtos ou matérias; b) A in-

30 autoridades distribuídas nos seguintes países: Reino Unido (sete), Rússia (três), Coreia do Sul (três), China (duas), Itália (duas), Estados Unidos (duas), Austrália (uma), Bélgica (uma), Bulgária (uma), República Tcheca (uma), França (uma), Alemanha (uma), Hungria (uma), Japão (uma), Holanda (uma), República Eslovaca (uma) e Espanha (uma). Não há necessidade de efetuar-se um depósito do micro-organismo em cada país onde o pedido de patente é depositado. Um único depósito é válido para todos os países signatários do Tratado de Budapeste, concluído em 1977 e modificado em 1980 (CHAMAS; BARATA; AZEVEDO, 2004).

14 O art. 18, parágrafo único, define micro-organismos transgênicos como: "Organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais". Um dos problemas é efetivamente definir que micro-organismos transgênicos são passíveis de serem patenteáveis. Há uma série de processos e produtos derivados da biotecnologia, a questão está em verificar qual a extensão que se deu ao significado de *micro-organismos*.

tervenção sobre matérias biológicas ou microbiológicas; c) Os processos através dos quais são produzidas matérias biológicas ou microbiológicas.

Salvo processos biológicos naturais que são considerados não patenteáveis por não apresentarem o requisito da novidade e serem considerados como descobertas, os demais processos acima elencados são passíveis de proteção mediante patente de invenção.

Dentre os produtos destacam-se (MARQUES, 2002): a) Proteínas extraídas, sintetizadas ou purificadas a partir de fontes naturais; b) Ácidos nucleicos; c) Genes e sequências de genes; d) Oligonucleotídeos; e) Vetores de clonagem (plasmídeos, fagos, cosmídeos); f) Vírus, bactérias; g) Organismos parasitários; h) Células e linhagem de células; i) Vegetais e partes de vegetais.

Dentre os produtos da biotecnologia, salvo as células, as linhagens de células, os vegetais e partes de vegetais que não são patenteáveis segundo os arts. 10, inciso IX, e 18, inciso III da Lei nº 9.279/1996, todos os demais são passíveis de proteção mediante patente de invenção, desde que novos, com aplicação industrial e passo inventivo, posto que passíveis de serem caracterizados como micro-organismos desde que modificados pela ação humana.

A vigência da patente, no Brasil, conforme art. 40 da Lei nº 9.276/1997, é de 20 anos a contar da data do depósito, e de 10 anos a contar da concessão do pedido, prevalecendo o prazo mais longo. O modelo de utilidade, que se traduz como uma inovação incremental a outra já existente, tem prazo de 15 anos a partir do depósito e 7 anos a partir da concessão.

A patente de invenção confere ao titular o direito de impedir terceiros de, sem o seu consentimento, produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar os produtos objetos da patente e o processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado, segundo disposto no art. 42 da Lei nº 9.279/1996. Dessa maneira, a legislação brasileira abarcou a face negativa do direito de propriedade industrial, posto que não concede ao titular o direito de usar, gozar e dispor – face positiva –, mas tão somente o direito de impedir terceiros não autorizados a praticarem esse ato.

O direito à proteção da propriedade industrial é limitado pelo disposto no art. 43 da Lei nº 9.279/1996, o qual permite que:

- 1) terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, possam utilizar os produtos e processos patenteados;
- 2) possam ser realizados, sem a autorização do titular, estudos e pesquisas científicas ou tecnológicas com finalidade experimental, com os produtos e processos patenteados;
- 3) terceiros possam fazer circular produtos fabricados de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com o seu consentimento;
- 4) terceiros, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patentado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos;
- 5) terceiros, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patentado que tenha sido introduzido licitamente no comércio nacional pelo detentor da patente ou licença, desde que o produto patentado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva patentada.

1.3.2. Proteção de cultivar

Em linhas gerais, a proteção de cultivares é concedida aos cultivares que sejam considerados novos, distintos, homogêneos e estáveis. Mas, em cada ordenamento jurídico, há peculiaridades para a concessão desse direito.

No Brasil a planta como um todo pode ser protegida por meio do instituto da proteção de novas cultivares e cultivares essencialmente derivadas, criada pela Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.366, de 5 de novembro de 1997.

Essa lei se propõe a proteger uma variedade vegetal, que seja distinguível de outros cultivares e espécies vegetais por um conjunto mínimo de características morfológicas, fisiológicas, bioquímicas ou moleculares, herdadas geneticamente. Essas características, denominadas descritores, devem se mostrar homogêneas e estáveis através das gerações sucessivas (LOUREIRO, 1999, p. 39).

Quadro 2: Definição de Cultivar, Nova Cultivar e Cultivar Essencialmente Derivada

Cultivar	Variiedade: qualquer gênero ou espécie vegetal superior.
	Distinguível: distingue-se claramente de qualquer outra cultivar cuja existência na data do pedido de proteção seja reconhecida por margem mínima de descritores (art. 3º, inciso VI, da LPC).
	Denominação própria: esta deve ser única, não podendo ser referida de outra forma, não pode se constituir apenas de forma numérica, devendo ser diferente da denominação de uma cultivar preexistente e não podendo a sua denominação induzir a erro quanto às características intrínsecas ou quando à procedência geográfica ou comercial da cultivar (art. 15, LPC).
	Homogênea: apresenta variabilidade mínima quanto aos descritores que a identificam, quando utilizada em plantio em escala comercial (art. 3º, inciso VII, da LPC).
	Estável: mantém a homogeneidade dos descritores ao longo de gerações sucessivas, quando reproduzida em escala comercial (art. 3º, inciso VIII, da LPC).
	Espécie: passível de uso pelo complexo agroflorestal e ter sido descrita pelos descritores que a compõem.
	Linhagem: linhas parentais dos híbridos.
Novidade	Brasil: não ter sido oferecida à venda há mais de 12 meses em relação à data do pedido de proteção. Outros países: não ter sido oferecida à venda, com o consentimento do obtentor, há mais de 6 anos para espécies de árvores e videiras ou há mais de 4 anos para as demais espécies.
Nova Cultivar	Cultivar + Novidade
Cultivar Essencialmente Derivada	Cultivar + Novidade + Derivada da cultivar inicial ou de outra cultivar essencialmente derivada , sem perder a expressão das características essenciais que resultem do genótipo ou da combinação de genótipos da cultivar da qual derivou, exceto no que diz respeito às diferenças resultantes da derivação e distinta da cultivar da qual derivou por margem mínima de descritores.

Fonte: Elaboração própria.

O depósito de pedidos de Proteção de Cultivares, que engloba novas cultivares e cultivares essencialmente derivadas, se dá junto ao Serviço Nacional de Proteção de Cultivares (SNPC), órgão do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, (MAPA, 2015). Essa proteção não deve ser confundida com o Registro de Cultivares, também

realizado no MAPA, registro necessário para que mudas e sementes possam ser multiplicadas e vendidas comercialmente independentemente do direito de exclusividade, conforme dispõe a Lei nº 10.711, de 5 de agosto de 2003.

No ordenamento brasileiro exige-se a distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade do cultivar protegido, além da novidade temporal e da denominação própria. A distinguibilidade refere-se ao cultivar que seja distinto de outro cujos descritores sejam conhecidos. A homogeneidade refere-se à manutenção das características em cada ciclo reprodutivo. A estabilidade trata da repetição das mesmas características ao longo das gerações.

Essa proteção tem a duração de 15 anos como regra e 18 anos para videiras, árvores frutíferas, árvores florestais e árvores ornamentais, não abrangendo a planta como um todo, mas apenas o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta (BRUCH, 2013).

Além disso, somente são passíveis de proteção mediante a proteção de uma nova cultivar ou de cultivar essencialmente derivada as espécies que tenham todos os seus descritores já estabelecidos e sua proteção já autorizada pelo SNPC (BRUCH, 2013).

Segundo o art. 9º da Lei nº 9.456/1997, ao titular da proteção da cultivar é garantido o direito à reprodução comercial, podendo ele usar, gozar, dispor e reaver a cultivar de quem quer que, sem a sua autorização, ofereça à venda o material de propagação da cultivar, com fins comerciais. Trata-se de um direito positivo, combinado com o direito negativo de excluir terceiros.

Contudo, essa propriedade está limitada, conforme art. 10 da Lei nº 9.456/1997. Conforme esse dispositivo, não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que:

- 1) reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento;
- 2) usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos;
- 3) utiliza a cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica; e
- 4) aquele que, sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes para doação ou troca exclusivamente com outros pequenos produtores rurais. Além dessas limitações, há a possibilidade da decretação

da licença compulsória e declaração de uso público restrito, conforme o art. 28 e seguintes da Lei nº 9.456/1997.

2. A função social do direito relacionado à propriedade industrial de plantas

Nesta segunda parte, aborda-se especificamente a função ou finalidade da existência da propriedade industrial. Para compreender a função da propriedade industrial, faz-se necessário compreender *por que* surge a proteção exclusiva para uma pessoa produzir um determinado produto ou realizar um determinado processo oriundo de sua criação. Na sequência, são tratadas a natureza jurídica da propriedade industrial e a concepção desta como direito de exclusividade, analisando-se como os limites a esta propriedade – e a própria propriedade – podem ser compreendidos como funções, dentre as quais sua função social.

2.1. Função da Propriedade Industrial

O direito à exclusividade surgiu primeiramente a partir da concessão de privilégios dos mais variados tipos e finalidades, tais como o privilégio de vender com exclusividade um produto; o privilégio de fornecer vinhos à corte etc. Não se tratava de privilegiar, nesse primeiro momento, uma novidade criada pelo privilegiado, mas sim de se conceder o monopólio sobre determinado comércio ou determinada indústria. Com o Estatuto do Monopólio inglês, rompeu-se essa concepção de privilégio e passou-se a “privilegiar” quem efetivamente trouxesse novidades para o reino inglês, e essa concepção irradiou-se para toda a Europa (BRUCH, 2013).

Com o advento da revolução filosófica ocorrida em decorrência do Renascimento e do Iluminismo, nos diversos Estados da Europa, e tendo alcançado os EUA, a invenção passa a ser concebida como uma espécie de propriedade de seu inventor. Ou seja, um direito real sobre um bem intangível, em vez de um privilégio provisório e revogável (BRUCH, 2013).

O estabelecimento desse direito de propriedade, que garante a exclusividade sobre um bem intangível, possuiria três funções: a) o incentivo à pesquisa e recompensa; b) a divulgação dos direitos e das tecnologias; e c) a transformação do conhecimento tecnológico em objeto

suscetível de troca. Essa exclusividade sobre o bem intangível garantiria ao seu titular a possibilidade de excluir terceiros de sua utilização. Essa exclusão possibilitaria uma condição privilegiada de geração de lucros, o que se constituiria em uma recompensa ao inventor, que, em troca do recebimento desta, divulgaria a toda a sociedade o seu invento. Ao mesmo tempo, essa possibilidade de gerar lucros e garantir a exclusividade resultaria em um incentivo à pesquisa e ao investimento em novas pesquisas. E assim se fez: o pesquisador, ao recuperar o investimento realizado e com lucros, é incentivado a investir novamente, gerando novas inovações passíveis de apropriação e incentivando outros a fazer o mesmo investimento. Isso, por fim, somente se torna possível quando o conhecimento gerado pela pesquisa efetivamente se transforma em bens mensuráveis, objetos passíveis de troca (CARVALHO, 1983, p. 57).

Essas funções também se fundamentam no interesse social da existência desses direitos de propriedade industrial. Se a sociedade não percebesse benefícios decorrentes da atribuição dessa exclusividade, esta não se sustentaria. Promove-se e concede-se essa exclusividade com vistas a promover o progresso, mediante invenções de processos e produtos que tornem a vida melhor. Portanto, muito mais que um direito do inventor, é um direito da sociedade.¹⁵

Dessa maneira, se as inovações auxiliam no progresso e este provoca melhorias no bem-estar social, tem-se um círculo virtuoso: a invenção gera um título que possibilita a exclusividade, a qual gera lucro, que permite o investimento em pesquisa e desenvolvimento, os quais geram novas invenções. A aplicação industrial dessas invenções e sua comercialização geram desenvolvimento industrial, o que gera desenvolvimento econômico e, por fim, o bem-estar social (CARVALHO, 1983, p. 57-58).

Essa lógica, na visão schumpeteriana, move o capitalismo, ao propiciar que novas combinações ou inovações¹⁶façam os ciclos da dinâmica capitalista rodarem. Mas essa mesma dinâmica capitalista pode levar à centralização e à concentração, ou seja, aos oligopólios e monopólios (SCHUMPETER, 1982). Isso se dá porque nem todas as empresas que

15 Conforme Ricardo Remer, na palestra “Patentes versus interesse social”, proferida no 6º Encontro REPICT, no Rio de Janeiro, em 8 de julho de 2003.

16 As inovações podem ser definidas como as invenções que foram colocadas em prática, ou seja, tornaram-se economicamente viáveis.

participam da dinâmica capitalista têm possibilidade de inovar sempre (PIMENTEL, 1999, p. 107). Trata-se de uma lógica de exclusão.

A propriedade industrial permite que as primeiras empresas a inovar possam ter a exclusividade de utilização do direito de patente. Com esta formam-se monopólios temporários sobre a utilização das invenções. Cessado o monopólio ou, surgindo novas invenções que possam vir a suplantá-las anteriores ou competir com estas, completa-se o ciclo (DUARTE, 2002).

A grande diferença está em que, com a existência da propriedade industrial, a proteção condiciona-se à divulgação do *modus operandi* do invento. Essa divulgação permite que empresas – as quais não chegassem ao patamar de inovação da primeira empresa inovadora – tenham acesso à informação e possam inovar sobre essa invenção. Ou seja, a lógica certamente é excludente, mas permite que o ciclo seja acelerado e que as empresas que efetivamente trabalharem tenham como se manter no mercado, sem serem excluídas (BRUCH, 2013).

Por outro lado, observando-se esse ciclo, que se forma a partir dessa exclusividade, conclui-se que é essa apropriação que garante o contínuo investimento em inovações. Sem a exclusividade, essa inovação poderia ser copiada, o que não permitiria que o inventor recebesse o lucro extraordinário e não fosse incentivado a investir novamente em pesquisas, deixando estagnado, assim, o ciclo da dinâmica capitalista e, por consequência, do progresso da sociedade. Assim, o atendimento à manutenção do ciclo da dinâmica capitalista implica o cumprimento de um interesse social no progresso da humanidade (BRUCH, 2013).

Para que efetivamente o interesse social seja atendido, faz-se necessário que esse direito de exclusividade prevaleça à medida que busca cumprir suas funções de existência, sem que ele mesmo seja uma maneira de se obter privilégios, indo para além daquilo que a sociedade entendeu adequado lhe conferir na forma de direito. Esse equilíbrio pode ser garantido pela própria limitação do direito de exclusividade, fundamentado na compreensão do princípio da função social dessa propriedade.¹⁷

17 Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, *vide*: PIMENTEL, 1999.

2.2. Natureza Jurídica da Propriedade Industrial

Compreendidos os significados e as características da propriedade industrial, deve-se questionar qual a natureza jurídica desse instituto. Cerqueira (1982, p. 77-103) apresenta seis teorias para buscar a compreensão desta natureza:

1) a *teoria da lei*, a qual considera que o direito do inventor é um privilégio concedido pelas leis ao criador da obra intelectual para a reprodução de suas obras a título de compensação;

2) a *teoria do contrato*, na qual o inventor recebe uma recompensa pelo serviço prestado à sociedade;

3) a *teoria da obrigação*, que garante ao inventor a possibilidade de proibir terceiros de reproduzirem sua criação sob pena de ressarcimento do dano sofrido, configurando-se em um direito negativo, que nasce com sua violação, e não um direito subjetivo do autor;

4) *teoria da personalidade*, que estabelece que o direito do inventor sobre a obra é um direito pessoal, que deriva da personalidade humana e do espírito criador do inventor;

5) *teoria do direito patrimonial*, que considera o direito do inventor como de natureza patrimonial, servindo para garantir os interesses patrimoniais deste, com vistas a impedir a reprodução de sua criação;

6) *teoria pessoal-patrimonial*, a qual entende que o direito do inventor tem a dupla função de proteger seus interesses pessoais e patrimoniais, ficando no primeiro o chamado direito moral e no segundo a concepção econômica do direito.

O direito moral é aquele que garante ao criador o direito à menção de seu nome na divulgação de sua obra, além dos direitos de conservá-la inédita, por exemplo. Esses direitos são intransferíveis, imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis (GARCIA, 2005, p. 42). Já o direito patrimonial pode ser cedido ou licenciado a outra pessoa, não havendo uma ligação direta com a personalidade do inventor e a invenção, mas sim uma relação patrimonial.

Esta última é sem dúvida a concepção mais aceita no Brasil. Todavia, entre o direito autoral e a propriedade industrial, há nuances da aplicação do direito moral: este estaria mais presente no primeiro e menos no segundo. O presente estudo tem por objetivo analisar as funções relacionados com a face patrimonial do direito de propriedade industrial.

Esse direito patrimonial reconhece em favor do seu titular o direito de exclusividade sobre determinado bem imaterial. Esse direito apresenta uma face positiva e outra negativa. A face positiva determina que o titular do direito é o único legitimado para fazer uso do bem imaterial sobre o qual recai essa exclusividade. Na face negativa encontra-se o direito que o titular tem de impedir que terceiros não autorizados usem desse bem imaterial sobre o qual recai a exclusividade (LEMA DEVE-SA, 1997, p. 13-15). A presença no ordenamento jurídico da face positiva, sem sua complementação pela face negativa ou proibitiva, torna inócuo o direito, posto que impossibilita sua fruição e sua preservação.

O titular possui, então, inerente ao direito de propriedade, quatro faculdades: a) *jus utendi*, que trata da possibilidade de utilizar o bem; b) *jus fruendi*, que permite a fruição dos frutos provenientes desse bem; c) *jus abutendi*, que faculta a disponibilidade para emprestar, licenciar ou ceder o bem, de forma gratuita ou onerosa; d) *revindicatio*, que consiste no direito de reaver o bem de quem injustamente o esteja utilizando. As três primeiras faculdades são a face positiva do direito de propriedade. A quarta é a face negativa desse direito de exclusividade sobre o bem (BRUCH, 2013).

2.3. Limites à Propriedade Industrial

Na Revolução Francesa, criou-se a concepção de uma propriedade absoluta, concebida como um direito natural do homem e equiparada a outros direitos naturais tais como a vida, a igualdade e a liberdade. A partir da promulgação da Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919, a qual dispõe, em seu art. 153, que *Eigentum verpflichtet* (a propriedade obriga), as legislações passam a adotar a concepção de que a propriedade, além de conferir direitos, também implica obrigações, podendo conceber-se estas como a aceitação de certas limitações, com uma finalidade específica que poderia ser compreendida, como queriam Otto Von Gierke (1904) e Leon Duguit (s/d), em uma finalidade, ou função social, dessa propriedade.

No presente trabalho, busca-se transpor a concepção dessa função, prevista para o direito de propriedade nos arts. 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para o direito de propriedade industrial, conforme preconiza o seu art. 5º, inciso XXIX, ao disciplinar que a lei assegurará esse direito

tendo em vista o “interesse social, e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.¹⁸

Atualmente, tem-se compreendido que há duas justificativas para a existência do direito de propriedade: função pessoal, que visa garantir a realização pessoal do proprietário no exercício de seu direito; função social, que busca garantir o benefício social da existência e exercício do direito de propriedade (ASCENSÃO, 2000). A convivência dessas duas finalidades é possível em face dos limites que se impõem à atuação do proprietário e da sociedade.

Dessa maneira, pode-se partir do pressuposto de que a propriedade continua em si absoluta e que o Estado cerceia sua natureza mediante a imposição de limites externos à propriedade. Outra possibilidade de compreensão desse instituto é conferir à propriedade a natureza de função. O conteúdo dessa função “[...] é concebido em cada sistema normativo, é decisão política de cada povo”, determinar que função terá o direito de propriedade (ROCHA, 2003, p. 560). Sob esse aspecto, poder-se-ia conferir à propriedade função pessoal e social, conforme acima explanado, não sob o aspecto de uma limitação externa ao direito de propriedade, mas como um conteúdo do próprio direito de propriedade, mediante o estabelecimento de uma função a esta. É conforme essa segunda concepção que deve ser compreendido o presente trabalho: função social como um elemento intrínseco ao direito de propriedade. E, quando se tratar de limites, estes devem ser compreendidos como limites do próprio instituto, derivados da sua função social, e não como limites ao instituto da propriedade. Entende-se que a sociedade deve respeitar o direito de propriedade do dono, concedendo instrumentos jurídicos para que este a defenda *erga omnes* de sua turbção. Em contrapartida, deve o proprietário retribuir à sociedade utilizando essa propriedade de maneira adequada, podendo-se dar a esta o conteúdo de uma função social. Essa maneira pode ser entendida como uma au-

18 A CF/1988 determina, em seu art. 5º, inciso XXII, que é um direito fundamental o direito de propriedade, e, em seu inciso XXIII, complementa que a propriedade deverá tender a sua função social. Especificamente no tocante à propriedade industrial, a CF/1988, também em seu art. 5º, inciso XXIX, determina que é assegurado aos autores de inventos industriais um privilégio temporário para sua utilização, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Por fim, o art. 170 da CF/1988 determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada e da função social da propriedade.

tolimitação de duas faces: uma face positiva e uma face negativa. Assim como o dono tem o direito de usar, gozar e dispor como direito positivo e o direito de excluir terceiros como direito negativo, também essas duas faces apresentam-se em sua limitação (ASCENSÃO, 2000).

Na face positiva ele tem o dever comissivo de fazer, de atuar, de utilizar a propriedade de maneira adequada (GUIMARÃES JÚNIOR, 2003). No direito de propriedade industrial, essa face pode ser compreendida como o dever que o titular da patente tem de explorar a patente no território onde esta se encontra protegida, conforme dispõe o art. 68, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.279/1996 (BRUCH, 2013).

Na face negativa encontra-se o impedimento de “[...] que o proprietário use seu bem de forma nociva à coletividade [...]” (GUIMARÃES JÚNIOR, 2003, p. 125). Além desta expressão da face negativa, também se compreendem as situações em que legalmente o proprietário não pode impedir terceiro de atuar. No caso de um direito de propriedade clássico, poderia se compreender esse dever negativo como a servidão de passagem. No caso do direito de propriedade industrial, trata-se da possibilidade de utilização de sua invenção para fins não econômicos, para experimentos e pesquisa etc., conforme disposto no art. 43 da Lei nº 9.279/1996, bem como a possibilidade de utilização da cultivar protegida para replantio quando se tratar de um pequeno produtor rural, conforme dispõe o art. 10 da Lei nº 9.456/1997 (BRUCH, 2013).

Em ambos os casos, a intervenção estatal pode se dar de maneira limitadora ou impulsionadora (ASCENSÃO, 2000). A maneira limitadora traduz-se em todos os deveres legalmente estabelecidos, os quais determinam que o indivíduo deva agir ou deixar de agir de determinada forma. No direito de propriedade industrial, essa intervenção limitadora poderia ser compreendida como o limite temporal que a lei determina para a exploração da proteção da cultivar e da patente de invenção (BRUCH, 2013).

A maneira impulsionadora implica a intervenção do Estado na atuação do indivíduo quando a limitação legal por si só não é suficiente. Nesse caso, pode-se tratar da desapropriação de determinada propriedade quando esta não esteja sendo utilizada da maneira que a sociedade entende – expressando essa compreensão em norma – seja adequada. No direito de propriedade industrial, essa intervenção impulsionadora pode ser traduzida na concessão de licenças compulsórias por abuso de

direito, bem como na decretação da caducidade da patente por falta de exploração desta (BRUCH, 2013).

Por fim, essas limitações podem existir em face do interesse público ou do interesse privado (ASCENSÃO, 2000). Trata-se de limitações de interesse público aquelas que dizem respeito a reflexos que se espriam por toda a sociedade. Um exemplo no direito de propriedade clássico é a conservação da reserva florestal legalmente determinada em uma propriedade. Não se trata de um dever que corresponda a um direito de um outro indivíduo, mas sim de um dever que corresponde a um direito de toda a sociedade: a preservação do meio ambiente. No direito de propriedade industrial essa limitação pode ser percebida quando a lei determina que se possa utilizar o invento ou a nova cultivar para pesquisa e desenvolvimento. Embora pareça que, em um primeiro momento, se está defendendo o direito do particular em utilizar o invento, na verdade se está garantindo a toda a sociedade o progresso científico e tecnológico, posto que se a um titular fosse dada a possibilidade de proibir a pesquisa sobre suas inovações, ele teria o monopólio não somente sobre o fruto destas, como também sobre a possibilidade de se avançar cientificamente, e teria o poder de determinar a estagnação do conhecimento nessa área (BRUCH, 2013).

As limitações de interesse privado referem-se a determinadas limitações que devem ser impostas para o respeito do interesse de determinado indivíduo. Um exemplo no direito de propriedade clássico trata da não possibilidade de construção de uma janela que abra sobre o lote do terreno vizinho. Não interessa a toda a sociedade que essa janela não exista, mas para o outro a limitação desse direito significa a preservação do seu. No caso do direito de propriedade industrial essa limitação significa poder utilizar o invento sem fins econômicos, de replantar as sementes guardadas para sua subsistência, de vender os frutos provenientes de cultivares protegidas como alimento etc.¹⁹ (BRUCH, 2013).

Abaixo, sob a forma de conclusão, uma tabela que resume os direitos e os limites à propriedade industrial de plantas.

19 Para uma discussão mais detida sobre o tema, *vide*: MONTEIROS, 2004; ALENCAR, 2002; ASCENSÃO, 2000, p. 191-620; COMPARATO, 1999; ENGEL, 2002; GRAU, 1960; RITTSTIEG, 1975; ROCHA, 2003; SILVA, 1997; FACHIN, 1988; GUEDES, 2004.

Quadro 3: Diferenças entre os sistemas de Patentes de Invenção e Proteção de Novas Cultivares e entre os Limites legais estabelecidos para o sistema de Patentes de Invenção e o sistema de Proteção de Novas Cultivares

	Patentes de Invenção	Proteção de cultivares
Responsável pela concessão da proteção	INPI / MDIC	SNPC / MAPA
Proteção	Micro-organismos transgênicos que atendam aos requisitos de patenteabilidade. Organismos que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.	Nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada de todos os gêneros e espécies vegetais descritos.
Exclusões	O todo ou parte de seres vivos.	Espécies não vegetais (fungos superiores e animais).
Requisitos para concessão	Novidade, atividade inventiva, aplicação industrial e suficiência descritiva.	Novidade, distinguibilidade, homogeneidade, estabilidade e denominação própria.
Grau de Publicização	Descrever de forma clara e suficiente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar a melhor forma de execução. Depósito do material novo quando não puder ser descrito.	Descrição da cultivar e depósito da amostra viva para fins de contraprova.
Reivindicação	Reivindicação genérica, do gene, do vetor de transferência do gene, do processo de obtenção, etc.	Reivindicação da cultivar.
Direitos	Exclusão de terceiro de, sem o seu consentimento: produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos produto objeto da patente e processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.	Reprodução comercial no território brasileiro. Exclusão de terceiros, sem o seu consentimento da: reprodução com fins comerciais, oferecimento à venda ou a comercialização do material de propagação da cultivar.
Prioridade	Primeiro a depositar o pedido.	Primeiro a depositar o pedido.

Limites		
Temporais	<ul style="list-style-type: none"> - 20 anos do depósito ou 10 anos da concessão para patente. - 15 anos do depósito ou 7 da concessão para modelos de utilidade. 	<ul style="list-style-type: none"> - 15 anos para cultivares em geral a partir da concessão do certificado provisório. - 18 anos para videiras, árvores frutíferas, florestais e ornamentais, a partir da concessão do certificado provisório.
Territoriais	<ul style="list-style-type: none"> - País onde é feito o depósito do pedido de patente de invenção ou modelo de utilidade. 	<ul style="list-style-type: none"> - País onde é feito o depósito do pedido de proteção de nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada.
Legais	<ul style="list-style-type: none"> - Atos sem fins comerciais. - Pesquisa e experimento. - Uso de matéria viva como fonte de propagação para obtenção de outros produtos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Uso próprio. - Uso como fonte de variação para fins de pesquisa. - Uso da cultivar como fonte de variação para obtenção de outros cultivares. - Venda para consumo. - Uso por agricultores.
Compulsórios	<ul style="list-style-type: none"> - Interesse privado: <ol style="list-style-type: none"> a) exercer os direitos decorrentes da titularidade da patente de forma abusiva; b) praticar abuso de poder econômico por meio do uso do direito de patente; c) não explorar o objeto da patente ou não utilizar o processo patenteado no território nacional no prazo de três anos, ressalvados os casos de inviabilidade econômica; e) comercializar o produto de maneira insatisfatória no mercado nacional; d) titular de uma patente anterior não firmar acordo com titular da patente dependente quando esta consistir em substancial progresso técnico. - Interesse público: <ol style="list-style-type: none"> a) interesse público; b) emergência nacional. 	<ul style="list-style-type: none"> - Interesse privado: <ol style="list-style-type: none"> a) comercializar o produto de maneira insatisfatória no mercado nacional. - Interesse público: <ol style="list-style-type: none"> a) emergência nacional; b) abuso de poder econômico.

Esgotamento de Direitos	- Primeira colocação no mercado interno por titular ou terceiro autorizado, salvo o uso para multiplicação ou reprodução com fins comerciais.	- Primeira colocação no mercado interno por titular ou terceiro autorizado, salvo o uso para multiplicação ou reprodução.
--------------------------------	---	---

Fonte: Elaborado com base em Bruch *et al.* (2015).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR; Edoly Nassar de. A propriedade e sua função social na Constituição da República de 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Belém, p. 203-234, jan./jun.-jul./dez. 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil:reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 191-620.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual:a aplicação do acordo TRIPs*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 286 p.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Aperfeiçoamento e dependência em patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 241 p.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 328 p.

BRUCH, K. L.; VIEIRA, A. C. P.; DEWES, H. A propriedade industrial: dupla proteção ou proteções coexistentes sobre uma mesma planta. In: BUAINAIN, A. M.; BONACELLI, M. B.; MENDES, C. I. C. (editores técnicos). *Propriedade intelectual e inovações na agricultura*. Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia – Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2015. (no prelo)

BRUCH, K. L. *Limites do Direito de Propriedade Industrial de Plantas*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. 240 p.

BYRNE, Noel. *Comentary on the substantive law of the 1991 UPOV Convention for the protection of plants varieties*. London: University of London, 2003. 135 p.

CÂMARA, Maria Helena Ferreira. *Aspectos do direito de propriedade no capitalismo e no soviétismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 199 p.

CARVALHO, Nuno Pirez. Palestra “Propriedade Intelectual” proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, em Florianópolis, em 22 de maio de 2004.

_____. O sistema de patentes: um instrumento para o progresso dos países em vias de desenvolvimento. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 22, n. 51, p. 51-90, jul./set. 1983. (Nova série).

CASADO CERVIÑO, Alberto; CERRO PRADA, Begoña. *GATT y propiedad industrial: la tutela de los derechos de propiedad industrial y el sistema de resolución de conflictos en el acuerdo GATT*. Madrid: Tecnos, 1994. 215 p.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade intelectual*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHAMAS, Cláudia Inês. Propriedade intelectual e biotecnologia. In: *Adenauer: Biotecnologia em discussão*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 87-115.

CHAMAS, Cláudia Inês; BARATA, Marta; AZEVEDO, Andréia. Proteção Intelectual de Invenções Biotecnológicas. In: Encontro Nacional da ANPAD, 28, 2004, Curitiba. *ANPAD 2004*. Curitiba: ANPAD, 2004. 12 p. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/frame_enanpad2004.html>. Acesso em: 12 jan. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPS: régimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 313 p.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 363 p.

DUARTE, Larri. *Desenvolvimento e inovação tecnológica: de Marx e Schumpeter às abordagens atuais*. 2002. 67 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho: público y privado*. Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, s/d. 267 p.

ENGEL, Christoph. *Die soziale Funktion des Eigentums*. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter. Bonn: 2002/7. 99 p.

ERBISCH, F. H.; MAREDIA, K. M. (Org.). *Intellectual property rights in agricultural biotechnology*. 2. ed. Cambridge: CABI, 2004. 308 p.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988. 102 p.

FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. *Proteção de patentes e produtos farmacêuticos: o caso brasileiro*. Brasília: IPR, 1993. 206 p.

GARCIA, Selemara B. F. *A proteção jurídica das cultivares no Brasil: plantas transgênicas e patentes*. Curitiba: Juruá, 2005. 247 p.

GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Trad. José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. 95 p.

GRAU, Eros Roberto. A propriedade rural e a função social da propriedade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 33. p. 42-44, 1960.

GRECO, Paolo. *Lezioni di Diritto Industriale: i segni distintivi – le invenzioni industriali*. Torino: Giappichelli, 1956. 277p.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. *Revista de Direito Social*, n. 15, p. 97-120, 2004.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 115-126, jan./mar. 2003.

IGLESIAS PRADA, Juan Luiz (Org.). *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*. Madrid: CEFI, 1997. Tomo 1, 411 p.

INPI. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). 2015. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

JONES, Nigel. Biotechnology Patents: A Change of Heart. *European Intellectual Property Review*, n. 1, p. 37-38, 1994.

LEMA DEVESA, Carlos. Las medidas provisionales em el acuerdo sobre los ADPIC. In: IGLESIAS PRADA, Juan Luis (Dir.). *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*.t. II, Madrid: CEFI, 1997. Tomo II, p. 13-26.

LOUREIRO, Luis Guilherme de Andrade Vieira. Patente e biotecnologia: questões sobre a patenteabilidade dos seres vivos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 116, p. 17-77, 1999.

MAPA. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. (MAPA). 2015. Disponível em: <[http:// agricultura.gov.br](http://agricultura.gov.br)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

MARQUES, J. P. Remédio. Patentes Biotecnológicas e Direitos de Obtentor de Variedades Vegetais: diferenças de regime e pistas para a respectiva articulação. *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina, 2002. v. II. p. 163-231.

MONTEIROS, Renata Pozzato Carneiro. A função social da propriedade na Constituição da República de 1988 e a propriedade industrial. *Revista da ABPI*, n. 69, p. 23-30, mar./abr. 2004.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *A proteção jurídica das invenções de medicamento e de gêneros alimentícios*.Porto Alegre: Síntese, 2000. 196 p.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito industrial: as funções do direito de patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 278 p.

_____; DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade intelectual. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. P. 57-63.

PLAISANT, Marcel. *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*.Paris: Recueil Sirey, 1949. 422 p.

RAMELLA, Augustín. *Tratado de la propiedad industrial*. Tomo 1. Madrid: Hijos de Réus, 1913. 566 p.

REMER, Ricardo. Palestra “Patentes versus interesse social”, proferida no 6º Encontro REPICT, no Rio de Janeiro, em 8 de julho de 2003.

RITTSTIEG, Helmut. *Eigentum als Verfassungsproblem*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975. 432 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 2, p. 543-594, jul./dez. 2003.

ROUBIER, Paul. *Le droit de la propriété industrielle*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952. 612 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurs sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*. Paris: Garnier-Flamarion, 1971. 205 p.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

SILVA, Clóvis do Couto e. O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: 1997. p. 11-31.

SOUZA, Edson; APPEL, Patrícia Pontual; SOUZA, Tatiana A. Silveira. Proteção da inovação biotecnológica. *Revista da ABPI*, v. 70, p. 19-27, 2004.

UPOV. UNIÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DE NOVAS VARIEDADES DE PLANTAS. 2015. Disponível em: <<http://www.upov.int/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes*. São Paulo: Atlas, 1996. 255 p.

WIPO. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). 2015. Disponível em: <<http://wipo.org>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

WOLFF, Maria Thereza. Biocomércio e suas implicações. In: Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 21, 2001, Rio de Janeiro. *Anais do XXI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: ABPI, 2001. p. 97-109.

ZUCCHERINO, Daniel R.; MITELMAN, Carlos O. *Marcas y patentes en el GATT*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. 267 p.

9

ÉTICA, DIREITO E SOCIEDADE POLÍTICA: A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA GERAL E PROFISSIONAL NA FORMAÇÃO DOS FUTUROS JURISTAS

Guilherme de Oliveira Feldens¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO - 1. Ética Geral e Ética Especial - 2. A complementariedade inerente entre Moral e Direito - 3. Racionalismo, Alteridade ou Naturalismo? A importância do estudo de diferentes concepções Morais para o Direito - 3.1. Ética e Autonomia - 3.2. Uma Teoria Ética da Alteridade: a doutrina kierkegaardiana do amor ao próximo - 3.3. A Naturalização da Moralidade: uma perspectiva não kantiana - 4. Ética profissional - CONCLUSÃO - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A pergunta mais frequente ouvida pelo professor da disciplina de *Ética Geral e Profissional* é “por que estudar ética?”. Essa postura de questionamento perante a necessidade ou desnecessidade reflete muito

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor da disciplina de Ética Geral e Profissional no Curso de Direito do Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha (Cesuca) – Faculdade Inedi.

da crise moral que a sociedade vivencia nos dias atuais e precisa ser atacada de forma bastante criteriosa.

Nessa pequena introdução relativa ao tema, será necessário percorrer um caminho inevitável para que a pergunta feita acima seja bem respondida. Assim, não será possível adentrar diretamente ao estudo dos estatutos jurídicos e Códigos de Ética e Disciplina da profissão sem antes conhecer minimamente o que significa um comportamento ético, sem verificar a relação fundamental entre Moral e Direito e sem verificar algumas concepções morais famosas construídas e desenvolvidas ao longo da história do mundo ocidental. É evidente que o estudo da deontologia jurídica tem um lugar importante reservado na formação moral do profissional, mas não adianta o acadêmico de Direito ser colocado diante de um número de obrigações sem compreender o todo, pois, dessa forma, não estará apto a enfrentar os desafios morais da lide forense.

Nesse sentido, objetiva-se, na primeira parte do texto, definir o conceito de ética, situando a ética profissional dentro de uma ética social voltada para a disciplina das relações sociais do homem. Após, pretende-se analisar como a relação entre Moral e Direito é trabalhada por importantes concepções jurídicas. Na segunda metade do texto, será dado destaque a fundamentações morais antagônicas para ao final haver condições de desenhar o primeiro esboço para caracterizar o estudo da deontologia jurídica, somando ao estudo dos grandes sistemas éticos, como fonte essencial para a moralidade profissional.

1. Ética Geral e Ética Especial

O conceito de Ética mais claro e objetivo é dado por José Renato Nalini (2009, p. 18) que a define como “ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”. Não há como negar o caráter científico, pois ela tem objeto próprio (a moral), leis próprias e método próprio. Em um detalhamento maior, “o objeto da ética é a moralidade positiva, ou seja, o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem” (NALINI, 2009, p. 19). A maioria dos filósofos morais concorda que a ciência ética engloba duas partes essenciais: uma geral e outra especial (conhecida como ética aplicada). A parte geral da ética investiga as condições de retidão moral dos atos humanos, decorrentes de sua ordenação ao fim último do homem (NEDEL, 2004, p. 11). A parte especial, por sua vez,

diz respeito à aplicação dos preceitos morais à esfera humana individual (ética individual), à esfera de relação com os outros (ética social) e as demais diferentes situações possíveis de se imaginar na existência humana (bioética, ética ambiental etc.).²

Dentro da divisão relativa à parte especial, a ética individual trata dos direitos e deveres morais dos indivíduos como pessoa, independentemente de suas relações com grupos sociais (NEDEL, 2004, p. 12). Normalmente, esses deveres de justiça e caridade nas relações interpessoais referentes à ética individual são recepcionados pelo direito positivo, pois estão fundamentados no direito natural. Por outro lado, a ética social tem por objeto os direitos e as obrigações essencialmente sociais, que se originam de todas as relações sociais formadas pelo homem em coletividade, abrangendo sua relação com o Estado, com a sociedade civil, com a família, com a escola, com a empresa etc. Ela sempre objetiva a realização do bem comum, sob a regência das virtudes da justiça e da caridade ou solidariedade (NEDEL, 2000, p. 139-166), indicando as diretrizes morais que devem ser obedecidas em determinado campo das relações sociais.

A ética profissional, portanto, insere-se no contexto da ética social. Nesse sentido, a profissão de advogado, por ser função essencial e indispensável à justiça (nos moldes do art. 133 da Constituição Federal de 1988) exige a regulamentação expressa por parte do poder público. Assim, a criação de normas de caráter deontológico da profissão resultou nas normativas do Estatuto do Advogado (Lei nº 8.906/1994) e no Código de Ética e Disciplina da OAB. Porém, a importância do estudo de tais estatutos não é passível de ser apreendida sem uma análise profunda da relação entre Direito e moral e sem a compreensão de importantes teorias morais que fundaram as bases da própria ciência do *ethos*. Como visto, a ética profissional não se configura no fim último do ser humano, configurando “apenas” um aspecto fundamental de determi-

2 Segundo Nalini (2009, p. 20), “a distinção conceitual não elimina o uso corrente das duas expressões como sinônimas. A origem etimológica de Ética é o vocábulo grego ‘ethos’, a significar ‘morada’, ‘lugar onde se habita’. Mas também quer dizer ‘modo de ser’ ou ‘caráter’. Esse ‘modo de ser’ é a aquisição de características resultantes da nossa forma de vida. A reiteração de certos hábitos nos faz virtuosos ou viciados. Dessa forma, ‘o ethos é o caráter impresso na alma por hábito’. Como os hábitos se sucedem, tornam-se por sua vez fonte de novos hábitos. O caráter seria essa segunda natureza que os homens adquirem mediante a reiteração de conduta”.

nada relação social. Cabe, portanto, estudar os aspectos mais profundos da moralidade para se atingir a real importância de seus preceitos.

2. A complementariedade inerente entre Moral e Direito

Aristóteles foi, talvez, o pensador que refletiu com maior intensidade sobre a “continuidade necessária entre a Ética e a Política” (ARISTÓTELES, 2005, p. 14). O filósofo grego definiu a ciência do *ethos* como o grande campo a abranger a Ética e a Política. Nesse sentido, a Antiguidade desenvolveu a postura, oposta da modernidade, de analisar o aparecimento e desenvolvimento da ideia de sociedade política e de organização jurídica em estreita relação com a formação da “ciência das coisas humanas”, em outras palavras, com a ética (NEDEL, 2000, p. 141). Assim, o primeiro passo é verificar a constituição ética do homem, pois só assim ele estará apto a adentrar-se à esfera política (NEDEL, 2000, p. 143).

Essa postura aristotélica impõe a fundamentação de todo e qualquer princípio moral na comunidade política (ARISTÓTELES, 2001, p. 23). Dessa forma, em uma relação de circularidade, a ordem política se fundamenta, conseqüentemente, nas formas éticas de vida, demonstrando uma ligação fundamental entre ética (doutrina moral individual) e política (doutrina moral social). Para o estagirita, o bem constitui o fim de todas as ciências, sendo o maior dos bens (a justiça) encontrado justamente na maior de todas as ciências (a política).³O Direito fica, nesse modelo, confundido com a própria moral, pois o Estado, no sentido de organizador da comunidade, tem um fim muito mais ético do que jurídico, cabendo editar normas estatais que sirvam de referências para se atingir a boa vida.

O interior da *polis* constitui o local no qual o indivíduo poderá efetivar suas virtudes éticas e ter uma vida boa e feliz, demonstrando a importância primordial da lei para que ela se constitua de maneira justa, “assegurando não apenas a convivência, mas uma maneira nobre

3 Segundo Nedel (2004, p. 158-159), algumas limitações podem ser direcionadas à concepção ético-política de Aristóteles: “O universalismo ético-político de Aristóteles, ligado às estruturas da *polis*, sofre as limitações de seu contexto histórico e formula-se como ideal do *polites*, do cidadão livre, de cuja *koinonía* estão excluídos os escravos, as mulheres e as crianças. As virtudes políticas são virtudes de alguns, dos *áristoi* – os melhores no sentido literal, aos quais está reservado o privilégio da cidadania”.

de viver” (ROBLEDO, 1986, p. 197). A Política, portanto, é uma face fundamental da ética, pois representa a ciência normativa da práxis comunitária (ARISTÓTELES, 2005, p. 22). A moral e, portanto, a justiça, ficariam indissociáveis da *polis*, ou seja, da vida em comunidade, se desenvolvendo a partir desse conhecimento prático de senso comum e se realizando na prática constante da relação com o outro.⁴

A relação entre ética e Direito também foi objeto de análise da neoescolástica no século XVI, escola espanhola que atualizou a tradição da escolástica medieval propondo uma nova síntese entre a fé cristã e a racionalidade moderna.⁵ Os neoescolásticos sustentavam que entre moral e Direito há uma relação essencial, na qual a ordem jurídica compõe e está subordinada à ordem moral (NEDEL, 2000, p. 92). A ordem moral compreende todos os direitos e deveres do homem perante Deus, perante os outros e perante si mesmo, enquanto a ordem jurídica só trata dos direitos e deveres em relação ao outro (NEDEL, 2000, p. 93). O direito tem, portanto, uma relação de bilateralidade inerente a sua natureza.

Nesse contexto, Bartolomé de Las Casas, a documentar com autêntico fervor o genocídio contra os povos nativos da América, que coincidiu com a descoberta do Novo Mundo, desenvolveu um tratado de teoria política, que a partir do tema da liberdade natural e originária dos indivíduos, “apresenta um discurso relativo à origem e a legitimidade do poder afastada da tradição escolástica e do jusnaturalismo moderno” (TOSI, 2007, p. 18). A articulação entre liberdade, moralidade e justiça percorre todo tratado, nas suas mais variadas articulações. O ponto de partida da argumentação “é extraído por Las Casas da tradi-

4 A famosa definição do homem como “animal político”, dada por Aristóteles, fundamenta essa ideia da relação entre ética e política: “A razão pela qual o ser humano, de forma mais intensa do que uma abelha ou qualquer outro animal gregário, é, plenamente, um animal político, é evidente: a natureza não faz nada por acaso, e só o homem é um animal que possui *logos*. Assim como as vocalizações dos animais indicam o prazer e o sofrimento, o discurso serve para indicar aquilo que tem utilidade. É que, em comparação com os outros animais, o homem tem as suas especificidades: tem noção do bem e do mal, do justo e do injusto; e são estes sentimentos que dão origem à família e a *polis*” (ARISTÓTELES, 2005, 1123a).

5 Segundo Nedel (2004, p. 93), “na Escolástica, a moral assumiu formas jurídicas. É que o direito foi concebido como norma universal do operar, abrangendo a moral. Distinguiu-se direito divino e humano; direito estrito e equitativo; direito perfeito e imperfeito. Como se vê, trata-se aqui de fenômeno inverso do verificado na Grécia antiga, onde o direito estava absorvido pela moral, assumindo formas e caracteres morais. No período patristico e no escolástico, também não havia ainda teoria precisa sobre a distinção entre direito e moral”.

cional doutrina medieval, na qual os homens são originariamente livres em virtude de sua natureza racional” (TOSI, 2007, p. XXXI). Da natureza humana, portanto, emerge o direito natural de liberdade e de ser responsável por seus atos.

Nesse sentido, todos nascem livres por natureza e essa liberdade só se realiza em sociedade (LAS CASAS, 2007, p.5). Disto se deduz que cabe a organização política e jurídica respeitar todas as condições de direito natural (embasado na racionalidade e na vontade de Deus). Las Casas introduz na concepção objetiva da tradição um elemento de subjetivismo (TOSI, 2007, p. XXXIX). Inicia assim uma concepção que desvincula e liberta progressivamente o indivíduo da sujeição a uma ordem natural e divina objetiva, conferindo um poder próprio e original, limitado somente pelo poder igualmente próprio e original do outro indivíduo. Nesse sentido, impõe como condição moral fundamental a existência de uma ordem governamental que tenha sua origem naquelas que por ele são governados. Assim, na origem, toda a autoridade e jurisdição dos reis e príncipes procedem do povo livre (TOSI, 2007, p. XLVI). Portanto, não pode haver a imposição de qualquer medida que não seja livremente aceita por todos, que não tenha um fundamento moral. O governante deve reinar conforme o bem comum e a finalidade moral à qual está submetido.⁶

A modernidade modificou o paradigma até então vigente, tornando a relação entre Ética e Política problemática e até mesmo conflituosa. A Ciência Política surge, então, como um campo autônomo, com técnicas e normativas próprias, afastadas ou contrapostas aos preceitos éticos. Em Maquiavel, torna-se visível o surgimento de uma barreira entre a ética individual e a política. Essa nova maneira de pensar a relação deu origem a uma nova representação do homem, agora como um “ser solitário e carente em face da natureza” (NEDEL, 2000, p. 159). Essa nova concepção de homem será a base filosófica para o desenvolvimento das teorias contratualistas que configuram a sociedade como necessária para satisfazer as necessidades do indivíduo (NEDEL, 2000, p. 166). Assim, o homem é forçado a acordar um pacto social capaz de

6 Segundo Tosi (2010, p. 35), “no tratado *De Regia Potestate* o povo é considerado, usando uma terminologia aristotélica, a causa eficiente e final do poder (*imperium*), porque o príncipe recebe o poder através do povo (*per populo*) e para servir o povo. Por isso, Las Casas afirma que o povo não perdeu a sua liberdade originária elegendo o príncipe (*populus eligendo regem libertatem non amisit*)”.

definir e fundar a organização da vida social e política, visando garantir seus interesses e necessidades

Emanuel Kant (1724-1804) marcou decisivamente o estudo das relações entre Direito e moral ao acentuar o aspecto da exterioridade do direito. Separou a Moral e o Direito, definindo a primeira uma legislação interna e autônoma, enquanto que o Direito configuraria uma legislação externa e heterônoma, voltada para a regulação da liberdade nos atos exteriorizados pelos indivíduos e não aos seus desejos ou motivações.⁷ O Direito é compreendido, portanto, no campo das relações intersubjetivas, saindo dessa característica o famoso conceito kantiano de Direito como “o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade” (KANT, 1986, p. 407). O Direito, assim, configura as leis para as quais uma legislação exterior é possível ou seja, as leis do direito natural (aquele que estabelece princípios *a priori* fundamentados na razão) às quais deve corresponder todo direito positivo (aquele que existe efetivamente).

Como produto avançado dessa tradição, o positivismo jurídico acentuou ao extremo a separação entre Direito e Moral, marcando definitivamente a forma como, até hoje, são discutidas as questões relativas à ética e ao Direito (BOBBIO, 1995, p. 131). As teorias positivistas insistem em que tudo aquilo que o Direito exige ou permite é apenas uma questão social de fato, sem nenhuma dependência com questões morais controversas (o Direito é considerado como fato e não como valor). Esse modelo, inicialmente proposto por Hans Kelsen, buscou desvincular o conhecimento do Direito de tudo que não fosse o próprio Direito, afastando qualquer conteúdo moral ou político.⁸ Objetivava-se

7 Segundo Bobbio (2000, p. 88), “tem-se a moralidade quando a ação é cumprida por dever, tem-se, ao invés, a pura e simples legalidade quando a ação é cumprida em conformidade ao dever, segundo alguma inclinação ou interesse diferente do puro respeito ao dever. Em outras palavras, a legislação moral é aquela que não admite que uma ação possa ser cumprida segundo inclinação ou interesse; a legislação jurídica, ao contrário, é a que aceita simplesmente a conformidade da ação à lei e não se interessa pelas inclinações ou interesses que a determinaram”.

8 Kelsen (1998, p. 77) deixa bem clara essa posição na seguinte passagem: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de *dever-ser*, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação

o ideal de uma neutralidade na descrição do objeto de conhecimento do próprio Direito.⁹ Nesse sentido, o Direito é concebido em forma piramidal, de maneira que uma norma inferior retira sua validade de uma norma superior (BOBBIO, 1995, p. 132).

Dessa maneira, o sistema de Direito positivista se caracteriza como um sistema de normas que retiram sua validade de uma norma hierarquicamente superior, que confere a alguém a competência para criá-las de acordo com *seus atos de vontade*, que serão objetivamente válidos se estiverem de acordo com tal competência conferida (BOBBIO, 1995, p. 133). Percebe-se, portanto, que entre uma norma superior e uma norma inferior existe um *ato subjetivo de vontade* que aplica a competência da norma hipotética superior fundamental. John Austin (1995, p. 18) caracterizou ainda mais fortemente o Direito como uma vontade emanada da autoridade, desvinculando o Direito de qualquer relação com a Moral. Austin definia a lei como um comando geral e abstrato procedente de alguma pessoa ou um grupo que ocupa uma posição de soberano na sociedade (AUSTIN, 1995, p. 7). Em sua teoria, portanto, Direito parece seguir critérios utilitaristas de conveniência social, pouco importando a justiça e os valores da comunidade política.

As teorias modernas referentes ao Direito e à Moral buscaram, de formas diversas, superar esse dualismo. Entre elas, ganhou destaque a concepção política de justiça de John Rawls. Esse autor insistiu em uma concepção política e moral, fundando a ordem social e jurídica com uma moral social, configurando um pensamento capaz de representar a superação do dualismo rígido entre Direito e Moral, tese clássica de Kant (1986, p. 76); e a aproximação ao pensamento da tradição, que considera o direito como parte de um todo maior, que é a moralidade (-NEDEL, 2004, p. 112). Rawls insiste na busca por garantir a estabilidade

do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.

9 Segundo Kelsen (1998, p. 77), “quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de *dever-ser*, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores. O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”.

social pelas razões corretas (*right reasons*), fazendo com que pessoas que professam doutrinas abrangentes razoáveis possam endossar uma mesma concepção política de justiça a partir de seus próprios pontos de vista (RAWLS, 1996, p. 134). Isso necessariamente conduzirá para a legitimidade política, já que os princípios de justiça são construídos de forma *freestanding*, com base em determinados mecanismos de representação fundamentados em crenças morais ponderadas da tradição e cultura democrática.

Para Rawls, a questão da estabilidade segue a necessidade de uma dupla resposta: de um lado, a comprovação de que uma sociedade bem-ordenada irá desenvolver um senso de justiça em seus cidadãos e, de outro lado, a noção de que a manutenção do senso de justiça será necessária para o seu bem (WEITHMAN, 2010, p. 10). Assim, a concepção política de justiça também é uma concepção moral, mas com um objetivo específico: aplicação às instituições políticas, sociais e econômicas (RAWLS, 1996, p. 11). Para Rawls, o foco principal dessa concepção é a estrutura básica das instituições e os princípios e critérios que se aplicam a ela, bem como a forma como eles serão expressos no caráter e nas atitudes dos cidadãos.¹⁰

Rawls pretende especificar as formas de vida que merecem adesão dos cidadãos, ao mesmo tempo em que define o espaço suficiente de tolerância ao pluralismo existente na sociedade.¹¹ A estabilidade passa a ter relação direta com a natureza das forças que a consolidam. Assim sendo, o autor concebe que as ideias de bem admitidas devem ser políticas, fazendo supor que são passíveis de serem compartilhadas por cidadãos livres e iguais e não pressupõem nenhuma doutrina abrangente (RAWLS, 1996, p. 176). A ideia do justo e do bem são complementares,

10 Nesse contexto, Rawls supõe que a estrutura básica seja a de uma sociedade fechada, autossuficiente e sem relações com outras sociedades (RAWLS, 1996, p. 12): “seus membros só entram nela pelo nascimento e só a deixam pela morte. Isso nos permite falar deles como membros nascidos numa sociedade onde passarão a vida inteira. Que uma sociedade seja fechada é uma abstração considerável, que se justifica apenas porque nos possibilita concentrarmos em certas questões importantes, livres de detalhes que possam nos distrair”.

11 Para Rawls (1996, p. 174), “as instituições justas e as virtudes políticas que se espera dos cidadãos não seriam instituições e virtudes de uma sociedade justa e boa, a menos que essas instituições e virtudes não somente permitissem, mas também promovessem formas de vida inteiramente merecedoras de adesão devotada dos cidadãos. Uma concepção política de justiça deve dispor, por assim dizer, de espaço suficiente em seu interior para conter esses modos de vida. Assim, embora a justiça trace o limite e o bem mostre o alvo, a justiça não pode traçar um limite demasiado estreito”.

pois Rawls não ignora que a concepção política de justiça deve considerar como princípio básico de organização que os membros de uma sociedade democrática têm um projeto racional de vida.

Assim, os cidadãos que vivem sob a influência de instituições básicas justas assumem a defesa de tal ordem (RAWLS, 1996, p. 168). Rawls justifica a ideia de bem da sociedade política, destacando o bem que os cidadãos realizam, tanto como pessoas quanto como corpo coletivo, na manutenção de um regime constitucional justo. Dentro desse contexto, o tipo de sociedade defendida pelo liberalismo político representa um bem para as pessoas individualmente, já que o exercício de suas capacidades morais é percebido como um bem; além de representar um bem para os cidadãos, pois lhes garante as bases sociais do respeito mútuo. Por fim, ela também representa um bem social, pois requer a cooperação de muitos para ser atingido através da atividade conjunta de todos (RAWLS, 1996, p. 204).

Assim, Rawls mostra-se interessado na ideia de pessoa como alguém que pode ser um cidadão, ou seja, uma fonte de preocupações e reclamações dirigidas às instituições sociais, definindo as suas próprias visões abrangentes e ajustando-as à estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2008, p. 153). Explicita a relação existente entre os planos de vida que escolhemos e o modo pelo qual nossa sociedade é regulada, pelos princípios de justiça, reforçando a ideia de que Direito e Moral são campos distintos, mas impossíveis de serem pensados de forma completamente separados, já que são complementares (HABERMAS, 1998, p. 148). O Direito por si só não é suficiente para dirigir o operar humano, pois muitas vezes não aponta que ações juridicamente possíveis são as moralmente permitidas ou necessárias. Deve, pois, ser integrado e completado pela Moral, à qual ele, aliás, não é indiferente (NEDEL, 2000, p. 140). Assim, essa retomada é fator fundamental para os dias atuais, já que nunca se pode perder de vista que o fim do Direito é a justiça e, portanto, não há como definir o que é justo sem se amparar em teorias morais (NALINI, 2009, p. 35). A pressuposição kelsiana de que a norma jurídica dispensa a ordem moral transforma o Direito em um mero sistema de leis e normas sem nenhuma virtude.

3. Racionalismo, Alteridade ou Naturalismo? A importância do estudo de diferentes concepções Morais para o Direito

3.1. Ética e Autonomia

Kant teve como grande objetivo combater as concepções morais empíricas, conferindo a ética um fundamento racional. Assim, conforme já foi dito, afastou da análise moral os atos externos, centrando destaque a vontade autônoma e reta do indivíduo. Nesse sentido, a compatibilidade externa entre a conduta e a norma é mera legalidade, sem repercussão no valor ético da ação (NALINI, 2009, p. 62). O valor moral está na atuação autônoma que exprime o cumprimento do dever pelo dever, sem qualquer relação com os resultados ou com a experiência, mas com base somente em princípios racionais a priori (BOBBIO, 2000, p. 77). Os elogios e as críticas a tal definição são famosos e exaustivamente trabalhados, porém, para o objetivo deste trabalho, resta verificar a influência de Kant sobre importantes teorias de fundamentação moral na modernidade.

Um dos muitos autores influenciados pela moral kantiana foi Piaget, que, em sua obra, procurou encontrar fundamentos para o desenvolvimento moral do indivíduo. Na obra *O juízo moral na criança*, o autor expõe duas formas morais: a moral de coação e a moral de cooperação (PIAGET, 1994, p. 58). Ambas são resultado de dois tipos fundamentais de relação interindividual: a coação, que implica autoridade e submissão e conduz à heteronomia, e a cooperação, que implica a igualdade de direito ou autonomia e reciprocidade entre personalidades diferentes (PIAGET, 1994, p. 58-59). A moral de coação faz com que a criança aceite e se submeta às ordens do adulto em todas as circunstâncias, enquanto que a moral de cooperação tem por princípio a solidariedade que acentua a autonomia e a responsabilidade subjetiva.

Nota-se que Piaget entende o desenvolvimento do juízo moral como um processo de construção pessoal integrado em grupos de relações. Suas investigações levantam como hipótese a confirmar que nos estádios sucessivos da evolução do desenvolvimento moral da criança existe a manifestação de três regras: a regra motriz, a regra coercitiva e a regra racional (ROMERO, 1985, p. 45). A regra motriz é baseada

na regularidade e é relativamente independente de toda relação social, ligada apenas a um processo de habituação da criança e de assimilação da necessidade da regra. O caráter obrigatório, por sua vez, constitui uma evolução baseada em um comportamento regido pela regularidade já que, através da influência social, a criança interioriza as regras dos adultos (ROMERO, 1985, p. 45).

Assim Piaget começa por analisar a moral heterônoma, momento no qual ainda existe uma relação de interiorização dos comandos externos (PIAGET, 1994, p. 50). Há uma completa submissão às leis e princípios exteriores à razão. Aqui, ainda não se avalia o ato em si, mas apenas a transgressão da regra. A criança, em seus primeiros estágios, é guiada, devido ao seu egocentrismo natural, pela moral heterônoma.¹² Ela não consegue ainda ter relações de solidariedade, pois vive centrada em si mesma (PIAGET, 1994, p. 60). Em sua consciência, age mal todo aquele que transgredir ou modifica as regras impostas. O respeito é desenvolvido pela coação e pela autoridade e não pelo conteúdo da regra (PIAGET, 1994, p. 90). Assim, não interessam os motivos e as circunstâncias ligadas à violação, mas apenas os prejuízos resultantes de tal ato. O autor chama de realismo moral essa tendência do menor em considerar os deveres a ele relacionados como exteriores e independentes a sua consciência, bem como obrigatórios, independentemente das circunstâncias envolvidas, acarretando uma concepção objetiva da realidade, na qual a criança não avalia a intenção dos atos, mas apenas a sua conformidade material com as regras estabelecidas (PIAGET, 1994, p. 94).

Essa fase só será superada no momento em que a criança passa a enfrentar, em condição de igualdade, conflitos resultantes do confronto de interesses diferentes. Assim, à medida que a criança cresce e entra em contato com outras crianças, percebe que as regras não são sagradas e que podem ser modificadas ou adaptadas através da cooperação e do

12 Segundo Piaget (1994, p.58), “o egocentrismo infantil, longe de constituir um comportamento antissocial, segue sempre ao lado do constrangimento adulto. O egocentrismo só é pré-social em relação à cooperação. [...] Ora, o egocentrismo só é contraditório em relação à cooperação porque só esta pode realmente socializar o indivíduo. A coação, ao contrário, alia-se, constantemente, ao egocentrismo infantil. [...] No tocante as regras morais, a criança intencionalmente se submete, mais ou menos por completo, às regras prescritas. Mas estas, permanecendo, de qualquer forma, exteriores à consciência do indivíduo, não transformam verdadeiramente seu comportamento. É por isso que a criança considera a regra como sagrada, embora não a pratique na realidade”.

respeito mútuo,¹³ alcançando uma interiorização espiritualizada e autônoma deste conjunto que terá incessantemente retrabalhado (PIAGET, 1973, p. 211). Com a convivência entre iguais baseada na cooperação, a criança passa a interiorizar a regra, desenvolvendo sua consciência autônoma. Apoiada em relações de solidariedade, ela passa a assumir a norma como “algo seu” (PIAGET, 1994, p. 131). Dessa forma, a responsabilidade objetiva pela infração cede lugar à responsabilidade subjetiva, pois a criança passa a refletir sobre as circunstâncias em que foi praticada, refletindo sobre todo o contexto que envolve o ambiente de cooperação (PIAGET, 1994, p. 109).

Essas questões abordadas por Piaget resultam na análise profunda que o autor faz sobre a construção da noção de justiça, ligada diretamente à solidariedade e o respeito mútuo (PIAGET, 1994, p. 156). No capítulo específico sobre o assunto, Piaget afirma que as primeiras noções de justiça e injustiça surgem na criança devido aos adultos, mas não por causa deles. A regra da justiça é uma condição imanente, uma lei sagrada que não necessita de compreensão. O sentimento de justiça começa a aparecer de forma autônoma apenas quando surgem e se desenvolvem as relações de solidariedades entre os pequenos.

A mais primitiva noção de justiça do desenvolvimento moral é ligada diretamente a questão da sanção: a sanção é justa e necessária quando há um culpado e quanto mais severa for, mais justa ela será.¹⁴ Em um segundo momento, a sanção continua sendo necessária, mas a justiça estará condicionada a restituição e reciprocidade. Nesse momento, inserido na moral de autonomia, é necessário fazer ao infrator algo semelhante ao que ele fez para que ele compreenda o fato e não ocorra reincidência.¹⁵ Essas questões explicam também por que as crianças

13 Para Piaget (1994, p. 91), “o respeito mútuo aparece, portanto, como a condição necessária da autonomia, sob seu duplo aspecto intelectual e moral. Do ponto de vista intelectual, liberta as crianças das opiniões impostas, em proveito da coerência interna e do controle recíproco. Do ponto de vista moral, substitui as normas da autoridade pela norma imanente à própria ação e à própria consciência, que é a reciprocidade na simpatia”.

14 Piaget salienta (1994, p. 161) que as sanções expiatórias “parecem ir a par com a coação e com as regras de autoridade. Seja, com efeito, uma regra imposta de fora à consciência do indivíduo, a qual ele transgredir: independentemente, mesmo, dos movimentos de indignação e cólera, que se produzem no grupo ou entre os detentores da autoridade, e que recaem fatalmente sobre o culpado, o único meio de recolocar as coisas em ordem é reconduzir o indivíduo à obediência, por meio de uma repressão suficiente, e tornar sensível a repreensão, acompanhando-a de um castigo doloroso”.

15 Segundo Piaget (1994, p. 162), “não sendo mais a regra, como anteriormente, uma realidade

mais jovens aceitam a responsabilidade e a punição coletiva quando a autoridade não consegue identificar no grupo o responsável pela infração (PIAGET, 1994, p. 186). Para os menores, a atitude da autoridade é correta, já que o que interessa é atingir o culpado de qualquer maneira. Por outro lado, as crianças mais velhas se manifestam contrária a esse tipo de punição, pois o mais grave nesse fato é atingir inocentes.

Nota-se, que, com a o avançar da idade e o desenvolvimento mental e moral, a cooperação prevalece sobre a coação, fazendo com que apareça e se torne constantes ideias de igualdade e equidade (PIAGET, 1994, p. 204). As questões relativas à justiça distributiva se tornam latentes, fazendo com que se considere o contexto do comportamento que envolve a prática de um ato faltoso e a melhor maneira de evitar a reincidência.¹⁶Dentro desse contexto, Piaget (1994, p. 215-216) apresenta três níveis de desenvolvimento moral constatados em suas experiências:

Durante uma primeira etapa, a justiça não é diferenciada da autoridade das leis: é justo o que o adulto manda. É naturalmente, durante esta primeira etapa, que a justiça retributiva prevalece sobre a igualdade [...]. Portanto, poderíamos caracterizar esta primeira fase pela ausência da noção de justiça distributiva, uma vez que esta implica uma certa autonomia e libertação em relação à autoridade adulta. Mas é verossímil que há algo muito primitivo na relação de reciprocidade, e encontramos germes de igualitarismo desde as primeiras relações das crianças entre si. [...] Durante uma segunda etapa, o igualitarismo desenvolve-se e prevalece sobre qualquer outra consideração. A justiça distributiva opõe-se, assim, em caso de conflitos, à obediência, à sanção e mesmo, muito frequentemente, às razões mais sutis que serão invocadas durante o terceiro período. Enfim, durante uma terceira etapa, o igualitarismo simples cede o passo diante de uma noção mais refinada da justiça,

imposta de fora, da qual o indivíduo poderia se furtar, mas constituindo uma relação necessária entre o indivíduo e os seus próximos, basta tirar as consequências da violação desta regra, para que o indivíduo se sinta isolado e deseje, ele próprio, o restabelecimento das relações normais. A repreensão então, não precisa mais de um castigo doloroso para ser reforçada: reveste toda sua intensidade na proporção em que as medidas de reciprocidade fazem compreender ao culpado o significado de sua falta”.

16 Segundo Piaget (1994, p. 200), “as ideias igualitárias se impõem, em função da cooperação, e constituem, assim, uma forma de justiça que, sem entrar em contradição com as formas evoluídas da justiça retributiva (a sanção por reciprocidade é devida, justamente, aos progressos destas noções), se opõe às formas primitivas de sanção e termina, mesmo, por fazer que a igualdade tenha primazia sobre a retribuição, sempre que haja conflito entre elas”.

que podemos chamar a equidade, a qual consiste em nunca definir a igualdade, sem considerar a situação particular de cada um.

A justiça, portanto, terá sentido ao se tornar superior à autoridade, ao tornar a igualdade superior à autoridade.¹⁷ O desenvolvimento moral fará também com que essa noção de igualdade se desenvolva em uma noção mais refinada de justiça: a equidade (PIAGET, 1994, p. 238). Ao contrário do primeiro estágio, no qual predominam o dever e a obediência, e do segundo estágio, no qual a igualdade tem primazia sobre a autoridade, o terceiro estágio (equidade) é mais complexo, envolvendo a observação de particularidades e de circunstâncias em que ocorreram os fatos. A constituição do senso de justiça se dá, então, no progresso da igualdade para equidade. Segundo Piaget, a noção de igualdade ou de justiça distributiva tem raízes individuais ou biológicas, condições necessárias, mas não suficientes de seu desenvolvimento (PIAGET, 1994, p. 238). Para que haja real igualdade e autêntica necessidade de reciprocidade, é necessária uma regra coletiva, originada da vida em comum, originando a consciência de um equilíbrio necessário. Além disso, esse equilíbrio supõe uma longa educação recíproca (PIAGET, 1994, p. 239).

O comportamento moral de um indivíduo ou da sociedade não está, portanto, vinculado à obediência de regras sociais. Uma sociedade justa e moral está ligada ao respeito e à cooperação de seus membros. Ela só será autônoma quando seus membros seguirem e respeitarem seus acordos não pela simples imposição de coação, mas pela plena consciência moral de respeito às outras pessoas. Assim sendo, a moralidade não é questão de seguir regras, mas de acordar e conviver plenamente com elas.¹⁸ No primeiro caso atuaríamos, portanto, guiados pela legalidade; no segundo, pela moralidade.

17 Para Romero (1985, p. 47), na análise de Piaget, “o processo evolutivo culmina com a adoção de um senso de justiça desenvolvido independentemente da influência ou pressão dos adultos. Eis a distinção entre justiça retributiva e justiça distributiva. Uma se caracteriza pela sanção, a outra pela igualdade. As ideias igualitárias, segundo Piaget, são geradas pela cooperação e estão acima da retribuição: nelas prima a justiça retributiva. A superioridade deste tipo de justiça descansa que quando há conflitos entre dois tipos de sanções, se impõe a igualdade. [...] O ideal nasce da cooperação entre crianças e se manifesta especialmente quando sofrem injustiças, quando a criança recebe um trato desigual. Consequentemente, conclui Piaget, a solidariedade entre as crianças contribui ao desenvolvimento da justiça igualitária.”

18 Segundo Nedel (2000, p. 78), “os homens também fazem a experiência da complementaridade e da reciprocidade. Compreendem que precisam uns dos outros como parceiros; que os êxitos e prazeres dos outros são necessários e complementares ao bem deles próprios. Desta forma, buscam

3.2. Uma Teoria Ética da Alteridade: a doutrina kierkegaardiana do amor ao próximo

Uma concepção ética completamente afastada do projeto racional de Kant e Piaget pode ser observada na obra do filósofo dinamarquês Soren Kierkegaard. No livro *As obras do amor: algumas considerações cristãs em forma de discursos*, Kierkegaard pretende mostrar que a base moral do cristianismo está na fidelidade a seu “próximo”, amando-o desinteressadamente, independentemente de suas qualidades, seus defeitos ou suas similaridades e diferenças. Conforme Kierkegaard (2005, p. 50), o Cristianismo destronou o amor natural, o amor ideal e a predileção, para colocar no seu lugar o amor espiritual, o amor ao próximo, um amor que em seriedade e verdade exclui todo traço de egoísmo. Essa concepção ética é fundamental para os operadores do Direito, pois, se ainda não chega a colocar a alteridade como princípio primeiro da ética como faz Lévinas (2004, p. 31), a teoria de Kierkegaard afasta a racionalidade instrumental vigorante na moderna ciência do Direito, instrumento do modelo social hegemônico, que, além de invadir os diversos âmbitos de liberdade dos cidadãos, obedece unicamente aos mecanismos do mercado, considerando a exclusão de direitos de uma parcela da população como algo natural. O tratamento ético kierkegaardiano evita, justamente, que os indivíduos sejam reduzidos apenas a um número, ficando objetivado conforme os fins instrumentais das normas jurídicas.

O ponto central, portanto, para a compreensão de tais preceitos éticos kierkegaardianos é entender o conceito de “próximo”. Para Kierkegaard, o “próximo” é aquele que está mais próximo de ti do que todos os outros, sem um sentido de predileção. Essa definição afasta a acusação de individualismo, pois o “próximo” é o que os pensadores da alteridade chamariam de “o outro”, aquele, no qual “o egoístico do amor de si é posto à prova” (KIERKEGAARD, 2005, p. 24).

Conforme afirma Kierkegaard (2005, p. 62)

modos de vida com características de uniões sociais: formam grupos, constituem famílias a partir da afinidade sexual, organizam círculos de amigos, grupos que se dedicam à ciência, à arte, à religião e à cultura de toda espécie, a jogos e outras atividades. É intuitivo que as uniões sociais, menores ou maiores, requerem fins compartilhados e atividades comuns ou formas aceitas de promover o bem coletivo. Nestas uniões cada um tira proveito das ações dos outros. Assim, a sociedade ‘união social de uniões sociais’, embora marcada por conflitos, vem a ser um empreendimento cooperativo para benefício mútuo, uma vez que nela se verifica também identidade de interesses”.

[...] O outro homem, eis o próximo, ele é o outro homem no sentido de que o outro homem é qualquer outro homem. Compreendido assim, o discurso tinha portanto razão, quando no início dizia que se um homem num único outro homem ama o próximo, então assim ele ama todos os homens. *O amor ao próximo é portanto a eterna igualdade no amar*, mas a igualdade eterna é o oposto da predileção. Isso não necessita de um desenvolvimento extenso. Afinal, igualdade consiste justamente em não fazer diferenças, e a igualdade eterna consiste em absolutamente não colocar nem a mínima diferença; a predileção, ao contrário, em estabelecer diferenças.

O “próximo” é, portanto, o igual: “aquele com quem tu partilhas a igualdade dos homens diante de Deus” (KIERKEGAARD, 2005, p. 66). O próximo é todo e qualquer homem. Amar o próximo é, na diversidade terrena, estar à disposição de maneira igual para absolutamente qualquer pessoa, recordando a cada instante que a diferença é um disfarce.¹⁹ O objetivo dessa concepção cristã é fazer com que as diferenças pendam frouxamente sobre o indivíduo para poder vislumbrar constantemente em cada particular aquele essencialmente outro, o comum a todos, o eternamente semelhante.

Conforme o exposto, verifica-se que o pensamento de Kierkegaard desenvolve o paradigma da alteridade humana, deslocando a marca da existência autossuficiente do “Eu”, típica da modernidade, para o reconhecimento da importância do “próximo”. Dessa forma, o amor kierkegaardiano parece ter seu ponto de partida no reconhecimento da alteridade do outro, indo além das perspectivas da subjetividade Moderna. Verifica-se, portanto, a presença de um conceito de igualdade verdadeiro, pois afasta a suposição de que cada indivíduo depende apenas de si mesmo para se manter e de que a presença do próximo (ou do “outro”) seja completamente dispensável. Dessa forma, afasta-se a acusação de que o “próximo” seja apenas um impulso inicial para a interioridade subjetiva.

¹⁹ “Dessa maneira está em paz o que ama ao próximo: nem ele evita covardemente o mais poderoso, porém ama ao próximo, nem desdenhosamente o mais humilde, porém ama ao próximo, e deseja essencialmente estar igualmente à disposição de todos os homens, quer ele na realidade seja conhecido por muitos, quer não. Este é inegavelmente um voo considerável, mas não é um voo orgulhoso, dos que sobrevoam o mundo, é o voo humilde e difícil, próximo à terra, da renúncia a si mesmo” (KIERKEGAARD, 2005, p. 90).

Kierkegaard afirma que o amor ético está profundamente enraizado na natureza do homem, mas eles muitas vezes recorrem a subterfúgios para fraudarem a si mesmos, alegando não encontrar a quem amar ou acusar os homens de que eles não mereceriam ser amados. O amor deve ser reconhecido justamente no fato de que ele tem “amor suficiente para poder achar algo de amável em todos os homens” (KIERKEGAARD, 2005, p. 165). Assim, deve-se renunciar a todas as representações de um mundo de sonhos e conquistar a realidade efetiva e a verdade.

Além disso, Kierkegaard apresenta um discurso contrário à acusação de conservadorismo e distanciamento da realidade social. O filósofo dinamarquês lembra que “o Cristianismo fala *essencialmente* de misericórdia”; impedindo que a pobreza e a miséria, além de não terem dinheiro, sejam ainda excluídas da suprema virtude de poder exercer misericórdia, sob pretexto de que elas não têm condições de ser generosas.²⁰ Assim, o autor defende “uma misericórdia sem dinheiro, pois a grandeza do ato misericordioso cresce com a grandeza da pobreza; inversamente a opinião geral segundo a qual a grandeza do dom é proporcional à grandeza da riqueza” (KIERKEGAARD, 2005, p. 328). Em seu discurso, portanto, transborda uma visão social e realista que coloca a necessidade de se pensar todas as normativas éticas na perspectiva do outro, elemento impossível de ser negado nas relações jurídicas.

3.3. A Naturalização da Moralidade: uma perspectiva não kantiana

Na contramão de toda a filosofia moderna, em especial da filosofia prática de Kant, uma investigação referente à naturalização da moralidade começou a ser desenvolvida de forma interdisciplinar, visando demonstrar que a cultura não responde diretamente e completamente pela manifestação moral, pois se deve levar em conta a história natural. Em um terreno dominado por algum tipo de racionalismo moral, tenta-se enfatizar que o homem é uma espécie natural como qualquer outra,

20 Segundo Kierkegaard (2005, p. 326), fala-se “como se não adiantasse falar aos pobres sobre a misericórdia, já que eles não têm nada para dar, e que se deveria exortar os ricos à misericórdia para com os pobres. Essa maneira de ver faz do pobre um carente, em sua miséria, outra vez abandonado pela opinião do mundo de que ele pudesse exercer a misericórdia, assim é designado, abandonado como o lastimável objeto da misericórdia, capaz de no máximo inclinar-se e agradecer – quando o rico tem a bondade de exercer misericórdia. Deus misericordioso, que falta de misericórdia!”.

sendo necessário utilizar-se da sua história natural para explicar suas competências. Na obra *O gene egoísta* (*The Selfish Gene*, 1976), Richard Dawkins propõe uma tentativa de explicação da importância do darwinismo para o estudo do comportamento social e examina a “biologia do altruísmo e do egoísmo”. O caráter polêmico da obra estimulou o embate de ideias referentes ao comportamento humano em diversas áreas, especialmente nas ciências biológicas, na sociologia e na filosofia.

O argumento central de sua obra é que os homens (e todos os animais) são máquinas criadas pelos genes. O fato de os genes terem sobrevivido por milhares de anos em um ambiente altamente competitivo faz com que seja possível esperar certas qualidades neles. Em relação a eles, pode-se afirmar que “uma qualidade predominante a ser esperada em um gene bem-sucedido é o egoísmo implacável” (DAWKINS, 2008, p. 22), responsável pela tentativa de preservar, a todo custo, sua capacidade replicadora. Este egoísmo do gene provavelmente significará egoísmo no comportamento individual, mas “existem circunstâncias especiais nas quais um gene pode atingir melhor seus próprios objetivos egoístas cultivando uma forma limitada de altruísmo ao nível dos animais individuais” (DAWKINS, 2008, p. 23).

Para desenvolver tal raciocínio, Dawkins (2008, p. 344) define o “altruísta”, na perspectiva darwiniana, como um “indivíduo amável que ajuda os membros de sua espécie a transmitir seus genes para outra geração às suas expensas”. O altruísmo, então, tende a aumentar a probabilidade de o altruísta (“bom rapaz”) morrer e de o egoísta favorecido sobreviver. Porém, em um exame mais detalhado, verifica-se frequentemente que atos de aparente altruísmo na realidade são de egoísmo disfarçado. Assim, há um capítulo da obra denominado “Os bons rapazes terminam em primeiro”, no qual Dawkins defende claramente que a melhor estratégia de evolução em longo prazo não seria o egoísmo, mas a cooperação, fornecendo explicações biológicas bastante convincentes acerca do surgimento da solidariedade entre os seres. Assim, a tese de Dawkins mostra que os verdadeiros fatos naturais podem contar uma história com uma moral diferente, “ser a vanguarda de um novo mito mais confortador, um mito de compartilhamento, de cooperação mutualista, provando que mesmo com os genes egoístas no comando, os bons rapazes podem terminar em primeiro” (DAWKINS, 2008, p. 391).

A leitura que Dawkins faz do darwinismo, como seleção individual protagonizada pelo gene, relaciona o comportamento humano com o comportamento cooperativo animal, conforme as regras do jogo do altruísmo/egoísmo proposta pelo gene egoísta. Os resultados dos conflitos e da cooperação estão na base dos comportamentos sociais de todos os seres vivos, incluindo, portanto, o homem (DARWIN, 1985, p. 40). Para Dawkins, o comportamento altruísta não passa de uma artimanha evolutiva para garantir os interesses evolutivos do gene egoísta e os indivíduos não são conscientes da ação para se comportar de forma egoísta ou altruísta (DAWKINS, 2008, p. 377).

Dawkins, apoiado no desenvolvimento das ciências biológicas, fornece argumentos consistentes para os pensadores que defendem uma relação bastante estreita entre cultura e natureza humana, entre moral e evolução. Essa posição sustenta que uma investigação empírica baseada na teoria da evolução pode esclarecer a natureza da moralidade. Nesse caso, a cultura não responde diretamente e completamente pela manifestação moral, pois se deve levar em conta a história natural.²¹ O homem é uma espécie natural como qualquer outra, sendo necessário utilizar-se da sua história natural para explicar suas competências.²² Essa posição é alvo de fortes críticas, pois a moral, dentro da tradição, é compreendida como a expressão máxima da independência do homem em relação aos “instintos”, expressando a capacidade singular da espécie humana de autodeterminação. A ideia de “razão prática” mostra-se dominante no cenário filosófico das discussões morais, havendo uma espécie de kantianização abrangente da filosofia moral.²³

21 Conforme Brito (2009, p.15), “se pensamos o homem como um ser natural, então tem de ser possível compatibilizar a sua história cultural com a sua história natural, o que significa pensar a cultura nos limites e na confrontação com a história da evolução humana. O marco teórico orientador aqui é que a história cultural do homem está determinada sob as leis da história natural. Deste modo, na história cultural, a seleção natural, o crescimento demográfico e a seleção sexual têm de ser vistos como forças determinantes do agir humano”.

22 Segundo Brito (2001, p. 12), as nossas inclinações naturais seriam o objeto da investigação moral de cunho empirista e, “no âmbito dessa opção metodológica para o estudo da moralidade, pode-se edificar a concepção de que não importa a convicção que as sociedades apliquem a pregação de valores morais, eles não se afirmarão, caso não estejam em consonância com aquilo que somos, quer dizer, com nossa constituição como seres da natureza. Sem a força das motivações, digamos, naturais, o dever é apenas uma quimera, uma miragem em paisagens metafísicas”.

23 Segundo Brito (2005, p. 25), “se o leitor quer saber como agir, não consulte seus desejos e sentimentos, eles o trairão. Invariavelmente! Para Kant, não há bem real que se alcance tendo-se como guia as inclinações sensíveis. A carne não é apenas fraca, ela é moralmente cega, pior, infensa

Há uma forte contrariedade a tradição filosófica que desde Platão até Descartes e Kant negligencia a importância das emoções na ética e que faz com que as posições contrárias sejam vistas como um processo não racional ou de desumanização (BRITO, 2007, p. 108). É normal, na tradição contratualista, por exemplo, colocar mais ênfase na justificação do que nos sentimentos quando se trata de explicar a obrigação moral.²⁴ Porém, a justificação é sempre relativa ao meu desejo de participar de uma comunidade moral. O fundamento é o “querer” que os outros ajam de maneira igual, por isso “imprimo a meu juízo moral a força de sua validade, uma validade que pretendo seja objetiva” (BRITO, 2007, p. 107). Ao se propor uma justificação a aderência ou não de uma concepção de moral, não se consegue oferecer mais do que razões subjetivas a preferência. Uma análise a partir das ciências naturais pode ajudar a esclarecer as causas para a preferência.²⁵

A base natural para a moral, porém, não acarreta um relativismo moral absoluto, pois ela pode almejar a universalização. A base para essa tendência universalizante da moral pode não ser procurada em nossa capacidade racional, mas em nossa constituição emocional (BRITO, 2006, p. 40). O fato de os indivíduos não serem, do ponto de vista da Moral, emocionalmente indiferentes a qualquer ação, mesmo que não se partilhe as mesmas convicções éticas, “mostraria que a base da universalização está nos próprios sentimentos morais, especificamente na indignação, e não em algum princípio que julgamos, mesmo que com boas razões, universalizável” (BRITO, 2006, p. 18). A indignação moral,

amoral (e há quem possa duvidar agora do cristianismo kantiano?). Pergunte à razão, leitor, e ela lhe dirá, concordando consigo mesma, que você deve agir como se legislador fosse; legislador de uma natureza cujas leis, as que você lhe der, serão universais, como o são as leis físicas sobre as quais, no entanto, não temos qualquer influência”.

24 Segundo Tugendhat (1996, p. 20), os “sentimentos deixariam de existir, caso não julgássemos mais moralmente. Não teríamos nenhum fundamento para nos indignarmos com a ação de um outro ou invejá-lo, até nem poderíamos compreender esses sentimentos, caso não avaliássemos seu agir como mau”.

25 Segundo Adriano Naves de Brito (2007, p.110), “afirmar que nossas exigências morais têm força de obrigação porque são justificáveis, num sentido objetivo, é uma exposição equivocada, ou pelo menos parcial, das razões de fato, quer dizer, causais, que garantem a elas sua força de obrigação. Com respeito a essas razões causais, tudo que está ao nosso alcance é descrevê-las. Descrever, por exemplo, com auxílio das ciências humanas, por que certas justificativas são aceitas, ou, em certo momento, consideradas aceitáveis pela comunidade moral e outras não. Ou descrever porque indivíduos usam certas justificativas e, mais importante ainda, por que optam por certas concepções morais e não por outras”.

com base nesse entendimento, tende inexoravelmente para a universalização, por causa da nossa disposição fundamental como seres capazes de ter sentimentos morais. Refere-se a uma “condição humana primordial, decisiva para a evolução da espécie e que é, portanto, uma característica natural de cada um ao nascer” (BRITO, 2008, p. 38).

4. Ética profissional

A necessidade de somente agora, ao final do texto, adentrar na questão específica da ética profissional diz respeito ao fato de, antes de qualquer papel específico que o homem desempenhe, ele, por sua própria condição natural, está sujeito a todas as normas referentes à ética geral. Assim, as condutas do jurista profissional não podem estar separadas da que rege a conduta moral do ser humano enquanto tal (NEDEL, 2000, p. 99-100). A esse aspecto se soma o fato de a disciplina de ética geral e profissional estar localizada ao final do curso, no momento derradeiro do acadêmico dentro do curso de Direito. Isso significa que o aluno entra em contato com a ciência ética depois de estudar todo o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal e Direito Processual, ou seja, após todo esse caminho percorrido cabe aprender o que fazer com o Direito.

A importância, portanto, de analisar todas as teorias éticas analisadas nesse texto reside no fato de que a formação do jurista não pode se resumir simplesmente a uma questão de técnica. É necessário não somente conhecer o Direito, mas também saber como usá-lo em prol da justiça e dos valores comunitários. É nesse sentido que devem se conjugar as questões éticas profundas com o estudo da deontologia jurídica, para que o acadêmico conheça os mandamentos que orientam o bom exercício de sua profissão.²⁶

A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, concretiza a base deontológica para disciplinar a profissão de advogado, dividindo sua regulamentação em duas partes essenciais: a primeira, disciplinadora do exercício da advocacia, e a segunda, definindo a estrutura da Ordem

26 Segundo Nalini (2009, p. 361), “as regras deontológicas fundamentais impõem conduta compatível com os preceitos do Código, do Estatuto da OAB, do Regulamento Geral, dos Provimentos e dos demais princípios da moral individual, social e profissional. Além de ser defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da justiça e da paz social, o advogado é também responsável pela tutela da moralidade pública”.

dos Advogados do Brasil. Esse instrumento normativo é a síntese dos deveres do advogado, considerados pelo constituinte como essenciais à administração da justiça (NALINI, 2009, p. 360). Assim, para o estudo desenvolvido no presente texto, cabe a análise da primeira parte, pois é ela que regulamenta as garantias constitucionais previstas no art. 133 da Constituição Federal de 1988.

No art. 2º do presente estatuto, estão elencadas as principais características da profissão, merecendo destaque a função social e a independência do advogado. A independência do advogado é condição fundamental para a própria existência do Estado Democrático de Direito, tendo sido criada em nome dos próprios cidadãos e da própria sociedade. O advogado, portanto, deve se manter independente de qualquer aspecto, podendo, inclusive, recusar o patrocínio de causa que viole essa condição (NALINI, 2009, p. 45). A função social também aparece refletida na atuação do advogado, pois o advogado tem participação direta na concretização do Direito, na prestação jurisdicional e na construção da justiça social.

Rui Barbosa (2002, p. 45) já definia essa missão do bom advogado ao professar:

Perante a humanidade, perante o cristianismo, perante os direitos dos povos civilizados, perante as normas fundamentais do nosso regime, ninguém por mais bárbaros que sejam os seus atos, decai do abrigo da legalidade. Todos se acham sob a proteção das leis, que, para os acusados, assenta na faculdade absoluta de combaterem a acusação, articularem a defesa, e exigirem a fidelidade à ordem processual. Esta incumbência, a tradição jurídica das mais antigas civilizações a reservou sempre ao ministério do advogado. A este, pois, releva honrá-lo, não só arrebatando à perseguição os inocentes, mas reivindicando, no julgamento dos criminosos, a lealdade às garantias legais, a equidade, a imparcialidade, a humanidade.

A afirmação de Rui Barbosa se conjuga com o alerta dado pelo professor Nalini (2009, p. 362), de que “vive-se um momento trágico nas carreiras jurídicas”, pois há um sentimento disseminado de irreconciliável divisão entre o legal e o moral, eliminando a fé pública na lei. Além disso, os advogados “parecem desdenhar essa percepção popular e reforçam a impressão de que a ética e a moral não têm lugar na lei” (NALINI, 2009, p. 363). Isso comprova que só uma reconstrução ética

profunda é capaz de reconciliar a profissão com preceitos humanizados. Nunca se deve esquecer de que o advogado deve servir primeiro a justiça, não aos interesses meramente materiais ou técnicos.

CONCLUSÃO

O presente texto procurou demonstrar que o estudo da ética geral e profissional não tem apenas o propósito de apresentar ao aluno os principais aspectos normativos da legislação referentes à atuação dos juristas. Da forma como algumas concepções morais antagônicas foram apresentadas, fica visível o aspecto comum de necessidade de cooperação social para a construção de um sistema justo. O sistema jurídico, portanto, não se faz apenas com aparato legal e com qualificação técnica e fria. É necessário estabelecer formas de os princípios morais adentrem na vida cotidiana dos cidadãos, fazendo com que se façam presentes nas relações interpessoais.

A ética deve ser o pilar de sustentação legítimo do Direito, pois só assim será possível garantir a ausência de protagonismos individuais e de decisões pessoais baseadas exclusivamente na vontade dos detentores do poder, afastando qualquer ceticismo em relação à atividade jurisdicional. O acadêmico de Direito deve reconhecer desde cedo a necessidade de se reconhecer princípios morais fundamentais, capazes de impedir a instrumentalização e mercantilização da profissão que lida diariamente com questões relativas à justiça e aos direitos. O conhecimento técnico ou a formação prévia a entrada na faculdade não são suficientes para evitar o mau comportamento do advogado e, conseqüentemente, as conseqüências sociais de tal atuação. A crise ética vivida pelo Estado só será superada no momento em que houver a quebra desse paradigma individualista que considera desnecessário o estudo moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: UnB, 2001.

_____. *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARBOSA, Ruy. *O dever do advogado*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRITO, Adriano Naves de. *Sobre a fundamentação na moral*. In: BRITO, Adriano Naves de (Org.). *Ética: questões de fundamentação*. Brasília: UnB, 2007.

_____. *Hume e o empirismo na moral*. *Philosophos (UFG)*, Goiânia, v. 6, n. 1, p. 42-64, mar. 2001.

_____. *Hume e o universalismo na moral: por uma alternativa não kantiana*. *Ethic@(UFSC)*, Florianópolis, v. 7, p. 123-136, dez. 2008.

_____. *A história nos marcos da natureza humana*. *Cadernos de Ética e Filosofia Política (USP)*, São Paulo, v. 14, p. 7-23, mar. 2009.

_____. *Juízos ou emoções: de quem é a primazia na moral?* *Cadernos IHU Ideias (Unisinos)*, São Leopoldo, v. 4, n. 52, p. 16-21, 2006.

DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. São Paulo: Edusp, 1985.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIERKEGAARD, Soren. *As obras do amor*. Algumas considerações cristãs em forma de discursos. Petrópolis: Vozes, 2005.

LAS CASAS, Bartolomé de. *De Regia potestate*. Roma: Editori Laterza, 2007.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2004.

- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NEDEL, José. *Ética, direito e justiça*. 2.ed. Porto Alegre: PUCRS, 2000.
- _____. *Ética aplicada – pontos e contrapontos*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Summus, 1994.
- _____. *Estudos sociológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.
- ROBLEDÓ, Antonio Gómez. *Ensayos sobre las virtudes intelectuales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- ROMERO, Maria Jose Agra. *John Rawls: El sentido de justicia en una sociedad democrática*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1985.
- TOSI, Giuseppe. Raízes teológicas dos direitos subjetivos modernos: o conceito de *dominium* no debate sobre a questão indígena no sec. XVI. *Prim@ Facie (UFPB)*, João Pessoa/PB, v. 4, n. 6, p. 42-56, 2007.
- _____. Bartolomé de Las Casas: primeiro filósofo da libertação latino-americana. *Filosofazer*, v. 19, n. 36, p. 23-42, 2010.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- WEITHMAN, Paul. *Why political liberalism? On John Rawls's political turn*. New York: Oxford University Press, 2010.