

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA

Vol. 4
Nº 2
2012

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas , Letras e Artes
Departamento de Direito

ISSN: 1806-8790

REVISTA DE DIREITO

Volume 4 - Número 2 - Jul/Dez/2012

VIÇOSA - MINAS GERAIS
2012

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

Revista de Direito

Volume 4 - Número 2 - Jul/Dez 2012

Viçosa - Minas Gerais
2012

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Alejandro Garro (Columbia University - EUA),
Prof. Antonio Álvares da Silva (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Bruno Camilloto Arantes (Universidade Federal de Ouro Preto),
Profa. Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul),
Prof. Fernando Antônio N. Galvão (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Fredie Didier (Universidade Federal da Bahia),
Prof. Gláucio Maciel Gonçalves (Universidade Federal de Minas Gerais),
Profa. Iacyr de Aguiar Vieira (Universidade Federal de Viçosa),
Prof. Igor Sporch (Universidade Estadual de Ponta Grossa),
Prof. Jochen Bauerreis (Université Strasbourg - França),
Prof. Léo Leoney (Procurador Geral do Distrito Federal),
Prof. Luís Roberto Barroso (Universidade Estadual do Rio de Janeiro),
Prof. Luiz Otávio Renault (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais),
Profa. Manoela Rolland (Universidade Federal de Juiz de Fora),
Profa. Mariá Brochado (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Marlon Tomazetti (UNICEUB - Brasília),
Prof. Paulo Roque Antônio Khouri (Instituto Brasiliense de Direito Público),
Profa. Silma Berti (Universidade Federal de Minas Gerais),
Prof. Vitor Salino Eça (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais).

CONSELHO EXECUTIVO

Executora Chefe: Mileny Lacerda

Editoração Eletrônica: Marcos Antonio Jacob (Marquinhos)

Ficha catalográfica programada pela Seção de Catalogação e Classificação da Biblioteca Central da UFV

REVISTA DE DIREITO/Universidade Federal de Viçosa.
Departamento de Direito, Vol. 4, nº 2 (2012)
Viçosa UFV, DPD, 2012.
v.; 22cm.
174p. : i1; 22cm .
Semestral.
ISSN : 1806- 8790
Texto em português, espanhol, inglês e francês.
1.Direito - Periódicos . 1. Universidade Federal de Viçosa. Departamento de Direito .
CDD 20.ed. 340.05

Nota: a periodicidade da revista foi interrompida no período de 2005/2009.

Sumário

Primeira parte

ARTIGOS JURÍDICOS

Os artigos estão dispostos em ordem alfabética dos nomes dos autores.

- A responsabilidade civil objetiva: apontamentos sobre o dano injusto e sobre o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.....**13
Filipe Rodrigues Garcia
- Direito e Literatura: o despertar de antigas ideias.....**43
Iacyr de Aguiar Vieira
- Fenomenologia e Jurisprudencialismo: um diálogo possível?.....**53
José Carlos Henriques
- A Cooperação Internacional71**
Leila Arruda Cavallieri
- Apontamentos Sobre o Surgimento da OCDE no Contexto do Nascente Direito Internacional do Desenvolvimento91**
Lucas Carlos Lima
- “Guerra ao Terror” e os Limites do Direito Internacional: de 11 de Setembro à Morte de Osama Bin Laden109**
Pedro Guimarães Vieira
- O Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado e os Adicionais de Remuneração: prevenção dos riscos inerentes à atividade laboral ou monetização da saúde do trabalhador?.....139**
Roberta Freitas Guerra
- Implantação do Processo Eletrônico na Perspectiva Dialógica.....157**
Rogério Medeiros Garcia de Lima

Segunda parte

- Jurisprudência Comentada177**

PREFÁCIO

A Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa chega à sua 6ª edição ao tempo em que o curso completa vinte anos.

Neste período muitos foram os desafios enfrentados, a começar pelo seu nascimento. Passamos por um momento conturbado de gestação. Afinal, foi o curso germinado em uma instituição eminentemente agrária. Enfrentamos a resistência de uma ala que, por cautela, posicionava-se contrariamente à criação, na UFV, de cursos não pertencentes às ciências agrárias, com o receio de que a instituição perdesse a qualidade e credibilidade conquistada.

Argumentava-se, por exemplo, que uma cidade do interior era propícia para a profusão do conhecimento agrário, mas não para o conhecimento jurídico, posto que distante dos Tribunais e centros jurídicos onde, supostamente, no linguajar coloquial, as coisas acontecem.

Nascemos, então, em clima de desconfiança. Esse cenário, contudo, acabou se revelando favorável, pois exigiu dos docentes e discentes um empenho ainda maior, forjando nossa postura de busca constante de superação.

Era necessário mostrar à UFV que não apenas usufruiríamos os louros de suas conquistas, mas que também seríamos capazes de dar orgulho a ela.

Assim crescemos, como um filho a todo tempo posto à prova.

Enfrentamos alguns percalços, mas, por outro lado, muitas foram as nossas conquistas, emblematicamente sintetizadas na obtenção dos primeiros lugares nacionais nos exames unificados da OAB.

O grande desafio agora é a busca da consolidação da nossa revista no cenário jurídico nacional. Conseguimos a obtenção do QUALIS (em seu nível inicial, cumpre confessar) e implementamos um sistema de distribuição da revista que nos permite atingir atualmente mais de 90 instituições no País e no exterior.

A partir desta edição, contaremos com um Conselho Editorial externo e com um nova forma de seleção de artigos jurídicos. Queremos, aproveitando o ensejo, registrar publicamente os agradecimentos aos conselheiros que aceitaram o nosso convite e estarão conosco nesta caminhada. Assim, consignamos nossa gratidão aos Professores Alejandro Garro (Columbia University - EUA), Prof. Antonio Álvares da Silva (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof. Bruno Camilloto Arantes (Universidade Federal de Ouro Preto), Profa. Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Prof. Fernando Antônio N. Galvão (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof. Fredie

Didier (Universidade Federal da Bahia), Prof. Gláucio Maciel Gonçalves (Universidade Federal de Minas Gerais), Profa. Iacyr de Aguiar Vieira (Universidade Federal de Viçosa), Prof. Igor Sporch (Universidade Estadual de Ponta Grossa), Prof. Jochen Bauerreis (Université Strasbourg - França), Prof. Léo Leony (Procurador Geral do Distrito Federal), Prof. Luís Roberto Barroso (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), Prof. Luiz Otávio Renault (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), Profa. Manoela Rolland (Universidade Federal de Juiz de Fora), Profa. Mariá Brochado (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof. Marlon Tomazetti (UNICEUB - Brasília), Prof. Paulo Roque Antônio Khouri (Instituto Brasiliense de Direito Público), Profa. Silma Berti (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof. Vitor Salino Eça (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais).

Nossos agradecimentos também, cumpre destacar, aos autores que colaboraram com o envio de artigos.

Colocamo-nos novamente à prova, agora na ousada pretensão de que as montanhas de Minas possam dar uma significativa contribuição à produção jurídica científica nacional. Esperamos que os leitores tenham uma proveitosa e enriquecedora leitura, pois sabemos que eles serão peça fundamental neste julgamento.

Gabriel Pires

Membro da Comissão da Revista de Direito da UFV

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES DA REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFV

1. Os trabalhos para publicação editados pela Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV) deverão ser, preferencialmente, inéditos.
2. Os trabalhos deverão ser enviados para o e-mail revistadir@ufv.br para seleção de publicação. Esses trabalhos deverão ser precedidos de uma folha contendo o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos e a principal atividade exercida na Instituição.
3. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 14724/2011 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT).
4. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista. O(s) autor(es) receberá(ão) gratuitamente um exemplar da Revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
5. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista.

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: APONTAMENTOS SOBRE O DANO INJUSTO E SOBRE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL.

Filipe Rodrigues GARCIA*

INTRODUÇÃO

O dever de reparar danos está longe de ser um tema pacífico e, por isso, vem despertando inquietantes debates jurídicos. O estudo dos conceitos, definições, alcances e sentidos dos elementos da responsabilidade civil é alterado com a própria dinâmica tecnológica e cultural que envolve a sociedade.

Dessa forma, a responsabilidade civil se mostra como um caminho de travessia, cujo destino pode ser alterado pela correnteza. Vale lembrar, nesse contexto, as palavras de Riobaldo, em *Grande Sertão: Veredas* “a gente quer passar um rio a nado, e passa: mas vai dar na outra banda é num ponto muito mais baixo, bem diverso do em que primeiro se pensou”¹. As incertezas do futuro e a constante evolução humana faz com que as discussões em responsabilidade civil apontem para uma solução que, não tarde, poderá ser superada. Pretende-se, com este trabalho, buscar não respostas definitivas às polêmicas que o tema admite, mas, antes, apontá-las e propor um estudo sistematizado, de acordo com os atuais estágios jurídico e social.

* Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; pós graduando em Direito Público; professor de Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

¹ ROSA, João Guimarães Rosa. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 35.

Serão discutidos, num primeiro momento, os contornos do ato ilícito e do dano injusto, ressaltando a preocupação já existente no que tange à explosão dos danos ressarcíveis e à necessidade de conter o fenômeno. Posteriormente, já adentrando no tema da responsabilidade civil, serão delineadas as etapas de evolução pelas quais passaram o tema. Serão observadas as mudanças de paradigma e a tendência de objetivação da responsabilidade civil.

Em tópico específico será debatido o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, em que se percebe verdadeira cláusula geral da responsabilidade civil objetiva. Importante investigar, para melhor compreensão do dispositivo, o atual entendimento doutrinário sobre as expressões que compõem a norma, tais como “atividade de risco”, “atividade naturalmente desenvolvida”, “atividade que, por sua natureza, implique em risco”.

Também serão analisados os artigos do código civil que doutrina e jurisprudência reconheceram como fruto do fenômeno da responsabilidade objetiva. São as hipóteses de danos causados por terceiro ou por coisa. Por fim, merece igual atenção o estudo dos prejuízos causados em acidentes automobilísticos. O debate passará pela seguinte questão: dirigir um automóvel é uma atividade de risco a ser enquadrada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil?

Percebe-se que a vastidão do tema envolve discussões que merecem maiores aprofundamentos teóricos. Tentar compreendê-las é o primeiro importante passo.

I - O ATO ILÍCITO E O DANO INJUSTO: PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

O ato ilícito, ao lado dos contratos e dos atos unilaterais é considerado fonte de obrigação. O sujeito que realiza um ato ilícito fica obrigado a reparar o dano causado à vítima. No artigo 159 do Código Civil de 1916 já se encontrava a previsão do referido instituto, sob os seguintes termos: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. O novo Código Civil, no artigo 186, reconhecendo o dano moral como consequência do ato ilícito, trouxe a seguinte redação: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O estudo do ato ilícito traz importantes debates para o âmbito da responsabilidade civil. Seu conceito tradicional, inclusive, vem sendo

relido de acordo com a concepção solidarista e humanista dada pelo direito civil-constitucional. São profundos os questionamentos acerca do que se considera dano ressarcível e de quais mecanismos podem ser usados para evitar a reparação pecuniária como panaceia.

A doutrina clássica leciona que o ato ilícito é qualquer ato culposo e antijurídico, violador de norma positivada. Dessa forma, não há que se falar em ilicitude se não houver ato culposo contrário à norma jurídica. Sergio Cavalieri Filho aponta dois aspectos do ato ilícito que devem ser considerados:

No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. [...] No seu aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de um ato humano consciente e livre².

Os crescentes danos decorrentes da evolução social e tecnológica tornaram o estudo do ato ilícito insuficiente para fundamentar a responsabilidade civil. Em muitos casos, a atividade realizada pelo causador do dano não contrariava a lei, mas causava prejuízos de grande monta à coletividade. Em outras situações, a necessidade de prova do elemento subjetivo se revelava tarefa impossível para a vítima, de forma que esta era a única a arcar com os prejuízos sofridos.

Assim, os fortes elementos da responsabilidade civil, quais sejam, antijuridicidade e culpabilidade, aos poucos, cediam espaço para a responsabilidade objetiva. Passou-se a dar mais ênfase não tanto à conduta ilícita do agente, mas a seu efeito: o dano a um bem juridicamente tutelado, o chamado dano injusto.

A idéia de dano injusto veio suportar as demandas de vítimas que se viam agredidas em algum bem não expressamente protegido em lei, mas igualmente merecedor de tutela. Em busca de um conceito para dano injusto, Maria Celina Bodin afirma que

o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida³.

A Constituição Federal forneceu arcabouço normativo e princípio de proteção às vítimas de dano injusto. Isso devido ao reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, do princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º, I e do princípio da reparação integral do dano.

A pessoa humana, agora colocada no centro do ordenamento jurídico, jamais poderá ter um interesse jurídico frustrado sem a correspondente reparação. O dano injusto, assim, veio alargar a tutela da pessoa natural, obstaculizando a violação de um bem merecedor de tutela, passando a ser compreendido como o dano indenizável ou ressarcível.

Modernamente, pois, desvincula-se o conceito de dano da noção de antijuridicidade, adotando-se critérios mais amplos, que englobam não apenas direitos (absolutos ou relativos), mas também interesses que, porque considerados dignos de tutela jurídica, quando lesionados, obrigam à sua reparação. Eis aí a tutela ressarcitória com base na cláusula geral de responsabilidade⁴.

O problema passou a ser identificar, no caso concreto, qual dano seria passível de indenização. Isso porque houve crescente aumento da provocação do Poder Judiciário para resolver lides sobre eventos outros triviais, mas que as vítimas elevavam à categoria de evento danoso.

No que tange aos pedidos de reparação por dano moral, ficou evidente que deveria haver filtros capazes de detectá-lo. Do contrário, qualquer aborrecimento ou incômodo serviria de respaldo para alegação de ter havido prejuízo extrapatrimonial. Viu-se, então, a necessidade de se investigar quais seriam os verdadeiros contornos do dano injusto.

Os parâmetros utilizados vêm sendo dos mais variáveis: relevância social do dano, manutenção da utilidade pública e da eficiência

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 326.

econômica, a dimensão da dor, violação da dignidade humana, dentre outros⁵.

Há que se ressaltar que a busca de parâmetros objetivos definidores de dano injusto poderá limitar os princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Fatalmente, a objetivação poderia significar a ausência de proteção integral às vítimas frente às mudanças constantes da sociedade. A delimitação do dano injusto também poderia acarretar no automatismo do julgador. Ou seja, se no caso concreto já for possível determinar mediante elementos objetivos que aquele fato acarreta, por si só, um dano, o aplicador da lei não raras vezes deixará de conferir se, evidentemente, aquele ocorreu. A análise passaria muito mais pelo fato do que pelo dano, significando mais um giro na responsabilidade civil.

Necessário que o aplicador do direito busque, através da ponderação dos interesses em jogo, identificar se restou configurado um dano indenizável. Trata-se de uma qualificação do evento conforme os ditames constitucionais e legais, de forma a se garantir a justa indenização. Assim como o *quantum debeatur* só pode ser fixado com base no aparato probatório e circunstâncias indicados pela vítima do dano, assim também deve se raciocinar para a identificação do dano.

Por outro lado, para reprimir as demandas indiscriminadas, deve-se afastar a reparação quando se está diante de dano tolerável⁶. Este pode ser vislumbrado em situações corriqueiras advindas do próprio contato humano. Falam-se, nesses casos, em meros dissabores, tristezas, desapontamentos normais e esperados. As demandas movidas pelo desejo único de auferir lucros, por óbvio, devem ser prontamente descartadas. Essa percepção, reforça-se, não pode ser obtida pelo legislador, mas apenas pelo aplicador do direito, em contato estreito com o litígio.

O juízo do merecimento de tutela, a cargo das cortes, somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 120.

⁶ José Aguiar Dias traz exemplos de danos que não são ressarcíveis: "o comerciante melhor aparelhado prejudica a seus concorrentes; o cidadão que procura casa e que, por suas relações com o proprietário do imóvel, obtém o apartamento vago, prejudica o pai de família vítima da crise de habitação; o aluno que obtém um prêmio lesa os colegas; o bispo que condena o mau livro prejudica o seu autor; o educador que proíbe o cigarro aos alunos prejudica o negociante do fumo" (*Da responsabilidade civil*, 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 67)

conflito particular, que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz das circunstâncias peculiares. Deixa-se, assim, de se perseguir a enumeração de novos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico de forma geral e abstrata [...] e se passa simplesmente a definir, em cada caso concreto, o âmbito de prevalência dos diversos interesses contrapostos⁷.

As ações judiciais cujo objeto é o ressarcimento do dano, embora muitas vezes surjam com um pretexto de lucro fácil ou de remédio para todos os males, demonstram a efetividade dos princípios constitucionais no tema responsabilidade civil. Nesse sentido é a lição de Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] a difusão da reparação do dano moral é consequência direta, embora inconsciente, de um processo de constitucionalização da responsabilidade civil. Com efeito, o expressivo aumento de indenizações a este título é revelador do fato de que o direito nacional se voltou, como determina a Constituição, para a proteção dos interesses extrapatrimoniais das pessoas humanas⁸.

A tendência, conforme se tem notado na jurisprudência, é no sentido de se realizar a análise casuística do evento danoso, rechaçando qualquer tentativa de categorizar as espécies de dano. Busca-se, a todo custo, proteger a pessoa humana, conforme preleciona a atual Carta de 1988.

Embora tenha sido a Constituição Federal a responsável por elevar a pessoa humana no ordenamento jurídico, antes já vinha se percebendo acentuada preocupação com a vítima de eventos danosos. No âmbito da prova da culpa pelo ato ilícito, percebia-se uma tendência a flexibilizar o elemento subjetivo, facilitando, assim, a reparação do dano.

O caso da culpa, elemento intrínseco ao ato ilícito, deixou evidente a mudança de paradigmas no âmbito da responsabilidade civil. Passou-se a falar em objetivação do dever de reparar o prejuízo como um novo fenômeno a ser admitido. A Constituição Federal de 1988 ad-

⁷ SCHREIBER, Anderson. Op. Cit, p. 138

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit, p. 327.

mitiu a responsabilidade objetiva para algumas situações, como danos praticados por agentes públicos e danos ocasionados por atividades nucleares (artigos 37, §6º e 21, XXIII, *d*, respectivamente). Também o Código Civil positivou no parágrafo único do artigo 927 a cláusula geral de responsabilidade objetiva. Toda essa mudança decorrente da evolução da responsabilidade civil merece ser pormenorizada. É o que se pretende no tópico seguinte.

II - A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Originalmente, o sistema brasileiro se baseava na subjetividade da conduta do agente causador do dano. Assim, primeiro se averiguava se o agente tinha agido de forma negligente ou imprudente para, então, buscar a satisfação da vítima. Era essa a posição já adotada pelo Código Civil de 1916, no artigo 159. A culpa, juntamente com o nexo causal e o dano se faziam imprescindíveis para fins de indenização da vítima.

A culpa pode ser conceituada como um indicador de conduta voluntária manchada pela falta de cuidado (culpa em sentido estrito) ou de uma ação em que se deseja certo resultado ilícito (dolo). Nas palavras do doutrinador Alvino Lima,⁹ culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente". O dano, por sua vez, é compreendido como um prejuízo que causa desequilíbrio à vítima, seja financeiro, seja emocional, ou ainda estético. O nexo causal, por sua vez, é o liame entre a conduta culposa do agente e o dano sofrido pela vítima. Provas dos três referidos elementos (culpa, dano e nexo causal) é possível vislumbrar a responsabilidade civil subjetiva.

Importante salientar que o agente a quem foi imputada a culpa pode afastar o dever de reparar o dano por duas formas. Na primeira, demonstra ausência de culpa, provando que sua conduta foi diligente e que de tudo fez para evitar o dano. Na segunda, o agente prova que não existe nexo entre sua conduta e o prejuízo sofrido pela vítima. Como excludentes de nexo causal, tem-se o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro¹⁰.

Ocorre que a responsabilidade civil subjetiva se tornou insufi-

⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 69.

¹⁰ Alguns autores alertam que a culpa de terceiro pode se equiparar a estado de necessidade ou a caso fortuito. Afirmam que a jurisprudência dominante só exclui a responsabilidade quando o fato de terceiro nada tem a ver com a coisa, a pessoa ou a atividade, ensejando situação semelhante à força maior (TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 811).

ciente para alcançar diversas situações de dano injusto. A convivência acentuada da sociedade com as máquinas, os meios de produção em massa e a crescente industrialização trouxe riscos acentuados para toda a coletividade. A demonstração da culpa tornou-se uma exigência penosa para a vítima, visto que, desconhecendo a tecnicidade das máquinas, não conseguia detectar o erro de conduta na realização de determinada atividade. Falava-se, inclusive, em prova diabólica naqueles casos em que a demonstração da culpa pela vítima se fazia impossível. Os responsáveis pelos danos, então, ganhavam isenção de responsabilidade pelo próprio sistema que exigia a culpa como elemento imprescindível. Isso porque não se cogitava no dever de reparar os danos se não fosse vislumbrada a conduta culposa.

A fim de auxiliar a vítima, foram pensados mecanismos que flexibilizassem o elemento culpa. Um deles foi o chamado método de apreciação da culpa. No caso concreto, equiparava-se a conduta do agente causador do dano a um sujeito diligente, em abstrato, o denominado bom pai de família. Se a ação do acusado fosse semelhante ao do homem diligente, a culpa seria afastada e, por decorrência, também a responsabilidade civil. Outro mecanismo utilizado foi a presunção da culpa. Por essa técnica, não cabia à vítima provar que o agente agiu culposamente, mas o acusado poderia afastar o elemento subjetivo, comprovando que agiu diligentemente. Em algumas hipóteses, a presunção poderia ser absoluta, inadmitindo qualquer prova em contrário¹¹

Percebe-se que o caminho tomado foi justamente no sentido de objetivar a responsabilidade civil, tornando a culpa um elemento cada vez mais acessório. Nesse sentido, pondera Jeovanna Viana que

A culpa já não conseguia inserir-se nestes novos danos, tornando-se difusa e impedindo a devida reparação. Forma-se assim a responsabilidade objectiva, que ocorre independentemente do elemento subjectivo – a culpa – baseando-se na ideia de que a produção do dano deverá obrigar à sua reparação por parte de quem criou o perigo¹².

No Código Civil brasileiro de 1916, a regra era da responsabilidade subjetiva, conforme se apreendia do artigo 159. No entanto,

¹¹ GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: 2000, p. 88-93.

¹² VIANA, Jeovana. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 83.

foram surgindo leis esparsas que objetivaram algumas hipóteses de responsabilidade civil, tais como a lei para as atividades de mineração (Decreto-lei nº 227/67), a lei de acidentes de veículos (Lei nº 6.194/74 e Lei nº 8.441/92), a lei de atividades nucleares (Lei nº 6.453/77), lei das atividades lesivas ao meio-ambiente (Lei nº 6.938/81), lei de transporte aéreo (Lei nº 7.565/86) e a lei de defesa do consumidor (Lei nº 8078/90)¹³.

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativa contribuição para o tema da responsabilidade civil. No artigo 1º, III, sedimentou-se como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana. E no artigo 3º, I, consagrou-se como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, positivando, assim, o princípio da solidariedade. A pessoa humana passou a ser o centro do ordenamento jurídico, deixando para segundo plano as questões patrimoniais. Assim, a vítima de um dano injusto ganhou maior relevância, devendo ser ressarcida sempre que se demonstre o prejuízo a um interesse juridicamente tutelado.

Trata-se, sim, de proteger a pessoa humana em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade. Não é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade humana é sempre interindividual, baseada em uma ética de alteridade e jamais individualista¹⁴.

Sob essa perspectiva, o novo Código Civil positivou, ao lado do já consagrado sistema da responsabilidade subjetiva, o sistema da responsabilidade sem culpa. Por esse último, tem-se a objetivação do dever de reparar os danos, na medida em que o nexo de imputabilidade deixa de ser a culpa e passa a ser o risco¹⁵. Fala-se, portanto, na convivência dos dois sistemas de responsabilidade civil, rechaçando a ideia de que a responsabilidade subjetiva seria a regra e a objetiva seria a exceção¹⁶.

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 384.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson e PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 35, jul/set de 2008, p.109.

¹⁵ ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade*. In: Diálogos sobre o direito civil, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 442.

¹⁶ Defendendo que o Código Civil optou pelo sistema da responsabilidade subjetiva como regra, sustenta Flávio Tartuce que "Sobre o argumento de que o Código Civil de

Vale ressaltar que o Código Civil de 2002 não apenas firmou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, no parágrafo único do artigo 927, como também positivou hipóteses de reparação apartada da culpa em artigos como o 932 lido em conjunto com o artigo 933, bem como os artigos 931, 936, 937 e 938.

Para que se configure a responsabilidade objetiva, necessário que a vítima prove os mesmos elementos da responsabilidade subjetiva, exceto a culpa. O dano e o nexo causal continuam sendo elementos caracterizadores da obrigação de indenizar. Deve restar provado, portanto, o liame entre a atividade desenvolvida e o dano. Ressalta-se que nos casos de responsabilidade por conduta de terceiro, o nexo entre a conduta do causador do dano e o prejuízo deverá ser provado para que o responsável indicado na lei seja obrigado a indenizar a vítima.

As excludentes de responsabilidade civil em âmbito de responsabilidade objetiva se aterão apenas ao elemento do nexo causal. Dessa forma, o suposto causador do dano só afastará seu dever de indenizar se provar caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Além do fenômeno da objetivação, mudanças significativas no estudo da responsabilidade civil podem ser observadas, como a flexibilização do nexo causal. Vale frisar que, na responsabilidade civil objetiva, a regra é a demonstração do dano e da causalidade entre este e a atividade realizada pelo agente. Ocorre que a jurisprudência vem admitindo situações em que o responsável é obrigado a indenizar independente de haver relação entre sua atividade e o dano alegado pela vítima. É a chamada responsabilidade objetiva agravada¹⁷. O liame de causalidade é presumido, a depender da atividade, como se dá na exploração de energia nuclear, em que as excludentes são específicas como situações de conflito armado, guerra civil, hostilidades, insurreição ou fato excepcional da natureza (art. 8º da Lei 6453/77). Nas palavras de Andréa Ueda: “não há que se falar em demonstração do nexo causal, que acaba por ficar subtendido (*in re ipsa*) tamanhos os riscos advindos de tal atividade”¹⁸. Há, ainda, a responsabilidade baseada no

2002 traz mais hipóteses de responsabilidade objetiva do que subjetiva, é interessante lembrar que é da técnica legislativa positivar as exceções e não a regra” (TARTUCE, Flavio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, v. 2, 5 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 457).

¹⁷ NORONHA, Fernando. *Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização*. In: *Revista de Direito Civil*, vol. 64, abril/junho de 1993, p. 34.

¹⁸ UEDA, Andréa Silva Rasga. 2008. *Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002*. 177f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 20.

risco integral que não admite excludentes de qualquer espécie. Lembra Maria Celina Bodin que a teoria do risco integral é adotada pelo nosso sistema “através do mecanismo do seguro obrigatório [...] nos casos de atropelamento por veículos automotores”¹⁹.

Também nas hipóteses de dano anônimo fala-se em presunção do nexo causal. São situações em que não se consegue identificar exatamente o agente causador do dano, mas é possível apontar o grupo onde ele estava inserido. “Como exemplo clássico tem-se o acidente de caça, em que um disparo atinge a vítima, sem que se possa determinar de que arma partiu o projétil”²⁰. Em proteção à vítima, flexibiliza-se o nexo causal, trazendo à tona a coletivização da responsabilidade pelo dano, de forma a imputar a conduta danosa a todos os prováveis agentes ou a todo o grupo.

O fenômeno da securitização também assume papel relevante no contexto evolutivo da responsabilidade civil. Já se observa o fenômeno nas atividades automobilísticas, em que se exige o pagamento de seguro obrigatório e nas relações de trabalho, em que o empregador deve pagar o seguro por acidente. Tem-se, na verdade, a transferência da responsabilidade a um terceiro, no caso, a seguradora que fará um pagamento mínimo à vítima, indenizando-a pelo prejuízo suportado.

Pertinente é o alerta de Orlando Gomes: “quando o responsável é segurado contra a responsabilidade civil, o inconveniente é que o efeito intimidatório do pagamento da indenização passa a não existir, mas suas vantagens compensam-no”²¹. De fato, transpassar o dever de indenizar a outrem, faz com que o sujeito que pratica uma atividade de risco releve as consequências, pois, em todo caso, haverá o mecanismo apropriado que reparará os prejuízos da eventual vítima. A securitização, assim, seria um obstáculo à precaução dos danos.

A indenização mediante seguros ainda é um movimento incipiente no Brasil, embora já se sustente que “a curto prazo, a responsabilidade individual será substituída pelos seguros privados e sociais, com a criação de fundos coletivos de reparação, a serem financiados por contribuições dos criadores dos riscos”²². Atualmente, vê-se que os prêmios estão aquém da indenização merecida, de forma que ainda resta à vítima buscar a reparação completa diretamente do causador do

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Op. Cit, p. 388.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. Op. Cit, p. 72.

²¹ GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 301.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit, p. 147.

dano. Importante pensar em um sistema de securitização que garanta a plena satisfação da vítima, sem qualquer limitação que relativize a reparação integral do dano. O tema merece maiores aprofundamentos não só por parte do Direito, mas também da Economia e das áreas afins.

III - O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL

A atividade de risco passou a ser considerada como fonte do dever de reparar, conforme se estabelece no artigo 927 do atual Código Civil:

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

As novas tecnologias aumentaram as possibilidades e probabilidades de danos, de forma a abalar a segurança social esperada. Conforme se aduz da norma acima, o legislador entendeu que se deveriam imputar os ônus das atividades de risco àquele que as desenvolve.

A mesma norma elegeu duas hipóteses de responsabilidade sem culpa: quando a lei assim especificar e quando o autor do dano normalmente realizar atividade que implique em risco para a sociedade.

Acerca da segunda parte do parágrafo único, o debate na doutrina é acirrado e muito se discute sobre o que se pode entender pelas expressões “atividade normalmente desenvolvida”, “por sua natureza” e “risco”. Trata-se, como se percebe, de norma genérica, aberta e passível de interpretação, caracterizando-a como verdadeira cláusula geral. As cláusulas gerais são compreendidas como técnicas legislativas que permitem a oxigenação do sistema jurídico, admitindo a inserção de elementos extrajurídicos, de forma a compatibilizar o fato com a norma, com os valores sociais e também com a Constituição Federal. Sendo assim, nos casos de indenização independente de culpa, fica a cargo do juiz

em primeiro lugar, a tarefa de responder, à luz do caso concreto, se a atividade exercida pelo autor do dano qualifica-se como sendo de risco, para o que não terá o julgador outra alternativa senão recorrer aos parâmetros existentes em outras normas do pró-

prio código, da Constituição e da legislação especial, assim como a construções doutrinárias e a elementos extrajurídicos²³.

Resta, portanto, fixar balizas para a correta exegese do parágrafo único do artigo 927.

Por atividade compreende-se a concomitância de atos que, de forma estruturada, se destina a algum fim, seja econômico, esportivo ou recreativo²⁴. Essa estrutura não deve ser necessariamente empresarial ou com intuito lucrativo, visto que a letra da lei não induz interpretação nesse sentido.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 3º, fornece amparo para a caracterização de atividade. Em leitura conjunta do *caput* com o parágrafo segundo, tem-se que as atividades são aquelas que constroem, criam, montam, transformam, distribuem, comercializam e geram produtos e serviços.

Assim, a atividade disposta na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil é aquela decorrente da estrutura organizada, que se insere na economia, podendo ter o objetivo que for: produção, industrialização, comercialização, prestação de serviço, lucrativo ou não, e da qual advêm danos por conta dos riscos que se encontram ínsitos no seu desempenho²⁵.

A atividade deve ser normalmente desenvolvida pelo agente causador do dano. Alguns autores tratam a normalidade como sinônimo de habitualidade ou frequência. No entanto, não parece ser esse o melhor entendimento. Isso porque a prova da habitualidade seria um ônus que penderia sobre a vítima para que conseguisse a reparação do dano sofrido. Além do mais, como seriam tratadas as hipóteses de atividades notoriamente perigosas que causassem danos poucos instantes ou dias depois de sua instalação, sem terem se caracterizado como contínuas?

A normalidade citada pelo legislador deve dizer respeito aos meios utilizados para o desenvolvimento da atividade. Em outras palavras, a atividade investigada deve *normalmente* se desenvolver sob

²³ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

²⁴ *Ibidem*, p. 137.

²⁵ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 95.

aquela estrutura apresentada. A normalidade, assim, está ligada ao *modus operandi* da atividade.

Assim, por exemplo, imagine-se uma sociedade cujo único objeto é a venda de flores e plantas. Até aqui, vê-se que não existe nenhuma atividade de risco normalmente desenvolvida [...]. Mas vamos supor que ela tivesse um pequeno gerador de energia, movido a diesel, para o caso de falta de energia elétrica e ela pudesse continuar trabalhando e, principalmente, manter refrigerado o seu estoque. Certo dia, o mencionado gerador explode, acarretando danos nos prédios vizinhos. Dessa forma, seria possível a aplicação da regra do art. 927, parágrafo único, do CCB, tendo em vista a utilização de gerador de energia movido a diesel, que sabidamente é um produto altamente inflamável? Temos que a resposta seria negativa, uma vez que na atividade normalmente desenvolvida por esta sociedade não era necessário o uso de diesel, mas apenas e tão-somente em casos de emergência, que era forçoso o uso do gerador. Contudo, é claro que o dono do empreendimento deve responder pelos danos ocasionados nos prédios vizinhos, mas não com base no disposto do art. 927, parágrafo único, do CCB²⁶.

Outra questão gira em torno do que seja uma atividade de risco. Risco, segundo o dicionário Houaiss é “a probabilidade de perigo”. Pietro Perlingieri, por sua vez, define atividade perigosa como

quelle attività che, pur non essendo prese in considerazione da tali leggi, [leggi speciali] presentino, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, una rilevante probabilità di danno o una “spiccata potenzialità offensiva”²⁷

²⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. *A responsabilidade civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Leo_resp.doc>. Acesso em 10/08/2012.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 639. Tradução livre: [atividades perigosas são] aquelas atividades que, embora não sendo consideradas por tais leis [leis especiais] produzem, por sua natureza ou pelas características dos meios utilizados, uma probabilidade substancial de dano ou

Embora grande parte dos doutrinadores entenda risco e perigo como sinônimos, Andréa Ueda faz a distinção, afirmando que o risco é abstrato e inerente a toda atividade, enquanto o perigo é concreto, ou seja, é o risco materializado²⁸. Para fins do presente trabalho, será adotada a concepção de risco e perigo como sinônimos.

São várias as correntes que tentam explicar a espécie de risco admitida pelo Código Civil. A teoria do risco proveito defende que deve suportar os riscos da atividade apenas aquele que dela tenha benefício econômico. Salienta Andréa Ueda que

O único inconveniente de utilizar o risco-proveito é o de que, apesar de o lesado precisar apenas demonstrar o nexo causal entre a atividade e o dano, ao arguir que aquele que detém o controle da atividade de risco deve responder porque auferir benefícios ou proveitos pelo seu desempenho, acaba por chamar para si a demonstração do proveito, o que se tornará, por vezes, mais difícil do que se tivesse que demonstrar a culpa daquele²⁹.

A teoria do risco profissional caminha no mesmo sentido, acrescentando que a atividade deve se relacionar a uma atividade empresarial específica. A teoria do risco excepcional, por sua vez, sustenta que o responsável pela atividade que apresenta risco exacerbado, ou seja, que produz riscos desmesurados, deve arcar com os ônus pertinentes. Essa teoria não está abarcada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, mas foi adotada pela Lei 6.453/77, que versa sobre as atividades nucleares. Difere da teoria do risco integral que não admite sequer excludentes de nexo causal, tornando o elemento da responsabilidade civil irrelevante, juntamente com a culpa.

Por fim, a teoria do risco criado prediz que toda atividade que expõe alguém a risco traz para o seu responsável o dever de reparar danos dela advindos. É a teoria mais ampla e mais benéfica à vítima, ratificando, inclusive, os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana insculpidos na Constituição Federal.

O dispositivo legal analisado também suscita que a atividade deve ser aquela que “por sua natureza implicar risco”³⁰. A natureza da

de forte potencial ofensivo.

²⁸ UEDA, Andréa Silva Rasga. Op. Cit, p. 96-98.

²⁹ Ibidem, p. 112.

³⁰ rt. 2050 Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose - Chiunque cagiona danno

atividade deve ser analisada partindo de elementos técnicos capazes de apontar sua periculosidade. Nesse sentido, a doutrina italiana, buscando compreender o alcance do artigo 2.050, (norma semelhante ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro) propõe dois critérios para definir atividade perigosa: "i) a quantidade de danos habitualmente causados pela atividade em questão; ii) a gravidade de tais danos"³¹. A estatística é importante balizador para determinação da periculosidade das atividades e deve ser levada em conta pelo julgador, no caso concreto. Mas não deve ser o único critério, visto que o risco pode variar conforme o modo, o tempo e o lugar. O perigo, assim, deve ser compreendido de forma dinâmica, a depender dos avanços tecnológicos, das possibilidades de amenizar o risco e do grau de desenvolvimento da atividade analisada. Raquel Bellini sugere o reconhecimento dos índices fornecidos pela estatística como um ponto de partida na análise do perigo, concluindo que

trata-se, pois, de avaliar o risco mediante um procedimento em duas etapas: primeiro, determina-se, em abstrato, conforme os parâmetros estatísticos e técnicos, o grau de perigo envolvido; depois, avalia-se se o grau de perigo foi modificado segundo as características concretas da atividade em jogo, o que pode variar para mais ou para menos³².

Nota-se que a compreensão do parágrafo único do artigo 927 do Estatuto Civil evoluirá juntamente com a tecnologia. Com o tempo, as clássicas atividades de risco ganharão mecanismo de controle da periculosidade, descaracterizando-a para os efeitos da norma. A fluidez da norma permitirá que o aplicador do direito analise a atividade em seu contexto, de forma a aplicar ou afastar a responsabilidade objetiva.

IV - RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO OU DE COISA

Os artigos 932, 933, 936, 937 e 938 do estatuto civilista tratam

ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

³¹ A MONARETI. Pier-Giuseppe *apud* TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 809.

³² SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Op. Cit, p. 145-146.

de situações específicas de responsabilidade civil. Os dois primeiros dispositivos versam sobre a responsabilidade por fato de terceiro e os últimos dissertam sobre o dever de reparar o dano ocasionado por coisa. Resta discutir se houve, por parte do legislador, o esforço em objetivar as mencionadas responsabilidades.

O artigo 933 do Código Civil disserta que "as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos". Trata-se de hipóteses de responsabilidade por ato de terceiro, em que os sujeitos citados nos incisos do artigo 932 respondem objetivamente por conduta alheia³³. É o caso do pai que responde pelos atos do filho menor, do empregador que responde pelas ações de seu preposto, do hoteleiro pelos atos de seus hóspedes, etc.

Cabe uma ressalva quanto à dicção do artigo 933. Embora a norma fale em responsabilidade objetiva em face dos responsáveis, não isenta a vítima de provar a conduta culposa de quem causou o dano. A guisa de exemplo, para se falar em responsabilidade civil do empregador pelo ato do empregado, deve-se provar, antes, a culpa do último. Por isso, fala-se em responsabilidade objetiva impura, visto que deve ser apontada a culpa daquele que praticou o ato danoso. O enunciado 191 da III Jornada de Direito Civil/CJF traz previsão nesse sentido: "a instituição hospitalar responde, na forma do art. 932, III, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes do seu corpo clínico".

O inciso I do artigo 932 traz dúvida pertinente acerca da prova da culpa do menor, para fins de imputar a responsabilidade ao genitor. Como aferir se a conduta do menor foi diligente ou não, se seu discernimento é considerado incompleto para fins de capacidade civil? Em resposta ao questionamento, José Fernando Simão sugere que a análise seja feita em comparação aos atos de um capaz. Assim, se o agente fosse maior e tivesse praticado o mesmo ato, possível seria aferir a presença

³³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

ou não da culpa³⁴.

A proposta de equiparar o incapaz a um capaz se mostra arriscada. Tal ficção permitiria comparar a conduta de uma criança de dois anos ao ato praticado por um homem de dezoito anos. O critério de aferição de culpa não seria razoável, na medida em que seria atribuído discernimento de um adulto a uma criança ou a um bebê.

Pode-se cogitar a possibilidade de averiguar o discernimento do menor por meio de uma criteriosa análise psicológica. Assim, através de um laudo pericial, seria possível avaliar se o causador do dano tinha o desenvolvimento mental suficiente para entender os efeitos de seus atos. Nesse sentido, Jeovanna Viana:

É preferível que os tribunais estabeleçam, caso a caso, se o menor tem ou não discernimento, pois a fixação de uma idade pode levar a muitas injustiças, fazendo com que menores dotados de discernimento sejam considerados irresponsáveis e menores que não o tenham seja havidos como responsáveis, embora seja este o critério mais utilizado no direito penal³⁵.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao amental, para fins de responsabilização do seu curador. A análise do discernimento deve se dar mediante laudo pericial que comprove a possibilidade do amental em compreender seus atos.

Desse modo, se o incapaz tiver discernimento suficiente, a análise da culpa se faz pertinente; do contrário, o dever de reparar o dano pelos responsáveis não poderá ser afastado. Nesse caso, a responsabilidade civil objetiva dos pais e curadores deixa de ser impura e passa a ser pura.

No que tange à responsabilidade pelo fato de coisas inanimadas, importante a remissão à doutrina francesa acerca da guarda. Aduz Sergio Cavaliere que tem a guarda aquele que tem a direção intelectual da coisa, que tem o poder de dar ordens, poder de comando, esteja ou não em contato com ela³⁶.

O mesmo doutrinador, citando as lições de Mário Moacyr Porto, revela que "o guardião da coisa assume uma obrigação de resultado,

³⁴ IMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 134.

³⁵ S VIANA, Jeovanna. Op. Cit, 214.

³⁶ ibidem. 204.

isto é, obriga-se não apenas a guardar a coisa, mas a guardá-la de modo que jamais escape do seu controle e em consequência, ocasione um dano a terceiro"³⁷. Desse modo, não há espaço para discussão de culpa, visto que a obrigação de guardar a coisa, mantendo-a em segurança é ínsita ao dono. Alvino Lima, embora trabalhe com a ideia de culpa presumida na guarda, conclui nesse mesmo sentido:

Não se deve indagar, nem tal interessa para a fixação do conceito de culpa na guarda, se houve ou não imperícia ou negligência do guarda, na perda da direção da coisa sob sua guarda; o simples fato da existência de dano causado pela coisa demonstra que a mesma escapou ao controle de seu guarda, verificando-se, assim, a violação da obrigação legal da guarda da coisa³⁸.

Na legislação estrangeira, o artigo 1384, I do Código Civil Francês fala expressamente do dever de guarda das coisas inanimadas, bem como o artigo 2051 do Código Civil Italiano. No direito civil brasileiro, a ideia de guarda foi adotada pelo legislador civilista de forma evidente nos artigos 936 e 938, fixando, nos casos de dano, a responsabilidade sem culpa. No entanto, importante estender o dever de guarda para situações outras que não aquelas ditadas expressamente em lei, de forma a garantir a justa proteção das vítimas. Conforme a lição de Louis Josseland, não pode alguém – a vítima – arcar com os danos causados por um objeto que trazia qualquer sorte de proveito para outrem; a responsabilidade, conclui, deve ser daquele que mantém contato estreito com a coisa:

Minha carroça atropela um transeunte; durante a caça, meu fuzil explode e fere meu vizinho. Nenhuma reprovação pode me ser endereçada: meu cavalo era de natureza pacífica e eu o conduzia prudentemente; meu fuzil era de uma marca excelente e estava em um bom estado de conservação. Não é justo que eu suporte, contudo, as consequências do acidente? Não, alguém objetaria, pois o senhor não agiu com nenhuma culpa; e nós não concebemos de forma alguma que exista responsabilidade quando não haja culpa. Mas o transeunte que atropelou, o co-

³⁷ PORTO, Mário Moacyr *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit, p. 208.

³⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Op. Cit, p. 79.

lega de caça que feriu, tampouco cometeram qualquer ato culposo e, todavia, a doutrina atualmente aceita os declara responsáveis pelo acidente visto que ela os faz suportar suas consequências. [...] Recusar qualquer indenização à vítima do fato das coisas significa colocar as consequências do acidente sobre aquele que teve um papel inerte para exonerar aquele que, pela direção dada à sua atividade, verdadeiramente ocasionou o dano³⁹.

O artigo 936 do Código Civil, registrando a teoria da guarda, prediz que “o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. A responsabilidade objetiva do dono ou detentor do animal restou evidente. Isso porque as únicas excludentes admitidas pelo legislador foram as referentes aonexo causal, quais sejam, culpa da vítima ou força maior. Se só é possível afastar a responsabilidade ao demonstrar a ruptura do nexode causalidade, a responsabilidade para tais casos há de ser objetiva. Importante salientar também que, em muitas hipóteses de danos causados por animais, será possível aplicar o Código de Defesa do Consumidor. Assim serão nos casos de prestação de serviço de lazer, como hotéis que fornecem cavalos para passeio, rodeios, parques e circos, em que se vislumbra facilmente a relação consumerista, à qual se aplica, em regra, a responsabilidade objetiva.

Acerca da responsabilidade sobre coisas caídas ou lançadas de prédio, o artigo 938 dita que “aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”. Sustenta-se que o morador de prédio tem o dever de guarda sobre os bens que adentram em seu imóvel, bens que podem ser de sua propriedade ou não. Atenta-se ainda para o fato de que será responsável aquele que habitar o prédio, independente se foi quem efetivamente deixou cair ou atirou o objeto.

É unânime na doutrina o entendimento de que o artigo 938 traz hipótese de responsabilidade objetiva. É a noção de guarda que fundamenta o raciocínio, de forma que o morador do prédio deverá evitar qualquer ato de defenestração.

Muito se discute sobre a possibilidade de acionar em demanda

³⁹ JOSSERAND, Louis. *Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas (extratos)* (1897). In *Revista Direito GV*, v.1, n. 1, maio de 2005, p. 111-112. Disponível em <<http://www.direitogv.com.br/publicacao/revista/edicao/revista-direito-gv-1>> Acesso em 16/08/2012.

indenizatória todo o condomínio ou toda a ala de um prédio de onde caiu o objeto, quando não se sabe determinar o local exato da queda⁴⁰. A flexibilização do nexode causalidade é tendência da responsabilidade civil, conforme já se aventou no presente trabalho. Conseqüentemente, a rigorosa necessidade de demonstrar o liame causal vem cedendo, encontrando amparo na teoria da causalidade alternativa que discute “sobre o tratamento a ser dado à causalidade em hipóteses em que, embora seja possível identificar o grupo de cuja atuação adveio o dano, mostra-se impraticável a determinação precisa do seu causador”⁴¹. A ideia é de pulverização dos danos na sociedade, decorrente do princípio da solidariedade social, introduzido no artigo 3º, I da Constituição Federal.

Gisela Sampaio da Cruz aponta três vantagens para a adoção da teoria da causalidade alternativa:

- (i) não se deixa sem reparação o dano injustamente sofrido pela vítima; (ii) a repartição do prejuízo entre os membros do grupo torna a indenização menos onerosa, já que ela fica diluída entre os suspeitos; e (iii) a condenação global evita eventual manobra do grupo para impossibilitar a identificação do autor⁴².

Observa-se que o evento danoso é atribuído a um grupo de onde certamente partiu a conduta ilícita. O nexode causal, nesse caso, é presumido e pode ser afastado por um dos membros integrantes.

Significa dizer que o condômino pode, por exemplo, demonstrar que seu apartamento estava vazio e fechado à época do dano, provando a impossibilidade de a coisa ter caído de sua unidade. O que não se pode é impor à vítima o pesado ônus de indicar de que apartamento caiu ou foi arremessado o objeto, para, só então, ressarcir-la⁴³.

Mais uma vez se percebe a tendente preocupação em socorrer as necessidades da vítima de um dano injusto antes mesmo de determinar

⁴⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL. OBJETOS LANÇADOS DA JANELA DE EDIFÍCIOS. A REPARAÇÃO DOS DANOS É RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art.1.529, do Código Civil Brasileiro. Recurso não conhecido. STJ - REsp 64682 RJ 1995/0020731-1. Ministro Bueno de Souza, j. 09/11/1998.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. Op. Cit, p. 72.

⁴² CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexode causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 308-309.

⁴³ *Ibidem*, p. 292.

a figura do agente que praticou a conduta.

Por fim, cabe analisar o artigo 937 do diploma civilista que trata dos danos causados por ruína de prédio ou construção. Diz a norma que “o dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”. Ao contrário dos artigos já estudados, não é de clareza solar a interpretação no sentido de que a responsabilidade sugerida pelo legislador, no artigo 937, seja objetiva.

Não se conseguiu, pela leitura da jurisprudência, concluir pela responsabilização objetiva do dono de edifício ou construção, pois diante do revigoramento da falta de reparos coadunada com a necessidade manifesta dos mesmos, fica ainda trazida à memória o campo da presunção da culpa⁴⁴.

Ao dizer que a necessidade de reparos deve ser manifesta, o legislador parece ter qualificado a ruína, inserindo elemento subjetivo no momento de aferir a responsabilidade. Quer dizer que, se a queda não provier da falta de reparos cuja necessidade fosse manifesta, não haverá o dever de indenizar do dono do edifício ou da construção.

O questionamento que se faz é a quem cabe a prova de que a falta de reparos era evidente. Em interpretação protetiva à vítima, melhor entender que o ônus da prova cabe ao proprietário ou construtor, que certamente teria condições de demonstrar o bom estado do prédio que ruiu. Desse modo, há presunção do elemento subjetivo em favor da vítima, podendo, contudo, ser afastada pelo responsável.

Não obstante a letra do artigo 937 induza à ideia de responsabilidade subjetiva, os tribunais têm julgado situações de dano provocado por queda de prédio em ruína segundo a responsabilidade objetiva⁴⁵. A

⁴⁴ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

⁴⁵ CONDOMÍNIO DE EDIFÍCIO. QUEDA DE PLACA DE GRANITO. LESÃO CORPORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Edifício. Queda de placa de granito. Lesão corporal. Responsabilidade pela ruína do prédio. Responsabilidade objetiva. Ausência de causas excludentes. Dever de o condomínio reparar os danos daí decorrentes. *A responsabilidade do dono pela ruína do prédio, mesmo na vigência do CC revogado, segundo a melhor doutrina, já era considerada objetiva. Assim, não demonstrada qualquer excludente legal dessa responsabilidade, incumbe ao condomínio reparar os danos causados pela queda da placa de granito.* Dano material. Incapacidade física total temporária não comprovada. Descabimento. Dano moral. Prejuízo imaterial configurado. Verba que, diante dos princípios da razoabilidade e

tendência é louvável e se coaduna com a sistemática da responsabilidade civil fundada na guarda de coisas inanimadas. Conforme já se discutiu, aquele que possui a guarda e direção de determinado objeto (móvel ou imóvel) deve manter sobre ele constante vigilância, evitando qualquer evento danoso por ele causado. Nesse sentido, Pietro Perlingieri afirma que “la responsabilità per danno cagionato dalla rovina di edificio è una ipotesi particolare di danno da cose in custodia”⁴⁶. Estranho seria se a responsabilidade pelo fato do animal e pelas coisas caídas ou lançadas no prédio fosse tratada sob a ótica objetiva, enquanto os danos causados por ruína de prédio fossem analisados segundo a teoria da culpa. Nessa toada, atenta-se para as palavras de Sergio Cavaliere:

O proprietário é o guardião da coisa – no caso, o prédio –, e daí decorre seu dever de segurança. Seria incoerente atribuir responsabilidade objetiva para o dono de coisa móvel, pelo fato do animal, por exemplo, quando o dever de guarda é muito mais difícil, e não atribuir o mesmo tipo de responsabilidade para o dono do prédio. Em segundo lugar porque a expressão “falta de reparo cuja necessidade fosse manifesta” não deve ser interpretada literalmente, reconhecidamente a mais pobre de todas as interpretações. Por isso, a interpretação mais correta e justa é aquela inspirada na lição de Aguiar Dias: “A prova de que a falta de reparos era manifesta decorre da própria circunstância de haver ruído o edifício ou construção: tanto necessitava de reparos, que ruiu” (ob. cit., v. I (ob. cit., v. II/186-187)⁴⁷.

Vencida a análise dos dispositivos legais acerca da responsabilidade por fato de terceiro ou de coisa, importante voltar os olhos, ainda

da proporcionalidade, deve ser fixada em R\$ 3.000,00. Seguro. Denúnciação da lide. Improcedência. Verba honorária. Rejeitado o pedido regressivo, cabe a condenação do denunciado nos ônus da sucumbência. Mas, se a denunciada concorda com o recurso do denunciante colimando o afastamento dessa condenação, é de rigor seu provimento. Decaindo os litigantes na lide principal, a rigor, de partes iguais do pedido, aplica-se a norma do art. 21, “caput” do CPC. Recurso do autor: provimento em parte. Recurso do réu-denunciante: provimento. 0023912-19.2003.8.19.0001 (2007.001.27699) DES. NOMETALA MACHADO JORGE - Julgamento: 12/09/2007 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL.

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit, p. 645. [Tradução livre: a responsabilidade por dano casado por ruína de prédio é uma hipótese de dano da coisa em custódia].

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit, p. 212-213.

que brevemente, para a responsabilidade civil no trânsito. A ausência de legislação sobre o tema permite acentuado debate, merecendo urgente atenção.

V - RESPONSABILIDADE POR DANOS AUTOMOBILÍSTICOS

É cediço que a direção de automóveis implica em risco para a sociedade. Diariamente se observa o elevado número de colisões entre veículos e de atropelamento de pedestres⁴⁸, trazendo implicações significativas para o âmbito da reparação dos danos. Importante esclarecer se a condução de veículos é atividade de risco compreendida no parágrafo único do artigo 927, de forma a ser aplicada a responsabilidade objetiva. Andrea Ueda se manifesta no sentido de que

o puro ato de dirigir um veículo não pode ser considerado uma atividade, ainda que a direção ocorra todos os dias, pela mesma pessoa, nos mesmos lugares. O condutor do veículo responderá, na verdade, pelo risco da coisa e por sua conduta, culposa ou dolosa⁴⁹.

Concorda-se com a autora no sentido de que a condução de um veículo não significa, por si só, atividade. Conforme já se salientou, para haver o desempenho de certa atividade, são necessários atos concatenados que visem alcançar determinado fim. Assim, um professor que todos os dias retira o seu carro da garagem para chegar à escola onde lecionará pratica a mera liberdade de ir e vir. Não existe nenhuma estrutura que facilite ou aprimore seu deslocamento com o veículo.

Diferente é o motorista de táxi que transita pela cidade para transportar pessoas. Existe uma atividade comercial que o motiva a fazer uso do veículo. Atividade esta que conta com um aparato estrutural indicado pela existência de um gestor do tráfego dos taxistas, pontos específicos para busca de clientes, instalação de taxímetro, etc.

Ressalta-se que não necessariamente a atividade deve conter estrutura empresarial ou ter o objetivo de lucro. Basta imaginar a hipótese de um acidente causado a espectadores de um rali organizado

⁴⁸ Estatísticas mostram que, de janeiro a maio de 2012, houve 381 atropelamentos nas principais vias expressas do estado do Rio de Janeiro. Notícia retirada do site G1, disponível em < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/06/avenida-brasil-encabeca-ranking-de-atropelamento-no-rio.html> >

⁴⁹ UEDA, Andréa Silva Rasga. Op. Cit. p. 96.

por uma associação de moradores de um bairro. Certamente caberá a incidência da cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Os danos envolvendo acidentes automobilísticos em que não se perceba uma atividade estruturada devem ser estudados sob a ótica da teoria da guarda de coisa inanimada. Assim, quem tem o poder de comando sobre o veículo é por ele responsável, devendo responder por todos os danos causados em razão do seu uso. Quem, portanto, possui o poder de comando sobre a coisa? Ou, em outras palavras, a quem será imputada a responsabilidade civil?

Sergio Cavalieri Filho afirma que “cabe, normalmente, ao proprietário o poder de direção sobre a coisa, pelo que é o guarda presumido da coisa”⁵⁰. Por se tratar de presunção, poderá ser elidida através de prova da transferência do poder de direção a terceiro ou de perda do mesmo. Assim ocorrerá nos casos de aluguel, comodato ou furto de veículos. Acerca do furto, o mencionado autor faz considerável observação:

O proprietário perde o poder de direção ou de comando sobre a coisa [...], ficando, assim, privado de sua guarda, que passa para o ladrão. E, se o proprietário fica privado de exercer qualquer ato de vigilância sobre a coisa, não mais pode também por ela responder. Ninguém pode ser considerado guardião se lhe foi arrebatado o poder de direção e controle sobre a coisa⁵¹.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que são solidariamente responsáveis o proprietário do veículo e o condutor, no caso de comodato (REsp 146994). Apesar da respeitada posição, com ela não se concorda. A solidariedade por fato de terceiro não deve fugir das hipóteses indicadas pelo artigo 942, quais sejam, quando a ofensa tiver mais de um causador de dano ou quando o evento envolver as pessoas designadas no artigo 932. Ora, o empréstimo implica na transferência da guarda e, conseqüentemente, no poder sobre a coisa. A conduta do comodatário não pode ser atribuída também ao comodante pelo simples fato de este ser proprietário.

Pela teoria da guarda, a responsabilidade do condutor do veículo será objetiva. Quer dizer que não poderá se eximir do dever de reparar o dano, alegando, por exemplo, que houve problemas no câmbio ou

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. p. 205.

⁵¹ *Ibidem*, p. 206.

no motor do veículo. Seu dever de guarda implica em manter o objeto próprio para uso, sendo necessárias revisões periódicas que assegurem seu bom estado.

Importante salientar que a responsabilidade objetiva em acidentes causados por automóveis só poderá ser aplicada quando não houver a reciprocidade na guarda. Ou seja, só se fala em responsabilidade objetiva se o acidente envolver um condutor e um pedestre. Isso porque em uma colisão entre veículos não é possível resolver o problema do dano imputando a responsabilidade pela guarda a ambos os condutores. É necessário, nesses casos, fazer a análise da diligência dos motoristas.

A culpa, em hipóteses de colisão de veículos, será aferida conforme as leis de trânsito. Trata-se de culpa normativa que se baseará na análise do cumprimento ou não da norma imposta para aquela situação. A guisa de exemplo, o motorista do carro que ultrapassou o semáforo vermelho, vindo a colidir com outro veículo, será considerado culpado pelo dano, na medida em que deixou de observar a sinalização adequada.

Em suma, a solução em âmbito de responsabilidade civil, nos casos de acidentes de trânsito deve ocorrer sob duas perspectivas. Havendo correspondência do dever de guarda (dois ou mais condutores que colidem), a responsabilidade será avaliada conforme a culpa dos envolvidos. Se não houver correspondência do dever de guarda (um condutor que atropela um pedestre), a responsabilidade será objetiva, bastando a prova do dano e do nexo causal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu desenvolver discussões pertinentes ao estudo da responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência vêm debatendo acerca dos novos contornos do referido instituto nos últimos anos, a começar pelo ato ilícito, uma das fontes do dever de reparar danos.

O conceito clássico de ato ilícito se tornou insuficiente para alcançar situações injustas que se vislumbrava no seio social. Os elementos culpabilidade e antijuridicidade, por vezes, limitavam o direito da vítima de se ver ressarcida do prejuízo suportado. A noção de dano injusto, como todo dano advindo da violação de interesses juridicamente protegidos, amparou novas demandas ressarcitórias, de forma a elastecer a antiga compreensão do ato ilícito.

A preocupação surgiu quando se percebeu o sem-número de ações judiciais cujo pleito se baseava na reparação de danos. Afinal,

todo dano poderia ser injusto, a depender da avaliação da vítima e do convencimento do julgador. A falta de parâmetros para definir qual prejuízo poderia ser ressarcido ou não criou uma insegurança no mundo jurídico. Por outro lado, buscar balizas objetivas para melhor entender o dano injusto poderia, em muitos casos, ferir o princípio da dignidade humana e da solidariedade social, na medida em que se deixaria de lado a análise do interesse da vítima, para alcançar paradigmas formais.

Chegou-se à conclusão que a contenção das demandas indenizatórias ficará a cargo do prudente julgador, que deverá fazer a ponderação dos interesses envolvidos no conflito, atentando para as provas carreadas nos autos.

Além da extensão do conceito de ato ilícito, vários outros fenômenos podem ser observados em âmbito de responsabilidade civil. A supressão do elemento culpa, em algumas situações, consagrou o sistema da responsabilidade civil objetiva. No Brasil, a objetivação da responsabilidade civil pode ser vislumbrada no Código civilista, principalmente através do parágrafo único do artigo 927, norma conhecida como a cláusula geral da responsabilidade objetiva.

Outra relevante mudança no âmbito da responsabilidade civil diz respeito à flexibilização do nexo causal. Percebe-se, por esse fenômeno, a necessidade de proteger a vítima em hipóteses de difícil ou impossível identificação do agente causador do dano. Para tanto, imputa-se o dever de reparação a todo o grupo envolvido, fazendo valer o princípio da solidariedade social. Também de relevante discussão é a securitização no âmbito da responsabilidade civil. O aumento das atividades perigosas faz com que sejam adotados mecanismos que venham a garantir a indenização de possíveis vítimas por meio dos prêmios. É o que ocorre com o atual pagamento obrigatório do seguro de automóveis.

Pretendeu-se discutir também a cláusula geral de responsabilidade civil estabelecida no parágrafo único do artigo 927 do estatuto civilista que prediz: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente da culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

A indefinição de alguns termos do dispositivo trouxe debate acentuado entre os intérpretes, com o fim de compreender melhor o intento do legislador. Por atividade normalmente desenvolvida entende-se toda concatenação de atos voltada para algum fim, cuja estrutura favorece o *modus operandi* ordinariamente esperado. A definição de risco é alterada conforme a teoria adotada. O parágrafo único

do artigo 927 parece ter adotado a teoria do risco-criado. Assim, basta que o agente proponha uma atividade potencialmente perigosa para que haja responsabilidade em caso de dano.

Na busca de se definir a natureza da atividade, tem-se que a estatística dará importante realce à probabilidade do risco envolvido. Além dos dados matemáticos, também devem ser analisadas as características concretas da atividade, de forma a compreendê-la inserida em seu contexto.

Outros artigos do Código Civil também consagraram a objetivação da responsabilidade, tais como os 932, 933, 936, 937 e 938. No que tange aos dois primeiros dispositivos, que devem ser lidos em conjunto, percebe-se tratar, em verdade, de uma responsabilidade objetiva impura, vez que é necessário apontar a culpa do agente causador do dano. Os demais artigos consagraram a teoria da guarda, ditando que aquele que detém a guarda de objetos deve responder pelos eventuais danos por eles ocasionados. A responsabilidade é objetiva, na medida em que não é necessário provar a ausência de vigilância sobre a coisa.

Por fim, visou-se compreender a responsabilidade que envolve acidentes automobilísticos. Restou concluído que se aplica não o risco da atividade previsto no parágrafo único do artigo 927, mas a teoria da guarda de coisas inanimadas. Assim, responde o dono do automóvel por danos causados, independente de culpa. Insta salientar que, no caso de colisão de automóveis, a responsabilidade pelos prejuízos advindos só pode se resolver com base na culpa, tomando por base as regras de trânsito impostas para a situação em concreto.

O estudo da responsabilidade civil, como se percebe, merece ainda aprofundamentos e discussões que assentem de forma mais sólida os contornos que ora se vislumbram. Os conceitos de dano, nexos causal, culpa e risco ainda estão em construção e dependem da dinâmica social e tecnológica. Dessarte, resta o constante debruçar sobre o tema, de forma a alcançar uma compreensão civil, essa reforçada pela principiologia constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade*. In: Diálogos sobre o direito civil, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERALDO, Leonardo de Faria. *A responsabilidade civil objetiva em de-*

corrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/Leo_resp.doc>. Acesso em 10/08/2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson e PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 35, jul/set de 2008.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: 2000.

GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. In: Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989.

JOSSERAND, Louis. *Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas (extratos) (1897)*. In Revista Direito GV, v.1, n. 1, maio de 2005, p. 111-112. Disponível em <<http://www.direitogv.com.br/publicacao/revista/edicao/revista-direito-gv-1>> Acesso em 16/08/2012.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. In: Na medida da

peessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NORONHA, Fernando. *Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização*. In: Revista de Direito Civil, vol. 64, abril/junho de 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

ROSA, João Guimarães Rosa. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, v. 2, 5 ed. São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UEDA, Andréa Silva Rasga. 2008. *Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002*. 177f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

VIANA, Jeovana. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Recebido em 16/09/2012 - Aprovado em 20/09/2012.

DIREITO E LITERATURA: O DESPERTAR DE ANTIGAS IDEIAS *

RESUMO EM PORTUGUÊS:

As interações entre o Direito e a Literatura são antigas. Os estudos destas interações são, no entanto, recentes. Eles datam do Século XIX e da segunda metade do Século XX. Nos últimos anos, novos estudos comparativos de direito e literatura desenvolvem-se. Ao explorar o conjunto de relações existentes entre estes dois antigos campos do conhecimento, tais estudos propõem aplicar os métodos de análise jurídica aos textos literários e, reciprocamente, aplicar os métodos de análise literária aos textos jurídicos. Esse novo campo de pesquisa deve ser fomentado. Esse texto é um convite para isso, sobretudo nesta época de "pós-modernidade", em que se requer uma coexistência pacífica e mutualmente enriquecedora de diferentes culturas, cujas expressões mais relevantes são a linguagem e o direito. Para esse fim, uma análise diacrônica e sincrônica destas relações jurídicas constitui um laboratório de pesquisa em Direito e em Literatura comparados e surge como uma das abordagens metodológicas mais apropriadas. Palavras-chave: literatura, direito, interações dialógicas, linguagem jurídica

RESUMO EM INGLÊS:

The interaction among Literature and law is ancient. On the other hand, the study of this interaction is quite recent, dated from the XIX century until the second half of the XX century. Over the last years a new research environment on Comparative studies on Law and Literature have been developed. By exploring the body of existing relations between these two ancient fields of knowledge, these studies aim for the application of the juridical methods of analysis on literature manuscripts and vice-versa, apply the existing methods for literature analysis to juridical writings. This new field of research must be further supported and developed. This text is an invitation for a further reflexion on this subject specially at this "post modern" age, where a

pacific coexistence and the enriched experience of exchanges of different cultures is so required, and where one of its most relevant expressions are revealed by language and law. For this reason, a diachronic and synchronic analysis of these juridical relations consists of one of the most appropriate methodological approaches and establishes an important research laboratory in Comparative Law and Literature.

KEYWORDS: Literature, law, interactions dialogical, legal language

DIREITO E LITERATURA: O DESPERTAR DE ANTIGAS IDEIAS *

Iacyr de Aguiar VIEIRA**

"Tout homme est responsable de tout devant tous"¹
(Jean-Paul Sartre, citando F. Dostoïevski)

A responsabilidade de cada um perante todos representa a função social do Direito em sua forma mais elementar². Ao mesmo tempo, esta função social é muito difícil de ser reconhecida e vivenciada. O Direito, como ciência social aplicada, deve ser conhecido por todos e por cada um, na medida em que se revela como instrumento regulador de condutas sociais e de condutas individuais socialmente avaliadas e exigíveis.

Como exigir de todos e de cada um o comportamento desejado

*A redação deste artigo teve início em 1996, com a criação de um grupo de pesquisas junto aos Departamentos de Direito e de Letras, intitulado: Interações dialógicas entre Literatura e Direito. Destaca-se a presença, neste grupo de pesquisas das ex-alunas da UFV, Nunziata Stefania Valenza, Clarissa Helena Feitosa de Lima Gomes e Lacy de Aguiar Mello, e das Professoras Maria Cristina Pimentel Campos e Maria Alba Pereira de Deus. Os resultados desta pesquisa encontram-se em fase de organização de dados para fins de publicação.

** Professora de Direito Civil e de Direito Internacional Privado na Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Université Robert Schuman de Strasbourg, France. Pós-doutorado no Max-Planck-Institut e Université de Lausanne/ISDC

¹ Jean-Paul Sartre, *La responsabilité de l'écrivain*, Paris : Editions Verdier, 1998, p. 7. Contribuição de Jean-Paul Sartre por ocasião da primeira sessão da Conférence générale de l'UNESCO, em Paris, 1946.

² A expressão dessa responsabilidade pode ser encontrada no texto do art. 5º da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

e prescrito se a linguagem utilizada para transmissão do conteúdo jurídico exigível não for compatível com o grau de apreensão do grupo social a que se destina? A forma de transmissão das regras de vida exigíveis deve ser clara e compatível com a capacidade de recepção e de entendimento de todos, sob pena de não alcançar os objetivos propostos ou de proporcionar a burla dos seus preceitos normativos.

Muitos conhecem princípios e noções jurídicas por meio da literatura, principalmente aquela ensinada nos bancos escolares, na maior parte da vezes de forma ligeiramente ingênua em relação à complexidade do tema. As interações entre esta literatura e o direito devem ser evidenciadas, para torná-las mais eficazes.

Inegáveis, as interações entre o Direito e a Literatura vêm aliás de longa data. O estudo destas interações são recentes, no entanto. A propósito, vários são os livros e artigos publicados sobre o tema no Século XIX e na segunda metade do Século XX³. Nos últimos anos,

³ C.K. Davis, *The Law in Shakespeare* (1883). James Fitzjames Stephen, *The License of Modern Novelists*, In: *Edinburgh Review*, 106 (1857), p. 128. Recentemente, Richard A. Posner, *Droit et littérature*, [trad. francesa de Christine Hivet et Philippe Jouary], Paris: Press Universitaire de France, 1996. Philippe Malaurie, *Droit & littérature*, Anthologie, Paris: Éditions Cujas, 1997. François Jongen et Koen Lemmens (directeurs), *Droit & Littérature*, Paris: Anthemis, 2007.

Artigos: Richard A. Posner, *The Homeric Version of Minimal State*, In: *Ethics*, 90 (1978), p. 27, e Richard A. Posner, *Retribution and Related Concepts of Punishment*, In: *Journal of Legal Studies*, 9 (1980), p. 71. Estes dois artigos foram publicados também In: *The Economics of Justice* (1981), chap. 5 e 8. Robin West, *Authority, autonomy, and choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner*, In: *Harvard Law Review*, 99 (1985), p. 384. Stéphane Chatillon. *Droit et langue*. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 54 N°3, Juillet-septembre 2002. pp. 687-715. Disponível também na Web :

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_2002_num_54_3_17804

A construção da União Europeia ressalta a importância do tema e suscita curiosidade, sobretudo quanto aos aspectos relativos à linguagem jurídica. Ressaltamos as seguintes publicações: M. Villey, *Le langage du droit*, In: *Archives de philosophie du droit*, T. 19, 1974; J.-L. Souriaux et P. Lerat, *Le langage du droit*, PUF, 1975; G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2e éd. 2000; Erik Jayme (dir.), *Langue et droit*, [XVème Congrès International de droit Comparé, Bristol, 1998/1999], Bruxelles : Bruylant, 2000. V. também a edição consagrada à *Lingua e o Direito : Langue et droit : terminologie et traduction*, In: *Revue française de linguistique appliquée*, 2011; J.-C. Piris, « L'Union européenne : comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 Etats membres », *RDJ*, 2005, p. 475; S. Taylor, «The European Union and the National Legal Languages : an awkward Partnership, *RFLA* 2011, XVI-1; F. Ost, *Traduire, défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, 2009; Hélène Claret, « Le défi du langage (Déterminabilité d'un droit européen des contrats et pluralisme linguistique) », In: Christophe Quézel-Ambrunaz, *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, op.

percebe-se um crescimento rápido de um novo campo de pesquisa: o estudo comparativo de direito e literatura, que se propõe a aplicar os métodos de análise jurídica aos textos literários e reciprocamente, de aplicar os métodos de análise literária aos textos jurídicos⁴.

O estudo comparativo do direito e da literatura propõe-se igualmente a explorar o conjunto de relações existentes entre estes dois antigos campos do conhecimento. Como observa Richard POSNER, até os anos 60 as universidades norte-americanas dispensavam um ensino jurídico isento de teorias. Segundo o autor, a teoria não ocupava um lugar importante na pesquisa jurídica anglo-americana ou era mínima durante os anos 40 e 50. O mesmo ocorria com a análise literária, que, em sua maior parte, também não se ocupava das teorias, embora a teoria literária possua uma história de dois mil anos. Os estudos universitários dos anos 40 a 60 prendiam-se necessariamente à análise dos textos definitivos das obras literárias, ao estudo dos gêneros literários, ao estudo do contexto histórico ou cultural da obra e à análise da vida dos escritores⁵.

A inter-relação do direito e da literatura é interessante em si mesma⁶ e por si mesma, o que transparece no fato de que inúmeros

cit. p. 47-72 ; C. Grewe, *Entre la tour de Babel et l'esperanto : les problèmes du (des) langues du droit comparé* », *Liber amicorum J.-C. Escarras*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 115 sq, A. Chaigneau, « *La traduction et les sources écrites du droit* », In: *LPA*, 6 juillet 2010, n° 133, 4 ; Émile Déal, « *Langue du droit et doctrine : la linguistique juridique au service de l'accessibilité internationalisée des contributions doctrinales* », In: *RGD*, n° 34, 2004, p. 233-265,

No Brasil, destacam-se as obras de Luis Alberto Warat, com a colaboração de Leonel Severo Rocha, *O Direito e sua Linguagem*, 2ª versão e 2ª edição aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. Vera JACOB DE FRADERA, « *Langage et droit au Mercosur* », In : Erik JAYME (dir.), *Langue et droit, XVe congrès international de droit comparé*, Bristol 1998, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 123, Eliane Botelho Junqueira, *Literatura & Direito: uma outra leitura do mundo das leis*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998. Maria Cristina Pimentel Campos e Maria Carmen Aires Gomes, *Interações dialógicas. Linguagem e Literatura na Sociedade Contemporânea*. Viçosa: UFV, 2004.

⁴ Philippe Malaurie, *Droit & littérature*, cit., p.

⁵ Richard A. Posner, *Droit et littérature*, cit., p. 11.

⁶ Como observa Richard A. Posner, *Droit et littérature*, op. cit., p. VIII: "*Non seulement le domaine du droit et de la littérature comparés est intéressant en lui-même, mais il illustre également une tendance importante dans l'enseignement et la recherche juridiques. Il fait partie intégrante d'une entreprise en développement au sein des facultés de droit à laquelle on donne parfois le nom de "théorie juridique" pour mieux la distinguer de l'enseignement et de la recherche juridiques conventionnels qui se concentrent essentiellement sur le raisonnement juridique, les notions juridiques et la pratique. La théorie juridique est tout entière tournée vers l'établissement de liens avec d'autres disciplines, telles que l'économie ou la philosophie politique et maintenant, avec la théorie littéraire et la critique littéraire*".

juristas se dedicam ao estudo das Letras antes ou depois de iniciados os estudos de Direito⁷. Os não-juristas também sentem esta atração e não são poucos os leitores que se deleitam com os livros que apresentam tramas envolvendo relações jurídicas, notadamente no campo da ficção policial. Os dramas de família, assim como as relações de direito real tais como as disputas pela propriedade ou a venda de propriedades fundiárias, transparecem de forma clara na maioria das obras literárias, que apresentam muitas vezes, com riqueza de detalhes, as situações jurídicas e as diferentes soluções aportadas pelos diferentes sistemas jurídicos. Uma análise diacrônica e sincrônica destas relações jurídicas pode constituir um interessante laboratório de pesquisa em Direito e em Literatura comparados.

O direito é uma ciência social aplicada. Isto significa que o direito pretende abranger todos os aspectos individuais e sociais que tenham relevância jurídica. Os diferentes sistemas jurídicos nacionais regulamentam, em sua maioria, os aspectos jurídicos relativos ao nascimento, vida e morte dos indivíduos, e os aspectos políticos, econômicos e comerciais, de caráter público e privado. As relações de poder e de administração do poder também são definidas pelo Direito na maior parte das sociedades modernas e contemporâneas. Algumas sociedades deixam a cargo da religião a normatização dos seus aspectos públicos e privados, como alguns países muçulmanos, regidos essencialmente pela *Charia* ("A Via")⁸.

Ao conferir *personalidade jurídica* a determinados entes e categorias de organizações humanas, o sistema jurídico define o quadro de atores que participarão do drama jurídico e estabelece, de forma abstra-

⁷ Destaca-se o excelente trabalho apresentado por Elias Charbil Abdou Obeid, aluno da primeira turma do Curso de Direito da UFV, no primeiro semestre de 1992. O acadêmico, que havia concluído o cursado de Letras na UFV e ingressado no Curso de Direito, escreve uma excelente monografia na disciplina Direito Civil I, sobre A Luta pelo Direito, mostrando as interações entre o Direito e a Literatura bem expressas nesta obra de Rudolph von Jhering, ao tratar sobre o Mercador de Veneza.

⁸ A *Charia* (*Sharia* ou *Chari'a*) é a lei canônica do Islã. Ela contém as prescrições relativas a todos os aspectos da vida humana, quer seja religiosa, política, social ou privada. O seu objetivo é organizar a vida de modo que seja mais virtuosa e útil possível e de preparar os muçulmanos à salvação. As prescrições são classificadas em cinco categorias: o que é obrigatório, recomendado, indiferente ou lícito, passível de uma reprimenda, e proibido. A *Charia* é baseada no *Corão*, na tradição (*sunna*), nas deduções por analogia (*qiyas*) dos juristas e no consenso (*idjmaa*) estabelecido na comunidade. A *Charia* é aplicável integral ou parcialmente em certos países islâmicos (Irã, Sudão, Arábia Saudita, Nigéria, etc.). Por todos, veja o texto árabe e tradução do *Corão* para a língua francesa, com comentários e notas, de Sami Awad ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Le Coran*, Vevey: L'Aire, 2008.

ta, o papel concernente a cada um deles. As regras do jogo jurídico são fixadas através da atribuição da personalidade jurídica aos atores e seus respectivos papéis como ser individual, como membro de uma família e como parte integrante de uma coletividade. Verifica-se na atualidade uma evolução bastante acentuada dos direitos da personalidade, cuja proteção constitucional serve de fundamento à sua tutela jurídica nos diferentes ramos do Direito.

Na Antiguidade clássica, a ausência de equipamentos sonoros capazes de promover a ressonância da voz dos atores até a plateia, levou os teatrólogos de então a criarem uma máscara dotada de um mecanismo especial que servia tanto para a ampliação do som durante a representação teatral, como para disfarçar os diferentes papéis desempenhados pelo mesmo ator. A esta máscara foi atribuída a denominação de *persona*. Daí a origem do termo *personagem* utilizado pela linguagem da dramaturgia e do termo *personalidade jurídica*, utilizado pela linguagem jurídica.

Neste sentido, assim se manifesta Luís Cabral de Moncada⁹:

A expressão *persona*, na sua aplicação para designar o ente jurídico a quem são atribuídos direitos, o sujeito de direito, é assaz elucidativa para mostrar que a personalidade não foi concebida pelos romanos como um direito, mas sim como uma qualidade ou posição do ente jurídico, que faz atribuir-lhe direitos. A semântica da palavra "personalidade" mostra isto. Com efeito, o termo *persona* significava primitivamente entre os romanos a máscara ou carcaça que os actores punham na cara em cena para disfarçarem a voz (*personare*). Daí o significar cada *persona* uma *personagem* ou um papel diferente na representação cênica que lhes atribuía posições e qualidades diferentes. Ora, foi tendo em vista este sentido que a palavra [*persona*] passou a designar os diferentes papéis, qualidades e posições que os homens desempenham ou têm na vida social e jurídica. Conforme é ou não é *persona*, assim o homem [e nem todos os homens tinham esta qualidade] desempenhava na vida tal ou tal papel, participando ou não da vida do direito.

⁹ Luís Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*. Parte Geral, 4ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 72, nota 1.

A origem teatral do jogo jurídico transparece ainda no fato de os gregos terem se servido da tragédia como mecanismo de transmissão de conhecimentos, notadamente os conhecimentos jurídicos. A propósito, Phillipe MALAURIE, observa que Ésquilo, Sófocles e Eurípides, os três grandes escritores trágicos gregos, testemunharam os conflitos essenciais do homem e exprimiram em suas obras o trágico da condição humana; como bem relembra o autor, estes escritores, como todos os gregos, denunciaram a desmedida das normas e proclamaram a necessidade de moderação; como todos os gregos, eles eram apegados à lei, se interrogaram sobre a justificativa, o significado e o porquê de uma lei, e se ocuparam de todas as questões do pensamento jurídico que colocam em causa a condição do homem, preocupação principal do pensamento grego¹⁰.

Os trágicos gregos marcaram profundamente o pensamento ocidental e suas preocupações são de extrema atualidade¹¹. Ésquilo ensina a presença universal da justiça, afirma que todo ato humano apresenta uma questão de direito e, em três de suas obras - *Os Persas*, *Os Eumênides*, e *Prometeu Acorrentado* -, o autor se refere a três simples verdades: a *medida*, a *responsabilidade* e a *liberdade*. Sófocles nos legou *Antígona*. Esta obra, considerada uma leitura obrigatória para os estudantes de Direito em todo o mundo, nos apresenta três importantes questões: a *medida*, o *poder do homem* e *as leis não escritas* ou *leis divinas*. Ao confrontar o direito e a moral, o direito justo, as leis postas e os princípios de direito, o estudante de direito deve necessariamente ponderar sobre estas questões suscitadas por Sófocles, que inclusive serviram de base para a construção da escola de pensamento conhecida como Escola do Direito Natural, em suas várias concepções.

Esta origem teatral do jogo jurídico persiste na atualidade e transparece no drama jurídico por meio de vários institutos tais como a *representação*, a *tutela* e a *curatela*, em que o sujeito de direito se apresenta por uma interposta pessoa, a quem a lei ou a convenção entre as partes atribui esta possibilidade, e como ator nos vários e singulares papéis desempenhados pela pessoa natural no âmbito do Estado, da sociedade e da família, bem como em sua esfera jurídica individual.

Existem várias maneiras de se estudar as relações entre Direito e

¹⁰ Phillipe MALAURIE, *Droit & Littérature* - Anthologie, cit., p. 15.

¹¹ Eurípides, como observa Philippe Malaurie (*op. cit.*, p. 16), interessou-se mais pela paixão que pelo direito, razão que dificulta extrair de sua obra elementos para comparação entre o direito e a literatura.

Literatura. Os autores (POSNER¹² como também MALAURI¹³) destacam quatro possibilidades de análise:

1 - o direito da literatura: a propriedade literária, a responsabilidade civil do escritor e o direito de imprensa, em seus aspectos civis e penais;

2 - o direito como literatura, ou seja, as qualidades literárias do direito;

3 - o direito comparado à literatura que se poderia também denominar "a estrutura literária do direito": a comparação dos métodos literários e jurídicos;

4 - o direito na literatura: a maneira pela qual a literatura representa a lei, a justiça e os grandes problemas do direito.

A estas quatro concepções sobre o tema, pode-se acrescentar um sem-número de objetivos e de resultados a serem alcançados com o estudo comparativo do direito e da literatura, como se ilustra a seguir:

1 - No campo do prazer da leitura:

- O prazer em descobrir as diferentes manifestações jurídicas na trama dos romances, dramas, tragédias e comédias.

- O prazer em apreender o direito comum a todos os povos, através das manifestações literárias de cada povo - penso aqui nos Contos Populares Russos, nos Contos Populares da Polônia, por exemplo, que nos mostram a universalidade das grandes questões humanas -, fato este hoje possível pela possibilidade do estudo de línguas estrangeiras, acessível, na atualidade, a uma grande maioria da população brasileira e pelo grande volume de obras traduzidas e publicadas em todo o mundo.

- O prazer em descobrir o direito em suas várias manifestações cotidianas e não somente ou necessariamente pelo estudo das normas, da doutrina e da jurisprudência¹⁴.

2- No campo da descoberta:

- Descobrir que por meio da linguagem pode-se facilitar ou dificultar o entendimento entre as pessoas. O discurso jurídico, ao utilizar

¹² Richard A. Posner, *Droit et littérature*, op. cit., pp. 7 a 11.

¹³ Philippe Malaurie, op. cit., p. 7.

¹⁴ Philippe Malaurie, op. cit., p. 8, sobre o seu livro: "*Ce petit livre d'initiation, sans prétention scientifique, est donc susceptible d'intéresser: 1) ceux qui aiment la littérature, pour qu'ils la comprennent autrement que d'habitude; 2) ceux qui sont attachés au droit, pour qu'ils le voient avec un autre miroir que celui que leur donnent les codes, les recueils, les manuels et les répertoires, nos instruments familiers*".

uma linguagem difícil, senão hermética, provoca um distanciamento entre o direito e as pessoas a que se destinam as regras de conduta¹⁵. Isto pode resultar em uma contradição perigosa, uma vez que, por força de lei, as pessoas devem conhecer as leis e cumpri-las, não podendo se eximir ao seu cumprimento alegando desconhecê-las¹⁶.

3 - No campo da ação:

- Provocar discussões teóricas sobre a natureza e a existência da literatura, a imagem do direito na literatura, os laços existentes entre o direito e a justiça, a função ou o papel das intenções do autor na interpretação dos textos legislativos e literários, e o papel do estilo e dos valores literários nas opiniões jurídicas.

- Conduzir à verificação das inter-relações entre o direito e a filosofia, a política, a economia, a educação.

- Servir de estímulo à reflexão em filosofia e teoria geral do

¹⁵ Ver Thomas Morus, em *A Utopia*, 5 ed., São Paulo: Atena Editora, 1959. O autor observa sobre a necessidade da existência de poucas leis e do cuidado na sua redação, ao apresentar o modelo "vivenciado" na Ilha de Utopia: "*As leis são em muito pequeno número e não obstante bastam às instituições. O que os utopianos desaprovam especialmente nos outros povos é a quantidade infinita de volumes, leis e comentários, que, apesar de tudo, não são suficientes para garantir a ordem pública. Consideram como injustiça suprema enlevar os homens numa infinidade de leis, tão numerosas, que se torna impossível conhecê-las todas, ou tão obscuras que impossível compreendê-las*". (p. 133) (...) "*As leis são promulgadas, dizem os utopianos, com a única finalidade de que cada qual seja advertido de seus direitos e deveres. Ora, as sutilezas de vossos comentários são acessíveis a pouca gente e esclarecem apenas um punhado de sábios; ao passo que uma lei claramente formulada, cujo sentido não é equívoco e se apresenta naturalmente ao espírito, está ao alcance de todos*". (p. 134).

¹⁶ No sistema jurídico brasileiro, a norma apresenta-se no Art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, segundo o qual, "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*". Importante observar que embora se denominasse Lei de Introdução ao Código Civil, as suas normas aplicam-se ao direito brasileiro em geral, pois se trata de uma lei sobre a aplicação das leis no tempo e no espaço. Dai a oportuna modificação do seu nome, introduzida pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010: passando a denominar-se Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Destaca-se a aplicação das ideias aqui expostas nos Projetos de Pesquisa desenvolvidos no âmbito do BIC-Junior, Iniciação Científica desenvolvida em parceria entre a UFV e a FAPEMIG, desde 2004, cujo objeto consistiu em difundir noções fundamentais de Direito aos alunos do Ensino Fundamental e do Ensino Médio em Viçosa e região. Destaca-se ainda as atividades de extensão desenvolvidas no âmbito do Projeto Athenas, no ano de 2010, que teve o mesmo objetivo. Estes Projetos, desenvolvidos junto a escolas públicas e privadas, tiveram como objetivo geral a discussão e a introdução no ensino fundamental e médio de noções e princípios importantes do Direito, aplicáveis na vida cotidiana das crianças e dos cidadãos em geral. A linguagem utilizada foi clara, precisa e de acordo com o nível das crianças e adolescentes envolvidos no Projeto.

Direito.

- Servir de estímulo à crítica literária esclarecida por conhecimentos jurídicos.

- Conduzir à análise da aplicação da teoria e da prática literária aos textos legislativos, aos escritos judiciários e às petições, de forma a reduzir a complexidade e a forma hermética em que são, na maioria das vezes, formulados;

- Contribuir para a construção e interpretação da regulamentação da literatura pelo Direito.

- Contribuir para o aperfeiçoamento da linguagem jurídica, conferindo-lhe clareza, precisão e acessibilidade a todos.

Como última observação, recomenda-se aos estudantes de Direito e aos estudantes de Letras uma inter-relação mais efetiva. A Literatura pode re-mostrar ao Direito aspectos permanentes e/ou recorrentes da natureza humana e de suas instituições, pode demonstrar a concreção de princípios e de valores inerentes a um determinado povo, "*regras eternas pelos imortais escritas*", contribuindo assim para o alcance dos seus objetivos de justiça e de responsabilidade social. A contribuição do Direito para a Literatura será objeto de uma próxima análise.

Iacyr de Aguiar Vieira
Roma, Agosto de 2012.

Recebido em 05/08/2012 - Aprovado em 06/09/2012.

FENOMENOLOGIA E JURISPRUDENCIALISMO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL?

José Carlos HENRIQUES *
Bernardo Gomes Barbosa NOGUEIRA *

RESUMO: O presente trabalho quer fazer dialogar dois autores que representam a escola fenomenológica do Direito. Gerhart Husserl na Alemanha e António Castanheira Neves em Portugal, ambos recebem influxos diretos do pensamento fenomenológico, desde Husserl até Heidegger, e intentam estabelecer uma procura por aquilo que o direito é enquanto fenômeno, isso a atender o mote da fenomenologia que é o de "voltar às coisas mesmas". O encontro proposto, pretende mostrar uma face do jurisprudencialismo de Antonio Castanheira Neves a evidenciar sua influência pela fenomenologia e sua contemporaneidade e vivacidade enquanto teoria séria do Direito.

INTRODUÇÃO

Pensamos aqui em jurisprudencialismo a partir, sobretudo, das reflexões firmadas pelo professor António Castanheira Neves, em torno da importante problemática do direito, sendo propósito verificar a possibilidade de um diálogo entre as propostas jurisprudencialistas e alguns dividendos alcançados pela fenomenologia. Como guia, percorrem-se algumas ideias de Gehart Husserl que, muito cedo, intentou pensar o direito de um ponto de vista fenomenologicamente fundado.¹

* Mestre em Filosofia e em Direito, professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL, da Faculdade de Direito de Itabirito e da Faculdade Arquidiocesana de Mariana - FAM.

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, professor do Centro Universitário Newton Paiva.

¹ Gehart Husserl, filho de Edmund Husserl, este o fundador da fenomenologia, muito cedo dedicou-se, jurista que era, a pensar o direito a partir das aquisições do método e construções do movimento fenomenológico. Não se alinhou propriamente, isto é, não

Primeiramente, necessária uma apropriação parcial da compreensão fenomenológica do direito, intentada por Gehart Husserl: a compreensão da idéia de direito com núcleos destemporalizados de sentido.

OS NÚCLEOS DE SENTIDO COMO FORMA DE COMPREENSÃO DA IDEIA DE DIREITO

O direito se descobre como sistema de núcleos de sentido ou o composto de idéias jurídicas em sistêmica relação. Isto é, determinados sentidos do direito se destemporalizam, tendem a permanecer, a vencer o tempo histórico de sua inserção e, com isto, abrem-se a novas experiências temporalizantes, enraizando-se na história, de novo, em um movimento de conservação/superação. Certamente, os núcleos de sentido em relação não possuem força normativa em si e por si, como em algumas das vertentes jusnaturalistas.² A força normativa, não decorre de uma suprallegalidade a-histórica, conferidora de sentido. O sentido nuclear do direito já se construiu historicamente, sua força, como tudo que é humano, é criação, não herança.

O núcleo essencial de um determinado ordenamento jurídico não deve ser entendido como se se tratasse de um 'direito de ordem superior', cujos conteúdos possuiriam força normativa, desligados dos homens, que estão reciprocamente inseridos em uma certa comunidade jurídica, sua fonte. A força normativa do direito, ausente nos núcleos de sentido por si, forja-se em meio à constituição e manutenção do empenho dos indivíduos – melhor dizer pessoas – pelo direito, na e pela comunidade jurídica.

Este um ponto essencial, pode-se falar de um direito vivo toda

seguiu uma vertente do movimento fenomenológico em prejuízo de outras, foi sensível a um diálogo da tradição fenomenológica com outras vertentes da filosofia, em especial o neokantismo, mas foi nos desenvolvimentos da fenomenologia que mais se fundou, com especial apelo às idéias de seu pai e ao pensamento de Heidegger.

² Não prosseguiremos sobre o movimento jusnaturalista que encontrou variações desde a Antiguidade até a Modernidade. Importa apenas salientar que Gehart Husserl não confere à verdade jurídica um estatuto metafísico, essencialístico. Isto é, não há uma verdade jurídica encontrável fora do processo reductivo, da destemporalização, que parte da concreção histórica de ordenamentos jurídicos dados. Ou mais: a verdade do direito se gesta na história, não é disposta ou dada antecipadamente, em ambiente que poderia ser dito pré-humano. Não se trata de alcançá-la pelo conhecimento de regras próprias para se apoderar do objeto, "coisas do direito". A compreensão do direito se resolve, como de resto, a compreensão do humano, na imanência histórica de sua produção.

vez que os núcleos de sentido, deixando a abstração, historicamente se enraízam, mesmo que em ambientes vitais diversos daqueles em que se gestaram, evidentemente, com modificações interativas com estes novos ambientes, interações que, na verdade, condicionam a própria possibilidade de realização histórica de um certo núcleo de sentido já identificado.³ (HUSSERL, 1998)

Ademais, o mundo do direito se resolve da mesma maneira com que se plasma o mundo humano em geral. A interação entre indivíduos no seio da comunidade jurídica, exatamente o que os torna consortes nesta comunidade, promove o incremento da intenção destes consortes no sentido de empenhar-se pelo direito, revivendo em si, o direito querido pela vontade da comunidade e, assim, o indivíduo supera-se, torna-se pessoa.

Vontade da comunidade que, com freqüência, herda da tradição idéias, valorações, modos de pensar gestados em ambientes histórico-culturais quase sempre originariamente diversos. Dizemos quase sempre porque de se reconhecer que, em cada cultura, há um horizonte comum essencial que, nada impede, pode ser também desvelado em outro ambiente vital.

Frisando a compreensão do direito na vida do indivíduo e da comunidade, prossegue Gehart Husserl convicto de que é um fenômeno histórico que encontramos em quase todos os ambientes da produção humana: as idéias, as valorações, os modos de pensar pré-formados em uma determinada esfera cultural vêm assumidos, em forma mais ou menos estável, em outras esferas culturais e ali desenvolvem uma força realizadora. Na vida do indivíduo as coisas não são diversas. Cada homem tem *sua* vida. A vida de cada um de nós possui uma ordem interior, se desenvolve segundo um plano de vida que é próprio de cada um de nós e somente de um certo alguém. Mas se se trata de projetar o meu plano de vida e de determinar seus conteúdos, me lançarei, frequentemente, em direção a experiências e às idéias de outros. Faço assim um *empréstimo* frente a outros. Tal assunção de coisas do fundo de um saber que me foi transmitido pelos homens do meu mundo circunstante, não realiza de nenhum modo sem que eu me abstenha de conduzir a *minha* vida sob a minha própria responsabilidade. As idéias, as máximas de ação etc. que são assumidas, têm validade para mim quando me reconheço nestas, quando delas faço uso e as revivo ativamente.

³ A respeito, conferir HUSSERL, Gehart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. pp. 5 e seguintes.

Eis porque, com relação às idéias jurídicas, para se tornarem parte do direito vivo, não lhes basta a pré-formação na tradição, é preciso que os indivíduos se empenhem pelo direito, revivendo intencionalmente a vontade do direito constituída na comunidade jurídica circunstante. Do mesmo modo, o encontro com o outro, mediado pelo direito, se resolve em responsabilidade sempre minha. As idéias jurídicas somente se tornam por *mim* ativas, quando as assumo e as revivo, as torno ato, retirando-as da potencial realização histórico-comunitária, sempre já antecipadamente referenciada na comunidade jurídica da qual tomo parte, como consorte, como *homo juridicus*, potencialmente.

Vê-se que há sempre uma forma histórica de manifestação das idéias do direito. Seja porque a redução que as alcança parte de experiências jurídicas concretizadas, seja porque a temporalização, de novo, as lança na história. Importando notar que, pela destemporalização, tais idéias se despem das formas originárias de manifestação, podendo então dar-se uma transposição destas a outros ambientes diversos daqueles em que foram gestadas. Mas sempre como construção humana, não como algo dado, independentemente da ação constituinte do ser-homem situado no tempo. Quando se trata de uma transposição de questões do direito, a 'destemporalização' encontra a sua expressão característica no fato de que as idéias jurídicas (de cuja assunção se trata) venham espoliadas das formas transmitidas nas origens. No mundo do direito a *forma* é sempre mais que simples fenômeno exterior. É *nesta* forma que *este* estado de coisas vem experimentado vez por outra como parte da totalidade de um direito vivente.

Mesmo admitindo que são possíveis idéias jurídicas, que tendem a subsistir para além de suas concretas formas de manifestação no seio da cultura, nem por isto se deixa de firmar que o direito seja radicalmente histórico. Isto é, a temporalidade é marca do direito mesmo quando este transcende o tempo histórico dos ordenamentos concretos deixando ver, desvelando seu sentido, sua idéia, ou núcleos de sentido, sua verdade.

Por isto, o direito, assim compreendido, como sistema de núcleos de sentido, não se confunde com os ordenamentos jurídicos históricos, quaisquer que sejam. Aquele está para estes como idéia, como verdade. A idéia de direito, assim compreendida, permanece como um *a priori*, medida de toda juridicidade historicamente possível. É potência que, como tal, ao atualizar-se, assumindo uma certa forma de concretização, torna-se ato, criado, não já dado. A antecipação possível, contida na idéia, na possibilidade, não dita o que o ato é, e sempre será, responsabilidade humana criadora, na e pela comunidade jurídica.

Ainda aqui, neste passo, tão decisivo, ou seja, quanto à transposição da idéia de direito de um horizonte cultural a outro, historicizando-se, obtendo só com isto força normativa, Gerhart Husserl permanece fiel a sua compreensão do direito como radicalmente imerso no tempo. De fato, somente podem ser transpostas idéias nucleares que sejam também possíveis, de alguma maneira, no novo horizonte cultural de destino: nada no direito faz-se sem imersão no tempo, condição humana intransponível. Direito é tempo.

Neste contexto, devem ser compreendidas as teses gerhartianas acerca da interpretação das normas, enquanto realização do direito. Vejamo-las, sucintamente, mais de perto.

INTERPRETAÇÃO, NORMATIVIDADE E TEMPORALIDADE

Primeiro é preciso firmar que a toda norma jurídica é inerente um elemento de "incompletude", na medida em que para toda norma, enquanto elemento constitutivo parcial de um direito vivente, não pode ser indiferente se e como esta é aplicada, a cada vez.

Daí que normatividade e temporalidade se entrelacem irremediavelmente, isto é, a norma jurídica não é, de algum modo, independente do comportamento dos homens a que se refere. Ela não vem colocada no fluxo da história como "produto finito" do espírito humano, que permanece de uma vez por todas produzido segundo sua idéia. A norma entra no tempo histórico. O tempo não está fechado e a norma, por assim dizer, caminha com ele. Deste modo, como o nascimento de um homem não fixa a sua vida (entendida como aquilo que esta é, segundo sua idéia) sob determinado ponto no tempo histórico, assim a norma do direito não possui um lugar na história fixado de uma vez para por todas mediante o processo de sua elaboração. A questão do sentido de uma norma jurídica pode ser formulada sempre e somente do modo seguinte: qual significado esta possui hoje, em relação à concreta condição de vida, que dá conta de uma perturbação das normas?

Vê-se que deve ser perquirido o sentido atual das normas. Isto porque o legislador, quando estabelece determinadas normas de comportamento, toma providência antecipada a respeito do futuro dos homens, que sempre são interessados naquelas normas. Ele antecipa um vestígio do futuro.

Então a jurisprudência exerce papel fundamental, pois deve ser uma espécie de prolongamento ideal do ato legislativo de criação das normas, atualizando, tornando ato, desvelando o sentido vital das normas. Daí ter afirmado Gerhart Husserl que "é característico das normas do direito, que *possam* ser produzidas por atos da jurisprudência

dência." (*ibidem*)

Ao grifar a expressão "possam", se muito não nos enganamos, Gerhart Husserl quis apontar para o ser mais próprio do sentido de uma norma: abrir-se à construção jurisprudencial atualizadora da já antecipada previsão do futuro, contida no ato de legislar, mas que padece originariamente de uma carência, sendo incompletude. Futuro que, agora, por força da compreensão e fixação do sentido da norma *no tempo hoje*, pode ser dito não mais antecipado, abstratamente previsto, mas real, concretamente engendrado no ambiente vital dos homens comunitariamente empenhados em um certo agora.

A PESSOA: UM HORIZONTE POSSÍVEL PARA O DIÁLOGO

Já nos referimos à pessoa, enquanto indivíduo empenhado-pelo-direito, constituinte e constituída pela comunidade jurídica. É que, dirá Gerhart Husserl no ensaio *Recht und Welt*, a vontade normativa se radica no ser-pessoa dos homens que são juridicamente ligados entre si. Lá mesmo onde exista uma mudança da intenção, é a pessoa mesma que vai mudando, produzindo o seu sentido e, junto, concorre aquele das normas. É decisivo: a pessoa se produz ao dizer o direito.

Talvez aqui a mais decisiva aproximação ao jurisprudencialismo, tal como vem hodiernamente defendido. De fato, como se verá, a construção do direito se resolve sempre de novo, a cada nova interação entre problema e sistema. Como se sabe, o jurisprudencialismo vem pensado a partir de uma reflexão que quer, deliberadamente, dizer o que o direito é e, para tanto, comporta o reconhecimento de que, como construção humana, deve suportar o humano todo, emergindo de condições que somente poderiam ser as do homem, como em seguida se dirá. Por isto, com proveito inegável, a aproximação entre uma compreensão do direito fenomenologicamente fundada e aquela trazida pelo jurisprudencialismo é uma inspiração a desenvolver, agora como inicial indicação.

De fato, reconhece Gerhart Husserl, "as normas do direito comportam eficácia conforme seu sentido, quando e na medida em que (...) caminham junto com o tempo". (*ibidem*)

E prossegue, "um ordenamento não pode permanecer invariado, se aquilo que vem ordenado se transforma essencialmente". (*ibidem*) É o reconhecimento da historicidade radical do direito naquilo mesmo que tem de prático, no sentido filosófico do termo, isto é, naquilo que diz respeito às ações humanas, que o direito pretende ordenar, a seu modo e, porque não dizê-lo, a seu tempo, posto que direito é tempo.

Por isto mesmo, a interpretação de uma lei, como se expressa

Gerhart Husserl, deve partir do momento histórico de sua elaboração apenas como referência, mas seu sentido não será alcançado adequadamente a não ser que este momento histórico seja calado para, no presente, dizer de seu sentido.

Direito e tempo se pertencem, esta a lição fundamental. Explicitemos, até agora, que há uma relação intrínseca entre direito e mundo para, ao final, descobrirmos o direito enquanto sistema de núcleos de sentido das coisas jurídicas, já uma vez e sempre, nascido e criado no tempo.

De imediato, seguiremos apontando que pode ser pensado um diálogo com o jurisprudencialismo, a partir destes fundamentos. Talvez pudesse não ser equivocado afirmar que o jurisprudencialismo, enquanto direção de compreensão do direito e enquanto vontade de realização do jurídico, é herdeiro das tradições jusfenomenológicas, que se esforçam por dizer o que o direito é, a partir de sua mostração, como fenômeno histórico e intersubjetivo.

O PENSAMENTO JURISPRUDENCIALISTAS DE ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES

Interagir é tarefa necessária ao exercício do pensar. Neste sentido, qualquer estruturação racional do pensamento requer um *modus* relacional para sua execução e criação. A tarefa de pensar o Direito a partir de seus fundamentos, ou, procurar o fundamento do Direito a partir de um pensar acerca dele é percurso que acompanha os pensadores do Direito desde há muito. Aqui, a reconhecer desde já, o fenômeno jurídico como co-partícipe da/na construção daquilo que hoje se reconhece como Ocidente, como homem ocidental. Impossível assim, reconhecermos este sem aquele e o contrário também.

Portanto, encontrar no viés fenomenológico, esteio para enxergar o Direito, é mais uma das tentativas contemporâneas para o encontro desta ciência com seu fundamento. Dois juristas se fiaram nesta procura e, se não nos enganamos, cumpriram bem com o papel de pensadores e permitiram avançar um ponto mais nesse caminho pela procura dos alicerces que sustentam o Direito no mundo Ocidental. Um ponto mais, pois, se assumirmos estes pensamentos como pontos de chegada/conclusão, estaríamos ao mesmo tempo retirando a característica transcendental ao Direito que é sua colocação no tempo – de ser possibilidade apenas.

Propusemo-nos a fazê-los dialogar – Gerhart Husserl e Antônio Castanheira Neves – a fim de enunciar o que há muito nos aflige enquanto pensamento e necessidade de realização: A premência de

reconhecimento de um fundamento ontológico e transcendental ao Direito, sua necessária dação ao/no tempo e uma sua constituenda prática de realização.

A contribuição do entrelaçamento destes pensadores permitir-nos-á o entendimento de questões que povoam o imaginário do pensamento jurídico ocidental; exatamente no ponto nevrálgico de sua constituição, a saber: a busca por um fundamento último que dê validade e legitimação ao fenômeno jurídico. Nada mais atinente ao momento no qual nos encontramos. Momento em que a dicotomia direito natural / direito positivo se encontra, por assim dizer, desgastada, e as teorias do Direito clamam por uma nova via de fundamentação.

Alcançar o sentido do Direito necessariamente é reconhecê-lo no tempo, em seu tempo, diríamos. Os autores em questão propuseram suas construções. Sigamo-las em suas dissonâncias e concordâncias. O mais, é resultado e um exercício relacional do pensamento jurídico comprometido com a melhor forma de reconhecimento do homem-no-mundo. O que desde já fica claro nesta proposta de diálogo são os influxos do pensamento fenomenológico, ora mais relacionado a seu precursor – com Gerhart Husserl –, ora com um de seus mais ilustres discípulos, Martin Heidegger, – com Antônio Castanheira Neves⁴.

Ambos captaram bem o reconhecimento da com-partilha tempo-homem-mundo-direito, que permite a superação do direito natural, bem como, apresentam uma superação das diferentes facetas de positivismo quando reconhecem a existência compartilhada do mundo pelos homens e de um seu necessário reconhecimento como fim – pessoa – para a construção autêntica de seu projeto mesmo de existir.

A existência na história, característica transcendental ao Direito, e, portanto, ao homem ocidental, é uma percepção que dá ao homem a condição de se decidir acerca de seu futuro. Esculpir seu projeto de forma autêntica, respeitando os valores da tradição e ao mesmo tempo transcendendo-os ao lançar-se no tempo que é seu enquanto projeto. O direito, portanto, permeia as relações entre esses homens, e se soubermos reconhecer nossa matriz civilizacional, que é greco-romana-judaico-cristã, saberemos responder conforme a melhor realização do direito, ou seja, a formação do homem enquanto pessoa. O direito aqui é levado a sério no ponto em que se confunde com o próprio histórico do homem ocidental. É parte da obra que é a existência humana no Ocidente. Criador e criatura se transformam naquilo que reconhecemos como a história do homem ocidental.

⁴ As inferências feitas são tateamentos não propostos pelos autores em discussão.

Enquanto o autor alemão buscou encontrar a idéia de direito pelo método por ele chamado de destemporalização, que, por sua vez, quando posto em prática, alcança aquilo que se quis chamar o direito enquanto direito; o autor português constitui também um alicerce de pensamento que permite encontrarmos-nos com a questão do direito enquanto direito. O que significa dizer que Gerhart Husserl criou o método da destemporalização para alcançar o fundamento do direito. Na mesma esteira, Antônio Castanheira Neves quer, ao prescrutar acerca das condições de emergência do direito, desvelar uma possível construção do que seria o direito enquanto direito.

Os conceitos apriorísticos apontados por Gerhart Husserl para que possamos presenciar uma real experiência jurídica, parecem ter algum eco no que o jurista português chamou de “condições de emergência para o direito enquanto direito”. Esse é o caminho que consideramos frutífero para esse diálogo, ou seja, com a convocação de Antônio Castanheira Neves queremos dizer de uma necessária atenção ao pensamento jurídico de cariz fenomenológico para prescrutarmos acerca do que se propõe de há muito a Filosofia do Direito: A resposta pelo fundamento do Direito.

AS CONDIÇÕES DA EMERGÊNCIA DO DIREITO COMO DIREITO⁵

O primeiro elemento constitutivo do fenômeno jurídico é o de existir apenas numa relação intersubjetiva entre os homens. Em uma relação de seres inseridos e mediados pelo mundo. O encontro desta importante constatação permite-nos reconhecer que em face de uma habitação e da característica relacional do homem, a ele é necessário essa interação para uma sua existência mesma. Impossível que se dê fora do mundo, ou seja, que exista sem o intermédio do outro.

Esta primeira das condições para a existência e para a doação/doação do fenômeno do Direito é assumida na excelente frase de autoria de Antônio Castanheira Neves quando nos ensina que «o mundo é *um* e os homens nele são *muitos*», nesse sentido, coloca-se o problema da partilha desse mundo que é «meio» para e onde decorrem as realizações dos homens sendo possibilidade mesma e construção de seu existir.

⁵ Título homônimo ao texto base em nosso estudo: CASTANHEIRA NEVES, Antônio, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito*, in, *Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 3º, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 9-41.

Assim, o jurista de Coimbra nos convida a reconhecermos duas peculiaridades dessa interação necessária ao estar no mundo dos homens, quais sejam: uma positiva e uma negativa, em que na primeira os homens desfrutam do mundo mediados pelos outros e unidos para a realização de fins comuns e partilha mútua; de outro lado, a perspectiva negativa é aquela em que a fruição do mundo esbarra nas intenções do outro criando uma relação de exclusividade, ou em melhores palavras, uma «mediação negativa» agora.

Entendidas as possibilidades de mediação e partilha do mundo, atendemos à necessidade intersubjetiva de existência do Direito, ou seja, usufruir o mundo é apenas possível pela mediação do outro, e nessas relações – positivas ou negativas – é que o Direito poderá (deverá!) fazer atuar a justiça.

Com essa colocação, da necessária fruição do mundo com os outros, podemos reconhecer o Direito a implicar uma existência compartilhada do mundo para seu existir mesmo, em que os homens assumem direitos e deveres em relação uns com os outros, dando ao Direito a necessidade de apresentar-se sempre numa relação de «bilateralidade atributiva».

Encontramos em Aristóteles substrato para o entendimento desta importante questão que perpassa o pensamento de Antônio Castanheira Neves, questão na qual a realização da justiça dar-se-ia na relação entre os homens sempre «mediados pelas coisas». Essa existência con-vivente dos homens no mundo que é «ontológica» ao direito, retrata a existência de uma «condição social» que é consequência da condição mundanal de existência do homem.

b – A condição antropológico existencial:

Nesta segunda condição emergencial da apresentação do fenômeno do Direito, Antônio Castanheira Neves trata da questão da *inespecialização* e da abertura ao mundo do homem, que se realiza no seio da comunidade - ser-com-os-outros - afirmando sua característica necessariamente relacional em seu existir. Contudo, nesse seu modo de existir, há que se apontar que não poderá admitir uma supressão do pessoal pelo social, muito menos a dispersão individualizada que dispõe da vida na comunidade. Portanto, nesse existir pessoal e social atua a ordem, de forma a regular e impedir os extremos acima expostos buscando relacionar os «dois eus» para a existência total/«real» do homem.

Nesse sentido, o Direito mostra duas condições essenciais para

sua mostraçã - mundanal e antropológico existencial -, mas ainda não suficientes. Questão que conduz para a terceira e última condição de emergência que será esboçada adiante.

A característica da inespecialização do homem mostra a indeterminação natural do homem que o afasta dos animais, os quais, existem numa natureza pré-determinada, enquanto que o homem é existente a partir da ausência de pressupostos naturais que o coloca a cada transcender de si mesmo como constituinte/ construtor de sua existência, de sua cultura. Neste ponto, o nosso trabalho se interliga ao pensamento de Heidegger que acentua a existência como projeto, sendo o homem assumido inespecializadamente como único responsável pela tarefa e possibilidade mesma de seu existir.

Essa característica fundamental e fundante do homem, permite o reconhecimento e sua responsabilização pelo seu projeto, ora, ao se colocar perante um mundo que é capaz de transcender, o homem se constitui, funda e fundamenta seu existir a partir dos valores que essa atitude crítica e de distanciamento de mundo a ele possibilita.

Seria o assumir de rédeas pelo projeto de ser que o homem esculpe a cada transcender de si mesmo. Pois, se o homem não é um dado mas um construto constante de si, sua característica de «poder-ser» o coloca em condições de em sua superação criar-se a si e a seus valores circundantes que serão o seu próprio mundo.

Nesse sentido, acompanhamos Antônio Castanheira Neves a nos permitir o reconhecimento da passagem da condição antropológico existencial para uma «condição axiológico-normativa do próprio homem». Nesse sentido, a existência inespecializada do homem e sua condição de transcender-se a si mesmo para constituir sua história, permite reconhecermos que os valores poderão/ deverão ser encontrados nessa mesma história; história em que o homem atuou como «pastor do ser» e a realizou enquanto realizou o seu próprio existir de sentido e valores. O que significa dizer de uma responsabilidade essencial ao homem pela sua fundação e fundamentação, que a partir de sua «abertura ao mundo» lhe permite o seu transcender que é constituinte de seu mundo.⁶

⁶ “Também para ele (Arnold Gehlen) o ser humano está aberto ao mundo, e não se adapta instintivamente a mundo-em-torno especial. Essa não- adaptabilidade diminuiria as chances de sobrevivência biológicas, se as carências não fossem compensadas de outras maneiras. **O ser humano tem de realizar com cultura o que lhe falta como natureza.** Ele tem de criar para si mesmo o mundo-em-torno que lhe sirva.” In, SAFRANSKI, Rudiger, *Heidegger – Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*, tradução Lya Luft, apresentação de Ernildo Stein, São Paulo, Geração Editorial, 2005, pág. 201. Itálico nosso.

b' A dimensão comunitária do homem:

O caminho percorrido até então não seria completo se não atentássemos à característica de existência compartilhada do homem. Significa dizer que desde uma leitura recuperada do zoon politikon aristotélico até o reconhecimento heideggeriano do ser-em, o homem apenas se descobre partícipe e realizador do mundo quando encerrado em sua vivência com os outros. Ou seja, o mundo apenas se exprime como tal em uma ordem de existência compartilhada.⁷

Portanto, a existência compartilhada do mundo pelos homens será pautada pelo que acima chamamos conjuntamente com Antônio Castanheira Neves de existência «real». Esta existência do homem não permite que ele se “decaia” num comum que absorve sua individualidade, tampouco, se entregue a um «papel» que meramente condiciona-se a uma categoria social.

Nos interessa mostrar o relevo que a comunidade assume – contra os individualismos modernos e contemporâneos – para a realização plena do homem; esse relevo é explicitado por Antônio. Castanheira Neves a nos mostrar as três condições que a comunidade assume no existir do homem:

1 - Condição de existência: A condição «elementar» de existência em que os homens realizam sua vida e se encontram imersos. É na comunidade que realizamos nossa práxis e que nos permite, em claras palavras, viver. Esta condição é fundamental, pois, se realizamos nossas aptidões a partir da relação com os outros, essa realização necessita de um “local” que permita e possibilite sua existência, qual seja, a comunidade enquanto condição de existência que guarda os valores comuns dos homens que a ela integram. Nesse sentido, é como explica o autor: local de «origem e conteúdo» dessas possibilidades comuns.

2 - Condição vital: Se partimos da comunidade como condição para o nosso relacionar e realização em nossos projetos comuns, a condição vital denota a característica falível e dependente do homem individual. Assim, a comunidade permite ao homem a realização com os outros, que se complementam mutuamente em sua «debilidade» de existência individual. Portanto, essa característica da comunidade é vital pois proporciona aos homens associações que realizam suas neces-

sidades e que constituem o seu ser pessoal enquanto criam aos outros também, numa atitude de complementariedade de uns para outros.

3 - Condição ontológica: Nesta derradeira condição que a comunidade nos permite, vimos a ontológica necessidade que a existência do homem reclama, qual seja, a necessidade de constituirmo-nos e realizarmos-nos em nosso Ser - que é possibilitado quando estamos em uma ordem comunitária de existir. Mais uma vez a relação entre as «potencialidades» transmitidas na comunidade é que permite a ascensão de cada um a seu patamar maior de realização pessoal. Assim, esse autor ensina sobre a necessária atenção à característica de ser- com-os-outros que dá ao homem altura bastante para alcançar uma progressão humana de si e dos outros com que partilha essa ordem de vivência.

“As possibilidades de cada um são correlatos potenciados das possibilidades dos outros, o ser dos outros a função potenciada do ser comunicado que recebe a assimila de cada um de nós [...] É que só no intercâmbio existencial com os outros – no cultivo de projectos e valores que só ele permite, no desenvolvimento de possibilidades pessoais que ele suscita e estimula [...] na afirmação e robustecimento da personalidade que só a dialéctica “eu-tu” determina, o ser da possibilidade humana vem à sua plena epifania.” (NEVES, 2008)

Assim, a necessidade de o homem resolver o seu problema de integração dar-se-á mediante e na ordem. Nesse sentido, a coexistência realizada na comunidade não poderá ser constituída de uma mera soma fortuita de indivíduos «apenas como indivíduos», ou «lado a lado», o que não significará que ainda não estejam sozinhos. Tampouco, hão de se constituir em uma plena «homogeneidade» que anula qualquer autonomia desses partícipes, não!

Estes extremos degenerariam e seriam mesmo uma contradição nos termos, ora, como nos ensina Antônio Castanheira Neves, no primeiro caso encontraríamos apenas o indivíduo a existir, e no outro, a existência é vista apenas pelo coletivo, o que não permite a emergência da singularidade de cada homem. Portanto, o imperativo é que exista o re-conhecimento desses indivíduos em sua incondicionalidade de pessoas, e que antes de se destituírem de sua individualidade perdida na comunidade - e sem uma extrapolação dessa mesma individualidade - possam nela (comunidade) existir sem nela se acabar.

Para resolver o impasse da necessidade comunitária versus a

⁷ “À base desse ser-no-mundo determinado pelo com, o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da presença é mundo compartilhado. O ser-em é ser-com os outros.” In, HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis, Editora Vozes, 2006, pág. 175.

inegável existência individual, a ordem vem permitir ao homem o seu lugar, instaurando a possibilidade de uma integração e de uma existência orientada e organizada por intermédio de valores estabilizantes da convivência problemática do homem. Ora, como nos permite reconhecer Santos Coelho, o homem só existe na ordem:

“O homem não é senão na ordem, e na medida em que é, torna-se o que é pela ordem em que se encontra; ao mesmo passo, porém, a ordem não é senão no homem, não é senão como homem mesmo se consuma-realiza – não é senão aquilo em que o homem se torna, instaurando-se a dialéctica entre homem e comunidade como o encerrar(-se) o homem (em) uma ordem. No entanto, muito embora implique em processos de institucionalização por quais o homem se realiza, muito embora encerre o sentido de dever-ser numa unidade (complexa embora) axiológica, nem toda ordem pode-se considerar de direito.” (COELHO, 2005)

Esses dizeres nos remetem diretamente à terceira condição que o Direito necessita para sua existência, qual seja, a condição ética. Pois, mesmo que as duas primeiras condições se coloquem como condições ontológicas ao fenómeno do Direito; em que a condição mundanal e antropológico-existencial do homem, culminem na criação cultural de uma ordem; como dito, nem toda ordem é e nem poderá considerar-se de Direito sem que a condição ética perpassa a sua mostração.

c - A condição ética do emergir do Direito:

Diante dos dizeres acima, afirmamos junto com Antônio Castanheira Neves sobre a «insuficiência» das duas primeiras condições para permitirem o emergir do Direito.

O Direito não estaria encerrado em qualquer ordem de «inter-subjetividade institucionalizada», mas, apenas na ordem em que os homens-com-os-outros tenham a possibilidade do re-conhecimento mútuo enquanto fins-em-si-mesmo, não dispondo nunca de sua característica de pessoa - «do ser do homem uma pessoa» -, o que necessariamente importa na impossibilidade de instrumentalização de meros sujeitos dispostos como meio para a realização de quaisquer fins, senão, o da realização de si mesmos.

Aqui, há uma recondução do Direito à posição de instaurador do homem-no-mundo-enquanto-pessoa, esse imperativo é o que distingue o Direito das demais ordens e que vem fundado numa raiz ética que incide sobre todo o seu fenómeno de aparição. Esse reconhecimento do homem enquanto pessoa e não reduzido a meio para outro fim é «condição transcendental do Direito», ora, como já nos ensinou Aristóteles, só haverá «justiça entre iguais»; daí o reclame incessante por esse re-conhecimento que é ele mesmo possibilitador da existência do Direito.

Contudo, a condição ética não assimila, não se confunde com o todo do Direito, mas não há a possibilidade deste sem uma «dimensão» daquela. Assim, é que o Direito assumido nos moldes propostos, põe ênfase na realização da pessoa; pessoa como projeto do homem e assim do Direito, o que significa saltar da condição antropológica do homem para torná-lo uma «aquisição axiológica».

O Direito não é uma necessidade da existência dos homens, assim como a pessoa só existirá se houver essa disposição para uma sua realização/aquisição, que se dará por intermédio do Direito enquanto regulador que possibilita e mesmo necessita dessa existência para estar no mundo dos homens.

Esse salto se encontra com o pensamento de Heidegger, pois, para que haja o reconhecimento da pessoa é necessário ao homem que tenha uma atitude disposta a tanto, ou seja, para que os outros me reconheçam como pessoa necessito reconhecê-los também. O quê, vistas as coisas sobre o prisma que pretendemos, significaria indentificar o Direito como o projeto do homem que permite uma aquisição de si mesmo enquanto pessoa. A dispor de qualquer necessidade ontológica acerca da existência do homem.

“Está o homem no direito quando realiza a condição ética da emergência do direito como direito, quando o homem não é apenas sujeito [...] mas enquanto se funda como pessoa. A pessoa é com o reconhecimento do outro como sujeito-pessoa (também como eu sou) e não como simples objecto.” (*ibidem*)

Assim, a igualdade, necessária à realização da justiça, ínsita ao ser do Direito, importa que seja/esteja aliada a uma atitude responsável na comunidade. Portanto, necessário evidenciar que apenas numa ordem comunitária de atenção ao outro é que concebemos essa possibilidade, ora, a atitude responsável é já um reconhecimento do outro como fim.

Nesta direção, a apontar mais uma vez para a afirmação da ne-

cessidade do atendimento ao Direito como projeto/resposta possível. Aqui, a opção pelo Direito não é colocada de forma leviana como mais uma escolha qualquer. Nesse caso, trata-se de optar por ser ou não pessoa. Ora, nas «alternativas ao Direito», essa possibilidade se esvai quando reconhecemos – na política, na economia, por exemplo – um erguer do homem a um patamar de meio, o que na proposta jurídica de Antônio Castanheira Neves se nos mostra inconcebível. Daí que sem estas condições – transcendentais – o fenômeno jurídico não se mostra, não se desvela. A realização do homem enquanto pessoa torna-se, então, o fim último do Direito.

Resta dizer, que em nenhum momento procuramos evidenciar ou suscitar qualquer influência entre os pensadores em questão. Em verdade, tencionamos mostrar alguns ecos que o pensamento fenomenológico teve no meio jurídico. Com Gerhart Husserl, aliás, como fica claro durante a obra, uma influência maior do pensamento de seu pai. Em Antônio Castanheira Neves, encontrar o direito enquanto direito assemelhou-se ao que Heidegger buscava acerca do Ser. Assim, pôde se questionar: “por que o direito e não antes um não direito?”.

Pensar essa relação foi admitir a co-pertença entre direito e mundo e assim, um encontro entre aquele que cria – pastor – e a obra criada, formando uma existência una e dialética de influência mútua permeada pelo elemento transcendental do tempo. Essa relação de co-pertença, justifica a discussão de termos caros ao pensamento jurídico, tais como, ideia de direito, núcleos de sentido, comunidade, mundo e pessoa, a mostrar a real colocação do homem no tempo que, ao questionar-se sobre seu *modus vivendi* transcende sua existência criando-a.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRITO, José de Souza e. Fenomenologia do direito e teoria egológica. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1963.

COELHO, Nuno M. M. dos Santos, O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: Ensaio de uma aproximação filosófica do jurisprudencialismo, in, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº47 / Jul.-Dez., 2005.

CRISTIN, Renato. Presentatione. In: HUSSERL, Gerhart. Diritto e

tempo: saggi di filosofia del diritto. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

GADAMER, Hans G. Hermenêutica em perspectiva – Heidegger em retrospectiva. Vol. I São Paulo: ed. Vozes, 2007.

GIOVANNI, Reale; ANTISERI, Dario. História da filosofia – do romantismo até nossos dias. Tradução de Álvaro Cunha. Vol. III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

HEIDEGGER, Martin, Ser e Tempo, tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

HUSSERL, Edmund. A filosofia como ciência de rigor. Coimbra: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1952.

HUSSERL, Edmund. Conferências de Paris. Lisboa: Edições 70, 1992.

HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas: sexta investigação. Trad. de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. In: “Os Pensadores”. Abril Cultural: São Paulo, 1975.

HUSSERL, Edmund. Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

HUSSERL, Edmund. Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

HUSSERL, Gerhart. Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

HUSSERL, Gerhart. Person, Sache, Verhalten. Frankfurt: Klostermann, 1969.

HUSSERL, Gerhart. Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1964.

NEVES, Antônio Castanheira, Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito, in, Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento

Jurídico, da sua metodologia e outros, volume 3º. Coimbra:Coimbra Editora, 2008.

SAFRANSKI, Rudiger, Heidegger - Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução Lya Luft. Apresentação de Ernildo Stein. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

Recebido em 20/09/2012 - Aprovado em 25/09/2012.

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

THE INTERNATIONAL COOPERATION

Leila Arruda CAVALLIERI*

RESUMO

Constata-se no atual cenário mundial a necessidade, cada vez mais premente, de que os Estados colaborem, de forma recíproca, para o melhor exercício de atos de sua jurisdição. Já que a jurisdição tem caráter territorial, urgente se torna a cooperação internacional para a efetivação de julgados ou quaisquer atos de cunho transnacional. Através de instrumentos tais como a carta rogatória é que esse auxílio se dá de forma mais célere e efetiva. O presente trabalho busca mostrar o que se tem logrado obter de progresso no uso deste mecanismo rogatório, ainda que não se encontre no patamar ideal. Constata-se a importância do trabalho do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, órgão do Ministério da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação Internacional, Ordem Pública, Carta Rogatória.

ABSTRACT

It is surely observed in the current world scenario the increasingly pressing necessity that States cooperate on a reciprocal basis, for the better performance of acts of their jurisdiction. Since the jurisdiction has a territorial character, the international cooperation for the realiza-

* Doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho, UGF, Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, UGF, Rio de Janeiro, Conceito Capes 5; Professora de Direito Internacional Privado e Introdução ao Direito no Centro Universitário da Cidade- UniverCidade; Ex- Coordenadora Geral do Curso de Direito da UniverCidade; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM

tion of trial or any acts of transnational nature becomes urgent. This cooperation is effectively and quickly obtained through a tool such as rogatory letters. This paper aims to show the progress that has been obtained in using this rogatory mechanism, though it is not in its ideal level. In the paper it is remarked the importance of the work of the Department of Assets Recovery and International Legal Cooperation, an agency of the Ministry of Justice.

KEY WORDS: International Cooperation, Public Order, Rogatory Letter

1. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

As constantes trocas internacionais, consequência direta de um mundo que se constata realmente globalizado, exigem que os Estados mantenham canais de auxílio mútuo eficazes para que todos possam usufruir de maiores benefícios. No atual cenário, uma relevante forma de fazer parte deste universo transnacional é através de mecanismos de cooperação internacional. A cooperação entre as nações se faz cada vez mais necessária, na medida em que há um incremento da movimentação de pessoas, capitais, informações, serviços e bens. Essa cooperação não se dá apenas no âmbito das relações de comércio. Há uma constante demanda pelo cumprimento de atos públicos oficiais em um Estado, atos estes originários de outro país.

Os atos oficiais de caráter jurisdicional ou administrativo, expedidos por um Estado e que necessitam de cumprimento em outro Estado, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional de forma rápida e com eficácia, demandam regulamentação própria, seja convencional ou legal.

Dessa forma, o auxílio recíproco entre os Estados para a correta e ágil prestação jurisdicional é inegável. Em se tratando de cooperação jurídica, os avanços da regulamentação são paulatinos, mas de considerável relevância. Não se trata apenas de uma cortesia entre Estados, reveste-se de caráter de obrigação moral, na medida em que, caso se rejeite a cooperação sem fundamento consistente, haverá uma resistência por parte da comunidade internacional em reconhecer o prestígio perante outros que o Estado que nega a cooperação possa ter.

Aliado a tal fato, o exercício da jurisdição de um Estado tem limites territoriais e, portanto, a autoridade alienígena não pode ultrapassar este limite, adotando medidas que invadam a área da competência alheia. A jurisdição é um poder limitado às autoridades locais.

Segundo Humberto Pinho, "A jurisdição, que em latim significa "a ação de dizer o direito", resulta da soberania do Estado e, junto com as funções administrativa e legislativa, compõe as funções estatais típicas."¹

No mesmo sentido, refere-se Carmen Tibúrcio ao conceito: "A jurisdição, um dos princípios decorrentes da soberania do Estado, é o poder exercido por este sobre todos os bens e pessoas em seu território."²

Ressaltou-se o tema no julgamento, em 1999, da carta rogatória nº8577 originária do 9º Juízo de Direito Criminal e Correccional Federal de Buenos Aires, Argentina, com o parecer do Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, ilustrando a questão levantada sobre a jurisdição e ofensa à ordem pública, fundamentação que foi utilizada apenas esta vez pelo STF.

Em atenção ao respeitável despacho de fls. 9, venho dizer a Vossa Excelência que me oponho ao cumprimento da presente carta rogatória, que visa à localização do cidadão brasileiro Wilson Roberto dos Santos, para que as autoridades brasileiras o façam comparecer perante a Embaixada Argentina nesse país e/ou Consulado Argentino da cidade brasileira na qual for o mesmo encontrado (...) 'para que este Tribunal fique constituído no local e o requerido preste depoimento pessoal' (fls. 6). Com efeito, como bem anotado por Vossa Excelência no r. despacho, a diligência solicitada no pedido rogatório afigura-se atentatória da soberania nacional, na medida em que implica em constituir, em solo brasileiro, Tribunal argentino, para efeito de proceder a diligência cuja competência é atribuída pelo art. 109, inciso X, da Constituição Federal aos juízes federais, qual seja, a execução, em território nacional, de carta rogatória após o exequatur. (grifo nosso). (CR 8577 Relator(a): Min. PRESIDENTE Julgamento:19/02/1999 Publicação:DJ 01/03/1999 PP-00034)

A crescente evolução das relações transnacionais já era perce-

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3 ed., ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.61.

² TIBÚRCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.161.

bida, desde os anos 70 por Haroldo Valladão que escreveu: "A cooperação internacional, hoje mais do que nunca é um imperativo da vida humana, e a cooperação interjudicial dos estados é uma necessidade indeclinável."³

O autor prossegue: "Os tribunais dos vários países com a extraordinária e contínua intensificação das relações internacionais, públicas e privadas, precisam cada vez mais, para boa e completa realização da justiça, de correspondência, comunicação e assistência recíprocas."⁴

Na lição de Nádia de Araújo, encontramos a afirmação: "Deixar de considerar os requerimentos de outras nações implicará, forçosamente, a mesma atitude por parte destas ante nossos pedidos."⁵

2. A ORDEM PÚBLICA

Este auxílio depara-se, porém, com alguns obstáculos que fazem parte da manutenção e proteção da independência soberana de cada Estado. Para tal mister, tanto a legislação brasileira quanto a dos vários Estados que compõem a sociedade internacional, estabelecem os limites para a aplicação de decisões e atos alienígenas dentro de sua jurisdição.

A Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei 4657 de 1942, que teve sua ementa revogada pela lei 12.376 de 30 de dezembro de 2010, passando a denominar-se Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, rege, através do art.17, a eficácia de quaisquer declarações ou atos estrangeiros no Brasil, estipulando que:

"Art.17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes."⁶

O dispositivo legal especifica que, regra geral, atos estrangeiros serão eficazes no Brasil. Traz, porém, como empecilho, a ofensa aos três princípios citados, sendo que, pode-se entender, que o conceito de ordem pública contém a soberania nacional e os bons costumes. A ordem pública é a base social, política e jurídica de um Estado, considerada imprescindível à própria sobrevivência soberana do mesmo.

³ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Parte Especial. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 172.

⁴ Ibidem.

⁵ ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.293.

⁶ BRASIL. *Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.3762010?OpenDocument> Acesso em 26 ago. 2012, 12h24min.

Para Haroldo Valladão, "A evolução no direito positivo do conceito de ordem pública confirma a predominância doutrinária quer de seus dois aspectos interno (nacional) e externo (internacional), quer do seu caráter de medida de exceção."⁷

E, dando continuidade ao tema, o autor explica:

Realmente, a ordem pública é um limite do foro ou à manifestação da vontade individual, às disposições e convenções particulares (ordem pública interna) ou à aplicação do direito estrangeiro, às leis, atos e sentenças de outro país (ordem pública de DIP).⁸

Jacob Dolinger, apesar de afirmar ser a indefinição do conceito uma característica do mesmo, formula uma noção de ordem pública para fins de aplicação no Direito Internacional.

Diz o autor: "Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-política-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado."⁹

Complementa Dolinger: "A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais."¹⁰

O principal óbice à cooperação internacional seria a ofensa à ordem pública do Estado requerido. Aquilo que para o julgador fosse considerado chocante, seria ofensivo à ordem pública. Apesar de ser um conceito de difícil delimitação, é o bom senso dos julgadores e os valores existentes na sociedade, na época da decisão, que vão estabelecer os critérios para a avaliação do que ofende ou não a ordem pública. O que se entende por ato chocante? Esse valor é aplicado à ordem pública interna ou à internacional? Os dois conceitos devem ser avaliados e sopesados a fim de que não se crie um óbice ao julgado ou pedido estrangeiro por excesso de prevenção contra o que não se aceita, mas que, certamente, não constitui nenhuma afronta aos valores de outros Estados. Esses valores e ponderações são mutáveis no tempo e no espaço. Exemplificamos com o instituto do divórcio. Muito antes de ser aceito no Brasil, já o

⁷ Ibidem.

⁸ VALLADÃO. op. cit. , p. 491.

⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

¹⁰ Ibidem.

era em outros Estados. Quando da implementação do divórcio pela lei brasileira em nosso território, em 1977, o instituto até então ofensivo à soberania do país, à ordem pública e aos bons costumes, passou a ser imediatamente reconhecido e aplicado retroativamente a casamentos antes indissolúveis. Constata-se a mudança das sociedades nos seus paradigmas. Mudar ou quebrar um paradigma não se afigura como tarefa fácil, mas é a partir daí que se evolui em relação às consequências que essa mudança ou rompimento acarretarão.

Thomas Kuhn, físico teórico que desenvolveu estudos filosóficos e históricos de bastante complexidade, afirma que:

“Considero paradigmas as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”¹¹.

O autor citado complementa: “Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada.”¹²

No julgamento do Habeas Corpus 90567- Ceará, a Primeira Turma do STF, em relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi afirmado, no caso em questão, que a única exigência é que a carta rogatória não atente contra a ordem pública ou a soberania nacional.¹³

A afirmação de que sempre haverá mudanças em relação ao conceito de ordem pública não soa leviano, pois esse conceito funciona em razão de um paradigma que não é perpétuo. Não se trata de um dogma. A ordem pública deve ser um conceito municiado com alguma flexibilidade, desde que se possa constatar o benefício científico de novos paradigmas. Ocorrem revoluções na ciência que desintegram valores estáveis e que, portanto, necessitam ser avaliados sob nova ótica. Neste aspecto parece necessário se entender que essas modificações são evolutivas e não estagnadas. Da mesma forma que há uma mudança em relação a como se vislumbra através dos tempos a ordem pública, também há modificação nos conceitos de soberania nacional e bons costumes.

Constata-se que até a importância dos institutos sofreu uma avaliação hierárquica. O art.17 da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, desde 2010 com a denominação de Lei de Introdução às Normas

¹¹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998, p.13.

¹² Ibidem., p.38.

¹³ HC 90567 / CE - Ceará: Habeas Corpus: Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 24/04/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma.

do Direito Brasileiro, ao definir o impedimento à aceitação de julgados estrangeiros pelo Brasil, englobava a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Já na mais recente Resolução nº 9 do STJ, de 2005, o art. 6º elenca apenas a soberania e a ordem pública, entendendo-se que os bons costumes foram englobados nos outros conceitos.

Dentre as formas de cooperação jurídica internacional no âmbito civil, citam-se a homologação de sentença estrangeira, o cumprimento de cartas rogatórias e o auxílio direto. No tocante à cooperação em matéria penal, encontram-se também a carta rogatória, a extradição e a transferência de presos. Nesse âmbito, o auxílio direto tem sua constitucionalidade questionada como forma de cooperação na área penal.

Para o exercício da cooperação jurídica internacional, os Estados assumem compromissos através da assinatura de acordos ou tratados bilaterais, regionais ou multilaterais. Alguns Estados também baseiam-se na aceitação de promessa de reciprocidade.

3. AUTORIDADE CENTRAL

A fim de que se cumpra o estabelecido nos acordos de auxílio jurídico a outro Estado que o requer, criou-se no Brasil o órgão denominado Autoridade Central, o qual vai receber, coordenar, analisar e acompanhar o cumprimento das solicitações originadas de outros países. Quando o pedido alienígena fica submetido à Autoridade Central, garante-se a idoneidade do procedimento, assim como sua validade e legalidade em relação ao processo judicial.

O primeiro acordo a criar o mecanismo exercido pelo que atualmente mencionamos Autoridade Central, em âmbito global, é a Convenção da ONU sobre alimentos, assinada pelo Brasil em 31 de dezembro de 1956. Os termos utilizados são autoridade remetente, cuja função é enviar pedidos de cooperação e uma instituição intermediária, que os recebe. O decreto nº 56.826 de 2 de setembro de 1965 que estabeleceu a execução e cumprimento da Convenção, estipula que a Procuradoria Geral do Distrito Federal teria essa função.

A Convenção Relativa à Citação e Notificação no Estrangeiro de Atos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil ou Comercial, assinada na Haia em 1965, e não ratificada pelo Brasil, usa a expressão Autoridade Central pela primeira vez. O art.2º da Convenção estabelece que cada Estado contratante designará uma Autoridade Central que assumirá o dever de receber as demandas e notificações oriundas de outro Estado, dando-lhes andamento.

A Autoridade Central se incumbe da verificação dos requisitos estipulados pelos acordos e tratados firmados, que trazem diferentes exigências procedimentais. O objetivo é dar celeridade e eficácia ao processo, visando cada vez mais melhorar o sistema de cooperação transnacional no tocante a esse auxílio tão valioso. A autoridade designada gerencia o envio e o recebimento de pedidos de auxílio jurídico, adequando-os e os remetendo às respectivas autoridades nacionais e estrangeiras competentes, na forma de um exercício de juízo de admissibilidade administrativo.

No Brasil, a Autoridade Central atua através do Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) e do Departamento de Estrangeiros (DEEST), nos termos do Decreto nº6091/2007.

O Brasil é parte em convenções e tratados que designam Autoridades Centrais específicas para as funções estabelecidas nesses instrumentos. No âmbito civil, a Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro designou a Procuradoria Geral da República como Autoridade Central. Já a Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, a Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional e a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores escolheram para exercer a função de Autoridade Central a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

No que diz respeito aos acordos na área penal, os Tratados de Auxílio Mútuo em Matéria Penal assinados pelo Brasil com Portugal e com o Canadá, designam como Autoridade Central a Procuradoria Geral da República.

4. DA CARTA ROGATÓRIA

Em especial, no que concerne às formas de auxílio jurídico internacional em matéria civil, constata-se a utilização com frequência da carta rogatória. Portanto, há necessidade de verificação das recentes mudanças ocorridas em nosso ordenamento a respeito do mecanismo. Esse instrumento de cooperação permite que um Estado possa requerer a outras medidas necessárias de auxílio transnacional para que haja, ou a consequente tramitação de processo iniciado no país requerente ou a afirmação da justiça nos casos específicos. É uma solicitação originada em juízo estrangeiro a fim de que se realize diligência processual no Estado requerido. De acordo com tratados ratificados e sua lei interna, o Estado requerido ou rogado, poderá aceitar o pedido de auxílio oficial.

Vários autores elaboraram definições de carta rogatória. Esse instrumento de consecução do auxílio entre os Estados é definido por Nádia de Araújo como: "As cartas rogatórias são um pedido formal de auxílio para a instrução de processo, feito por autoridade judiciária de um Estado a outro."¹⁴

Há duas espécies de carta rogatória, a ativa, enviada ao exterior pela autoridade brasileira e a passiva, que é aquela que o Brasil, como Estado rogado, recebe de outro Estado, denominado rogante, e a cumpre de acordo com suas disposições regulamentares. As cartas rogatórias passivas serão aqui cumpridas de acordo com convenções assinadas pelo Brasil, já as ativas, dependem da legislação do Estado rogado. As cartas rogatórias ativas não passam pelo crivo do STJ, tendo seu trâmite regido pelo art. 210 do Código de Processo Civil. Caso haja tratado ou convenção assinados pelo Brasil e o país requerido, estes devem ser respeitados. Na falta de medida convencional, utiliza-se a via diplomática.

Desde meados do século XIX executam-se no Brasil cartas rogatórias. As primeiras, vindas quase sempre de Portugal, não cumpriam nenhum procedimento específico para serem aceitas no Brasil. O "cumpra-se" expedido pela autoridade brasileira teve sua regulamentação apenas em 1894 com a denominação de exequatur. As mudanças em relação ao instituto rogatório foram acontecendo no correr do século XX e desde a Constituição de 1934, a autoridade competente para a concessão era o Supremo Tribunal Federal.

A Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4657 de 1942, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, traz em seu texto o art.12, §2º, que estabelece, em relação às cartas rogatórias passivas o seguinte:

Art.12. § 2o A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.

Este artigo não foi revogado nem expressamente, nem por incompatibilidade, já que a menção ao exequatur manteve-se na legislação posterior.

A carta rogatória assinada pela autoridade rogante é o mesmo documento oficial que será recebido pelo juízo rogado.

Anteriormente à Emenda Constitucional 45, a competência para decidir sobre as cartas rogatórias passivas era do STF. Através do CPC,

¹⁴ ARAUJO, op.cit. , p.303.

as regras eram assim estabelecidas no art.211:

“Art. 211. A concessão de exequibilidade às cartas rogatórias das justiças estrangeiras obedecerá ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

A legislação brasileira infraconstitucional estabelece no Código de Processo Civil, no Capítulo IV, Da Comunicação dos Atos, que:

“Art. 201. Expedir-se-á carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar; carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e carta precatória nos demais casos.”

Tal dispositivo do CPC foi criticado por Haroldo Valladão que afirmava:

O novo CPC, continuando a legislar fora de seu âmbito e a ignorar as normas de processo civil internacional, igualou os requisitos da rogatória aos da precatória e da carta de ordem, arts. 201 a 204, e ao dispor sobre a rogatória ativa, art. 210 e passiva, art. 211, ressaltou para a primeira a existência de convenção internacional, o que é raríssimo e esqueceu de fazê-lo para a segunda, o que é frequente.¹⁵

Porém, a crítica feita na época é pertinente, uma vez que são instrumentos diferentes e com consequências diversas. O questionamento do internacionalista prossegue no que diz respeito à regulamentação do trâmite pelo Regimento Interno do STF, que não menciona a exequibilidade e condições das cartas rogatórias.

“Tal exequibilidade, matéria de alta relevância internacional e interna não podia depender de Regimento.”¹⁶

O procedimento para o exame dos pedidos estava descrito no Regimento Interno da Suprema Corte brasileira, nos arts 225 a 229, diploma legal criticado por vários doutrinadores pelo fato de não ser a sede ideal da regulamentação da carta rogatória.

Ocorreram mudanças legislativas relativas ao procedimento de concessão do cumprimento ao instrumento rogatório. Com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, foi acrescentado ao inciso I do art.105 da Constituição Federal a alínea i, ficando o mesmo assim redigido, referindo-se às cartas rogatórias passivas:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça.
I - processar e julgar, originariamente:

¹⁵ VALLADÃO. op. cit. , p. 175.

¹⁶ Ibidem.

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

A competência para iniciar o processo de cumprimento das cartas rogatórias, desde então, foi ampliada para o Superior Tribunal de Justiça.

Dessa feita, objetivando processar e julgar a possibilidade de se conceder exequatur às cartas rogatórias passivas, editou-se no STJ a Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, que apesar de ter caráter transitório, passados sete anos, ainda é o marco da regulamentação a respeito da cooperação judiciária internacional. É inquestionável a necessidade de que o Plenário da Corte adapte às normas posteriores a 2004 seu Regimento Interno, para uniformização das decisões a respeito das cartas rogatórias.

O Presidente do Tribunal tem a atribuição de decidir sobre o cumprimento das cartas rogatórias, segundo o estatuído no art. 2º da Resolução. A Resolução nº 9 de 2005, no art. 6º estipula que a ofensa à soberania ou ordem pública brasileiras impede a concessão do cumprimento pelo STJ às rogatórias passivas. As cartas rogatórias passivas podem ser classificadas em três espécies: a carta que requer atos ordinatórios, como citação ou notificação, a que requer atos instrutórios, tais como coleta de provas ou perícias e as de caráter executório, com pedidos de quebra de sigilo bancário, penhora de bens, arresto, confisco ou busca e apreensão.

Havia, quando da competência do STF para o julgamento das rogatórias, jurisprudência uniforme no sentido de negar o exequatur às cartas de caráter executório, com a alegação de ofensa à ordem pública e a exigência de que já houvesse a homologação da sentença estrangeira. As decisões se pautavam na recusa às diligências solicitadas que tivessem caráter executório, grande parte destas cartas requerendo quebra de sigilo bancário ou busca e apreensão.

Passou a haver um abrandamento da posição do tribunal, pois os pedidos baseados nas convenções assinadas pelo Brasil eram atendidos.

O art. 7º da citada Resolução trouxe tentativas de solução para um fato que há algum tempo era encarado e julgado de maneira diferente do que tem ocorrido atualmente. Diz respeito às rogatórias que requeriam o cumprimento de medidas executórias. O artigo em questão estabelece que as cartas rogatórias podem ter por objeto, tanto atos não decisórios quanto atos decisórios. Especialmente no âmbito criminal, o deferimento dos pedidos estrangeiros de medidas que objetivam auxiliar no combate à criminalidade internacional têm sido atendidos

com frequência pelo STJ, seguindo uma tendência que já parecia se desenvolver quando a competência para a concessão do exequatur às rogatórias era do STF. A aceitação do pedido de cumprimento de rogatória, quando decorrente de compromisso assumido em tratado, era procedimento usual. Injustificada seria a negativa ao exequatur quando da ausência de instrumento convencional.

Verifica-se, realmente, que houve uma mudança no procedimento do STJ em relação à aceitação de cartas rogatórias executórias, que passaram a ter o exequatur concedido quando sua fundamentação era baseada em tratados ou convenções, como já o fazia o STF. O Ministro Luiz Fux decidiu, na Carta Rogatória 438 em sentido inteiramente contrário ao que havia decidido na Carta Rogatória 226, concedendo o exequatur integralmente ao pedido oriundo da Bélgica. O Ministro Fux citou o parágrafo 8 do art.18 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, alegando que os Estados partes da Convenção não poderiam invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação requerida por outro Estado. Inicialmente, atos de constrição requeridos nos instrumentos rogatórios, eram considerados ofensivos à ordem pública brasileira e, portanto, não aceitos pelo judiciário brasileiro. A Emenda Constitucional 45 aliada à Resolução nº 9 do STJ mudaram a orientação do tribunal e várias cartas rogatórias de caráter executório passaram a receber o exequatur sem maiores questionamentos.¹⁷

Após a concessão do exequatur pelo STJ, a execução faz-se através do juízo federal, segundo o disposto no art. 109, X, da Constituição Federal e no art. 13 da Resolução nº 9 do STJ, com força de título executivo judicial.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;
Resolução nº 9 STJ

"Art. 13. A carta rogatória, depois de concedido o exequatur,

¹⁷ CR 438 BE 2005/0015196-0 Relator(a):Ministro LUIZ FUX Julgamento:15/08/2007 Órgão Julgador:CE - CORTE ESPECIAL Publicação:DJ 24/09/2007 p. 224. CR 226 - EX 2005/0008869-6 Relator: Ministro LUIZ FUX

será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente." ¹⁸

É relevante que se atente para o fato de que muitos pedidos de cooperação internacional, apesar de chegarem ao Brasil com a denominação de cartas rogatórias, não o são. O art. 105, I, i engloba também, numa só espécie, os pedidos de assistência de natureza administrativa os quais não exigem juízo de delibação para seu cumprimento.

Em certas situações são apenas pedidos de envio de cópias xerox de documentos para a instrução do processo que tramita no exterior. Não há, nesses casos, necessidade de que o STJ proceda a juízo de delibação da carta rogatória, pois trata-se de mera cooperação administrativa. A conduta ideal seria a não aceitação de tais pedidos pelo STJ. Nesses casos, o adequado é o procedimento do auxílio direto, contemplado pelo parágrafo único do art.7º da Resolução nº 9 do STJ.

Segundo Gilson Langaro Dipp: "A carta rogatória com sede constitucional e que, portanto, deve ser analisada em juízo de delibação, é a chamada "carta rogatória em sentido estrito"¹⁹.

A legislação brasileira infraconstitucional estabelece no Código de Processo Civil, no Capítulo IV, Da Comunicação dos Atos, que:

" Art. 201. Expedir-se-á carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar; carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e carta precatória nos demais casos."

Esse artigo do CPC foi criticado por Haroldo Valladão que afirmava:

O novo CPC, continuando a legislar fora de seu âmbito e a ignorar as normas de processo civil internacional, igualou os requisitos da rogatória aos da precatória e da carta de ordem, arts. 201 a 204, e ao dispor sobre a rogatória ativa, art.210 e passiva, 211, ressaltou para a primeira a existência de convenção internacional, o que é raríssimo e esqueceu de fazê-lo para a segunda, o que é frequente.²⁰

Porém, a crítica feita na época é pertinente, uma vez que são instrumentos diferentes e com consequências diversas. O questionamento do internacionalista prossegue no que diz respeito à regulamentação do trâmite pelo Regimento Interno do STF, órgão judicial competente na ocasião, que não menciona a exequibilidade e condições das cartas

¹⁸ BRASIL. *Constituição Brasileira Federal*. 1988.

¹⁹ Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n.38, p.39-43, jul./set.2007.

²⁰ VALLADÃO. op. cit. , p. 175.

rogatórias.

Quanto ao chamado juízo de delibação, considera-se que é a forma de declarar a validade do objeto da carta rogatória, mas sem verificação do mérito e se concretiza positivamente através da concessão do exequatur. No julgamento de cartas rogatórias, assim como nas sentenças estrangeiras, o sistema adotado é o da contenciosidade limitada, o que quer dizer, a defesa só poderá versar sobre a autenticidade dos documentos, a inteligência da decisão, a inobservância dos requisitos da Resolução nº 9 do STJ e a afronta à soberania nacional e à ordem pública. Não é função da autoridade brasileira fazer qualquer cognição relativa ao mérito da causa. O STJ verifica apenas se a autoridade estrangeira que proferiu a decisão é a competente para tal, se a decisão estrangeira é irrecorrível, se houve garantia de ampla defesa das partes e se a ordem pública brasileira não foi atingida. A partir dessa avaliação, o exequatur àquela carta rogatória será concedido. Trata-se também de um sistema de decisão concentrado, no caso, no STJ.

Valladão, citando uma questão de homologação de sentença estrangeira, refere-se ao juízo de delibação, como:

Exame puramente formal da sentença, sem qualquer revisão de fundo, próximo do antigo "giudizio di delibazione" da Itália, vendo-se apenas se a sentença reúne as condições de autenticidade, inteligibilidade, competência do tribunal, citação regular do réu, força de coisa julgada, não ofensa à ordem pública.²¹

O sistema concentrado de decisões das rogatórias tem críticos como Márcio Mateus Barbosa Júnior que defende a ideia de que o sistema deveria ser difuso. O autor afirma:

Defendemos a aplicabilidade do reconhecimento difuso da sentença estrangeira, o que exige mudança constitucional, de modo a deixar de lado o sistema extremamente formal de reconhecimento por um órgão jurisdicional de cúpula, para investir todos os juízes federais de competência para concessão do exequatur às cartas rogatórias e para homologação da sentença estrangeira.²²

Poderia ser uma possível solução a longo prazo, mas o próprio

²¹ Ibidem., p 187.

²² REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ANO XVI, nº 366, 15 de abril de 2012, p. 8.

autor da proposta reconhece a necessidade de uma mudança constitucional, o que não se faz sem incentivo estatal ou vontade política. O Juízo Federal de 1ª instância, de acordo com o critério de competência territorial, que se incumbe apenas do cumprimento das cartas, já asoberbado de ações, não parece tão familiarizado com as questões de decisão da carta rogatória quanto o STJ, que de certa forma, tem dado andamento aos pedidos, na medida do possível, de forma bastante razoável.²³

Leia-se, desde a Emenda Constitucional 45, Superior Tribunal de Justiça.

Uma das mais constantes queixas da sociedade brasileira diz respeito à morosidade da prestação jurisdicional, o que não é um privilégio da justiça nacional. Em se tratando de cooperação internacional, acrescentava-se à essa insatisfação o fato de que o excesso de burocratização dos procedimentos adiaava ainda mais o resultado final desejado. Com a mudança da competência para o STJ para a execução de cartas rogatórias, pretendeu-se agilizar o trâmite. Após inúmeras medidas adotadas com esse intuito, muitas conquistas aconteceram e se concretizaram, sempre com o fito de transformar a cooperação jurídica internacional em algo realmente eficaz e proveitoso para os

²³ Art. 202. São requisitos essenciais da carta de ordem, da carta precatória e da carta rogatória:

I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;

II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;

III - a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto;

IV - o encerramento com a assinatura do juiz.

§ 1º O juiz mandará trasladar, na carta, quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que estes documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, peritos ou testemunhas.

§ 2º Quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica.

O art. 202 do CPC teve incluído em seu texto, pela lei nº 11.419, de 2006, o parágrafo 3º, assim redigido:

" A carta de ordem, carta precatória ou carta rogatória pode ser expedida por meio eletrônico, situação em que a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, na forma da lei."

A inclusão desse parágrafo foi exigência dos novos tempos e busca de uma agilização maior dos atos judiciais.

O CPC, nos arts. 210 e 211, estabelece que :

Art. 210. A carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato.

Art. 211. A concessão de exequibilidade às cartas rogatórias das justiças estrangeiras obedecerá ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Estados envolvidos.

Em abril de 2012, realizou-se em Brasília o Seminário Cartas Rogatórias, Pedidos de Auxílio Direto e Prestação Internacional de Alimentos: Avanços e Novos Instrumentos onde se discutiu a recente edição da Portaria Interministerial nº 501, de 21 de março de 2012. Nesse instrumento, os Ministérios das Relações Exteriores e o Ministério da Justiça estabelecem regras visando uma reformulação dos procedimentos até então regidos pela Portaria nº 26 do Ministério das Relações Exteriores. A Portaria nº 26, bastante criticada pelos participantes do Seminário, considerada inadequada e burocrática ao extremo, precisava ser substituída e o foi pela Portaria Interministerial nº 501.

5. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 501

A Portaria Interministerial nº 501 de 2012 apresenta várias medidas no sentido de desburocratizar o trâmite da carta rogatória, tornando-o mais célere e de maior utilidade e eficácia.

O Brasil é signatário de 49 acordos de cooperação jurídica internacional. É na falta de mandamento convencional que se aplica a portaria, de forma subsidiária. Segundo dados da ONU, há mais de 190 países no mundo, daí se perceber a importância da cooperação jurídica fora do âmbito convencional.

Com 11 artigos, a Portaria Interministerial nº 501 de março de 2012 estabelece como prioridade a uniformização do trâmite e a redução do tempo de tramitação de cartas rogatórias emanadas de Estados com os quais o Brasil não mantém tratados sobre esse assunto. Faz também menção ao procedimento do auxílio direto, outra forma de pedido de auxílio, mas que não demanda juízo de delibação.

Uma vez que o pedido de outro Estado tenha passado pela Autoridade Central, no caso o Ministério da Justiça, será válido no Brasil, tornando mais ágil sua tramitação. A antiga, e, por muitos considerada vetusta e com defeitos de forma, Portaria Interministerial nº 26, foi revogada em ótima hora.

A Portaria nº 501, vinculando o Ministério das Relações Exteriores e o Ministério da Justiça, exige que o Ministério das Relações Exteriores acompanhe a cooperação internacional. Fica a questão mais visível quando este ministério age, mas é necessário que ele receba as informações necessárias para o andamento mais célere do auxílio. A Autoridade Central, para que não se transforme num cartório de documentos, necessita estar em contato com o Ministério das Relações Exteriores, através do Itamaraty de forma constante. Com o fito de

agilizar ainda mais o processo, o Ministério da Justiça criou formulários baseados nas diretrizes dos acordos nos quais o Brasil é parte.

6. DIREITO CONVENCIONAL

No âmbito da América Latina, o Brasil firmou acordos com vários países. A Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, Panamá, em 1975, internalizada pelo Decreto nº 1899 de 9 de maio de 1996, reuniu a Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Espanha, EUA, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

O Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, em Montevideu no ano de 1979, internalizada pelo Decreto nº 2022 de 7 de outubro de 1996, contou com a adesão dos Estados-partes Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, El Salvador, Equador, EUA, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, conhecido como Protocolo de Las Leñas, de 1992, internalizado pelo Decreto nº 2.067, de 12/11/96, reuniu Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Tendo como base o mesmo assunto, existe o Acordo de Cooperação entre os Estados componentes do Mercosul, a Bolívia e o Chile, de 2002, elaborado em Buenos Aires e aqui internalizado em 2009, e que ainda aguarda a ratificação da Bolívia e do Uruguai.²⁴

Outros acordos envolvendo Estados da América Latina tratam de diferentes medidas também pertinentes à cooperação internacional.

Tudo indica que o Brasil tem feito esforços no sentido de prestar um auxílio maior e mais célere no universo das cartas rogatórias.

Há um anteprojeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que dispõe sobre cooperação internacional em matéria civil, trabalhista, previdenciária, comercial, tributária, financeira, administrativa e penal que estabelece regras sobre cartas rogatórias, contemplando o assunto nos arts. 43 a 46. Caso não sofra nenhum veto, a aprovação do anteprojeto será de grande valia no tocante à cooperação. Os dispositivos seguem a linha do que já existe, mas com considerável diminuição de procedimentos burocráticos.

Em relação a países fronteiriços, o anteprojeto estabelece que,

²⁴ BRASIL. *Ministério da Justiça*. Disponível em < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ4824E353ITEMID2D7208F92A0D4C76BE42D6CF48034A17PTBRNN.htm> > Acesso em 18 ago.. 2012, 17h15.

havendo compromisso de reciprocidade certificado pela Autoridade Central, já previamente informada, a cooperação poderá se dar diretamente através da carta rogatória. A eliminação de instâncias é um ganho em relação a tempo e custo.

CONCLUSÃO

As novas regras da cooperação internacional remetem a uma concepção atual de reconhecimento da idoneidade e aptidão dos tribunais estrangeiros, afastando a ideia de que os tribunais pátrios são os únicos capazes de bem decidir as questões jurisdicionais, quando há qualquer elemento nacional integrando as mesmas.

Lida-se atualmente com um ramo do Direito, o direito internacional, que apresentou uma expansão considerável nos últimos tempos em decorrência da globalização mundial. Esse mesmo ramo já foi menosprezado e considerado sem muita utilidade ou eficácia em outras épocas. Não se pode deixar de perceber a importância que ele tem adquirido. Todas as medidas, no sentido de tornar o transnacionalismo jurídico algo palpável e estimulante, são muito bem recebidas pela comunidade internacional.

Uma das barreiras encontradas nos Estados para a cooperação internacional é a reserva de ordem pública, conceito este que necessita sempre ser avaliado por uma hermenêutica teleológica e histórica, segundo leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A própria noção clássica de ordem pública, no Direito, obrigatoriamente necessita ser revisitada, já que tradicionalmente se expressava nos textos legislativos sob a forma de remarcar situações excepcionais à regra existente – quando, na atualidade, se insere no contexto da efetividade dos direitos humanos e fundamentais, inclusive sob o prisma dos direitos econômicos e sociais.²⁵

Apesar desses obstáculos de caráter mais rígido, o incremento da cooperação judicial entre os Estados tende a ampliar-se cada vez mais, com a assinatura de convenções e acordos internacionais e com modificações na política legislativa e jurisdicional internas.

A concessão do cumpra-se às cartas rogatórias passivas, no

²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008, p.70.

âmbito civil, ainda se mostra tímida e lenta em relação à resposta que é dada por parte dos outros Estados em relação às rogatórias ativas, aquelas cujo país requerente é o Brasil.

Talvez pelo número maior de Ministros componentes do STJ em relação aos do STF, a agilização do processo possa ter real êxito.

A Portaria Interministerial nº 501 é muito recente e, portanto, ainda não se pode avaliar seus desmembramentos. Constata-se que o objetivo de tornar mais rápida a prestação jurisdicional internacional, sem descurar do direito à ampla defesa, foi perseguido pela Portaria. Precisa-se de mais tempo e convicções de política legislativa para garantir que a mudança da competência, atualmente do STJ, para o julgamento da rogatórias, não seja simplesmente uma mudança topográfica. Espera-se que, dentro em pouco, se possa ter esse mecanismo cumprindo exatamente a função para a qual foi criado: auxiliar na cooperação jurídica internacional de maneira efetiva, rápida e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. atualizada e ampliada/ Nadia de Araujo. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. *Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Disponível em: < http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.376-2010?OpenDocument > Acesso em 26 ago.. 2012, 12h24min.

_____. *Ministério da Justiça*. Disponível em < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ4824E353ITEMID2D7208F92A0D4C-76BE42D6CF48034A17PTBRNN.htm> >. Acesso em 18 ago.. 2012, 17h15.

_____. *Constituição Brasileira Federativa*. 1988.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3 ed., ampl. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA CEJ, Brasília, Ano XI, n.38, p.39-43, jul./set. 2007.

TIBÚRCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Parte Especial. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

Recebido em 19 de setembro de 2012/Aprovado em 27 de setembro de 2012.

APONTAMENTOS SOBRE O SURGIMENTO DA OCDE NO CONTEXTO DO NASCENTE DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO*

Lucas Carlos LIMA*

RESUMO

O Direito Internacional do Desenvolvimento surge no século XX como um dos novos ramos do direito internacional econômico, demonstrando a significativa alteração das relações internacionais no período, bem como do ordenamento jurídico internacional. Ante o contexto delineado, o presente trabalho busca compreender de que maneira o surgimento da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) se insere enquanto organização internacional e de que maneira ele se coaduna com os discursos do fenômeno apontado.

PALAVRAS-CHAVE

História do Direito Internacional; Corte Permanente de Justiça Internacional; Arbitragem Internacional;

1. INTRODUÇÃO

No ano de 1973, a Academia de Direito Internacional de Haia, pela primeira vez inaugurou um curso tendo a temática da desigual-

* Nota Metodológica: No tocante às referências bibliográficas, é importante salientar que serão observadas as últimas determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) com a ressalva de que, na NBR nº 10520:2002, o modelo de citação autor data e numérico serão excepcionadas da estrita regra da ABNT. Isso porque serão utilizadas as referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-se com notas explicativas em rodapé é (instrumento permitido somente quando empregada a modalidade de citação autor-data). O intento de tal fórmula é o de proporcionar uma breve indicação referencial em nota de rodapé, somada ao fato da limpeza textual sem renunciar às importantes contextualizações e comentários que não integram o corpo da argumentação do texto, como a biografia dos autores, por exemplo.

*Mestrando em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi bolsista do Programa

dade no desenvolvimento dos Estados, promovido pelo professor Lacharrière¹. Nas palavras deste estudioso da universidade de Paris, era necessário que se atentasse às relações de desigualdade entre os países desenvolvidos e não desenvolvidos, entre os Estados recém nascidos do período de descolonização e a necessidade de uma promoção de seus desenvolvimento por parte de políticas dos Estados ditos "ricos"².

Cinco anos mais tarde, em 1978, outro curso na Academia de Direito Internacional de Haia lançava os holofotes para a temática da cooperação para o desenvolvimento. Maurice Flory, diplomata e professor direito internacional da Universidade Aix-Marseille III, atendo aos problemas da "Soberania dos Estados e Cooperação para o Desenvolvimento"³, traça um panorama deste novo ramo do direito internacional que ganhava força com as inovações do século XX.

Analisando-se sob uma perspectiva histórica, pode-se perceber que o surgimento de um, assim chamado, "Direito Internacional do Desenvolvimento" é uma das novíssimas tendências do direito internacional contemporâneo estando em incessante expansão e estudo. É exatamente o exercício de compreensão histórica do surgimento deste ramo do direito internacional que este artigo se pretende.

Somando forças ao nascimento do direito internacional para o desenvolvimento, busca-se analisar o surgimento de uma organização internacional importantíssima para este ramo do direito internacional, qual seja, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), uma das principais organizações internacionais que possui como escopo o desenvolvimento dos membros da Comunidade Internacional.

Sob este norte metodológico, pretende-se primeiramente compreender os antecedentes históricos à criação da OCDE, para, em seguida, analisar as principais características de seu surgimento no âmbito da Comunidade Internacional. É importante salientar que, conjuntamente a um novo "ramo" do direito internacional que nasce, surge também uma série de discursos legitimadores, políticos e jurídicos, que vão guarnecer este novo ramo, conferindo-lhe independência e servindo a finalidades próprias. Desse modo, registrar-se desde já o questionamento acerca de quais seriam os discursos que vão legitimar o

chamado direito internacional de desenvolvimento, lançando-se numa postura crítica em relação ao mesmo.

2. O PANORAMA JURÍDICO DO DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ANTERIOR À SEGUNDA GUERRA

Como nasce um novo ramo do Direito? Questionamento retórico que não encontra fácil resposta ao se pensar na amplitude das relações sociais que a ordem jurídica pretende regular. Ao se ajustar as lentes de observação e direcionar a pergunta ao direito internacional, a resposta imediata (e mais singela) que se pode chegar é: partindo do pressuposto do caráter eminentemente costumeiro do direito internacional⁴, quando determinada prática dos sujeitos daquela comunidade começam a ser observada como norma por estes mesmos sujeitos pode-se, então, falar de um direito a ela relativo.

Traduzindo em outras palavras, pode-se afirmar que um determinado ramo do direito internacional nasce quando os Estados (e os demais sujeitos considerados) começam a agir de tal modo em suas relações que, de alguma maneira, produzam normas (ainda que costumeiras) que regulam aquela relação. O fator "novidade" configura-se porquanto não haver anteriormente a realização de determinada prática.

Desse modo, pode-se questionar em que momento das relações internacionais os Estados começaram a, entre si, estimular a cooperação visando o desenvolvimento recíproco e comum dos povos. Entendido como uma possível subdivisão do direito internacional econômico, o direito da cooperação e do desenvolvimento é considerado um dos mais recentes ramos do direito internacional.

Acerca do Direito Internacional Econômico, cabe a lição do professor Fernando Kinoshita, ao entender que este ramo do direito

começa a adquirir notoriedade e certa autonomia com o adensamento das relações econômicas internacionais a partir do final da Segunda Guerra Mundial favorecidas pela expansão das ideias relativas ao liberalismo pela via da liberdade de comércio e organização política.⁵

Antes de analisar propriamente os desdobramentos da Segunda Guerra Mundial para o direito internacional do desenvolvimento, é ne-

¹ LACHARRIÈRE, Guy. *L'influence de l'inégalité de développement des Etats sur le droit international*. Recueil des cours de l'académie de droit international de la haye, 1973, pp. 227-268.

² LACHARRIÈRE, 1973, p.236.

³ FLORY, Maurice. *Souveraineté des Etats et coopération pour le développement*, Recueil des cours de l'académie de droit international de la haye, 1974, pp. 255-330.

⁴ TOUSCOZ, 1993, p. 212.

⁵ KINOSHITA, 2008.

cessário pontuar as possíveis raízes desse ramo do direito internacional anteriores a este marco divisório.

Ao se buscar no início do século XX algum indício desta postura cooperacionista em prol do desenvolvimento recíproco em relação aos Estados estar-se-á diante de um grande vazio. Isto porque as relações internacionais fundavam-se numa matriz dependentista, em muitos casos colonial, de maneira que a noção de desenvolvimento não emergia nas relações estatais. O Direito Internacional era ainda um direito internacional voltado à guerra, à diplomacia, a regulamentação de fronteiras, não um direito internacional que buscasse uma cooperação econômica entre os povos tendo como norte o desenvolvimento e bem estar social.

A título de exemplificação pode-se pensar que o início do século XX é eminentemente tributário das relações internacionais do século XIX, no qual vigia o Concerto Europeu. Adam Watson⁶ pontua que este equilíbrio Europeu era mais que conveniente para os interesses comerciais e imperialistas das Potências. Isto porque somente com uma paz no interior da Europa sem exigir-lhe forças e combates poderia criar um sistema estável para a continuidade da expansão e colonialismo da Grã-Bretanha ou das ambições do Czar em relação ao Oriente e ao Império Otomano⁷. E esta situação pode efetivar-se após a derrota do inimigo comum, Napoleão.

Após a primeira Guerra Mundial surge a Liga das Nações, e surge com um objetivo bastante específico: manter a paz na Europa. Embora muitas vezes seja enxergada com certo idealismo, cabe aqui o comentário de Franco Valsecchi afirma que “a Liga das Nações foi criada para manter o status quo dos vencedores. Não está a serviço da paz, está a serviço da paz dos vencedores da Guerra”⁸.

Ricardo Seitenfus⁹ afirma que a primeira norma internacional que faz referência a uma noção de desenvolvimento é o artigo 22, §1º, do Pacto da Liga das Nações:

Os seguintes princípios serão aplicados às colônias e territórios que, em consequência da guerra,

⁶ WATSON, 2004, p. 252.

⁷ Em igual sentido adiciona-se a preleção do historiador Eric Hobsbawm, quando afirma que “desde 1871, nenhuma nação europeia ordenara a seus homens em armas que atirassem nos de qualquer outra nação similar. As grandes potências escolhiam suas vítimas no mundo fraco e não europeu”. (HOBSBAWM, 2010, p.464).

⁸ VALSECCHI, 1946, p. 61.

⁹ SEITENFUS, 2005.

deixaram de estar sob a soberania dos Estados que os governavam precedentemente e que são habitados por povos ainda não capazes de se dirigir, nas condições particularmente difíceis do mundo moderno. O bem-estar e o desenvolvimento desses povos constituem sagrada missão de civilização, e convém incorporar ao presente Pacto garantias para o desempenho de tal missão.

A segunda parte do citado artigo é expresso ao trazer o desenvolvimento como um princípio norteador das relações entre os povos. Contudo, pode-se questionar desde já de que maneira nesta escolha de palavras a serem positivadas não se encontra igualmente uma legitimação discursiva para uma determinada prática. Este questionamento se dá, sobretudo ao analisar o §2º do mesmo artigo:

O melhor método de se realizar praticamente esse princípio é confiar a tutela desses povos às nações desenvolvidas que, em razão dos seus recursos, da sua experiência ou da sua posição geográfica, sejam as mais indicadas para assumir tal responsabilidade e que consistam em aceitá-la; elas exerceriam essa tutela na qualidade de mandatários e em nome da Sociedade.

A noção de desenvolvimento nas primeiras décadas do século XX vem dessa forma condicionada à “tutela dos povos e nações desenvolvidas”. Ao se falar “recursos”, pode-se ler “riqueza”; ao se falar “experiência”, pode-se falar em nações que possuem certa organização política estável, “civilizadas”, ou que possuam já uma experiência colonial de administração; e quando se escreve “posição geográfica”, se está falando eminentemente da Europa. Ou seja, é um desenvolvimento desigual e que possui o interesse direto de manter o controle, a tutela, de uma determinada região.

Dessa maneira, para Ricardo Seitenfus¹⁰, apesar da iniciativa do sistema de mandatos da Liga das Nações, é somente com o término da Segunda Guerra Mundial que propriamente poderá se falar num direito internacional do desenvolvimento, sobretudo se for analisado o grande estímulo à descolonização realizado pelo sistema das Nações Unidas (ONU). Sob esta perspectiva pode-se tomar como base o fato de que na data de sua fundação, apenas 50 membros faziam parte da ONU, e algumas décadas depois 150, o que influencia de forma indiscutível na maneira de compreender o direito internacional do desenvolvimento,

¹⁰ SENTENFUS, 2005, p. 2.

que tem em conta este contexto de colonização¹¹.

O contexto imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial de Guerra Fria traz consigo a ideia de países desenvolvidos e países em desenvolvimento e estes últimos começam a abocanhar generosas fatias da atuação internacional, sobretudo nas organizações internacionais. Sua participação no comércio internacional igualmente passa a ser bastante considerável. As relações internacionais tornam-se interdependentes, e dessa interdependência o professor chinês de Direito Internacional Guiguo Wang extrai o conceito de um direito internacional do desenvolvimento:

International development law is a result of international economic integration and the interdependence of the international community. As such, international development law is a set of provisions, principles and norms of a trans-national nature that govern cross-border activities relating to development. With the growing awareness of the importance of development of the international community, scholars have examined the related issues from different angles¹².

O conceito trazido por Wang é bastante claro ao apontar o caráter complexo do direito internacional do desenvolvimento, sendo ele composto de princípios e normas de natureza diversa. De igual modo, o Seitenfus entende que o Direito Internacional do desenvolvimento "não pode ser considerado como um corpus jurídico homogêneo, sistemático e unificado"¹³. Sua natureza não se comporta nos limites normativos dos tratados internacionais, sendo igualmente composto de "regras de direito interno, as resoluções emanadas das organizações internacionais (...) e as novas regras de direito transnacional que regulamentam as relações entre os Estados (...) e as empresas estrangeiras"¹⁴.

Assim, ainda que possua suas normas aspergidas em diversos instrumentos jurídicos internacionais, alguns autores apontam um núcleo comum de princípios que consolidam este ramo do direito internacional. Para o professor Lacharrière, é um direito extremamente centrado no pressuposto de desigualdade de uma relação, que acaba por gerar tratamento (via de regra econômico) diferenciado entre os

¹¹ LACHARRIÈRE, 1973, p.233.

¹² WANG, 2007, p. 187.

¹³ SEITENFUS, 2005, p.4.

¹⁴ SEITENFUS, 2005, p.4.

Estados num determinado âmbito¹⁵.

Muito embora tenha em conta a desigualdade de desenvolvimento entre os Estados, aponta-se igualmente como princípios do Direito Internacional Econômico a soberania e não ingerência econômica por parte dos Estados desenvolvidos nos Estados em desenvolvimento¹⁶. Assim, é liberalidade do Estado escolher a forma como disporá de seus recursos naturais, econômicos e financeiros, devendo repelir qualquer intento neocolonial por parte dos Estados desenvolvidos.

Seitenfus aponta igualmente outro princípio entre aquele corpo fundante do direito internacional do desenvolvimento, qual seja o da solidariedade, no sentido de que deve ser perseguido "na medida em que existe uma interdependência econômica do mundo"¹⁷.

Ao se falar de solidariedade no direito internacional é imediata a associação com a doutrina francesa, que avoca para si parte da paternidade do direito internacional do desenvolvimento. Para Guy Feuer, um artigo fundamental de Michel Virally no ano de 1965 é que começa a "aventura intelectual" de reflexões sobre o direito internacional do desenvolvimento¹⁸. E o artigo de Virally vem imediatamente após a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento de 1964, na qual Raul Prebisch realizou seu célebre relatório sobre a desigualdade entre os países em desenvolvimento e os países desenvolvidos. Segundo Jair Nóbrega "os trabalhos dessa conferência influenciaram toda a legislação posterior sobre comércio e desenvolvimento"¹⁹. Ao se pensar que os dois cursos oferecidos na Academia de Haia sobre o período foram igualmente realizados por franceses pode-se conjecturar que a assertiva de Feuer seja verdadeira.

Ainda segundo Feuer, na ocasião desta conferência e tendo como base o princípio da solidariedade tão presente na doutrina francesa do direito internacional, um grupo de internacionalistas franceses "sistematizou e desenvolveu uma noção, nova para a época, a noção de 'direito internacional do desenvolvimento'"²⁰. Assim, imediatamente após a conferência, ainda que não tenha ele mesmo cunhado o termo

¹⁵ LACHARRIÈRE, 1973, p.223.

¹⁶ SEITENFUS, 2005, p.4.

¹⁷ SEITENFUS, 2005, p. 7.

¹⁸ FEUER, 1993, p.89.

¹⁹ NOBREGA, 2002, p.6.

²⁰ FEUER, 1993, p. 89. Do original: "Dans les années qui ont suivi la 1re CNUCED (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement), un certain nombre d'internationalistes français ont construit, systématisé et développé une notion, nouvelle pour l'époque, la notion de « droit international du développement »".

“direito internacional do desenvolvimento”²¹, Virally passou a analisar o fenômeno, pregando ainda a necessidade do estudo pelos juristas, por se tratar de uma das novidades do direito internacional²².

Ao longo da segunda metade do século XX o direito internacional do desenvolvimento se desenvolve, ganhando estudos nas mais diversas direções. Como apontado anteriormente, a difusão e não homogeneidade do corpo normativo também se reflete nos estudos sobre este novel ramo do direito internacional. A ramificação ganha diferentes títulos e contornos, variando desde estudos sobre cooperação e desenvolvimento Norte-Sul, Sul-Sul, até questões técnicas como cooperação de transferência de tecnologias, medicamentos, entre outros.

Pode-se falar, segundo essa linha de pensar, numa certa autonomia que o direito internacional do desenvolvimento ganhou do direito internacional econômico, conforme afirma o jurista mexicano Alonso Gómez-Robledo Verduzco:

Mesmo que possa considerá-lo como um ramo do direito internacional econômico, sem embargo, o direito internacional do desenvolvimento parece ir muito além, em virtude de que, por seus alcances e ramificações, chega a incidir praticamente na maioria dos aspectos do direito internacional público²³.

A afirmação de que se pode verificar princípios e normas do direito internacional do desenvolvimento no direito internacional público é bastante cristalina ao se pensar que parte dos objetivos da Organização das Nações Unidas vai igualmente no sentido de promover o desenvolvimento entre os povos. Verifica-se, assim, um direito das organizações internacionais para o desenvolvimento, considerando-se como a institucionalização destes princípios e normas no seio da comunidade internacional organizada.

Nessa linha de pensar, pode-se enumerar uma série de organizações que trabalham com a noção de desenvolvimento e com normas de direito internacional do desenvolvimento, como a OMC, o Banco Mundial, o FMI entre outras. Em especial, uma delas possui uma atuação bem específica e nasce com o objetivo de promover o desenvolvimento da Europa: a Organização de Cooperação e Desenvolvimento

²¹ Segundo FEUER, o autor foi A. Philip em 1965.

²² FEUER, 1993, p.90.

²³ VEDUZCO, Alonso G. *Temas selectos de derecho internacional*. 3 ed. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1999, p. 465, apud NOBREGA, 2002.

Econômico (OCDE).

Realizada essa introdução e construído as raízes históricas do arcabouço normativo do direito internacional do desenvolvimento, passa-se à segunda etapa do presente ensaio, qual seja a compreensão da criação da OCDE e sua contribuição para o direito internacional do desenvolvimento.

3. O SURGIMENTO DA OCDE: INSTITUCIONALIZAÇÃO E NORMATIVIDADE

A Segunda Guerra Mundial pode ser compreendida como um grande divisor de águas para o Direito Internacional contemporâneo, seja porque alterou a maneira de enxergar a finalidade do direito internacional, seja porque erigiu um novo sistema internacional tendo como núcleo central a Organização das Nações Unidas, seja porque permitiu a ampliação das atividades normativas do plano internacional. Ademais, ocorreu uma alteração da mentalidade acerca da função das relações internacionais, que vem bem explanada por Allain Pellet:

Depois de 1945. Ao mesmo tempo em que consagra o malogro da Sociedade das Nações, a Segunda Guerra Mundial levava a tomar consciência da absoluta necessidade de uma cooperação internacional que permitisse prevenir novos conflitos mundiais, criando as condições de uma colaboração frutuosa entre os Estados²⁴.

É exatamente no termo “colaboração frutuosa” que o Direito Internacional da Cooperação e Desenvolvimento vai surgir. Contudo, a análise que se faz não pode partir unicamente do ponto de vista jurídico, devendo ser oxigenada por outros ramos do conhecimento, sobretudo histórico.

Um dos marcos na história do direito internacional do desenvolvimento é, inquestionavelmente a implementação do Plano Marshall, uma iniciativa dos Estados Unidos para a reestruturação da Europa. O historiador Eric Hobsbawm²⁵ bem contextualiza o panorama em que o plano surge:

Felizmente para os aliados dos EUA, a situação da

²⁴ DIHN ET AL, 2003, p. 588-589.

²⁵ HOBSBAWM, 1994, p. 237.

Europa Ocidental em 1946-7 parecia tão tensa que Washington sentiu que o fortalecimento da economia europeia e, um pouco depois, também da japonesa, era a prioridade mais urgente, e o Plano Marshall, um projeto maciço para a recuperação europeia, foi lançado em junho de 1947.

Para Hobsbawm, a iniciativa de cooperação tem um lugar de proeminência mas vem igualmente inserida num contexto político importante: garantir que a Europa se mantivesse afastada do polo ideologicamente oposto: a União Soviética. Assim, através de um vultoso investimento em infraestrutura buscando a reorganização econômica de setores de base europeus. Nesse sentido “para os americanos, uma Europa efetivamente restaurada, parta da aliança militar anti-soviética que era o complemento do Plano Marshall – a Organização do Tratado do Atlântico Norte de 1949– tinha de basear-se realisticamente na força econômica alemã, reforçada pelo rearmamento do país”²⁶.

Sob esta esteira, o Plano Marshall realiza-se sob duas condições, sendo elas:

- a) a necessidade de fazer uma programação de reconstrução comum que abarque todos os povos que iriam receber ajuda e;
- b) mediante a promessa de que se iria administrar esta ajuda de formas a oferecer garantias ao Estado que iria emprestá-la.²⁷

As condições impostas são bastante claras quanto aos seus objetivos. A primeira delas é a proteção do capital e do investimento internacional que seria despendido por parte dos investidores americanos. Ainda que não houvesse uma alta taxa de rentabilidade pelo financiamento da Europa, era necessário garantir que o capital retornasse (cedo ou tarde) aos cofres de origem, estimulando o desenvolvimento do velho continente, sem perdas para os novos parceiros ianques. Ademais, a reconstrução deveria ser planejada e transparente, de maneira que seria possível intervir no direcionamento da reconstrução. Assim, criando garantias de desenvolvimento de determinados setores, e havendo um direto contato entre os investidores e o país receptor de investimento, seriam igualmente criados laços políticos e econômicos bastante próximos.

²⁶ HOBBSAWM, 1994, P. 238.

²⁷ VELAZCO, 2006, p. 526.

É exatamente no Plano Marshall e no movimento de organização internacional dos Estados através de uma organização internacional que se encontra o gérmen do que será mais tarde a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Em 1948, surge a organização que será predecessora desta organização, a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), em 16 de abril daquele ano²⁸. Conforme Celso Albuquerque de Mello, “ela possuía um conselho onde estavam representados os Estados-membros e que decidia todos os assuntos. Ele era assessorado por um Comitê Executivo. Possuía ainda um Secretariado”²⁹.

Esta organização internacional (OECE) funcionou satisfatoriamente até os últimos anos da década de 50, efetivando um amplo programa de financiamento e cooperação internacional na reconstrução europeia. Contudo, no ano de 1958 se deflagrava a crise da OCDE. Com o surgimento da Comunidade Econômica Europeia em 1957, após uma frutífera experiência elaborada no âmbito da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço de 1951, parte das funções da organização se perderam e começavam a competir com as organizações europeias. Segundo Eric Hobsbawm, “a Comunidade Europeia foi estabelecida como uma alternativa ao plano americano de integração europeia”³⁰. Ou seja, o discurso político americano de cooperação e desenvolvimento visava uma participação direta nas relações comerciais europeias, de maneira que foi criada outra organização internacional para escoar parte do seu monopólio. Além disso, segundo Diez de Velazco, “a organização também havia superado e cumprido uma série de seus objetivos”³¹.

Enfraquecida e tendo sua legitimidade questionada, a OECD reuniu seu Conselho no ano de 1960, apurando a necessidade de alterar a estrutura da organização. A Convenção da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), organização que surge da estrutura entravada da OECD, vem firmada em 14 de dezembro de 1960, quando 20 Estados firmam sua Convenção. Com sede em Paris, o artigo 1º do Tratado demonstra bem o escopo último da organização:

²⁸ Os seus membros originários foram França, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Suécia, Inglaterra, Turquia, a zona francesa na Alemanha ocupada, a zona anglo-americana na Alemanha ocupada, Itália, Noruega e Portugal. Posteriormente as zonas de ocupação foram substituídas pela Alemanha Ocidental e a Espanha entrou para ela. Os EUA, Canadá e Iugoslávia se associaram à OECE. Cf. MELLO, 2000, p.74.

²⁹ MELLO, 2000, p.74.

³⁰ HOBBSAWM, 1994, p.238.

³¹ VELAZCO, 2006, P.527.

The aims of the Organisation for Economic Co-operation and Development (hereinafter called the "Organisation") shall be to promote policies designed:

- (a) to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy;
- (b) to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and
- (c) to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.³²

Quais são, portanto, as finalidades da OCDE? Para o internacionalista Celso Alburquerque de Mello, sintetizando o preâmbulo e o artigo primeiro, entre os fundamentais objetivos estão: "a) elevar o nível de vida; b) expandir a economia; c) manter a estabilidade financeira; contribuir para a expansão do comércio internacional, etc."³³.

Do texto normativo supracolacionado, nota-se o elemento comercial bastante presente nos intentos da organização. Um intento comercial que como finalidade (ou talvez discurso) tem gravitando em torno de si conceitos como "desenvolvimento sustentável", "nível de vida" e "aumento do emprego".

Atualmente com 34 membros³⁴, na década de 60 a organização passou por uma abertura quanto aos Estados associados, rompendo com o velho caráter europeu. Contudo, segundo Velazco, a União Europeia goza de um papel especial na organização, representando em algumas situações todos os países do bloco³⁵.

³² Art. 1º da Convenção da OCDE de 1960.

³³ MELLO, 2000, p. 714

³⁴ São eles: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coreia, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suécia, Suíça, Turquia,

³⁵ VELAZCO, 2006, p. 529. Sobre o papel da União Europeia, colaciona-se aqui excerto retirado do website da OCDE: "In a Supplementary Protocol to the Convention on the OECD of 14 December 1960, the signatory countries agreed that the European Commission should take part in the work of the OECD. European Commission representatives work alongside Members in the preparation of texts and participate in discussions on the OECD's work programme and

Ao realizar uma análise da organização do ponto de vista das organizações internacionais, Díez de Velazco afirma que a organização possui a natureza jurídica semelhante à de sua sucessora, de organização intergovernamental, afastando-se, desta maneira, de uma organização de caráter supranacional³⁶. Outra importante característica apontada pelo Espanhol é o fato das decisões da organização serem tomadas pela regra da unanimidade.

As duas características apontadas demonstram uma característica bastante tradicional desta organização. Mesmo se tratando de um novíssimo ramo do direito internacional e bastante flexível (e flexibilizado) pelas características únicas do século XX, o "arquétipo tradicional", eminentemente estatalista, de características enraizadas no direito internacional clássico ainda se fazem bastante presentes, norteando as atividades da instituição. Para Velazco, o fato da ausência de flexibilidade e de cessão de soberania se dá pelo fato dos Estados Unidos estarem participando da organização³⁷. Sintetizando a organização, ainda nas palavras do autor espanhol:

Unicamente se tratou de criar um mecanismo através do qual os Governos possam chegar a um acerto de suas políticas econômicas e de sua maneira de atuar nesta esfera, assim como estabelecer uma cooperação entre os Estados que compõem a organização³⁸.

Velazco bem fotografa a organização erigida para cooperação internacional. Contudo, analisando os membros, pode-se perceber que a organização forma um grupo de países desenvolvimentos (ou parcialmente desenvolvidos), que comungam de políticas econômicas e de um posicionamento internacional comum. Na obra de Samuel Huntington, *O Choque de Civilizações*, poderia se afirmar que a OCDE é composta do grupo de países ocidentais, com o objetivo de afinar suas políticas econômicas para que vibrem numa mesma frequência. Lançando mão da história do plano Marshall, pode-se verificar que o

strategies, and are involved in the work of the entire Organisation and its different bodies. While the European Commission's participation goes well beyond that of an observer, it does not have the right to vote on decisions or recommendations presented before Council for adoption". Em < <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>>. Acesso em: 07/08/2012.

³⁶ VELAZCO, 2006, p. 531.

³⁷ VELAZCO, 2006, p. 531.

³⁸ VELAZCO, 2006, p.531.

objetivo era bastante específico: países ocidentais alinhando-se econômica (e politicamente) contrários aos países soviéticos.

Por um outro viés, além da configuração geopolítica em que inserida, é possível analisar a organização de igual forma com as inovações que acabou trazendo ao plano do direito internacional. Seu surgimento e permanência significaram um verdadeiro assentamento do nascente direito internacional da cooperação e desenvolvimento, bem como criou novas ferramentas jurídicas dentro do ordenamento jurídico da Comunidade dos Estados. Nesse pensar, Allain Pellet narra ainda a importância que a Organização possui no âmbito do direito internacional geral, na medida em que seus relatórios apresentam-se como um “mecanismos de sanção mais eficazes que os tradicionais de compromisso da responsabilidade internacional do Estado”³⁹. Isto porque uma das principais atividades da OCDE é a elaboração de estudos e relatórios sobre economia e desenvolvimento nos Estados.

Na mesma linha subsumida por Pellet pode-se citar o juiz Manfred Lachs, quando, apontando as inovações do direito internacional contemporâneo, assevera que

é preciso observar, a esse respeito, o fenômeno interessante representado pelo aparecimento do que foi estabelecido chamar códigos de conduta, adotados por organizações como a OCDE, a Organização das Nações Unidas ou CNUCED⁴⁰

Ou seja, a OCDE insere-se num contexto de inovações do Direito Internacional (e igualmente, o direito internacional econômico, do desenvolvimento, da cooperação), demonstrando que seus códigos de conduta, seus mecanismos de sanção, seus relatórios e sua produção normativa compõe aquilo que Lachs vai chamar de “novas técnicas de criação do direito”⁴¹.

As inovações aportadas pela OCDE, desse modo, tornam-se instrumentais ao direito internacional do desenvolvimento, porquanto a organização serve de motor de cooperação para os países de maior desenvolvimento, vinculados a um determinado núcleo ocidental. Seus estudos, seus relatórios, suas agências e as parcerias que realiza com um grande número Estados inserem a organização como um ator pujante no seio das relações internacionais, sobretudo as relações econômicas

³⁹ DIHN, 2003, p. 76.

⁴⁰ LACHS, 1994, p.104.

⁴¹ LACHS, 1994, p.104.

internacionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compactando os dois blocos do presente trabalho, percebe-se que o surgimento da OCDE enquanto organização internacional voltada ao desenvolvimento insere-se no fenômeno do surgimento do direito internacional da cooperação e de igual forma comunga dos discursos jurídicos que a esse gravitam.

Levando em consideração as desigualdades econômicas dos Estados, a atuação dos organismos de cooperação é fundamental na atual constelação internacional, que vê as lógicas de desenvolvimento como uma cardinal característica do sistema. Contudo, como se percebeu, gravitando ao discurso de cooperação também se verificam interesses e objetivos bem definidos, de maneira que ao analista das relações internacionais (e aqui insere-se as relações jurídicas internacionais) é necessário uma apurada atenção ao caráter político que o discurso de cooperação pode assumir

Servindo à nova configuração internacional não tanto pelos objetivos idealizados que busca, o discurso de cooperação pode vir a atender a uma lógica de legitimação de determinadas práticas, sobretudo a uma filosofia político-econômica de cunho excessivamente liberal. É necessário, pois, que se verifique se a prática da organização internacional e desse novo ramo do direito internacional não acabam por justamente afastar-se dos ideais que norteiam o discurso.

A lente histórica serve a esse reflexionar. Talvez hoje os discursos ainda estejam demasiado em trânsito para que se possa perceber a sofisticação do intento a que ele serve. Nessa linha de pensamento, deve-se questionar se o discurso que por vezes assume o direito do desenvolvimento hoje não acaba por ser uma mais elaborada construção daquele velho discurso de desenvolvimento que na Liga das Nações se assumia.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONVENTION ON THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, Paris, 1960.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

FEUER, Guy. Le droit international du développement. In: CHOQUET, Catherine; DOLLFUS, Olivier; LE ROY, Étienne; VERNIÈRES, Michel. *L'état des savoirs sur le développement : trois décennies de sciences sociales en langue française* Paris: Karthala, 1993.

FLORY, Maurice. Souveraineté des Etats et coopération pour le développement, Recueil des cours de l'académie de droit international de la haye, 1974, pp. 255-330.

HOBSBAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

HOBSBAWM, Erick. A Era dos Impérios: 1875-1914. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

KINOSHITA, F. Apontamentos gerais sobre o Direito Internacional Econômico. *Âmbito Jurídico*, v. 52, p. 02, 2008.

LACHARRIÈRE, Guy Ladreit. L'influence de l'inégalité de développement des Etats sur le droit international. Recueil des cours de l'académie de droit international de la haye, 1973, pp. 227-268.

LACHS, Manfred. O Direito internacional no alvorecer do século XXI. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 8, n. 21, Aug. 1994.

MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NÓBREGA, Jair Rodrigues. Noção de soberania à luz do direito internacional do desenvolvimento. *Prim@ Facie* - ano 1, n1, jul/dez 2002.

SEITENFUS, R. . Fundamentos e Desafios do Direito Internacional do Desenvolvimento. In: Lier Pires Ferreira Júnior; Luis Ivani de Amorim Araújo. (Org.). *Direito Intenacional e As Novas Disciplinizações. Direito Intenacional e As Novas Disciplinizações*. Curitiba: Juruá, 2005, v. , p. 267-282

TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1993.

VALSECCHI, Franco. *L'Europa nella Politica Internazionale dell'ultimo*

Secolo. In *Comunicazioni e Studi* Vol. II. Milano: Griuffrè, 1946.

VEDUZCO, Alonso G. *Temas selectos de derecho internacional*. 3 ed. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1999.

VELAZCO, Manuel Diez de. *Las Organizaciones Internacionales*. 14ª Ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2006.

WANG, Guiguo. *International Development Law in the Globalized World*. *Asia Law Review*, Vol. 4, No. 1, June 2007, pp. 41-87

WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: Editora UNB, 2004.

Recebido em 18/09/2012 - Aprovado em 27/09/2012.

“GUERRA AO TERROR” E OS LIMITES DO DIREITO INTERNACIONAL: DE 11 DE SETEMBRO À MORTE DE OSAMA BIN LADEN

Pedro Guimarães VIEIRA*

RESUMO

O presente artigo pretende analisar os principais fundamentos da “Guerra ao Terror”, tomando como marco inicial de análise os ataques de 11 de Setembro e como marco final a morte Osama Bin Laden. Analisa-se, portanto, normas, decisões de Cortes Internacionais e entendimentos de doutrinadores acerca das principais áreas do Direito Internacional afetadas pela “Guerra ao Terror”, como o Jus ad Bellum (conjunto normativo que regula o uso da força entre Estados), o Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional.

PALAVRAS CHAVE – Guerra ao Terror. Morte de Bin Laden. Direito Internacional Humanitário. Jus ad Bellum. Direito Penal Internacional. Direitos Humanos.

The “War on Terror” and the limits of International Law: from September 11th to the death of Osama Bin Laden

ABSTRACT

The present article aims to analyse the main juridical bases for the “War on Terror”, taking as initial point for the study the September 11th attacks and as final point the death of Osama Bin Laden. It analyses,

* Graduando em Direito pela UFMG.

therefore, the law, the decisions of International Courts and the understandings of scholars concerning the main areas of International Law which are affected by the "War on Terror", such as Jus ad Bellum (rules regulating the use of force between States), International Humanitarian Law, International Human Rights Law and International Criminal Law.

KEYWORDS – War on Terror. Death of Bin Laden. Humanitarian International Law. Jus ad Bellum. International Criminal Law. Human Rights

1- INTRODUÇÃO

Em 11 de setembro de 2001, 19 (dezenove) extremistas islâmicos ligados à rede al-Qaeda¹ sequestraram quatro aviões comerciais, os quais realizavam vôos internos nos Estados Unidos. Dois deles colidiram com as duas torres do World Trade Center em Nova York e outro avião colidiu com o Pentágono², em Arlington County, Virginia. O quarto avião, que supostamente atingiria um alvo em Washington D.C.³, caiu em Shanksville, no estado da Pennsylvania. Estima-se que cerca de 3.000 pessoas morreram nestes ataques.⁴

Este evento foi o estopim para uma série de ações norte-americanas sob o nome genérico de "Guerra ao Terror", como a invasão do Afeganistão em 07 de Outubro de 2001 e, a subsequente derrocada do Talismã, movimento fundamentalista islâmico nacionalista que governou de fato o Afeganistão de 1996 a 2001, apesar do parco reconhecimento internacional de seu governo.⁵

¹ Organização militante islâmica de caráter global criada em 1988 por Bin Laden, Zawahiri e Dr. Fadl. Este grupo opera como uma rede que abarca seguidores multinacionais que defendem uma Jihad mundial e uma interpretação estrita da Sharia. Ver: WANDER, Andrew. *A history of terror: Al-Qaeda 1988-2008*. The Observer. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2008/jul/13/history.alqaida>. Acessado em: 16/05/2012.

² Centro principal do Departamento de Defesa dos EUA, localizado em Arlington County, Virginia, região metropolitana de Washington D.C.

³ SHUSTER, David. *9/11 mystery: What was flight 93's target?*. Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/14778963/>. Acessado em: 14/05/2012.

⁴ *America's day of terror: the four hijacks*. BBC News. Disponível em: http://news.bbc.co.uk/1/hi/english/static/in_depth/americas/2001/day_of_terror/the_four_hijacks/flight_11.stm. Acessado em: 16/05/2012

⁵ BAKER, Aryn; KOLAY, Loi. *The U.S. in Afghanistan: The Longest War*. Time Me-

Estas ações tinham como objetivo central⁶ desestruturar a rede al-Qaeda, prender as pessoas ligadas a este grupo e, em especial, encontrar seu líder, e suposto responsável principal pelos ataques de 11 de Setembro, Osama Bin Laden⁷.

A busca por este que foi considerado o homem mais procurado do mundo mostrou-se por vezes infrutíferas, acreditando-se durante muito tempo que ele estava se escondendo nas montanhas entre o Afeganistão e o Paquistão. Contudo, em 1º de Maio de 2011, o mistério acerca da localização do líder da al-Qaeda foi resolvido, sendo ele assassinado em uma grande casa no subúrbio de Abbottabad, no Paquistão.⁸

Os detalhes acerca da operação que levou à sua morte geraram diversas e controversas versões. Sabe-se que uma equipe de elite da marinha estadunidense foi responsável pela missão, mas poucas informações foram divulgadas sobre o número de mortos na operação e o destino das outras pessoas que se encontravam na mesma casa.⁹ Resta duvidoso, outrossim, se Osama Bin Laden estava armado, trocou tiros com as forças americanas e, em razão disso, foi morto, ou se, apesar de estar desarmado e não oferecer resistência, ele foi morto porque este era o objetivo precípua da operação. A primeira versão foi sustentada nos primeiros momentos após a ação, porém, após alguns dias, esta informação foi infirmada e as autoridades americanas se retrataram, afirmando que Bin Laden não estava armado no momento em que foi morto.¹⁰

ganize World. Disponível em: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1890410,00.html>. Acessado em: 16/05/2012.

⁶ BRZEZINSKI, Zbigniew. *Terrorized by 'War on Terror'*. The Washington Post. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/03/23/AR2007032301613.html>. Acessado em 16/05/2012.

⁷ Filho de uma rica família saudita. Foi um dos fundadores e o principal líder da rede al-Qaeda. Considerado o principal responsável pelos ataques de 11 de Setembro. Ver: Who is Osama Bin Laden?. BBC News. Disponível em: http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/1551100.stm. Acessado em: 28/05/2012.

⁸ MACASKILL, Ewen. Osama Bin Laden: it took years to find him but just minutes to kill him. The Guardian. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/02/how-osama-bin-laden-found>. Acessado em: 16/05/2012.

⁹ LECLERC, Aline. La fin de Ben Laden (2/4): L'assaut. Le Monde. Disponível em: http://www.lemonde.fr/mort-de-ben-laden/article/2011/05/03/mort-de-ben-laden-2-3-l-assaut_1516349_1515627.html. Acessado em: 14/06/2011.

¹⁰ De nouveaux détails sur le raid contre Ben Laden apparaissent. Le Monde. Disponível em: http://www.lemonde.fr/mort-de-ben-laden/article/2011/05/06/de-nouveaux-detaills-sur-le-raid-contre-ben-laden-apparaissent_1517738_1515627.html. Acessado em: 14/06/2011.; WALSH, Declan. Osama Bin Laden's guns found 'only after' US Navy Seals killed him. The Guardian. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/>

Outra discussão relevante refere-se à confusa relação entre Estados Unidos e Paquistão. Até a operação que culminou na morte de Osama Bin Laden, acreditava-se que as operações estadunidenses dentro do território paquistanês estariam amparadas na aceitação paquistanesa, mesmo não tendo havido publicação oficial ou discurso de autoridades deste país aceitando tais operações.¹¹ Todavia, manifestações posteriores à morte de Osama Bin Laden levam a crer que o Governo Paquistanês não havia aceitado de modo tão amplo a ocorrência destas operações dentro de seu território ou que, pelo menos, não havia consentido que essas operações ocorressem sem qualquer tipo de alerta ou fornecimento de informações às autoridades deste país.¹²

Expostas as situações fáticas a serem analisadas, este artigo pretende promover um estudo dos fundamentos jurídicos das ações ocorridas dentro do contexto da "Guerra ao Terror", os quais levaram a diversas discussões e controvérsias, conduzindo o Direito Internacional a regiões limítrofes e embasando novas interpretações de institutos consagrados. Destarte, para uma compreensão ampla de todos os desenvolvimentos e alterações jurídicas, impõe-se o exame de vários campos do Direito Internacional, como as regras de Jus ad Bellum (ordem normativa que regula o uso da força), de Direito Humanitário, de Direitos Humanos. Um estudo na seara do Direito Penal Internacional faz-se, outrossim, necessário para analisar a problemática definição jurídica de terrorismo e a possibilidade de um julgamento do líder da rede al-Qaeda.

2- AS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL REGULANDO O USO DA FORÇA ENTRE ESTADOS E O FUNDAMENTO JURÍDICO PARA A "GUERRA AO TERROR"

O primeiro campo a ser avaliado tem como principal regra o artigo 2º, §4º da Carta das Nações Unidas, que determina que os Estados

world/2011/may/17/osama-bin-laden-guns-found-after-killing. Acessado em: 17/05/2012.

¹¹ ESPINOSA, Ángeles. *EEUU y Pakistán renuevan su alianza antiterrorista*, El País, Disponível em: http://www.elpais.com/articulo/internacional/EE/UU/Pakistan/renuevan/alianza/antiterrorista/elpepiint/20110517elpepiint_10/Tes. Acessado em: 14/06/2011.

¹² ESPINOSA, Ángeles. *Pakistán y OTAN intercambian disparos en la Afganistán*, El País, Disponível em: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Pakistan/OTAN/intercambian/disparos/frontera/Afganistan/elpepuint/20110517elpepuint_10/Tes. Acessado em: 14/06/2011.

devem se abster de recorrer à ameaça ou uso da força em suas relações internacionais.¹³

Essa regra geral proibitiva admite três exceções: a legítima defesa, as resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança sob o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas e os casos em que o Estado que detém a soberania sobre o território no qual a força será usada consente em relação a sua utilização por parte de um terceiro Estado.

2.1 - A Legítima Defesa

2.1.1- A análise tradicional do instituto da Legítima Defesa pela leitura do artigo 51 da Carta das Nações Unidas

A legítima defesa é reconhecida como a principal exceção à proibição ao recurso à força e está expressa no artigo 51 da Carta da ONU.¹⁴ Pela leitura do presente texto normativo, percebe-se as principais características deste instituto fundamental na lógica internacional, quais sejam, o requisito de um ataque armado¹⁵ prévio ou em curso, o dever de notificação ao Conselho de Segurança (CS) e a subsidiariedade em relação às ações deste órgão, podendo um Estado agir em legítima defesa enquanto o CS não tiver tomado as medidas necessárias para lidar com a questão.

A legítima defesa foi criada para regular a relação entre Estados e não para regular a relação entre Estados e organizações não-estatais, uma vez que, no momento da redação da Carta das Nações Unidas, não se previa que um grupo não-estatal pudesse ameaçar um Estado. Todavia, os ataques de 11 de Setembro demonstraram uma nova realidade e intensificaram um dos maiores dilemas recentes do Direito Internacional: a legítima defesa é pressuposto jurídico válido para legitimar as ações de um Estado contra uma organização não-estatal que previamente o atacou? A jurisprudência e a doutrina têm tentado encontrar uma resposta para essa indagação.¹⁶

¹³ Charter of United Nations, 26 de Junho de 1945. Can.T.S.1945 No.7, [doravante, UN Charter], Art.2(4).

¹⁴ *Ibid*, Art. 51.

¹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment, ICJ Report 1986, 14, p. 101, para. 191 [doravante, *Nicaragua Case*]. A definição de ataque armado é bastante imprecisa no Direito Internacional sendo que a melhor definição foi dada pela CIJ no caso Nicaragua supracitado. Neste caso, ataque armado foi definido como forma mais grave do uso da força.

¹⁶ United Nations, Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946, Art. 38. Este artigo do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexo à Carta das Nações Unidas, elenca as fontes do direito internacional. São três as fontes principais, que

2.1.2- O impacto dos ataques de 11 de Setembro no Direito Internacional e a tendência pela alegação da formação de uma nova norma costumeira de legítima defesa

Após os ataques de 11 de Setembro, o entendimento de que a legítima defesa pode ser alegada em ações contra grupos armados não-estatais ganhou força, e conseqüentemente, uma alteração na interpretação do instituto da legítima defesa passou a ser defendida.

Embora represente uma posição minoritária dentre os juizes da Corte Internacional de Justiça (CIJ), alguns deles, como Higgins, Kooijmans, Burgenthal e Simma, já tiveram a oportunidade de demonstrar o seu alinhamento com a nova perspectiva interpretativa do instituto da legítima defesa em duas situações trazidas para análise da Corte.¹⁷ O argumento utilizado por eles refere-se ao fato do artigo 51 da Carta das Nações Unidas não expressamente mencionar que o ataque gerador do direito à legítima defesa deve ser originado de um Estado. Desse modo, sob o ponto de vista defendido por estes juizes, tendo o ataque o nível de violência necessário para ser considerado um ataque armado¹⁸, o direito à legítima defesa está estabelecido, independentemente de qual tipo de entidade executou o ataque em questão.

Os defensores desta extensão do conceito de legítima defesa alegam também uma mudança na norma consuetudinária da legítima defesa.¹⁹ Teria surgido, então, uma nova norma costumeira de legítima defesa que veio suplantando a antiga norma, estendendo sua possibilidade de aplicação para situações em que o ataque provém de grupos a priori sem conexão com o governo de um Estado. Portanto, o simples fato do Estado que tem autoridade sobre o território no qual o grupo

criam efetivamente o direito: os tratados, os costumes internacionais e os princípios gerais de direito. Existem também dois meios subsidiários, os quais servem para clarificar e elucidar o direito produzido pelas fontes principais, que são a doutrina e a jurisprudência. O artigo 38 não é exaustivo, de modo que existem outras fontes do Direito Internacional que não foram listadas neste dispositivo. Este entendimento já foi reconhecido pela CIJ no caso *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, ICJ Report 1974, p. 457.

¹⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, 136, [doravante, *Wall Advisory Opinion*], pp. 215; 229-230 e 242-243; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Report 2005, 168, [doravante, *Armed Activities Case*], pp. 314-315 e 336-338.

¹⁸ Ver nota 15 supra.

¹⁹ DINSTON, Yoram. *War, Aggression and Self-Defense*, 4º ed. (Nova York: Cambridge University Press, 2005), pp. 204-208 e 244-251.

se encontra e planeja suas atuações não combatê-lo, seja por falta de vontade, seja por falta de uma estrutura governamental de polícia capaz de confrontá-lo, já tornaria possível a violação da soberania territorial deste Estado para que se possa atacar o grupo em questão.

Essa teoria apresenta como principal empecilho à sua aceitação a dificuldade de se provar a existência dos dois elementos formadores de uma norma costumeira: a prática estatal e a *opinio iuris*.²⁰ Para justificar, a presença de tais elementos, menção normalmente é feita às ações dos EUA no Afeganistão e às de Israel no Líbano, cumulados com a ausência de condenação por parte dos outros Estados em relação às ações destes dois países.²¹ Usualmente também se recorre às resoluções do Conselho de Segurança, emitidas no período pós-atentado de 11 de Setembro.²²

Apesar de alguns países terem maior influência na formação de um costume²³, é inapropriado tomar somente o comportamento de dois países, EUA e Israel, e dizer que o comportamento deles reflete um entendimento uniforme dos países do sistema ONU. Sobretudo, é problemática a presunção de que a ausência de condenação pública por parte dos outros países à invasão do Afeganistão pelos EUA e aos ataques ao Líbano realizados por Israel represente a comprovação de uma *opinio iuris*.²⁴ Ora, muitos foram os interesses que motivaram a não condenação de tais ações pelos outros países e a maioria deles – para

²⁰ A prática estatal corresponde ao elemento objetivo, que pode ser mensurada por atos dos representantes legais do Estado no plano internacional, bem como por decisões das cortes internas do país. Ressalte-se que esta prática estatal não precisa ser unânime, bastando que seja uma prática homogênea compartilhada pela comunidade internacional. A *opinio iuris*, por sua vez, refere-se ao aspecto subjetivo, diz respeito, portanto, à noção íntima que os representantes do Estado têm de que eles agem de determinada forma em virtude de uma norma que os obriga a agir daquela maneira. Neste sentido, ver: SHAW, Malcolm N. *International Law*, 6ª ed (New York: Cambridge University Press, 2008), [doravante, SHAW], pp. 72-93; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, Merits, ICJ Reports 1985, 13, pp. 29-30, para. 27; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Merits, ICJ Reports, 1969, 3, pp. 41/43.

²¹ SCHARF, Michael P. *Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change*, 43 *Cornell International Law Journal* (2010), p. 458.

²² UNSCOR, 56º Ano, 4370º Encontro, S/RES/1368 (2001); UNSCOR, 56º Ano, 4385º Encontro, S/RES/1373 (2001), [doravante, Resolução 1373]; UNSCOR, 56º Ano, 4413º Encontro, S/RES/1377 (2001). Ver ponto 2.2 na página 9 *infra*.

²³ Pode-se dizer, por exemplo, que um país com longa tradição na navegação marítima e cujo território é uma ilha tem uma capacidade maior de influir na criação de uma norma consuetudinária de direito do mar do que um país sem qualquer tradição nesta área e sem saída para o mar. Nesse sentido, ver SHAW, nota *supra* 20, p. 79-80.

²⁴ *Ibid*, p. 86-91.

não dizer a sua totalidade – foram interesses econômicos e políticos, fugindo, portanto, de uma compressão subjetiva de que tais ações estariam amparadas no direito. Desse modo, seria incabível considerar que esta ausência de reprovação expressa constitua a *opinio iuris* necessária para embasar o surgimento de uma nova norma consuetudinária que amplia o direito à legítima defesa.

2.1.3- A Corte Internacional de Justiça e a manutenção do conceito tradicional de legítima defesa

No período posterior aos ataques de 11 de Setembro, a CIJ analisou a temática da legítima defesa contra atores não-estatais em duas oportunidades. Na Opinião Consultiva sobre a Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado (2004), na qual a CIJ disse que: “O artigo 51, portanto, reconhece a existência de um direito inerente de legítima defesa no caso de um ataque armado de um Estado contra outro Estado.”²⁵ (tradução livre). Um ano depois, no caso sobre as Atividades Armadas no Território do Congo (2005), a CIJ julgou que as ações de um grupo armado só podem desencadear o direito à legítima defesa se ficar demonstrado o controle de um Estado sobre ele, hipótese em que as ações do grupo são atribuíveis ao Estado. Desse modo, a Corte entendeu pela inexistência do direito à legítima defesa no caso sob análise, porquanto não havia sido suficientemente provado o controle do Congo sobre o grupo em questão.²⁶ Por fim, a CIJ não apresentou quais eram os requisitos para que este controle ficasse demonstrado, limitando-se a dizer que a análise desta matéria iria além dos pedidos formulados pelas partes.²⁷

Desse modo, percebe-se que a Corte adotou posicionamento

²⁵ *Wall Advisory Opinion*, nota *supra* 17, p.194, para.139.

²⁶ *Armed Activities Case*, nota *supra* 17, pp. 222-223, paras.146-147.

²⁷ Muito se discute sobre qual seria o nível de controle necessário para que o Estado possa ser imputado pelas ações de grupos militares que agem em seu nome ou em seu benefício. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia (TPIY) acredita ser o que eles chamam de “overall control” (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Judgment on the Appeals Chamber – July 15th 1999 – pp. 49-51 paras. 120-123) e a Corte Internacional de Justiça acredita ser o teste nomeado “effective control” (*Nicaragua Case*, nota *supra* 15, pp.64-65 paras. 115-116). Para uma análise comparativa desses dois testes, ver CASSESE, Antonio. *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, European Journal of International Law, vol.18, n°4, 2007.

mais tradicional e fiel à intenção inicial deste instituto na Carta da ONU. De acordo com este entendimento a legítima defesa foi projetada para ser uma exceção à regra da proibição do uso da força e deve-se ressaltar, além de seu caráter de excepcionalidade, o qual impede interpretações extensivas do texto normativo, seu caráter subsidiário, somente sendo legal enquanto o Conselho de Segurança não tomar medidas em relação à situação que provocou o alegado direito de legítima defesa. Essa subsidiariedade inerente à legítima defesa decorre do fato deste instituto - apesar do necessário preenchimento dos requisitos de ataque armado, necessidade e proporcionalidade²⁸ - ser essencialmente fruto de uma avaliação unilateral de um Estado, estando, portanto, muito mais suscetível de abusos do que a avaliação realizada por um órgão colegiado como o Conselho de Segurança. Além disso, a ação em legítima defesa deve ocorrer imediatamente após o ataque que a gerou, sob risco de não constituir mais em uma resposta legal a tal ataque, mas sim em uma represália armada, claramente proibida pelo direito internacional.²⁹

Conclui-se, portanto, que o entendimento do principal órgão judicial do sistema ONU, a CIJ, é de que a legítima defesa não pode ser alegada como fundamento jurídico de ações contra um grupo armado, a priori, sem ligações com um Estado, como a Al-Qaeda. Entretanto, se consideramos que a conexão entre o governo talibã do Afeganistão

²⁸ Embora não constantes do artigo 51 da Carta das Nações Unidas, estes requisitos, fundamentais para o exercício legal da legítima defesa, já foram reconhecidos pela CIJ em duas oportunidades. Ver: *Nicaragua Case*, nota *supra* 15, p. 94, para. 176; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, [doravante, *Nuclear Weapons Advisory Opinion*], p. 245, para.41.

²⁹ A resposta será legal quando preenchidos os requisitos para o exercício da legítima defesa, deverá, portanto, ser uma ação necessária, proporcional e imediata em resposta a um ataque armado, devendo o Conselho de Segurança ser notificado de imediato e podendo esta ação durar somente enquanto o Conselho de Segurança não tomar medidas. De modo contrário, a ação será uma represália caso não haja o preenchimento de todos os requisitos para o exercício da legítima defesa. Ressalte-se que, mesmo que todos os requisitos do artigo 51 sejam cumprimentos, se a ação em legítima defesa ocorrer após um tempo demasiadamente extenso do ato que a gerou, esta não será lícita, pois se encontra ausente o requisito do caráter imediato da ação, tornando-se, destarte, uma represália. Neste sentido, a CIJ já se manifestou. Ver: *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment of April 9th, 1949, Merits, ICJ Report 1949, 4, p.35. Ademais, cumpre mencionar, em sentido convergente, respeitável doutrina: DIHN, Nguyễn Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª ed. (Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003) p. 967.

e a Al-Qaeda esteja suficiente demonstrada, como entende respeitável doutrina³⁰, ou mesmo se aceitarmos a posição daqueles que entendem que a legítima defesa possa justificar ações contra um grupo não-estatal, ainda restam algumas questões que impedem que estas ações sejam consideradas legítimas.

A primeira delas diz respeito à proporcionalidade de tais ações em relação ao ataque que supostamente as gerou. Os números acerca da “Guerra ao Terror” são bastante incertos, mas acredita-se que cerca de 5.921 militares americanos morreram e 42.673 ficaram feridos.³¹ Ademais, estima-se mais de 1 milhão de pessoas morreram nos conflitos no Iraque³² e entre 10.960 e 49.600 pessoas tenham morrido no Afeganistão³³.

A segunda questão suscitada refere-se ao fato da ação em legítima defesa ter de acontecer logo em seguida ao ataque armado. Sendo assim, este direito não continuaria existindo após mais de dez anos do seu fato gerador, os ataques de 11 de Setembro.³⁴

Desse modo, não sendo juridicamente cabível fundamentar a “Guerra ao Terror” no instituto da legítima defesa, impõe-se investigar se as ações neste contexto foram embasadas nas outras exceções autorizativas do uso da força, de modo a não se constituírem em violações às regras do Jus ad Bellum, em especial à proibição ao uso da força expresso no artigo 2,§4º da Carta das Nações Unidas.

2.2 - As resoluções do Conselho de Segurança sob o capítulo VII da Carta das Nações Unidas

O Conselho de Segurança tem a atribuição de lidar com as ameaças à paz e à segurança internacional, podendo tomar inclusive, como expresso no artigo 42 da Carta das Nações Unidas, medidas que

³⁰ SASSÖLI, Marco. *The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law*, Journal of International Criminal Justice, vol. 2, 2004, Oxford University Press, [doravante, SASSÖLI, *Guantánamo*], pp. 98-100.

³¹ Casualties by Military Service Component. *Data, Analysis and Programs Division*. Defense Manpower Data Center. 14 March 2011. Disponível em: http://siadapp.dmdc.osd.mil/personnel/CASUALTY/gwot_component.pdf. Acessado em: 30/05/2012.

³² SUSMAN, Tina. *Poll: Civilian Death Toll in Iraq May Top 1 Million*. The Los Angeles Times. Disponível em: <http://www.commondreams.org/archive/2007/09/14/3839>. Acessado em: 30/05/2012.

³³ ROGERS, Simon; SEDGHI, Ami. *Afghanistan civilian casualties: year by year, month by month*. The Guardian. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/news/datablog/2010/aug/10/afghanistan-civilian-casualties-statistics>. Acessado em: 28/05/2012.

³⁴ Ver nota *supra* 29.

ordenam o uso da força.³⁵

No exercício da competência atribuída a ele pela Carta da ONU, o Conselho de Segurança publicou, dia 28 de Setembro de 2001, a resolução 1373³⁶ que é apresentada como fundamento jurídico³⁷ para a legalidade das ações em legítima defesa contra a Al-Qaeda e, portanto, poderiam justificar também o assassinato de Osama Bin Laden.

O primeiro argumento, de que esta resolução serviria para justificar ações de legítima defesa contra um ator não-estatal, é bastante frágil uma vez que, em momento algum, ela identifica que os ataques de 11 de Setembro podem ser considerados como um ataque armado, nos termos do artigo 51 da Carta da ONU, de modo a autorizar os EUA a agir em legítima defesa. A resolução 1373 apenas reconhece que o terrorismo é uma ameaça à paz e à segurança internacional e que os Estados podem usar os meios previstos³⁸ na Carta da ONU para combatê-lo.

Assim sendo, esta resolução pode ser interpretada de duas maneiras. A primeira delas, que parece ser compartilhada por parte da doutrina³⁹, entende que a resolução 1373 reconheceu que os Estados podem agir em legítima defesa contra um grupo armado não-estatal. Contudo, o que este entendimento parece olvidar é que a resolução 1373 autorizou a utilização dos meios previstos na Carta da ONU e, assim sendo, para legítima defesa enquanto meio previsto na Carta da ONU possa ser utilizada, impõem-se, ipso facto, o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 51 deste diploma legal. Conclui-se, portanto, que uma resolução do Conselho de Segurança não tem o condão de alterar os requisitos de um artigo da Carta da ONU e, ademais, sendo reconhecido pelo principal órgão judicial da ONU, a CIJ, que este instituto só pode ser utilizado quando o ataque armado é atribuível a um Estado, o Conselho de Segurança, enquanto órgão político, não pode alterar esse entendimento. Dessa forma, a resolução 1373 não poderia permitir a utilização de um instituto de modo não autorizado pela própria Carta da ONU.

³⁵ UN Charter, nota *supra* 13, Arts. 42.

³⁶ Resolução 1373, nota *supra* 22.

³⁷ *Armed Activities Case*, nota *supra* 17, pp. 314-315 e 336-338; *Wall Advisory Opinion*, nota *supra* 17, pp. 229-230; FRANCK, Thomas M. *Terrorism and the Right of Self-Defense*, American Journal of International Law, vol.95, n°4, 2001, 839, 842-843.

³⁸ Existem dois meios de uso da força, os quais são entendidos como exceções autorizativas à regra geral proibitiva estabelecida no artigo 2, §4º, da Carta da ONU. Estas exceções são: a legítima defesa, estabelecida no artigo 51 da Carta da ONU, e as resoluções do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII deste diploma legal.

³⁹ Ver nota *supra* 37.

O segundo entendimento acerca desta resolução seria de que ela em si, por ter sido produzida sob o capítulo VII da Carta da ONU, autoriza o uso da força contra a al-Qaeda, independentemente de qualquer fundamentação em torno da legítima defesa. Essa argumentação é mais plausível, posto que a resolução do Conselho de Segurança produzida sob o Capítulo VII da Carta da ONU é uma das exceções à regra geral proibitiva do uso da força, estabelecida no artigo 2, §4º, da Carta da ONU.

A alegação de que a resolução 1373 pode ser considerada como justificativa para o assassinato de Osama Bin Laden, é incabível, independentemente de se entender que esta resolução é fundamento para a direito de legítima de defesa contra ator não-estatal ou é em si própria um fundamento para combater a al-Qaeda. Apesar desta resolução ter autorizado a utilização dos meios previstos na Carta da ONU para combater o terrorismo internacional, é incabível afirmar que a execução extrajudicial seja um desses meios, ainda mais quando as informações levam a crer que era possível prendê-lo ao invés de matá-lo⁴⁰.

2.3- O consentimento como exceção à regra geral de proibição do uso da força

A proibição geral ao uso da força somente se aplica, como claramente expresso no texto do artigo 2, §4º da Carta, às relações internacionais, devendo se evitar, portanto, a violação da integridade territorial de outro Estado. Assim, se o Estado que detém controle sobre o território no qual os ataques ocorrerão concordar com sua execução por parte de outro Estado, este não estará violando a integridade territorial daquele, porquanto haverá uma exclusão da ilicitude de tal ato. Nesse sentido, estabelece o artigo 20 do Draft de Responsabilidade Estatal por Atos Internacionalmente Ilícitos.⁴¹

A relação entre EUA e Paquistão, como já mencionado na parte introdutória, traz diversas dúvidas no que tange o consentimento deste em relação efetuadas por aquele no território paquistanês. Primeiramente, acreditou-se que as operações estadunidenses no Paquistão estariam amparadas na aceitação paquistanesa, ainda que as autoridades deste país nunca tenham publicado nota ou tenham mencionado em seus

⁴⁰ Adota-se aqui, mais uma vez, a idéia de que Bin Laden estava desarmado no momento em que foi morto, sendo, em razão disso, possível às forças americanas incapacitá-lo temporariamente e prendê-lo ao invés de assassiná-lo. Ver notas *supra* 9 e 10.

⁴¹ Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) U.N.Doc.A/56/10 in ILC Yearbook vol.II, Part Two, Art. 20.

discursos que aceitavam tais operações.⁴² Assim sendo, as incursões militares realizadas neste território estariam de acordo com o Jus ad Bellum, não se constituindo em Atos de Agressão nos termos da recomendação 3314 da Assembléia Geral.⁴³

Todavia, as reações paquistanesas colocaram em dúvida se o governo deste país havia, de fato, aceitado de modo tão amplo a ocorrência destas operações dentro de seu território ou se, pelo menos, não havia consentido que essas operações ocorressem sem qualquer tipo de alerta ou informação ao Paquistão.⁴⁴ Se tal consentimento nunca ocorreu - o que parece ser improvável, pois o Paquistão nunca condenou publicamente as ações americanas em seu território - os EUA violaram as regras de Jus ad Bellum, em especial a proibição ao uso da força disposta no artigo 2§4º da Carta da ONU.

3- O DIREITO HUMANITÁRIO, A "GUERRA AO TERROR" E A DEFINIÇÃO DO STATUS DE COMBATENTE

O Direito Internacional Humanitário (DIH) regula as situações de conflitos armados e, para a definição de qual conjunto normativo se aplica a cada situação fática, faz-se necessário estabelecer primeiramente qual é o tipo de conflito em questão. Existem dois tipos básicos de conflitos armados: os internacionais (entres dois ou mais Estados), os não-internacionais (entre um Estado e um grupo não-estatal ou entre dois grupos não-estatais entre si).

Como decorrência da evolução dos conflitos armados surge um terceiro tipo de conflito que está diretamente ligado aos outros dois, qual seja, o conflito armado internacionalizado. Este ocorre quando um conflito inicialmente de caráter não internacional, por ter como partes um Estado e um grupo não-estatal, sofre participação de um terceiro Estado, que ou envia suas tropas para auxiliar o grupo não-estatal ou

⁴² MURPHY, Sean D. *The International Legality of U.S. Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan*, 84 Int'l L. Studies, U.S. Naval War College, p.18. Ver também: ESPINOSA, Ángeles. *EEUU y Pakistán renuevan su alianza antiterrorista*, El País, Disponível em: http://www.elpais.com/articulo/internacional/EE/UU/Pakistan/renuevan/alianza/antiterrorista/elpepiint/20110517elpepiint_10/Tes. Acessado em: 14/06/2011.

⁴³ Definition of Aggression, GA Res 3314 (XXIX), 29th Sess, Supp N°19, UN Doc A/9619, (1974) p. 142.

⁴⁴ ESPINOSA, Ángeles. *Pakistán y OTAN intercambian disparos en la Afganistán*, El País, Disponível em: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Pakistan/OTAN/intercambian/disparos/frontera/Afganistan/elpepuint/20110517elpepuint_10/Tes. Acessado em: 14/06/2011.

exerce sobre este grupo um nível de controle que possa caracterizar, pelo menos, o teste do “overall control”.⁴⁵ Provando-se a interferência de um terceiro Estado, o conflito passa a ser chamado internacionalizado e se aplica a ele o conjunto normativo que regula os conflitos internacionais.

3.1 - A “Guerra ao Terror” e a classificação dos conflitos armados no Direito Internacional Humanitário

Analisando-se a “Guerra ao Terror” à luz do Direito Humanitário, depara-se com uma dificuldade de enquadramento deste conflito em uma das três hipóteses previstas pelo DIH.⁴⁶

A Guerra em questão não pode ser classificada como um conflito internacional porque o Terrorismo e a Al-Qaeda não podem ser considerados como uma entidade soberana que se enquadra dentro dos requisitos para ser um Estado e, em razão disso, não podem ser partes em um conflito armado internacional.

Tal situação também não pode ser considerada como um conflito não-internacional, porquanto todos os textos normativos que procuram definir este tipo de conflito armado estabelecem sua existência como confinada a um único país.⁴⁷ O artigo comum 3º das Convenções de Genebra de 1948 define um conflito não-internacional como “(...) ocorrendo no território de uma das Altas Partes Contratantes.”⁴⁸ (tradução livre). O artigo 1º do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra também traz uma definição idêntica no que se refere à limitação ter-

⁴⁵ Teste de controle que reflete uma norma consuetudinária segundo o entendimento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia (TPIY). De acordo com este teste, haveria um conflito internacionalizado se um terceiro Estado apoiasse um grupo armado em conflito com um Estado. Este apoio deve englobar um controle genérico sobre o conjunto das operações do grupo e também um suporte financeiro e/ou de armamentos para o grupo. Para maiores detalhes sobre este teste, ver: *Prosecutor v. Dusho Tadic*, IT-94-1-A, Judgment (15 July 1999), (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber) pp. 35-62, paras. 88-145.

⁴⁶ SASSÒLI, Marco. *Use and Abuse of the Laws of War in the “War on Terrorism”*, 22 Law & Ineq. p.195; SASSÒLI, Marco. *Terrorism and War*, Journal of International Criminal Justice, vol. 4, 2006, Oxford University Press, [doravante, SASSÒLI, *Terrorism and War*], pp. 963-966.

⁴⁷ MELZER, Nils. *Targeted Killing in International Law* (New York: Oxford University Press, 2009), [doravante, MELZER], p. 257-258.

⁴⁸ International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (First Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 287, [doravante, First Geneva Convention], Art. 3.

ritorial dos conflitos não-internacionais.⁴⁹ Sendo a “Guerra ao Terror” um conflito que se estende sobre mais de um país, como Afeganistão e Paquistão, torna-se incabível classificá-lo como um conflito armado não-internacional.

A “Guerra ao Terror” também dificilmente poderia ser caracterizada como um conflito internacionalizado porque esta categoria foi criada não para designar um conflito entre um Estado e um grupo não-estatal que ocorre em vários países, mas sim para fazer referência a um tipo de conflito em que um Estado - inicialmente alheio ao conflito entre outro Estado e um grupo não-estatal - ou envia suas próprias tropas para lutar ao lado do grupo não-estatal ou estabelece com este grupo uma ligação de modo a atingir o teste do “overall control”.⁵⁰ Tal situação parece ser de difícil comprovação no caso da “Guerra ao Terror”, analisada enquanto conflito armado único, pela ausência de meios probatórios que atestem a ligação existente entre a Al-Qaeda e algum Estado do Oriente Médio ou da Ásia Central de modo a satisfazer o “overall control test”, o qual exige, além do financiamento (seja em termos de armamento ou em termos de fornecimento de dinheiro propriamente dito), uma participação geral do Estado no planejamento das ações do grupo.

É mais adequado, dessa forma, ao invés de tentar classificar a “Guerra ao Terror” como um conflito único e global, o que dificulta a definição das regras a ele aplicadas, fragmentá-la em alguns conflitos menores e classificá-los de acordo com suas características segundo o Direito Humanitário.⁵¹ Assim sendo, haveria um conflito internacionalizado (ou mesmo internacional, como querem alguns⁵²), que ocorre no Afeganistão, e alguns conflitos não-internacionais, como no Paquistão, Iêmen e em qualquer outro país no qual os Estados Unidos tenham realizado ataques contra supostos membros da Al-Qaeda e onde esta

⁴⁹ International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 UNTS 609, Art.1(1).

⁵⁰ Ver nota *supra* 45. O que está em discussão nesse momento não é qual teste é necessário para que as ações de um grupo *a priori* não-estatal possam ser consideradas como cometidas por um Estado (para essa situação existe a divergência entre “overall control” e “effective control” que foi tratado na nota *supra* 27). A presente discussão diz respeito a qual grau de interferência de um terceiro Estado em um conflito não-internacional é necessário para torná-lo internacionalizado, sem que isso implique na imputação dos atos do grupo ao terceiro Estado (para essa situação o teste do “overall control” é, sem dúvida, o mais apropriado).

⁵¹ SASSÒLI, *Guatánamo*, nota *supra* 30, pp. 98-100.

⁵² *Ibid.*

organização perfaça os requisitos mínimos para ser uma parte em um conflito não-internacional.⁵³

3.2- Quem pode ser alvo direto de ataques segundo o Direito Humanitário?

Desde o início do desenvolvimento do Direito Humanitário sempre se procurou delimitar quem poderia ser alvo direto de ataques realizados pela outra parte. Estabeleceu-se, inicialmente, que somente os combatentes⁵⁴ seriam alvos diretos de ataques, sendo que os civis só perderiam sua proteção pelo tempo em que participassem diretamente das hostilidades.⁵⁵ Devido a essa fácil possibilidade de suspensão e de restabelecimento do status de civil decorrente da participação ou não nas hostilidades, este status tem sido chamado pela doutrina de “porta giratória” (revolving door).⁵⁶

Entretanto, essa teoria tradicional não se adequa aos conflitos armados modernos em razão do surgimento de uma terceira categoria de pessoas entre os civis e os combatentes tradicionalmente previstos. Esta categoria refere-se às pessoas que são membros de grupos armados não-estatais e, portanto, não podem ser considerados militares, no aspecto inicialmente previsto pelas Convenções de Genebra e pelos Protocolos Adicionais, nem civis, uma vez que este status daria a eles uma proteção maior que a dos corpos militares inicialmente previstos,

⁵³ Para que um grupo armado possa ser parte em um conflito não-internacional, ele deve ter um nível de organização semelhante ao de um Estado, o qual compreende um controle efetivo sobre um território, uma hierarquia de comando bem estruturada e a capacidade de organizar operações e ataques bem planejados, os quais exigem o uso de força militar pelo Estado. Nesse sentido, ver PICTET, Jean S. (ed.). *Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the conduct of the wounded and sick in armed forces in the field* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1952), pp. 49-50.

⁵⁴ First Geneva Convention, nota *supra* 48, Art. 13; International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 UNTS 3, [doravante, Protocol Additional I], Art. 43.

⁵⁵ *Ibid.*, Art. 51(2) e (3). Estes dispositivos, pelo âmbito do Protocolo I, só se aplicam aos conflitos internacionais, entretanto, a aplicação deles a conflitos não-internacionais também acontece porque eles fazem parte do corpo normativo costumeiro de Direito Humanitário aplicável a este tipo de conflito, ver HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*, 1ª ed, vol.1 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), regras 1 e 6.

⁵⁶ Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law (2008) 90:872 International Review of the Red Cross, 991, [doravante, Guidance], p. 1035.

porquanto bastava aos membros desses grupos não-estatais não estarem participando diretamente das hostilidades por um momento para readquirirem as proteções concedidas aos civis.

Para preencher esta e outras lacunas, foi feito um estudo mais profundo e adequado aos conflitos atuais para a definição de quem pode ser legalmente atacado durante um conflito armado. Segundo esses estudos publicados pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, para que um indivíduo possa ser alvo de ataques, é necessário que ele execute uma função que venha a afetar, diretamente, a capacidade militar de uma parte no conflito em benefício da outra parte.⁵⁷

Destarte, um membro de um grupo armado não-estatal que desempenha uma função em nome do grupo que acarreta sua direta participação nas hostilidades - tendo, assim, uma “função contínua de combate” - perde a proteção de civis que tinha outrora e pode ser alvo direto de ataques a qualquer momento, pelo tempo em que mantiver essa função e sua condição de membro do grupo. Por poder ser alvo de ataques em caráter permanente, são garantidas a ele, outrossim, todas as proteções estabelecidas para os combatentes tradicionalmente previstos.

Portanto, Bin Laden, por ter uma função envolvendo a preparação, execução ou comando de ações que vieram a trazer danos à outra parte no conflito com os EUA, podia ser alvo direto de ataques.⁵⁸ Todavia, o simples fato de que ele podia ser atacado não conferia aos Estados Unidos o direito de matá-lo tão logo surgisse uma oportunidade. O “fim da guerra” é enfraquecer o oponente para derrotá-lo, mas, para atingir esse objetivo, as partes não têm recursos ilimitados, devendo evitar meios e métodos de guerra que causem sofrimento desnecessário ou que aparentem ser desproporcionais em relação à vantagem militar esperada.⁵⁹ Deve-se buscar sempre os meios menos danosos de se alcançar a meta e não escolher o meio pela sua mera conveniência.

Dessa forma, se considerarmos que Bin Laden estava desarmado no momento em que foi morto - como indica as informações mais recentes acerca das circunstâncias de sua morte⁶⁰ -, o que tornaria possível sua prisão, os agentes americanos não poderiam simplesmente optar por assassiná-lo por ser este o objetivo da operação.

Além disso, as pessoas que se encontravam na casa com Bin Laden, principalmente sua mulher e seu filho⁶¹, não poderiam ter sua

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 1013-1031.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 1006-1009.

⁵⁹ Protocol Additional I, nota *supra* 54, Art. 35(1) e (2).

⁶⁰ Ver nota *supra* 10.

⁶¹ Ver nota *supra* 9.

filiação à rede Al-Qaeda presumida pelo mero parentesco com seu líder ou pelo simples fato de estarem na mesma casa que ele, devendo sempre, em caso de dúvida sobre seu status, prevalecer a ideia de que eles eram civis e que não poderiam ser alvo de ataques diretos dos agentes americanos.⁶²

Conclui-se, assim, que no Direito Internacional Humanitário as categorias de civis e combatentes (sejam eles aqueles classicamente previstos pelas Convenções de Genebra ou aqueles membros de grupos não-estatais) são mutuamente exclusivas, uma vez que, de acordo com o artigo 50 (1) do Protocolo Adicional I⁶³, um civil é qualquer pessoa que não pertence a uma das categorias de pessoas descritas no artigo 4 da III Convenção de Genebra⁶⁴ e no artigo 43 do Protocolo Adicional I, os quais definem quais pessoas são combatentes. Nota-se, portanto, que não existe uma categoria intermediária entre as categorias de civil e combatente (seja ele “legal” ou “ilegal”).⁶⁵ Esta conclusão jurídica inviabiliza a alegação de autoridades americanas, como o Presidente Bush⁶⁶, de que as pessoas presas na prisão de Guantánamo seria “combatentes ilegais”, os quais não teriam direito às garantias asseguradas aos “combatentes legais” pelas Convenções de Genebra.

4- OS DIREITOS HUMANOS E A SUA APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE OSAMA BIN LADEN

O terceiro campo em questão, o dos Direitos Humanos, ganha bastante importância uma vez que, pelo fato da “Guerra ao Terror” não se enquadrar em nenhuma das categorias de conflito armado prescritas pelo Direito Humanitário, o Presidente Bush manifestou-se no sentido de que as proteções do Direito Humanitário não se aplicariam aos prisioneiros ligados à al-Qaeda, restando, portanto, unicamente aplicável a eles as normas de Direitos Humanos.⁶⁷

⁶² Guidance, nota *supra* 34, pp. 1007 e 1039.

⁶³ Protocol Additional I, nota *supra* 56, Art. 50(1).

⁶⁴ International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 135, Art. 4º. A redação deste artigo é idêntica a dos artigos 13 da Primeira e da Segunda Convenção de Genebra.

⁶⁵ SASSOLI, *Guantánamo*, nota *supra* 30, pp. 100-105. Neste sentido ver também a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*; June 26, 2009; No. 05-184.

⁶⁶ *US detainees to get Geneva rights*. BBC News. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5169600.stm>. Acessado em: 27/05/2012.

⁶⁷ Esta discussão foi superada pela decisão da Suprema Corte Americana no caso

Analisando a morte de Bin Laden sob a perspectiva deste conjunto normativo, percebe-se que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) estabelece que o direito à vida é inderrogável, mesmo em situações de emergência pública, sendo proibido que qualquer pessoa seja privada de sua vida de forma arbitrária⁶⁸:

“Artigo 6º - 1- Todo ser humano ter o direito inerente à vida. Este direito deve ser protegido pelo Direito. Ninguém deve ser arbitrariamente privado de sua vida.

2- Nos países que não aboliram a pena de morte, a sentença de morte pode ser imposta só para os mais sérios crimes, de acordo com lei vigente no momento da comissão do crime e não contrária às provisões deste Pacto e da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Esta penalidade pode somente ser executada de acordo com o julgamento final proferido por uma corte competente. (...)” (tradução livre)⁶⁹

Cumprе ressaltar a redação quase idêntica do dispositivo referente a esta temática na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o qual menciona, inclusive, a proibição à privação arbitrária do direito à vida.⁷⁰

A Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) não traz a palavra “arbitrariamente” em seu artigo 2º, que trata do direito à vida, mas apresenta importantes elementos que podem auxiliar na interpretação que deve ser dada ao termo em questão. Este artigo determina que:

Hamdan v. Rumsfeld, nota *supra* 65. Nesta decisão, a Suprema Corte Americana julgou que os prisioneiros da “Guerra ao Terror” estão sujeitos às proteções das Convenções de Genebra, sobretudo do seu artigo comum 3º. Ainda assim, considerando o entendimento da Corte Internacional de Justiça no *Nicaragua Case*, nota *supra* 15, e na *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, nota *supra* 28, de que os Direitos Humanos são *lex generalis* enquanto o Direito Humanitário é *lex specialis*, é aconselhável um estudo mais detido das proteções conferidas por esta esfera do direito, sobretudo em relação aquelas que possuem relação direta com o evento que levou à morte de Osama Bin Laden.

⁶⁸ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, [doravante, ICCPR], Art. 4.

⁶⁹ *Ibid*, Art.6.

⁷⁰ Organization of American States, American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica, 22 November 1969, Art. 4(1).

“Artigo 2º .1. O direito à vida de todas as pessoas deve ser protegido pelo Direito. Ninguém deve ser privado de sua vida intencionalmente salvo em execução de uma sentença de uma Corte seguindo sua condenação por um crime cuja penalidade é prevista em lei.

2- Privação do direito à vida não deve ser vista como infligida em contravenção deste artigo quando resulte do uso da força que não é maior do que o absolutamente necessário:

(a) na defesa de qualquer pessoa de uma violência ilegal

(b) para efetuar uma prisão legal ou prevenir a fuga de uma pessoa legalmente detida

(c) em ações legalmente tomadas com o objetivo de parar protestos violentos e insurreições.” (tradução livre)⁷¹

A redação dos três artigos supramencionados (o do PIDCP, o da CEDH e o da CADH) induz à existência de uma relação entre os termos “arbitrariamente” e “absolutamente necessário”. Pode-se, inclusive, concluir que, para que uma privação do direito à vida não seja arbitrária, ela deve: (I) respeitar o princípio da necessidade absoluta, refletido no artigo 2º, §2º, da CEDH; ou (II) deve originar-se de uma decisão final e irrecorrível que tenha sido proferida por um tribunal competente e que seja fruto de um devido processo judicial⁷².

A necessidade absoluta estabelece que o uso legal de força letal não pode exceder o que é estritamente necessário para manter, restaurar ou impor o Direito e a ordem nas circunstâncias concretas.⁷³ O uso de força potencialmente letal só pode ocorrer nas hipóteses em que outros meios menos danosos se mostrarem ineficientes ou não trouxerem garantias de que o objetivo da operação será alcançado. Além disso, a força potencialmente letal deve ser usada de maneira que atinja a meta da operação e que seja o menos danosa possível às vidas humanas. Dessa forma, o assassinato de um indivíduo só pode ocorrer quando for insuficiente meramente incapacitá-lo. O aspecto temporal também é relevante, ou seja, o uso da força deve ser adequado ao momento em que ocorrem. Portanto, se as circunstâncias da operação evoluem de modo

a permitir que o objetivo seja alcançado sem necessariamente matar o alvo, sua morte não poderá mais ser legalmente tida como objetivo. Assim, mesmo que a partir do plano inicial da operação fosse percebido que seu objetivo só seria alcançado se o alvo fosse assassinado, uma vez alteradas as circunstâncias fáticas e sendo possível atingir o objetivo da missão sem matar o alvo, este não poderia mais ser assassinado.

Entretanto, há quem defenda que o respeito exclusivo ao princípio da necessidade absoluta não seria suficiente, devendo a ação também levar em consideração os princípios da proporcionalidade e da precaução.⁷⁴

A proporcionalidade determina que, mesmo que o uso da força letal atenda a todos os aspectos da necessidade absoluta, ele não poderia ocorrer se o perigo esperado pelo seu uso fosse considerado desproporcional comparado com a gravidade da ameaça ou ofensa removida. A proporcionalidade promove, então, um balanço entre o objetivo que a operação pretende alcançar e o dano que ela pode gerar. A precaução, por sua vez, estabelece que as operações devem ser planejadas, organizadas e controladas de modo a minimizar, na máxima escala possível, o recurso à força letal.

Destarte, como já mencionado, considerando a primeira hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida, seria necessário provar a existência de uma necessidade absoluta para que fosse legítimo matar Osama Bin Laden. Desse modo, se considerarmos que ele estava armado no momento de sua morte - como se alegou em um primeiro momento⁷⁵ - esta hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida teria ocorrido. Entretanto, se considerarmos a revelação posterior de que Bin Laden não estava armado⁷⁶, esta hipótese não teria ocorrido, uma vez que requisito da necessidade absoluta não estaria presente, sendo possível prendê-lo ou incapacitá-lo ao invés de matá-lo.

Desde modo, analisando a segunda hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida, percebe-se que a morte de Bin Laden não foi fruto de uma sentença dada por uma Corte, portanto não foram respeitados princípios básicos de Direito Processual, como o Princípio do Contraditório, Princípio da Ampla Defesa e Princípio da Presunção de Inocência, comuns a maioria dos países no mundo e positivados nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos.⁷⁷ Não lhe foi

⁷¹ Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, ETS 5, Art. 2.

⁷² ICCPR, nota *supra* 68, Arts. 6(2) e 14(1).

⁷³ MELZER, nota *supra* 47, p. 228

⁷⁴ *Ibid*, pp. 100 e 116.

⁷⁵ Ver nota *supra* 9.

⁷⁶ Ver nota *supra* 10.

⁷⁷ ICCPR, nota *supra* 68, Arts. 14, 15, 16 e 17.

permitido, dessa forma, defender-se das acusações que existiam contra ele e lhe foi negado o direito de ser considerado inocente, se as provas em relação às alegações feitas não convencessem a Corte imparcial, independente e competente para julgar tal demanda. Portanto, nota-se que a segunda hipótese de privação não-arbitrária do direito à vida não ocorreu na situação sob análise.

5- POSSÍVEIS ALTERNATIVAS À EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Se considerarmos que Bin Laden não estava armado no momento de sua morte, o que tornaria possível que ele fosse preso e levado à julgamento, um problema bastante significativo surge: onde efetuar esse julgamento? Duas soluções, igualmente problemáticas, existiriam, sendo a primeira delas a constituição de um tribunal ad hoc e a segunda um julgamento realizado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI).

A primeira opção seria bastante semelhante à adotada no caso de Saddam Hussein⁷⁸ e teria como principal crítica a impressão marcante de ter sido um “tribunal dos vencedores”, perdendo a decisão um pouco de sua legitimidade. Ademais, esta decisão poderia ser vista como uma violação ao princípio processual do Juízo Natural, segundo o qual para cada demanda deve haver um tribunal constituído previamente ao fato julgado e que tenha jurisdição única sobre a questão.

A segunda opção passaria a idéia de um julgamento mais imparcial na medida em que o TPI já é um tribunal regularmente constituído e em atividade. Porém, o tribunal provavelmente não reconheceria sua jurisdição em relação ao caso de Bin Laden porque os requisitos para sua jurisdição não estariam presentes, porquanto, para que o TPI possa

⁷⁸ Julgamento de Saddam Hussein, ex-presidente do Iraque, aconteceu em um Tribunal Especial Iraquiano. Ele foi acusado de violações dos Direitos Humanos durante o seu governo e foi condenado à pena de morte (por enforcamento) pelo assassinato de 148 homens, predominantemente xiitas, na cidade iraquiana de Dujail em 1982. A defesa de Hussein pediu várias vezes por um adiamento dos procedimentos, insistindo que não lhe havia sido dado tempo suficiente para revisar todos os documentos da promotoria como eles haviam sido providos sob as regras do tribunal mas esses pedidos foram negados. Enquanto isso, organizações internacionais de direitos humanos, incluindo a Human Rights Watch e a Anistia Internacional, sugeriram que o Tribunal Especial do Iraque e seu processo jurídico podem não cumprir padrões internacionais para um julgamento justo. As Nações Unidas também negaram ajuda aos procedimentos, expressando preocupações similares sobre a justiça, além da possibilidade de uma pena de morte no caso. Para maiores informações ver: *Iraq: Saddam Hussein put to the death*. Human Rights Watch. Disponível em: <http://www.hrw.org/news/2006/12/29/iraq-saddam-hussein-put-death>. Acessado em: 28/05/2012.

julgar uma demanda, é preciso provar a presença de jurisdição em razão da matéria, do tempo e, alternativamente, ou da pessoa ou do local.

5.1 – A jurisdição em razão da matéria e a ausência de uma definição de terrorismo

A jurisdição em razão da matéria diz respeito às condutas praticadas. O TPI é competente para julgar três tipos de conduta: crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio.⁷⁹ Portanto, o TPI não apresenta jurisdição em relação ao terrorismo enquanto crime autônomo, mas só pode julgar tais práticas quando elas forem consideradas formas de crime de guerra ou crime contra a humanidade, devendo, portanto, apresentar os requisitos de cada um desses crimes.

Apesar de ser muito utilizado, o termo terrorismo não apresenta uma definição clara no plano internacional, o que dificulta que esta prática esteja sob a jurisdição da maioria dos tribunais Internacionais.⁸⁰ O Tribunal Especial para o Líbano (TEL) é o único tribunal hoje estabelecido com jurisdição sobre o crime de terrorismo. Criado por um acordo entre as Nações Unidas e o Líbano devido à resolução 1664 (2006) do Conselho de Segurança⁸¹, ele objetiva processar os responsáveis pelos ataques ocorridos no dia 14 de Fevereiro de 2005, que levaram à morte do ex-Primeiro Ministro libanês Rafiq Hariri, bem como à morte de várias outras pessoas.

Em recente decisão interlocutória sobre o direito aplicável, publicada em 11 de Fevereiro de 2011, este Tribunal apresenta o entendimento de que, apesar de muitos doutrinadores se posicionarem acerca da inexistência de uma definição consuetudinária de terrorismo, tal definição de fato emergiu no Direito Internacional.⁸²

Segundo este Tribunal, a definição de terrorismo:

“(…) requer os seguintes três elementos chave (i) o

⁷⁹ Rome Statute for the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9, [doravante, Rome Statute], Arts. 5, 6, 7 e 8. Segundo o art. 5(2), a jurisdição sobre o crime de agressão está condicionada a uma definição do crime e o estabelecimento das condições sob as quais essa jurisdição ocorrerá. Uma definição para o crime de agressão foi adotada na Conferência de Kampala em 2010, entretanto, a aceitação dessa definição e a decisão se o TPI terá jurisdição sobre esse crime foram postergados para uma próxima conferência a realizar-se em 2017.

⁸⁰ SASSOLI, *Terrorism and War*, nota *supra* 46, pp. 960-961.

⁸¹ UNSCOR, 61º Ano, 5401º Encontro, S/RES/1664 (2006).

⁸² *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, Case No. STL-11-01/I (Feb. 16, 2011), paras. 83-84 e 102-103.

cometimento de um ato criminal (como homicídio, seqüestro, tomada de reféns, incêndios etc.), ou ameaçar o cometimento de tal ato; (ii) a intenção de espalhar o medo entre a população (que geralmente exigiria a criação de perigo público) ou direta ou indiretamente coagir uma autoridade nacional ou internacional a tomar certa atitude, ou abster-se de tomá-la; (iii) quando o ato envolve um elemento transnacional.”⁸³

A posição tomada pelo Tribunal Especial para o Líbano (TEL) não impressiona se consideramos que o presidente da Câmara de Apelação é Antonio Cassese, ex-presidente da Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslávia, que em seus livros já havia demonstrado sua opinião acerca da existência de uma definição de terrorismo no plano internacional. Em sua obra sobre o Direito Penal Internacional, Cassese já defendia ser uma definição costumeira de terrorismo composta por três elementos chave, similares aos apresentados pela decisão do TEL, quais sejam:

“(a) Ser uma prática composta por atos que são considerados criminosos pelos principais sistemas penais mundiais; (b) ter como objetivo espalhar o terror entre a população; (c) e ter como elemento motivador algum aspecto político, religioso etc.”⁸⁴

Entretanto, apesar da importância da opinião de Antonio Cassese, a maioria dos doutrinadores entende que não existe uma definição consuetudinária de terrorismo no Direito Internacional contemporâneo.⁸⁵

5.2 – A jurisdição em razão do tempo e os ataques às embaixadas estadunidenses na Tanzânia, no Quênia e os ataques de 11 de Setembro

A jurisdição em razão do tempo, por sua vez, lida com a neces-

⁸³ *Ibid*, para. 85

⁸⁴ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, 1ª ed. (New York: Oxford University Press, 2003), pp. 120-131.

⁸⁵ LAMBERT, J., *Terrorism and Hostages in International Law* (Cambridge: Grotius Publications, 1990), p. 13; WILLIAMSON, Myra. *Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force against Afghanistan in 2001* (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2009), pp. 38-40.

sidade de se provar que os fatos, dos quais o réu é acusado, ocorreram posteriormente ao dia 1ª de Julho de 2002, data da entrada em vigor do Estatuto do TPI, na medida em que seu artigo 11(1) menciona que: “A Corte só tem jurisdição em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor deste Estatuto.”⁸⁶ (tradução livre)

O Estatuto de Roma, que constituiu o TPI, entrou em vigor no dia 1º de Julho de 2002, pois, no dia 11 de Abril do mesmo ano, 10 (dez) Estados simultaneamente depositaram seus instrumentos de ratificação, perfazendo o número necessário de 60 (sessenta) Estados-membros.⁸⁷ Dessa forma, o TPI não poderia julgar os ataques às embaixadas estadunidenses na Tanzânia e no Quênia⁸⁸ nem os ataques de 11 de Setembro, principais acusações que recaem sobre Bin Laden porque tais eventos ocorreram anteriormente à entrada em vigor do Estatuto de Roma.

5.3 - A jurisdição em razão da pessoa e a jurisdição em razão do local

Alternativamente, deve-se provar também a existência de jurisdição em razão da pessoa ou jurisdição em razão do local. A primeira diz respeito a se o país de nacionalidade do autor do alegado crime é parte do Estatuto de Roma e, portanto, aceita a competência do TPI para julgar as demandas em que seus nacionais são réus. A segunda refere-se a se o país onde o alegado ato ocorreu é parte do Estatuto e, conseqüentemente, aceita a competência do TPI para analisar fatos ocorridos dentro do seu território.

No presente caso, a jurisdição em razão da pessoa estaria prejudicada porque Bin Laden perdeu sua nacionalidade saudita em 1994, devido a desentendimentos com a família real deste País. Por isso, Bin Laden é, desde então, apátrida, não podendo a jurisdição pessoal ser-lhe aplicada. Por fim, a jurisdição local, pelo menos no que tange os ataques de 11 de Setembro, é inexistente porque o país em que eles ocorreram, os Estados Unidos, não é parte do Estatuto de Roma.⁸⁹

⁸⁶ Rome Statute, nota *supra* 79, Art. 11.

⁸⁷ *Ibid*, Art. 126.

⁸⁸ Os praticamente simultâneos ataques às Embaixadas dos EUA em Nairóbi, no Quênia, e em Dar es Salaam, na Tanzânia, ocorreram em 7 de Agosto de 1998. No primeiro ataque, devido ao fato da embaixada localizar-se em uma área movimentada do centro da cidade, houve 291 mortos e cerca de 5.000 feridos. No segundo, 10 pessoas foram mortas e cerca de 70 ficaram feridas. Para maiores informações ver: Attacks on US Embassies in Kenya and Tanzania. Disponível em: <http://www.globalsecurity.org/security/ops/98emb.htm>. Acessado em: 28/05/2012.

⁸⁹ <http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/states+parties/>. Acessado em 11/06/2011.

6 - CONCLUSÃO

O fato da “Guerra ao Terror” não se enquadrar perfeitamente em nenhum dos três tipos de conflito armado previsto pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) não torna inaplicável seus dispositivos. A “Guerra ao Terror” é um termo político que, do ponto de vista jurídico, não faz referência a um conflito único de caráter global, mas sim a um conjunto de conflitos armados singulares que, ocorrendo em lugares diferentes e de modos distintos, são regulamentados por conjuntos normativos específicos do DIH. Ademais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), apesar de ser *lex generalis* em situações de conflito armado, estabelece várias proteções que não podem ser negligenciadas nas ações executadas no contexto da “Guerra ao Terror”.

Por fim, o julgamento de Bin Laden pelo Tribunal Penal Internacional mostra-se inviável em razão dos limites de competência deste órgão. Seu julgamento por uma Corte *ad hoc* também apresentaria dificuldades, em especial pela inexistência de uma definição consuetudinária de terrorismo e pelas alegações de violação ao Princípio do Juízo Natural. Entretanto, apesar das dificuldades, esta última opção seria muito mais adequada do que executá-lo extrajudicialmente, violando diversas normas de *Jus ad Bellum*, de *Jus in Bello*, de DIDH e de Direito Penal Internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Tratados, Convenções e outros Textos Legais

Charter of United Nations, 26th June 1945, Can.T.S.1945 No.7

Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, ETS 5

International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (First Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 287

International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 135

International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 UNTS 3

International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 UNTS 609

Organization of American States, American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica, 22 November 1969

Rome Statute for the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9

UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999

United Nations, Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946

Jurisprudência

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), ICJ Report 2005, 168

Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiryu v. Malta), Merits, ICJ Reports 1985,13

Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgment of Judgment of April 9th, 1949, Merits, ICJ Report 1949, 4

Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.; June 26, 2009; No. 05-184

Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, Case No. STL-11-01/I (Feb. 16, 2011), (Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber)

Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied

- Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Report 2004, 136
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, 226
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Judgment, ICJ Report 1986, 14
- North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany/ Netherlands), Merits, ICJ Reports, 1969, 3
- Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, ICJ Report 1974, 457
- Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-A, Judgment on the Appeals Chamber (15 July 1999), (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber)
- Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 October 1995), (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber)
- Doutrina
- CASSESE, Antonio. The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia, *European Journal of International Law*, vol.18, nº4, 2007
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, 1ª ed. (New York: Oxford University Press, 2003)
- DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª ed. (Braga: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003)
- DINSTEIN, Yoram. *War, Aggression and Self-Defense*, 4º ed. (Nova York: Cambridge University Press, 2005)
- Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) U.N.Doc.A/56/10 in ILC Yearbook vol.II, Part Two
- FRANCK, Thomas M. Terrorism and the Right of Self-Defense, *American Journal of International Law*, vol.95, nº4, 2001

- Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, *International Review of the Red Cross*, vol.90, nº872, 2008
- HENCKAERTS, Jean- Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*, 1ª ed, vol.1 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005)
- LAMBERT, J., *Terrorism and Hostages in International Law* (Cambridge: Grotius Publications, 1990)
- PICTET, Jean S.(ed.), *Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the conduct of the wounded and sick in armed forces in the field* (Geneva: International Comitee of the Red Cross, 1952)
- MELZER, Nils. *Targeted Killing in International Law* (New York: Oxford University Press, 2009)
- MURPHY, Sean D. The International Legality of U.S. Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan, 84 *Int'l L. Studies*, U.S. Naval War College
- SASSÒLI, Marco. Use and Abuse of the Laws of War in the "War on Terrorism", 22 *Law & Ineq*
- SASSÒLI, Marco. *Terrorism and War*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, Oxford University Press
- SASSÒLI, Marco. The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, Oxford University Press
- SCHARF, Michael P. Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change, 43 *Cornell International Law Journal* (2010)
- SHAW, Malcolm N. *International Law*, 6ª ed (New York: Cambridge University Press, 2008)
- WILLIAMSON, Myra. *Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force against Afghanistan in 2001* (Burlington:

Ashgate Publishing Company, 2009)
Resoluções e Recomendações

Definition of Aggression, GA Res 3314 (XXIX), 29th Sess, Supp N°19,
UN Doc A/9619, (1974) p. 142

UNSCOR, 56° Ano, 4370° Encontro, S/RES/1368 (2001)

UNSCOR, 56° Ano, 4385° Encontro, S/RES/1373 (2001)

UNSCOR, 56° Ano, 4413° Encontro, S/RES/1377 (2001)

UNSCOR, 61° Ano, 5401° Encontro, S/RES/1664 (2006)

Recebido em 20/09/2012 - Aprovado em 27/09/2012.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E OS ADICIONAIS DE REMUNERAÇÃO: PREVENÇÃO DOS RISCOS INERENTES À ATIVIDADE LABORAL OU MONETIZAÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR?

Roberta Freitas GUERRA*

SUMÁRIO: 1 Meio Ambiente e Meio Ambiente do Trabalho: conceitos e características; 2 O Meio Ambiente Equilibrado como Direito Fundamental; 3 O Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado e a Tutela da Saúde e Segurança do Trabalhador; 4 Os Adicionais de Remuneração e as Situações de Trabalho Ensejadoras de seu Pagamento; 5 O Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado e os Adicionais de Remuneração.

1- MEIO AMBIENTE E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

O objeto central do presente trabalho é o estudo do chamado *meio ambiente do trabalho*. Porém, antes de analisarmos suas principais características, faz-se necessário discorrer sobre um conceito mais abrangente: o *de meio ambiente*.

De acordo com Édis MILARÉ, ao que parece, a expressão *meio ambiente* foi utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire, em sua obra *Études progressives d'un naturaliste*, publicada em 1835¹.

Dentre as inúmeras conotações existentes, o termo *meio* também

* Doutoranda e Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte-MG; Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá, Juiz de Fora-MG; Professora Assistente da Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-MG.

¹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

se refere ao “lugar onde se vive, com suas características e condicionamentos geofísicos; ambiente”². O vocábulo *ambiente*, por sua vez, indica o meio “que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas, por todos os lados; envolvente [...] meio ambiente”³. É de se notar, portanto, certa redundância na expressão *meio ambiente*, uma vez que *meio* e *ambiente* são sinônimos.

Quanto à referida redundância, nota José Afonso da SILVA:

Em português, também ocorre o mesmo fenômeno, mas essa necessidade de reforçar o sentido significativo de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a idéia que a linguagem quer expressar⁴.

No entendimento de Édis MILARÉ, meio ambiente é “a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão”⁵. Nesse sentido, não é mero espaço, mas uma realidade complexa constituída por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações.

Nessa mesma esteira, Toshio MUKAI, define-o como um ecossistema, “formado de dois sistemas intimamente inter-relacionados [sic]: o ‘sistema natural’, composto do meio físico e biológico (solo, vegetação, animais, habitações, água etc.) e o ‘sistema cultural’, consistindo do homem e de suas atividades”⁶.

Assim também se apresenta o conceito de José Afonso da SILVA, para quem o meio ambiente é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos (coord.). 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 1303.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos (coord.). 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 116.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 1.

⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

⁶ MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 3.

equilibrado da vida em todas as suas formas”⁷. Este é, como se vê, um conceito globalizante de meio ambiente, posto que abrangente de toda a natureza original, artificial e cultural, compreendendo, pois, o solo, a água, o ar, a flora, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

Como é possível notar, os conceitos até então expostos, cada um a sua maneira, consideram o meio ambiente numa perspectiva ampla, vez que denotam a abrangência de um complexo de elementos naturais e artificiais que se interagem e possibilitam a vida em todas as suas formas.

Até por este motivo é que José Afonso da SILVA realiza o estudo do meio ambiente segundo três dimensões ou aspectos, a saber: a) meio ambiente artificial: constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e dos equipamentos públicos como ruas, praças, áreas verdes e espaços livres em geral; b) meio ambiente cultural: integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico; e c) meio ambiente natural, ou físico: constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam⁸.

É claro que, em razão da unidade e indivisibilidade do meio ambiente, o seu estudo de forma fragmentada serve, única e meramente, a um propósito didático, à medida que facilita a análise global do mesmo. Nesse sentido, o entendimento esposado por Sandro Nahamias MELO:

Não se sustenta [...] a divisão do meio ambiente em subespécies ou classes, sob pena de admitir-se que as ações humanas, de qualquer natureza, incidentes sobre determinado aspecto do meio ambiente, não tenham, necessariamente, qualquer repercussão sobre os demais aspectos do mesmo⁹.

É, justamente, dentro da perspectiva dos aspectos do meio ambiente que, didaticamente, podemos compreender o meio ambiente do trabalho como inserido no *meio ambiente artificial*, que se conceitua como sendo “a ambiência na qual se desenvolvem as atividades do

⁷ SILVA, José Afonso da. op cit, p. 2.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 3.

⁹ MELO, Sandro Nahamias. Meio ambiente do trabalho e greve ambiental. **Revista LTr**, v. 73, nº 2, p. 141-146, fev. 2009, p. 141.

trabalho humano"¹⁰, ou seja, o local onde se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade, inclusive, está intimamente ligada à qualidade daquele ambiente.

É curioso notar, neste ponto, que a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), promulgada sob a égide do regime constitucional de 1967 e recepcionada pela atual Lei Fundamental, deixou de contemplar o meio ambiente do trabalho como integrante do conceito de meio ambiente. Aliás, ela nem sequer levou em consideração o meio ambiente artificial ou cultural como aspectos conceituais do meio ambiente.

De fato, em seu conceito normativo, presente no dispositivo do artigo 3º, inciso I, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, o meio ambiente vem definido como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Como se vê, tal conceito normativo, restrito, tão-somente, ao aspecto do meio ambiente natural, acabou por definir o meio ambiente sob um ponto de vista puramente biológico, descurando-se do ponto de vista social e humano.

Isto não quer dizer, entretanto, que não possamos considerar o meio ambiente do trabalho como uma dimensão particularizada do meio ambiente. Muito pelo contrário! Devemos compreender o meio ambiente também de acordo com o seu conteúdo humano e social, e, nesse sentido, na acepção de meio ambiente do trabalho! Aliás, assim procedeu o Legislador Constituinte de 1988, rompendo totalmente com o conceito normativo tradicionalmente apresentado acerca do meio ambiente.

Como bem asseverou Paulo de Bessa ANTUNES,

após a entrada em vigência da Carta de 1988, não se pode mais pensar em tutela ambiental restrita a único bem. Assim é porque o bem jurídico ambiente á complexo. O meio ambiente é uma totalidade e só assim pode ser compreendido e estudado¹¹.

Tal acepção mais ampla do conceito de meio ambiente pode ser denotada quando a Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 200, inciso VIII, explicitamente menciona, como uma das atribuições do Sistema Único de Saúde, a colaboração "na proteção do meio ambiente,

¹⁰ Ibidem, p. 143.

¹¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 61.

nele compreendido o do trabalho" [grifos nossos].

2- O MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como vimos anteriormente, o meio ambiente natural existe independente da presença humana, sendo, inclusive, anterior à mesma. Uma vez, porém, que o homem surge e passa a se organizar em sociedade, construindo o meio ambiente artificial e cultural, inevitavelmente, passa a promover alterações no meio ambiente natural, buscando moldá-lo em conformidade com seus interesses, tornando-o, assim, mais propício ao seu bem-estar.

Alterar o meio ambiente natural não é o problema! Até porque, com o rápido progresso da ciência e tecnologia humanas, sobretudo na contemporaneidade, é impossível se trabalhar com a ideia da completa inalterabilidade do meio ambiente natural. O problema, isto sim, é alterar o meio ambiente natural de maneira desproporcional, de modo a imprimir-lhe um desequilíbrio ecológico. Neste ponto, interessante referenciar o conceito de equilíbrio ecológico apresentado por Gilberto GIOVANETTI e Madalena LACERDA:

Equilíbrio ecológico é o estado de equilíbrio entre os diversos fatores que formam um ecossistema ou habitat, suas cadeias tróficas, vegetação, clima, microorganismos, solo, ar, água, que pode ser desestabilizado pela ação humana, seja por poluição ambiental, por eliminação ou introdução de espécies de animais e vegetais¹².

É por esse motivo que a Constituição brasileira de 1988 buscou garantir, em seu artigo 225, *caput*, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [grifos nossos].

¹² GIOVANETTI, Gilberto; LACERDA, Madalena apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119.

Note-se que, no dispositivo acima transcrito, a Constituição fez mais do afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Buscou-se, ali, construir um vínculo entre esse direito e a qualidade de vida, implicitamente asseverando que a sadia qualidade de vida só poderá ser conseguida e mantida se o meio ambiente estiver ecologicamente equilibrado.

Com isso, a Constituição toma consciência de que o meio ambiente equilibrado se transforma num patrimônio, cuja preservação e proteção se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde e o bem-estar do ser humano, assegurando, também, e em última instância, o direito fundamental à vida¹³.

Também no sentido de considerar que a proteção ambiental constitui meio essencial para se alcançar adequadas condições de bem-estar e vida, levanta-se o texto da Conferência de Estocolmo, de 1972:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras¹⁴.

Assim é que, quando se fala em necessidade de tutela ao meio ambiente, preservando-o de quaisquer situações de desequilíbrio, finalmente, o que se tem em mente é a necessidade de se garantir que o ser humano, enquanto espécie e indivíduo, disponha dos meios necessários para viver, e viver com qualidade e dignidade.

3- O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E A TUTELA DA SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR

Neste ponto, uma importante reflexão se impõe: já que o meio ambiente comporta três aspectos conceituais, incluindo-se em um deles o meio ambiente do trabalho, podemos afirmar que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado não se restringe tão-somente à

¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 849.

¹⁴ Declaração da Conferência das Nações Unidas pelo Desenvolvimento Humano apud CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente & Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 142-143.

dimensão do meio ambiente natural. Ainda mais diante da abrangência da assertiva constitucional contida no supracitado artigo 225, *caput*. Por esse motivo, resta evidente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado alcança todos os aspectos que o compõem, nele se incluindo o meio ambiente do trabalho¹⁵.

Isso equivale a dizer que, com o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado, também no que concerne a esse aspecto conceitual específico do meio ambiente, o que se busca, em última instância, é garantir aos que o integram, em especial ao trabalhador, condições de trabalho dignos e sadios. Até porque a ação e a intervenção humanas - leia-se "por parte dos empregadores" - no meio ambiente do trabalho, quando operadas com desproporcionalidade, também podem resultar em desequilíbrio e, por consequência, em poluição àquele meio.

Sobre o conceito de *poluição*, necessário analisar a letra do artigo 3º, incisos II e III, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que a caracteriza como sendo a degradação da qualidade ambiental, ou, em outras palavras, a alteração adversa das características do meio ambiente, resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetem desfavoravelmente a biota ou as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, ou mesmo, lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Ora, se aplicarmos o referido conceito normativo aos estritos objetivos do presente estudo, é possível afirmar que a poluição no meio ambiente laboral consiste em qualquer forma de degradação desse meio, resultante das más condições de trabalho impingidas aos trabalhadores por seus respectivos empregadores. Nesse sentido, podemos apontar como exemplos de poluição no meio ambiente do trabalho a duração excessiva da jornada de trabalho, a falta de repouso suficiente, trabalhos em turnos de revezamento, trabalho noturno, trabalho perigoso, tarefas repetitivas, esforço físico, posturas ergonômicas inadequadas, ritmo de trabalho, atenção e tensão constantes, exposição a substâncias químicas, físicas ou biológicas que tornem o trabalho insalubre, como gases, poeiras, altas ou baixas temperaturas, produtos tóxicos, irradia-

¹⁵ FERNANDES, Fábio de Assis F. Meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador: competência administrativa concorrente do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério da Saúde (SUS): inteligência dos artigos 23, VI, 198, II e 200, VIII da CF/88: Constitucionalidade do art. 154 da Consolidação das Leis do Trabalho. *Revista LTr*, v. 73, nº 1, p. 34-45, jan 2009, p. 34.

ções, ruídos, entre outros.

Ciente da necessidade de conferir proteção ao trabalhador contra tais adversidades, é que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê, no Capítulo V, do Título II, inúmeros dispositivos (artigos 154 a 201) que tratam da *Segurança e Medicina do Trabalho*. Infraconstitucionalmente, a tutela do meio ambiente do trabalho equilibrado ainda é realizada pelas Portarias do Ministério do Trabalho e do Emprego, dentre as quais se destaca a Portaria nº 3.214, de 1978, composta de 30 Normas Regulamentares (NR's), todas prevendo a obrigatoriedade na adoção, por parte dos empregadores, de medidas de proteção da saúde e promoção de segurança aos trabalhadores¹⁶.

Não olvidemos, porém, que o meio ambiente do trabalho equilibrado também é tutelado pela Constituição de 1988, haja vista a determinação, constante do art. 7º, inciso XXII, de que "a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança" constitui um direito afeto a todo e qualquer trabalhador. Trata-se do direito fundamental de trabalhar em ambientes de trabalho hígidos, com redução e prevenção dos riscos inerentes à atividade laboral de modo a preservar a saúde, higiene e segurança dos trabalhadores.

Coexistem a esses preceitos constitucionais e infraconstitucionais, diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), todas ratificadas pelo Brasil, como é o caso da Convenção nº 115, sobre proteção contra radiações ionizantes; a de nº 127, sobre peso máximo das cargas; a de nº 136, sobre proteção contra riscos ocasionados pelo benzeno; a de nº 139, sobre a prevenção e o controle de riscos profissionais provocados por substâncias cancerígenas no local de trabalho; a de nº 148, sobre proteção contra os riscos provenientes da contaminação do ar, ruído e de vibrações no local de trabalho; a de nº 155, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho; a de nº 162, sobre utilização com segurança do asbesto (amianto); e a de nº 170, sobre utilização de produtos químicos no trabalho.

Tudo isso porque, nas palavras de Alice Monteiro de BARROS, "no meio ambiente do trabalho, o bem jurídico tutelado é a saúde e a

¹⁶ "Não se duvide da força normativa dessas NR's, pelo simples fato de serem portarias do MTE e, portanto, meros atos regulamentares do Poder Executivo. De uma adequada exegese do sistema jurídico, verifica-se que tanto a lei (art. 200, da CLT) quanto a Constituição Federal (art. 7º, XXII) referendam as NR's do MTE, conferindo-lhes autêntica normatividade" (DALLEGRAVE NETO, José Affonso apud GUARNIERI, Bruno Marcos. Meio ambiente do trabalho: prevenção dos infortúnios laborais, dignificação do trabalho e responsabilidade civil do empregador. *Revista LTr*, v. 71, nº 12, p. 1474-1487, dez. 2007, p. 1475).

segurança do trabalhador, o qual deve ser salvaguardado das formas de poluição do meio ambiente laboral, a fim de que desfrute de qualidade de vida saudável, vida com dignidade"¹⁷.

4- OS ADICIONAIS DE REMUNERAÇÃO E AS SITUAÇÕES DE TRABALHO ENSEJADORAS DE SEU PAGAMENTO

Neste item, analisaremos os adicionais de remuneração, especificamente os de hora extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade¹⁸, conceituando-os e caracterizando-os em meio às situações de trabalho que ensejam o seu pagamento, tudo com vistas a evidenciar sua correlação com a temática aqui abordada, acerca do meio ambiente do trabalho equilibrado.

Como apontamos anteriormente, são exemplos de poluição no meio ambiente do trabalho, entre outros, a duração excessiva da jornada de trabalho, o trabalho noturno, o trabalho perigoso, bem como a exposição a substâncias químicas, físicas ou biológicas que tornem o trabalho insalubre. Cada uma dessas situações enseja, para o empregador, a obrigação de pagar aos empregados a elas submetidos os chamados adicionais de remuneração. São eles, respectivamente, o adicional de hora extra, o adicional noturno, o adicional de periculosidade e o adicional de insalubridade.

Primeiramente, no que tange ao adicional de hora extra, determina o artigo 59, *caput*, da CLT, seja ele devido aos empregados que tenham a sua duração normal de trabalho acrescida de horas suplementares. Quanto ao seu valor mínimo, prescreve o artigo 7º, inciso XVI, da CF/88, deva ser, a importância da remuneração do serviço extraordinário, superior em, pelo menos, 50% à da hora normal¹⁹.

Quanto ao adicional noturno, este será devido, nos termos do artigo 73, *caput* e §2º, da CLT, aos empregados que prestarem serviços

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1035.

¹⁸ Em razão dos restritos escopos do presente trabalho, falaremos, aqui, tão-somente, dos adicionais de remuneração previstos em lei, especificamente pela CLT, descurando da análise dos adicionais criados por normas autônomo-coletivas, como o acordo e a convenção coletivos, ou pela vontade unilateral do empregador ou bilateral das partes contratuais.

¹⁹ Em razão de o artigo 7º, inciso XVI, da CF/88, determinar seja, o valor mínimo do adicional de hora extra, 50% da remuneração paga pela hora normal de trabalho, não restou recepcionada a norma do artigo 59, §1º, da CLT, segundo a qual a importância da remuneração da hora suplementar deveria ser de, pelo menos, 20% superior à da hora normal.

no período noturno, compreendido este entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte. O seu valor mínimo será de 20% da remuneração devida pela hora diurna. Neste ponto, a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso IX, apenas dispõe seja, a remuneração do trabalho noturno, superior à do diurno.

Segundo o dispositivo constante do artigo 193, caput e §1º, da CLT, o adicional de periculosidade, no valor mínimo de 30% do salário, será devido aos empregados que exercerem seu trabalho em condições de periculosidade, ou seja, executando atividades que, “por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado”, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Finalmente, no que pertine ao adicional de insalubridade, a situação ensejadora de seu pagamento é o exercício do trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego. De acordo com o disposto no artigo 189, da CLT, “serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde”. O valor mínimo do adicional em questão será de 40%, 20% ou 10% do salário mínimo, conforme se classifiquem os graus máximo, médio ou mínimo de insalubridade (art. 192, da CLT).

Justamente com relação aos dois últimos adicionais, de periculosidade e de insalubridade, determina a CF/88, em seu artigo 7º, inciso XXIII, sejam os mesmos devidos para as atividades perigosas ou insalubres, na forma da lei²⁰.

Pelo exposto acima, é possível notar um aspecto jurídico comum a todos os adicionais analisados: todos eles são devidos em razão de *condições anormais de trabalho*. Anormais porque fogem ao cotidiano das atividades laborais executadas em um meio ambiente do trabalho equilibrado, consubstanciando-se em *circunstâncias mais gravosas* à saúde do trabalhador, ao menos potencialmente.

Bem assim, o entendimento de Maurício Godinho DELGADO,

Os adicionais correspondem a parcela salarial

²⁰ O artigo 7º, inciso XXIII, da CF/88, ainda menciona o pagamento de adicional de remuneração em relação às atividades penosas. Ocorre, entretanto, que o dispositivo em tela constitui uma norma constitucional de eficácia limitada, ainda não se encontrando regulamentação legal a respeito, ao contrário do que ocorre com os adicionais de periculosidade e de insalubridade, previstos, respectivamente, como se viu, no artigo 193, caput e §1º e nos artigos 189 c/c 192, da CLT

deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar-se, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga-se um *plus* em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados [...] etc²¹.

Segundo leciona Vólia Bomfim CASSAR, apesar de sua natureza salarial, o adicional possui a “finalidade precípua de indenizar a nocividade causada pela situação a que o empregado estava exposto ou submetido”, seja essa nocividade dirigida “à saúde social, biológica ou mental do empregado”²².

É mais fácil entrever quão gravosas à saúde do trabalhador são as situações geradoras dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, dado o contato do mesmo, durante o exercício do labor, respectivamente, com substâncias inflamáveis ou explosivas, em condições de risco acentuado, e com agentes insalubres nocivos à saúde. Embora de percepção mais dificultosa, as situações ensejadoras dos adicionais de hora extra e noturno também constituem condições anormais de trabalho.

Como situação ocasionadora do pagamento de adicional de hora extra, o trabalho realizado em horas suplementares, acrescidas à duração normal da jornada do trabalho “é prejudicial ao trabalhador, à produção e à coletividade”. Demais disto, concorre para agravar o desemprego, amplia os infortúnios do trabalho, torna o trabalhador um aposentado precoce e reduz-lhe o tempo de convívio familiar²³.

O mesmo se diz quanto ao trabalho noturno posto que contraria o relógio biológico do ser humano além de privar-lhe de horas normalmente destinadas à recreação e ao sono. Também prejudica o convívio familiar, trazendo-lhe dificuldades de locomoção e de alimentação, pois à noite os transportes públicos se tornam irregulares e as casas de alimentação encerram suas atividades mais cedo²⁴.

Ora, se, como vimos, os adicionais de remuneração são gerados por condições anormais de trabalho, somente permanecerão devidos

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 692.

²² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 833.

²³ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. v. II. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999, p. 832.

²⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. op cit, p. 833-834.

enquanto perdurarem as circunstâncias mais gravosas que os ensejaram. Assim, é correto afirmar que, cessada a causa da nocividade à saúde do trabalhador, cessada também restará a obrigação legal do empregador em pagar os respectivos adicionais. Aliás, o ideal é que o pagamento dos adicionais seja apenas transitório, tendo em vista o direito fundamental afeto a todo e qualquer empregado de trabalhar em um ambiente laboral hígido, que lhe garanta condições de trabalho e de vida sadios e dignos.

Como nota Arnaldo SÜSSEKIND,

Os adicionais compulsórios possuem, assim, caráter retributivo mas não se incorporam aos salários do empregado, porque são devidos apenas enquanto perdurar a situação de 'trabalho anormal' que enseja o seu pagamento. O Direito do Trabalho deve visar, em tais casos, não à perpetuidade dos adicionais e sim à execução dos serviços em condições que não determinam o seu pagamento. Por isso mesmo, removida a causa que o subordinou (trabalho noturno, extraordinário, insalubre, perigoso [...]), torna-se indevido o respectivo adicional ou sobre-salário²⁵.

Neste contexto, justificam-se alguns enunciados de jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho (TST), postulando pela supressão dos adicionais de remuneração quando da cessação da situação de trabalho ensejadora do seu pagamento.

Relativamente ao adicional de hora extra, temos a Súmula 291, do TST:

A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. v. I. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999, p. 454.

É importante asseverar, neste ponto, que a referida súmula do TST, com a previsão do pagamento da indenização pelo empregador, não buscou desestimular a supressão do adicional de hora extra. Muito pelo contrário; em ocorrendo a cessação da condição anormal de trabalho que lhe deu causa, deve restar suprimido o correspondente adicional de remuneração! A determinação do pagamento da indenização buscou, apenas, reparar o dano econômico potencialmente experimentado pelo empregado, que incorporara culturalmente tal parâmetro remuneratório já majorado pela suplementação do adicional de hora extra em razão de tê-lo recebido por muito tempo e de maneira habitual.

Quanto ao adicional noturno, temos a Súmula 265, do TST, segundo a qual "a transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno".

No caso dos adicionais de periculosidade e insalubridade, sua possibilidade de supressão está evidenciada na norma constante do artigo 194, da CLT: "o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física [...]".

5- O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E OS ADICIONAIS DE REMUNERAÇÃO

Como vimos alhures, o pagamento dos adicionais de remuneração é determinado pelo ordenamento jurídico trabalhista sempre que os trabalhadores prestarem serviços em condições ditas anormais de trabalho que, por sua natureza, imponham circunstâncias mais gravosas à sua saúde. Esta é, inclusive, a determinação constante do artigo 7º, incisos IX, XVI e XXIII, da CF/88.

A grande discussão que ora se coloca diz respeito à aparente antinomia existente entre algumas normas constitucionais: de um lado, as que buscam tutelar o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado e proteger a saúde do trabalhador, contidas nos artigos 7º, inciso XXII; 200, inciso VIII e 225, *caput*, e, de outro, as que asseguram o direito do trabalhador à percepção dos adicionais de remuneração, previstas, como dito acima, no artigo 7º, incisos IX, XVI e XXIII.

Em vista disso, caso ocorra desequilíbrio e, conseqüentemente, poluição do meio ambiente laboral, qual deverá ser a postura do Poder Público: determinar que o empregador tome as medidas necessárias para eliminar as condições anormais de trabalho, evitando, assim, a prestação de serviços sob condições mais gravosas à saúde do trabalhador, ou obrigar o mesmo empregador a reparar o potencial dano à

saúde do trabalhador por meio do pagamento de adicionais de remuneração? Qual a medida preferível: a prevenção dos riscos inerentes à atividade laboral ou a mera monetização da saúde do trabalhador?

É certo que, no Direito do Trabalho, essas duas tendências convivem lado a lado. Há os que enfocam a temática do exercício laboral em ambientes poluídos, em circunstâncias nocivas à saúde do trabalhador, sem sequer questionar a tarifação das lesões à saúde pelos adicionais de remuneração²⁶. E há os que se levantam contra essa monetização da saúde, postulando pela transitoriedade do pagamento dos referidos adicionais, ao menos e tão-somente, enquanto não puder ser operada a passagem de ambientes agressivos para ambientes ecologicamente equilibrados, devendo ser esta a medida preferível em relação à elevação da remuneração dos trabalhadores²⁷.

Sem sombra de dúvida, a alternativa mais fácil e menos onerosa para o empresariado, apesar de menos inteligente e mais nociva ao trabalhador, consiste na monetização do risco à saúde, por meio do pagamento habitual de adicionais de remuneração. Com isso, "a empresa passa a não investir para tornar o meio ambiente de trabalho equilibrado e salubre, optando, tão-somente, pelo pagamento dos adicionais, que oneram bem menos que a implantação de medidas para tornar o ambiente saudável"²⁸.

Apesar disso, estamos com Luciano Arlindo CARLESSO, para quem:

A dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, os princípios informativos da atividade econômica e da ordem social, e o próprio direito à saúde e meio ambiente ecologicamente equilibrado são argumentos recorrentes que são lançados na tentativa de sensibilizar todos os operadores do direito do trabalho para mudar o enfoque tradicional, de

²⁶ FERNANDES, Fábio de Assis F. Meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador: competência administrativa concorrente do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério da Saúde (SUS): inteligência dos artigos 23, VI, 198, II e 200, VIII da CF/88: Constitucionalidade do art. 154 da Consolidação das Leis do Trabalho. *Revista LTr*, v. 73, nº 1, p. 34-45, jan. 2009, p. 38.

²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1035.

²⁸ GUARNIERI, Bruno Marcos. Meio ambiente do trabalho: prevenção dos infortúnios laborais, dignificação do trabalho e responsabilidade civil do empregador. *Revista LTr*, v. 71, nº 12, p. 1474-1487, dez. 2007, p. 1477.

cunho essencialmente patrimonialista-reparador²⁹.

Somos, assim, pela prevenção do risco à saúde do trabalhador, com vistas à preservação, tanto quanto possível, do meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado. Fundamentamo-nos, para tanto, no princípio da dignidade da pessoa humana – leia-se “do trabalhador” –, já que o pacto laboral não pode afastar do empregado seus direitos fundamentais, bem como nos princípios informativos da atividade econômica e da ordem social porque a primazia do trabalho valoriza a figura do homem-trabalhador em dimensões éticas que não podem ficar reduzidas a meras expressões monetárias.

Defendemos, neste sentido, uma aproximação do Direito do Trabalho em relação ao Direito Ambiental no tratamento jurídico conferido ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado. A um, porque o meio ambiente do trabalho é parte indissociável do meio ambiente geral, o que impõe sua análise também sob a ótica do Direito Ambiental; e, a dois, porque essa ótica implicará na aplicação do *princípio ambiental da prevenção*, que preconiza pela adoção prioritária de “medidas que evitem o nascimento de atentados ao meio ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade”³⁰.

Ora, como já afirmamos, dada a unidade e indivisibilidade do meio ambiente, a sua análise compartimentada, sob o aspecto do meio ambiente laboral, constitui, tão-somente, um artifício didático, com vistas a facilitar a visão global do mesmo. Isso faz com que o meio ambiente do trabalho, parte inseparável, repita-se, do meio ambiente geral, não encontre exclusividade em qualquer das duas áreas do direito, reclamando-se, por isso, uma interseção entre as normas do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental.

Esta também parece ser a conclusão de Sandro Nahamias MELO:

Feitas estas considerações, entendo que o direito do trabalho e o direito ambiental não só se interceptam, quando tratamos de meio ambiente do trabalho, como comportam, com relação ao seu destinatário final – o homem –, objetivos símiles. Buscam ambos

²⁹ CARLESSO, Luciano Arlindo. Direito humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores. *Revista LTr*, v. 72, nº 2, p. 209-220, fev. 2008, p. 209.

³⁰ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 102.

a melhoria do bem-estar do homem-trabalhador e a estabilidade do processo produtivo³¹.

Tal interseção, por sua vez, implicará na aplicação do preconizado princípio ambiental da prevenção, consistente no dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente em geral e do trabalho.

Segundo aponta Paulo Affonso Leme MACHADO, "*prevenir*" em Português, *prévenir* em Francês, *prevenir* em Espanhol, *prevenire* em Italiano e *to prevent* em Inglês – todos têm a mesma raiz latina, *praevenire*, e têm a mesma significação: agir antecipadamente"³².

Daí o sentido do princípio da prevenção: antecipar-se ao momento da consumação do dano, evitando, até mesmo, as situações de mero risco, impedindo, dessa maneira, e na origem, as transformações do meio ambiente prejudiciais à saúde humana³³.

Mas, como será possível prevenir danos ao meio ambiente do trabalho? Que atitudes seriam necessárias para evitar a poluição nesse meio ambiente?

Forçoso é reconhecer que a exposição a certas circunstâncias gravosas à saúde é intrínseca a determinadas profissões em nosso atual estágio de desenvolvimento tecnológico. Sempre teremos, desse modo, trabalho extraordinário, noturno, perigoso ou insalubre. Por esse motivo, a tendência moderna tem sido a redução da jornada de trabalho e o aumento do período de descanso do empregado, preferencialmente à majoração de sua remuneração para essas situações anormais de trabalho³⁴.

Até porque, reduzindo a jornada de trabalho, seriam respeitados os limites físicos do trabalhador, prevenindo a fadiga, a ocorrência de acidentes de trabalho e o seu acometimento por doenças profissionais relacionadas a trabalho repetitivo e estresse emocional, bem como outros males decorrentes do excesso de horas de trabalho, além do que restaria minimizada a atuação dos agentes agressivos à sua saúde. Além de todos esses benefícios, a redução da jornada ainda permitiria a manutenção do rendimento normal do trabalhador, além de não inviabilizar a criação de novos postos de trabalho, já que, quanto menor

³¹ MELO, Sandro Nahamias. Meio ambiente do trabalho e greve ambiental. *Revista LTr*, v. 73, nº 2, p. 141-146, fev. 2009, p. 142.

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82.

³³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 102-103.

³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1035-1036.

a duração da jornada, maior a necessidade de trabalhadores, o que logicamente implicaria em aumento do número de postos de trabalho. Outro resultado dessa medida preventiva seria, ainda, a viabilização da vida do trabalhador em comunidade, fora do local de trabalho, possibilitando sua interação com a família e os amigos.

No mesmo sentido, aumentando o período de descanso, durante a jornada e entre jornadas, bem como ao longo da semana e do ano, permitir-se-ia ao organismo humano recompor-se da agressão sofrida durante o trabalho em um meio ambiente desequilibrado, mantendo-se a higidez e a saúde do trabalhador.

Somente assim, seria possível garantir o equilíbrio ecológico do meio ambiente do trabalho e, por consequência, o bem-estar efetivo dos que dele participam!

Por tudo isso, somos levados a concluir que, para fins de harmonizar o conflito aparente entre as normas constitucionais contidas nos artigos 7º, inciso XXII; 200, inciso VIII e 225, caput, e as previstas no artigo 7º, incisos IX, XVI e XXIII, quando o ordenamento assegura o direito do trabalhador à percepção dos adicionais de remuneração, o seu pagamento não pode significar a monetização do risco profissional ou a mercantilização da saúde do trabalhador, mas deve ser entendida como medida excepcional, adotada tão-somente, enquanto não puder ser operada a passagem de ambientes agressivos para ambientes ecologicamente equilibrados, por meio da redução da jornada de trabalho ou do aumento dos períodos de repouso laboral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2006.

CARLESSO, Luciano Arlindo. *Direito humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores*. *Revista LTr*, v. 72, nº 2, p. 209-220, fev. 2008.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente & Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FERNANDES, Fábio de Assis F. Meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador: competência administrativa concorrente do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério da Saúde (SUS): inteligência dos artigos 23, VI, 198, II e 200, VIII da CF/88: Constitucionalidade do art. 154 da Consolidação das Leis do Trabalho. Revista LTr, v. 73, n° 1, p. 34-45, jan. 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos (coord.). 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

GUARNIERI, Bruno Marcos. Meio ambiente do trabalho: prevenção dos infortúnios laborais, dignificação do trabalho e responsabilidade civil do empregador. Revista LTr, v. 71, n° 12, p. 1474-1487, dez. 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Sandro Nahamias. Meio ambiente do trabalho e greve ambiental. Revista LTr, v. 73, n° 2, p. 141-146, fev. 2009.

MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito do Trabalho. 2 v. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.

Recebido em 11/09/2012 - Aprovado em 19/09/2012.

IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO NA PERSPECTIVA DIALÓGICA

Rogério Medeiros Garcia DE LIMA*

Resumo: Este trabalho enfocará a necessária mudança de paradigmas, estimulada pela adoção do sistema processual eletrônico, a qual, por seu turno, não poderá resultar de imposições autoritárias das cúpulas dos Órgãos do Poder Judiciário. A implantação do sistema processual eletrônico, outrossim, deverá sopesar valores relevantes em confronto, ou seja, a *efetividade processual* com garantia da *decisão justa*.

I - INTRODUÇÃO

Este artigo abordará a palestra *Avanços do processo: perspectivas e dúvidas com base na experiência do TRT do Paraná com o processo eletrônico*, ministrada pelo juiz José Aparecido dos Santos, do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, durante o Curso de Processo Eletrônico promovido pela Escola Nacional da Magistratura (ENM) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado (Enfam) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Brasília-DF, no dia 21 de junho de 2012.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, do TJMG, e de cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

Após este capítulo introdutório, o segundo capítulo destacará pontos relevantes da referida conferência, que servirão de premissas para o desenvolvimento do texto. Designadamente, a necessária mudança de paradigmas, estimulada pela adoção do sistema processual eletrônico, a qual, por seu turno, não poderá resultar de imposições autoritárias das cúpulas dos Órgãos do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, será enaltecida a relevância das novas tecnologias para a facilitação do acesso à Justiça, impostergável garantia democrática conferida pela Constituição Federal de 1988.

O quarto capítulo reportará a bem sucedida experiência da Justiça Eleitoral brasileira com o processo eletrônico.

O quinto capítulo sopesará valores relevantes em confronto, ou seja, a *efetividade processual* com garantia da *decisão justa*.

O sexto capítulo analisará a implantação do processo eletrônico em perspectiva dialógica, a partir do pensamento de Jürgen Habermas e no contexto da Administração Pública consensual, consolidada pelo Estado Democrático de Direito.

Finalmente, o sétimo capítulo abarcará síntese conclusiva do texto.

II - A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ COM O PROCESSO ELETRÔNICO

Na palestra, José Aparecido dos Santos discorreu sobre a evolução tecnológica no processo brasileiro. Ainda arraigada a cultura secular do acúmulo de papéis, neste início do século 21, contudo, assistimos à adoção paulatina dos meios eletrônicos para a prática dos atos processuais.

No âmbito da Justiça Trabalhista paranaense, o palestrante citou exemplificativamente a bem sucedida prática da expedição de cartas precatórias via *internet*.

Dessa conferência destaquei comentário do expositor acerca da mudança de paradigmas estimulada pela implantação do sistema processual eletrônico. No entanto - ressaltou - muitos operadores do Direito, magistrados inclusive, ainda temem o processo eletrônico, visto por eles como "um bicho de sete cabeças". Em vista desse receio diante da novidade, o juiz conferencista sugeriu, com muita pertinência, que a adesão ao sistema surja das bases e não resulte de imposição autoritária dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

A partir dessas premissas, portanto, desenvolveremos o texto a seguir.

III - ACESSO À JUSTIÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Com a redemocratização brasileira e a promulgação da Constituição Federal de 1988, os brasileiros tornaram-se titulares de uma gama, até então desconhecida, de direitos e garantias individuais e coletivas. Nesse novo contexto, avulta o papel do Poder Judiciário.

Com efeito, verificou-se verdadeira "explosão" de ações judiciais após o advento da Carta de 1988. Fortalecida a cidadania, as pessoas recorrem bastante aos tribunais (VELLOSO, Revista *Cidadania e Justiça*, 4/94-111). O controle crescente da Justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos contemporâneos. Os juízes são chamados a se manifestar em número cada vez mais extenso de setores da vida social (GARAPON, 1999:24). Gaudêncio Torquato destaca o fenômeno judiciocracia, democracia feita sob obra e graça do Poder Judiciário (A "judiciocracia" ameaça?, 2007):

"A tendência de maior participação dos tribunais em ações legislativas e executivas decorre da própria 'judicialização' das relações sociais, fenômeno que se expressa de maneira intensa tanto em democracias incipientes quanto em modelos consolidados, como os europeus e o norte-americano, nos quais os mais variados temas envolvendo políticos batem nas portas do Judiciário".

As atenções se voltam para a prestação jurisdicional. Maria Celina D'Araújo aponta o florescimento da pesquisa acadêmica sobre o Poder Judiciário, após a redemocratização em vários países da América do Sul (Revista de Administração Pública, 35, 145-166):

"A justiça deve ser um agente ativo na consolidação da democracia e a democratização inclui necessariamente uma nova visão de direitos e acesso à justiça (...). As ditaduras estiveram presentes na maior parte dos países sul-americanos na segunda metade do século XX, deixando como saldo um retrocesso em várias esferas das liberdades e das garantias individuais. É contra este déficit de direitos que esses países se posicionam hoje, procurando consolidar formas tradicionais e criar novas modalidades institucionais que ajudem na demanda reprimida por direitos e que auxiliem na construção de uma democracia igualitária".

O acesso à Justiça, sob a égide dos princípios do contraditório e da ampla defesa, é prerrogativa conferida aos cidadãos no Estado Democrático de Direito, a teor das garantias expressas pelo artigo 5º da Constituição Federal:

"(...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)

"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios

e recursos a ela inerentes (...)"

Carlos Alberto Alvaro Oliveira enfatiza a importância do processo na proteção dos direitos e garantias assegurados pela Constituição (*Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, 26/653-664):

"Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado."

"Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição".

Na esfera consumerista, v.g., dispõe o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90):

"Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Kazuo Watanabe (GRINOVER et al, 1995:521) discorre sobre a efetividade da tutela jurídica processual do consumidor:

"Uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo. (...). Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias consequências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual 'o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir'. A segunda, que é conseqüência da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores. Uma outra conseqüência importante é o encorajamento da linha doutrinária que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicista, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o 'ter' mais que o 'ser', fazendo com que todos os direitos, inclusive os não-patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra, etc.), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada".

O desembargador Cláudio Baldino Maciel, então presidente

da Associação dos Magistrados Brasileiros, dissertou sobre o acesso à Justiça no Brasil (*Revista Cidadania e Justiça*, 11/253):

"Os brasileiros, que em boa parte não têm acesso a um mínimo sistema de saúde e de educação, estão longe também do acesso pleno ao Judiciário, o que perfaz imensa dívida social e dramático débito de cidadania em nosso País. (...) O Judiciário deve estar a serviço da cidadania, de todos os brasileiros, sem exceção. Estamos assim legitimados a indagar por que milhões de brasileiros nunca demandaram em juízo por seus direitos, mesmo vendo-os violados. Devemos todos voltar os olhos para essa questão crucial, sem cinismo e em nos desviarmos de suas causas. Veremos, então, que mais de cinquenta milhões de brasileiros estão, segundo pesquisa recente, abaixo da linha de pobreza. A que tipo de justiça terão acesso se não possuem o suficiente para matar a fome, se não têm qualquer consciência de seus direitos? E quando a têm, dificilmente terão acautelado os seus interesses por falta, no mais das vezes, de mínima informação. A miséria impõe-lhes toda sorte de obstáculos à educação formal em níveis de suficiência para o exercício da cidadania".

Mauro Cappelletti e Bryanth Garth (1988:22-24) identificaram barreiras a ser superadas para os indivíduos hipossuficientes terem efetivo acesso à justiça: 1) necessidade de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível, 2) aquisição de conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda e 3) disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. E acrescentaram:

"Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. (Um) estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que 'até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado'. Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho".

Também defendem a simplificação do Direito (1988:156):

"Nosso Direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico".

No Brasil, Luiz Guilherme Marinoni (1998:20-21) destaca ser a morosidade dos processos o principal problema da Justiça. O procedi-

mento ordinário civil é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre seus direitos, em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão de parcela do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. A demora no processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade. Conclui o processualista paranaense, ao explanar sobre antecipação da tutela:

“A tutela antecipatória constitui o único sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento. Embora Chiovenda houvesse anunciado, com absoluta clareza e invulgar elegância, que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, e, ainda, que o processo não deve prejudicar o autor que tem razão, a doutrina jamais compreendeu, porque não quis enxergar o que se passava na realidade da vida, que o tempo do processo não é um ônus do autor”.

Nesse desiderato de conferir maior efetividade ao processo, a adoção de novas tecnologias desempenha papel fundamental. Há três décadas, José Guilherme Merquior (1982:18-19) refletia sobre as inovações tecnológicas na sociedade pós-industrial:

“O impacto da ciência na tecnologia constitui sabidamente o fulcro do desdobramento da sociedade industrial em ‘pós-industrial’. No limiar do século XXI, nas economias de ponta, o avanço da eletrônica e da informática já começa a esboçar a superação de um dos traços institucionais mais típicos do industrialismo: a disjunção entre o local de residência e do trabalho, manual ou não. Graças à difusão dos computadores e das telecomunicações, um número crescente de funções de escritório passará a poder ser realizado em casa, dentro de ritmos e horários livremente fixados pelo assalariado. (...) Com o progresso da automação, o tempo de lazer tende cada vez mais a aumentar face ao tempo de trabalho”.

No campo do Direito, anotou Armando Veiga (2009:7-8):

“A revolução tecnológica que o computador operou na sociedade, é, de tal modo, significativa que é por muitos considerada a sucessora da revolução industrial. Foi necessário esperar, cerca de três séculos, para que um fenômeno com aquela amplitude eclodisse, tendo proporcionado importantes transformações sociais, a mais importante das quais, é a transformação da informação de átomos para bits, o ‘ADN da informação’, que tem atualmente uma nova configuração. A informação ainda continua a ser fornecida, em larga medida, em átomos: jornais, revistas e livros. O trilho, contudo, é irreversível: a completa ‘digitalização da sociedade’, a transmissão exclusiva da informação através da vida digital.

“A (re)evolução tecnológica, sobretudo, desde finais da década de 80 trouxe novos desafios ao Direito, conduzindo a uma permanente atualização das normas jurídicas de acordo com as novas formas de agressão aos ‘direitos, liberdades e garantias’ dos cidadãos.

“No centro das preocupações estão, sem dúvida, as crescentes agressões aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, máxime, os problemas relacionados com a privacidade dos cidadãos. A informação pessoal é compilada quotidianamente de forma rotineira em listas de endereços de ‘marketing’ direto, as entidades bancárias recolhem dados que ‘possibilitam a elaboração de uma ficha de identidade muito semelhante às utilizadas pelas polícias secretas de Estados não democráticos’, o Estado detém grandes bases de dados, v. g., do Arquivo de Identificação, do Ministério das Finanças, da Direção-Geral de Viação, das polícias, entre outras instituições governamentais.

“Os atentados de 11 de setembro de 2001, às ‘Torres Gêmeas’ do ‘World Trade Center’ nos EUA, constituem o acontecimento decisivo na implementação do ‘Estado vídeo-vigilante’ que George Orwell profetizou na década de 30 e apeliou de ‘Big Brother’. A obsessão cega pelo ‘aspecto securitário e de conveniência’ em detrimento da privacidade dos cidadãos tem conduzido à elaboração de legislação na área da vídeo-vigilância estatal: os meios jurídicos de controle dos cidadãos ‘prolifera’ e estão sob a alçada do Estado! Num futuro não muito distante, a privacidade não terá sequer os contornos da velha máxima: ‘my home my castle’.

“No seio da ‘sociedade da informação’, a contextualização jurídica do fenômeno informático tem vindo a assumir uma amplitude crescente. A profusão legislativa neste domínio justifica por si só a codificação e sistematização das normas jurídico-informáticas. Decidimos incluir a Convenção sobre o cibercrime elaborada pelo Conselho da Europa que apesar de ainda não se encontrar ratificada pelo Estado português, será certamente objeto de acolhimento do ordenamento jurídico português futuramente.

“O ‘direito da informática’ é, aqui, entendido como o conjunto de normas jurídicas que se estabelecem em torno das relações informáticas e compreende seis domínios: a proteção jurídica de dados pessoais, do ‘software’, do comércio eletrônico, das bases de dados, das topografias de semi-condutores e a criminalidade informática. Esta compilação sistematizada compreende a direito positivo português, comunitário e internacional” (grifei).

No âmbito processual, a Lei Federal nº 11.419, de 19.12.2006, autorizou o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. A lei se aplica, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

Humberto Theodoro Júnior (2011:237) comentou:

“Aos Órgãos do Poder Judiciário caberá a regulamentação do processo eletrônico esboçado pela Lei nº 11.419/2006, no que couber, no âmbito das respectivas competências (art. 18). É claro que a adoção de técnicas novas e complexas como as que determinam o emprego dos meios eletrônicos não se impõe apenas com uma lei federal genérica. Os problemas suscitados nesta completa transformação dos hábitos forenses situam-se muito mais na ordem prática que na ordem normativa. Daí que somente os tribunais e outros órgãos de direção da Justiça poderão concretizar o programa da efetiva informatização do processo. É, por isso mesmo, que a Lei nº 11.419 reconhece a necessidade de sua disciplina ser complementada por regulamentação local de cada órgão de gestão do Poder Judiciário.

“Na verdade, a maior parte das técnicas eletrônicas previstas pela Lei nº 11.419 poderia ser implantada por mera vontade administrativa dos órgãos judiciais, sem depender mesmo de lei especial para tanto”.

Em nível comparativo, verifica-se a adoção de medidas para implantação do processo eletrônico em países como, v.g., Argentina, Canadá, Chile, Nicarágua e Uruguai. Destacam-se, ilustrativamente, algumas vantagens da adoção do sistema processual eletrônico: propicia prestação jurisdicional mais rápida e eficiente; facilita a percepção dessa melhora pelos jurisdicionados; aprimora a gestão dos tribunais; reduz o tempo empregado nos atos de comunicação processual; disponibiliza acesso à informação em tempo real; baixo custo e até mesmo gratuidade para acesso e prática de atos processuais; e economia de gastos orçamentários, notadamente com folhas de papel. Também se apontam alguns desafios: garantia de transparência e participação dos cidadãos; superação de barreiras de acesso à Justiça; a resposta do sistema deve ser célere, útil e de qualidade, com adoção de boas práticas tecnológicas; e necessidade de recursos orçamentários, equipamentos adequados e remuneração justa dos operadores (LILLO, 2012 e CARRIÓN, 2012).

IV - PROCESSO ELETRÔNICO E JUSTIÇA ELEITORAL

Merece destaque a experiência da Justiça Eleitoral brasileira com o processo eletrônico.

Quando integrei a Corte do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, em 2006, foram regulamentados a intimação e outros comunicados por correio eletrônico, como se lê no § 5º do artigo 23 da Resolução nº 22.156/2006 -TSE, que dispôs sobre a escolha e registro de candidatos:

“Com o requerimento de registro, o partido político ou a coligação fornecerá o número de fac-símile e o endereço de correio eletrônico no qual poderá

receber intimações e comunicados e, no caso de coligação, deverá indicar, ainda, o nome da pessoa designada para representá-la perante a Justiça Eleitoral (Lei nº 9.504/97, art. 6º, § 3º, IV, a, b e c)”.

A disposição consagrava anterior jurisprudência:

“Representação. Propaganda eleitoral. Retirada de propaganda. Intimação. Fac-símile. Nº de telefone não indicado pelo candidato. Irregularidade. Ofensa aos arts. 65 da Res./TSE nº 20.988 e 5º da Lei nº 9.840/99.

“1. A Res./TSE nº 20.951 estabelece que os candidatos, os partidos e as coligações sejam, preferencialmente, intimados por intermédio de fac-símile ou correio eletrônico, o que objetiva impor maior celeridade ao processamento dos feitos eleitorais, sendo este o motivo por que se exige no formulário específico para registro que o candidato forneça o endereço eletrônico e o número de telefone em que deseja receber eventuais intimações.

“2. É irregular a intimação do candidato, para a retirada de propaganda, procedida por meio de fac-símile, na sede do partido político, sem que o número desse telefone tivesse sido indicado no pedido de registro do candidato, não restando, portanto, configurado seu prévio conhecimento.

“3. A intimação não pode mais ser encaminhada para a sede do partido político, mesmo sob o argumento de que esta é o domicílio eleitoral do candidato, em virtude da revogação do § 6º do art. 96 da Lei nº 9.504/97 pelo art. 5º da Lei nº 9.840/99.

“Recurso conhecido e provido” (Tribunal Superior Eleitoral, Recurso Especial Eleitoral nº 21182-SP, min. Fernando Neves, DJU 29.08.2003).

Todavia, sobreveio a alteração da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) pela Lei nº 12.034/2009, com acréscimo dos seguintes dispositivos:

“Art. 96-A. Durante o período eleitoral, as intimações via fac-símile encaminhadas pela Justiça Eleitoral a candidato deverão ser exclusivamente realizadas na linha telefônica por ele previamente cadastrada, por ocasião do preenchimento do requerimento de registro de candidatura.

“Parágrafo único. O prazo de cumprimento da determinação prevista no caput é de quarenta e oito horas, a contar do recebimento do fac-símile”.

Para as eleições de 2012, a Resolução nº 23.373/2011-TSE, estabeleceu:

“Art. 22. (...) § 6º Com o requerimento de registro, o partido político ou a coligação fornecerá, obrigatoriamente, o número de fac-símile e o endereço completo nos quais receberá intimações e comunicados e, no caso de coligação, deverá indicar, ainda, o nome da pessoa designada para representá-la perante a Justiça Eleitoral (Lei nº 9.504/97, art. 6º, § 3º, IV, a, e art. 96-A).

“§ 7º As intimações e os comunicados a que se referem o parágrafo anterior poderão ser feitos, subsidiariamente, por via postal com aviso de recebimento ou, ainda, por Oficial de Justiça”.

Pari passu, a Resolução nº 23.367/2011-TSE, ao dispor sobre repre-

sentações, reclamações e pedidos de resposta previstos na Lei nº 9.504/97, disciplinou:

“Art. 7º As petições e recursos relativos às representações e às reclamações serão admitidos, quando possível, por meio eletrônico ou via fac-símile, dispensado o encaminhamento do original, salvo aqueles endereçados ao Supremo Tribunal Federal.

“§ 1º O Cartório Eleitoral providenciará a impressão ou cópia dos documentos recebidos, que serão juntados aos autos.

“§ 2º Para atender ao disposto no caput deste artigo, os Cartórios Eleitorais tornarão públicos, mediante a afixação de aviso em quadro próprio e a divulgação no sítio do respectivo Tribunal Regional Eleitoral, os números fac-símile disponíveis e, se for o caso, o manual de utilização do serviço de petição eletrônica.

“§ 3º O envio das petições e recursos por meio eletrônico ou via fac-símile e sua tempestividade serão de inteira responsabilidade do remetente, correndo por sua conta e risco eventuais defeitos ou descumprimentos dos prazos legais”.

V - EFETIVIDADE E JUSTIÇA: VALORES EM CONFRONTO

Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco (1990:43-44) traçaram as linhas evolutivas do processo civil:

“Até meados do século passado (XIX), o processo era considerado simples meio de exercício de direitos (daí, ‘direito adjetivo’, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza do processo.

“A segunda fase foi autonomista, ou conceitual, marcada por grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema

foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.

“Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

“A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto de vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária” (grifos no original).

Kazuo Watanabe sustenta a ideia de acesso à justiça não mais como mero acesso aos tribunais. Não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, com os requisitos de: a) direito à informação; b) direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e e) direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características (GRINOVER, 1996:9-10).

No referente à efetividade do processo, discorreu Sálvio de Figueiredo Teixeira (1993:42):

“Barbosa Moreira, um dos que mais têm se ocupado do tema, após registrar a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo, ressaltando as divergências existentes, sintetiza proposições consensuais em alguns pontos, dentre os quais o que proclama que ‘o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento’, na mesma linha, aliás, da conhecida e quase centenária lição de Chiovenda: ‘Il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto conseguire’.

Fala-se hodiernamente em gerenciamento de processo, o “judicial case management”, adotado, na prática ou legislativamente, em vários países (SILVA, 2010:36-37):

“O escopo do ‘case management’ é resolver o conflito de forma justa pelo menor custo e tempo. Para tanto, incorpora ao conceito de tutela jurisdicional os meios alternativos de resolução de conflitos. Apenas os casos mais complexos, que demandem intensos debates e produção de provas, chegam a um julgamento final. A maioria é resolvida antes disso, por mediação, conciliação, avaliação de terceiro neutro, ‘mini-trial’, etc. Outra premissa é de que o cumprimento formal do rito definido em lei não assegura a justa resolução do conflito. É preciso que o juiz enquadre o caso ao procedimento, planeje os atos processuais, controle o andamento do feito e flexibilize, quando necessário, o procedimento. A lei processual fornece os parâmetros e objetivos dentro do que o juiz conduzirá o processo. Essa tarefa não é considerada ilegítima discricionariedade judicial porque é pautada pelos objetivos gerais e opções predefinidos pela lei. Os tribunais federais norte-americanos, por exemplo, criam caminhos para o andamento dos processos a partir do molde procedimental das ‘Federal Rules of Civil Procedure’ e do ‘Civil Justice Reform Act’.”

Em suma, nesse contexto de adoção crescente do sistema processual eletrônico, não olvidaremos que computador e internet são apenas ferramentas. Não podemos cegamente “vender nossas almas” à tecnologia, para não perder a sensibilidade diante dos dramas do mundo.

Nesse sentido, ponderou o filósofo francês Roger-Pol Droit (2011:19-20):

“A necessidade de ensinar as ciências num modo cada vez mais técnico era, decerto, imperativa. Todavia, isso nunca impediu ninguém de ser culto. A acumulação é possível, é desejável. Mas tornou-se impraticável. Aquilo que se passou é simples e triste: a matemática foi considerada uma ferramenta de seleção mais eficaz e, sobretudo, mais objetiva, do que as humanidades. Objetiva, porque a ferramenta matemática foi julgada socialmente neutra em relação às heranças culturais e as desigualdades sociais. (...)”

“Um diretor de recursos humanos, um empresário, um engenheiro, um vendedor poderiam tirar partido – todos os dias! – das tragédias de Sófocles, da moral de Epicuro ou das estratégias da Guerra do Peloponeso – tanto, senão mais, do que da trigonometria e do cálculo diferencial”.

No âmbito do Judiciário é bastante oportuna a advertência de José Renato Nalini, no sentido de que juízes e serventuários necessitam passar por uma “insurreição ética”, contaminando-se todos pelo “vírus da eficiência” e renunciando à sua condição de “surdos morais”. Devem ser ativos lutadores para que a reforma do sistema judiciário venha com urgência e qualidade (NALINI, *A Gestão de Qualidade na Justiça*, 1995).

E acrescenta o eminente desembargador paulista (NALINI, 1997:23):

“O destino do Juiz no milênio próximo é liberar-se dos contornos de um agente estatal escravizado à letra da lei, para imbuir-se da consciência de seu papel social. Um solucionador de conflitos, um harmonizador da sociedade, um pacificador. A trabalhar com categorias abertas, mais próximo à equidade do que à legalidade, mais sensível ao sofrimento das partes, apto a ouvi-las e a encaminhar o drama para uma resposta consensual. Enfim, um agente desperto para o valor solidariedade, a utilizar-se do processo como instrumento de realização da dignidade humana e não como um rito perpetuador de injustiças” (grifo no original).

VI - IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO: PERSPECTIVA DIALÓGICA

A filósofa alemã, de origem judia, Hannah Arendt acompanhou o julgamento do carrasco nazista Adolf Eichmann, em Jerusalém, no início dos anos 1960 (OLIVEIRA, 2006:91-102). Posteriormente publicou o livro *Eichmann em Jerusalém*, no qual sustentou não considerar o carrasco louco e nem a encarnação do demônio. Tratava-se de um homem desprovido da capacidade de pensar e, por isso, incapaz de julgar. Era uma pessoa que perdeu totalmente a capacidade de distinguir entre o bem e o mal. Não possuía maldade demoníaca. Tinha uma perversidade provocada pela ausência de pensamento. Não se trata de estupidez, pois tal perversidade pode contagiar pessoas inteligentes. Arendt considerava Eichmann a encarnação da *banalização do mal* nazista. Era vítima da ideologia nazista e do totalitarismo.

A filósofa vislumbrava no campo da política o *diálogo no plural*, que surge no espaço da palavra e da ação. As palavras de Eichmann, proferidas durante o julgamento, eram *desvinculadas do agir conjunto*. Demonstrem a situação de um homem que se isolou do agir comunicativo com os demais. Revelava a submissão ao poder totalitário de alguém que se acostumou a só cumprir ordens.

Integrante da chamada “Escola de Frankfurt”, o filósofo alemão Jürgen Habermas elaborou novas teorias societárias e de democracia, que reconstruem e ampliam o conceito de sociedade civil. Alargam a esfera pública para além da estatal e apreendem o setor privado sem o estigma do egoísmo. Existe *complementariedade e interdependência*, em substituição à *recíproca exclusão* (PIRES, 2003).

Resumiu Habermas (2007):

“A comunicação pública perde vitalidade discursiva quando lhe falta informação fundamentada ou discussão vivaz, coisas que não se obtêm sem

custos.

“A esfera pública não teria mais como opor resistência às tendências populistas e não seria mais capaz de desempenhar funções que lhe cabem no quadro de um Estado democrático de Direito.

“Vivemos em sociedades pluralistas. O processo de decisão democrático só pode ultrapassar as cisões profundas entre visões de mundo opostas se houver algum vínculo legitimador aos olhos de todos os cidadãos. O processo de decisão deve conjugar inclusão (isto é, a participação universal em pé de igualdade) e condução discursiva do conflito de opiniões.

“Pois tão-somente a discussão deliberativa fundamenta a suposição de que, no longo prazo, os processos democráticos propiciam resultados mais ou menos racionais. A formação de opinião por via democrática tem uma dimensão epistêmica, uma vez que envolve a crítica de afirmações e juízos errôneos. Esse é o papel de uma esfera pública dotada de vitalidade discursiva. Esse papel se evidencia intuitivamente tão logo se tenha em mente a diferença entre o conflito público de opiniões concorrentes e a divulgação de pesquisas de opinião. Opiniões que se formam por meio de discussão e polêmica são, a despeito de toda dissonância, filtradas por informações e argumentos, enquanto as pesquisas de opinião apenas invocam opiniões latentes em estado bruto ou inerte”.

Falar em implantação de sistema processual eletrônico, no âmbito do Poder Judiciário, é falar em atividade tipicamente administrativa:

“Em sentido objetivo, a administração pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas” (DI PIETRO, 1997:53).

A Constituição de 1988, conforme Clémerson Cléve, trouxe novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um “Direito Administrativo autoritário”, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias, integrantes do patrimônio do cidadão-administrado. Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador atuou, por muito tempo – notadamente em processos administrativos – coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público (*apud* Romeu Felipe Bacellar Filho, *in* SUNDFELD e MUÑOZ, 2000:11-12).

Juarez Freitas (2008) também se reportou às transformações paradigmáticas do Direito Administrativo contemporâneo, especialmente no tocante à necessidade de fundamentação dos atos administrativos. Deixa de ser “monológico” e se torna menos unilateral:

“A exigência alastrada da motivação surge como poderoso antídoto contra a arbitrariedade por excesso ou inoperância, entendida como exercício autôfágico e coisificante do poder, sem fundamentação coerente e reflexiva”.

Caio Tácito, de saudosa memória, enaltecia o *Direito Administrativo participativo* (Revista de Direito Administrativo, 209:6):

“A moderna tendência do direito público marca (...) a transição do Direito Administrativo que, absorvendo a ação participativa dos administrados, valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público”.

Destacam-se, exemplificativamente, as audiências públicas previstas pela Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

“Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

“§ 1o A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

“§ 2o O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

“Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

“Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

“Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

De modo semelhante, registro: o § 3o do artigo 4º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a qual instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, entre outras providências; os artigos 18 e 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a qual dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995; e o § 4º do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), ao dispor sobre o plano diretor dos municípios.

VII - CONCLUSÃO

A adoção do sistema processual eletrônico exige mudança de paradigmas, por implicar inovação de institutos processuais tradicionais.

As novas tecnologias são imprescindíveis para a facilitação do acesso à Justiça, impostergável garantia democrática conferida pela Constituição Federal de 1988.

A bem sucedida experiência da Justiça Eleitoral brasileira com o processo eletrônico ilustra a premência da expansão do sistema em todas as esferas judiciárias e níveis federativos.

É preciso, todavia, sopesar valores relevantes em confronto, ou seja, a *efetividade processual* com garantia da *decisão justa*.

A implantação do sistema processual eletrônico não poderá resultar de imposições autoritárias das cúpulas dos Órgãos do Poder Judiciário. Deve ser desenvolvida em perspectiva dialógica, em sintonia com o pensamento de Jürgen Habermas e no contexto da Administração Pública consensual, consolidada pelo Estado Democrático de Direito.

Em suma, sem alma de nada valerão a tecnologia e os recursos materiais (GONÇALVES, 1997):

“Nem a tecnologia, nem a boa formação de Juizes e advogados, sozinhas, são aptas a debelar a morosidade da Justiça, propiciando sua celeridade em direção à melhor solução das demandas. Elas não serão suficientes sem o acréscimo daquela sensibilidade especial que se deseja do magistrado e que o capacita a compreender que quem procura o Judiciário, geralmente, o faz como recurso extremo, quando todas as vias extrajudiciais se frustraram na busca da solução do conflito. Quem recorre à Justiça tem pressa e não pode esperar indefinidamente a solução judicial de seu pedido, não pode ser privado do direito de ver sua causa decidida.

“As máquinas e os recursos tecnológicos facilitam nossa vida, economizam nossos esforços, mas não nos humanizam. A sensibilidade para as necessidades humanas é o fator que desperta nosso anseio por fazer o melhor, e nos habilita a tirar o mais benéfico proveito do progresso tecnológico, no cumprimento de nossas tarefas e na oferta de seus resultados. Somente com o acréscimo da sensibilidade dos Juizes para a urgência que acompanha todos que clamam pela Justiça poder-se-á esperar que eles sejam ouvidos. E somente respondendo aos anseios de quem a procura, a justiça andarás em compasso com os reclamos da sociedade. Este é o maior, o mais valioso e mais urgente objetivo de sua modernização”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIELSA, Rafael A. e BRENNNA, Ramón G. Reforma de la Justicia y

Nuevas Tecnologías. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryanth. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, tradução de Ellen Gracie Northfleet, 1988.

CARRIÓN, Ivone. Comunicaciones Electrónicas, palestra proferida no X Seminario Internacional de Gestión Judicial: “La gestión judicial al servicio del acceso a la justicia del ciudadano”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas-CEJA e Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 28 de junho de 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora RT, 7ª ed., 1990.

D'ARAÚJO, Maria Celina. Democracia e Novas Institucionalidades Jurídicas na América Latina. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, FGV, nº 35, jan-fev 2001, p. 145-166.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 7ª ed., 1997.

DROIT, Roger-Pol. Voltar a Ler os Clássicos. Lisboa: Temas e Debates, trad. Pedro Vidal, 2011.

FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o Direito Administrativo Brasileiro do Século XXI. Belo Horizonte: Revista Del Rey Jurídica, Editora Del Rey, nº 19, 1º semestre de 2008, pp. 5-7.

GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas. Rio de Janeiro: Revam, trad. Maria Luiza de Carvalho, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Modernização da Justiça. Rio de Janeiro: Forense Informa, boletim informativo da Editora Forense, setembro de 1997, p. 2.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 4ª ed., 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em Evolução. Rio de Janeiro:

Forense Universitária, 1996.

HABERMAS, Jürgen. O valor da notícia, trad. Samuel Titan Jr., jornal Folha de São Paulo, edição de 27 de maio de 2007, caderno Mais!, pp. 4/5.

LILLO, Ricardo. Utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's) como Medios para el Acceso a la Justicia de los Ciudadanos, palestra proferida no X Seminario Internacional de Gestión Judicial: "La gestión judicial al servicio del acceso a la justicia del ciudadano", Centro de Estudios de Justicia de las Américas-CEJA e Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 27 de junho de 2012.

MACIEL, Cláudio Baldino. Juízes São Incômodos. Rio de Janeiro: revista Cidadania e Justiça, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº11, segundo semestre de 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 1998.

MERQUIOR, José Guilherme. A Natureza do Processo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

NALINI, José Renato. A Gestão de Qualidade na Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 722, dezembro de 1995, p. 367/374.

_____. Ética Geral e Profissional. São Paulo: Editora RT, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Genesis - Revista de Direito Processual Civil, nº 26, outubro-dezembro de 2002, p. 653/664.

OLIVEIRA, José Luiz de. A Relevância da Filosofia do Direito em Hannah Arendt com Ênfase na Faculdade do Pensar. São João del-Rei-MG: Revista Jurídica do IPTAN, Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves, vol. I, maio de 2006, pp. 91-102.

PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, tese de doutorado, 2003.

SANTOS, José Aparecido dos. Avanços do processo: perspectivas e dúvidas com base na experiência do TRT do Paraná com o processo eletrônico, palestra ministrada durante o Curso de Processo Eletrônico promovido pela Escola Nacional da Magistratura (ENM) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado (Enfam) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Brasília-DF, no dia 21 de junho de 2012.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (coordenadores). As Leis de Processo Administrativo - Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 209, julho-setembro de 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Efetividade do Processo e a Reforma Processual. Belo Horizonte: Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, vol. 50, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 52ª ed., 2011.

TORQUATO, Gaudêncio. A "judiciocracia" ameaça?, jornal O Tempo, Belo Horizonte, edição de 13 de maio de 2007, p. A-3.

VEIGA, Armando. Legislação de Direito da Informática. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: Como Torná-lo Mais Ágil e Dinâmico. Rio de Janeiro: revista Cidadania e Justiça, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 4, primeiro semestre de 1998.

Recebido em 20/08/2012 - Aprovado em 05/10/2012.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

EMENTA

APELAÇÃO - EXECUÇÃO - CHEQUE - MÊS NÃO LANÇADO POR EXTENSO - AUSÊNCIA DE REQUISITO DE VALIDADE DO TÍTULO.
- Para que o cheque tenha validade de título executivo, a data deverá ser completa, com dia, mês e ano, sendo o mês lançado por extenso.
- Apelação não provida.

DISPOSITIVO DO ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível Nº 463.295-7, da Comarca de MACHADO, sendo Apelante (s): COOPERATIVA AGRÁRIA DE MACHADO LTDA. e Apelado (a) (os) (as): MARCOS ANTÔNIO CAIXETA FERREIRA, ACORDA, em Turma, a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Presidiu o julgamento o Desembargador ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE (Relator) e dele participaram os Desembargadores PEREIRA DA SILVA (Revisor) e EVANGELINA CASTILHO DUARTE (Vogal).

Belo Horizonte, 21 de junho de 2005.

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE:

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelação interposta contra decisão do Juiz da Vara Única da Comarca de Machado, que julgou procedentes os embargos à execução opostos pelo Apelado, julgando extinta a execução que a

Embargada movia contra o Embargante, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Sustenta a Apelante não ser razoável que, ao simples exame da data do cheque juntado às fls. 12 do feito executório, possa-se interpretar que no espaço reservado ao mês esteja escrito sete, e não a forma abreviada do mês setembro, para descaracterizar o título de crédito.

Contra-razões, às fls. 22/25 dos autos.

É o relatório. Passo à análise das razões recursais.

A data completa é um dos requisitos de validade do cheque, sendo que, na falta deste, o papel não produzirá efeitos como se cheque fosse.

Certo é que a data tem a maior importância no cheque, pois é a partir dela que será contado o prazo para apresentação do mesmo ao sacado e, em decorrência disso, o prazo de prescrição da ação de execução do cheque, sendo que no presente feito, no cheque juntado aos autos da execução em apenso, fls. 12, a data encontra-se incompleta, pois o emitente/sacador, no caso o Apelado, escreveu apenas "sete" no lugar em que deveria constar o mês em que foi dado o cheque, descaracterizando, portanto, sua liquidez para embasar a ação executiva pretendida pela Recorrente.

Para que o cheque tenha validade de título executivo, a data deverá ser completa, com dia, mês e ano, sendo o mês lançado por extenso, para que o cheque tenha validade como título executivo extrajudicial, sendo que se emitido de outra forma não produzirá os seus efeitos.

Posto isso, nego provimento à apelação, mantendo a decisão singular.

Custas, pela Apelante.

O SR. DESEMBARGADOR PEREIRA DA SILVA:

De acordo.

A SR^a. DESEMBARGADORA EVANGELINA CASTILHO DUARTE:

Acompanho o voto do ilustre Relator, fazendo algumas considerações a respeito do cheque.

De conformidade com a Lei 7.357/85, são requisitos do cheque: a denominação, a ordem incondicional de pagar quantia determinada,

o nome do banco ou instituição financeira que deve pagar, a indicação do lugar do pagamento, a indicação da data e do lugar da emissão e a assinatura do emitente.

A data de emissão do cheque é requisito exigido pelo inciso V do art. 1º da Lei 7.357/85, não sendo suprida a ausência desse requisito nos termos do art. 2º da mesma lei, pois não o indica.

Ademais, a indicação da data da emissão é indispensável para determinar se o sacador tinha capacidade de se obrigar, na data da emissão, e para se estabelecer o prazo de apresentação, nos termos dos artigos 33 e 59, e para apuração do direito de preferência no caso de concurso de dois ou mais cheques em soma superior aos fundos disponíveis, nos termos do art. 40.

A data deve indicar o dia, mês e ano, devendo o nome do mês ser escrito por extenso conforme determinação do Decreto n. 22.393, de 25 de janeiro de 1933.

Conforme lição de Fran Martins, um cheque com data incompleta não é válido, pois não fixa o termo inicial do prazo de apresentação nem o termo inicial da prescrição.

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

Bernardo Pimentel Souza
Professor do Departamento de Direito

À vista dos artigos 1º, inciso V, proêmio, e 69, ambos da Lei nº 7.357/1985, combinados com o art. 6º da Resolução nº 1.682/1990, a ausência da data da emissão é considerada "erro formal", é motivo para a devolução e impede que o documento tenha valor jurídico de cheque.

O dia e o ano da data da emissão podem ser grafados em forma numérica. Já o mês deve ser grafado por extenso, em cumprimento ao disposto tanto no Decreto nº 22.393/1933, quanto no artigo 6º, nº 31, da Resolução nº 1.682/1990, do Conselho Monetário Nacional, *in verbis*:

"31 - Erro formal (sem data de emissão, com o mês grafado numericamente, ausência de assinatura, não registro do valor por extenso);" (sem o grifo no original).

É certo que autorizada doutrina afasta a vigência do Decreto nº

22.393, ao fundamento da revogação por força da Lei nº 7.357/1985:

“A designação do mês, na data da emissão do cheque, antes da edição da Lei n. 7.357/85, deveria ser feita obrigatoriamente por extenso, em virtude do Decreto n. 22.393, de 1933. Após a entrada em vigor da atual Lei do Cheque, esta obrigatoriamente foi revogada. Este, contudo, não é o entendimento de Fran Martins, para quem permanece em pleno vigor o mencionado Decreto de 1933 e, portanto, a obrigatoriedade de lançamento do mês por extenso.” (Fábio Ulhoa Coelho. Manual de direito comercial: direito de empresa. 23ª ed., 2011, p. 310, sem o grifo no original).

A despeito da valiosa opinião doutrinária acima transcrita, ao menos a Resolução nº 1.682/1990 vigora e é aplicável à hipótese, por força do artigo 69 da Lei nº 7.357/1985. É lícito concluir, portanto, que o mês da data da emissão deve ser grafado por extenso, sob pena de o documento não ter valor jurídico de cheque.

No caso concreto, o acórdão proferido pela Colenda 10ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais merece ser prestigiado, porquanto o mês não pode ser grafado em forma numérica, nem fazer referência a número. O nome do mês deve ser grafado por extenso no campo próprio, a fim de que o documento tenha o valor jurídico de cheque. Daí o acerto do julgado sob comento.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

EMENTA

INDENIZAÇÃO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - EMBARGOS DE DEVEDOR - DESCABIMENTO - IMPUGNAÇÃO - PROCEDIMENTO ADEQUADO - RECURSO DESPROVIDO.

A partir da entrada em vigor da Lei 11.232/05, as execuções fundadas em título judicial não poderão ser atacadas por embargos de devedor, mas por impugnação - Cuidando-se de *error in procedendo*, não há que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade.

V.v.: Diante do princípio da fungibilidade recursal, possível o recebimento dos embargos interpostos como impugnação ao cumprimento de sentença.

DISPOSITIVO DO ACÓRDÃO

APELAÇÃO Nº 1.0693.10.009029-1/001 - COMARCA DE TRÊS CORAÇÕES - APELANTE(S): SERAL BRASIL S/A IND METALURGICA - APELADO(A)(S): GF AUTO ATACADO LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO DE PÁDUA

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador VALDEZ LEITE MACHADO, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL, Belo Horizonte, 19 de maio de 2011.

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR ANTÔNIO DE PÁDUA:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Seral Brasil S/A Ind. Metalúrgica, nos autos da Execução de Sentença promovida por GF Auto Atacado Ltda, em curso perante o juízo da 1ª vara cível da Comarca de Três Corações, inconformada com os termos da r. sentença de fls. 36/36-v, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, ao fundamento de que, em se cuidando de execução de sentença, a partir da vigência da Lei 11.232/2005, a defesa do devedor deverá operar-se através de Impugnação e não de Embargos.

Em suas razões recursais, a apelante aduz basicamente que o procedimento por ele adotado é correto, sendo os Embargos de Devedor procedimento adequado para atacar excesso de execução como se evidencia na espécie. Ademais, prossegue, ainda que assim não fosse, deveria o MM. Juiz sentenciante, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas e da celeridade processual, ter, automaticamente, determinado a conversão de tais embargos em impugnação.

Postula a apelante, ao final, o provimento do recurso para o fim de que seja reformada a sentença e recebidos os embargos aforados como impugnação, para, a seguir, julgá-la procedente, com o consequente reconhecimento do excesso de execução.

O recurso foi respondido pela apelada, em cujas contrarrazões de fls. 47/50, bate-se pela confirmação da sentença.

Preparo comprovado à fl.44.

Conheço o recurso, presentes suas condições de admissibilidade. Cuida-se de apelação interposta contra sentença que extinguiu o

processo relativo aos embargos de devedor, ao fundamento de que, em se tratando de cumprimento de sentença, após a edição da Lei 11.232/05, o procedimento adequado para atacar a execução consubstancia-se em Impugnação.

Bem examinada a espécie, tem-se que a sentença não merece reparo.

Com efeito, antes da reforma do Código de Processo Civil, tanto a execução de título judicial como a execução de título extrajudicial eram atacáveis por embargos à execução. Nesse cenário, os embargos tinham efeito suspensivo e era necessário que o executado garantisse o juízo.

O sistema anterior à reforma era especialmente problemático se considerada o retardo que o efeito suspensivo dado aos embargos causava à execução e, principalmente, o cerceamento da defesa do executado, uma vez que era necessário, primeiro, garantir o juízo para, depois, questionar o exequente.

A lei 11.232/05 criou um mecanismo de defesa do executado, cuja utilização será adequada quando se tratar de execução fundada em título executivo judicial. Diferentemente dos embargos do executado, a impugnação é somente um incidente processual da fase executiva de um processo sincrético, não levando a instauração de um processo autônomo, mas, de modo semelhante aos embargos, trata-se de uma oposição do executado contra a execução. A partir da reforma do Código Processual Civil, a sistemática para a execução de títulos judiciais e dos títulos extrajudiciais foi diversificada. O Código prevê que a execução de título judicial deverá ser atacada por meio da impugnação, enquanto que a execução de títulos extrajudiciais deverá ser atacada por embargos à execução. Segundo a lição de Leonardo Greco "...a regra de direito transitório aplicável à nova lei processual é a da sua imediata incidência sobre os processos pendentes, respeitada a eficácia dos atos já praticados. Assim, liquidações ou execuções de sentença ainda não instauradas deverão, a partir de junho de 2006, seguir as novas regras. As que já tiverem em curso, adotá-las-ão a partir desse momento, respeitados os atos anteriores" (Primeiros Comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. Revista do Advogado. p. 111).

Assim, a defesa do executado se dá através de impugnação (art. 475-L e M do CPC), e não através de embargos à execução. Cuida-se de *error in procedendo*, que, por isso mesmo, se mostra suficiente para o indeferimento de plano dos embargos ofertados pela apelante, como, corretamente, se fez na sentença.

À vista do exposto, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pela apelante.

O SR. DESEMBARGADOR ROGÉRIO MEDEIROS:

Estou acompanhando o eminente Relator, aplicando jurisprudência dominante em torno da Lei 11.232/2005.

O SR. DESEMBARGADOR VALDEZ LEITE MACHADO:

Pedindo vênias ao ilustre Desembargador Relator, ousou divergir em parte do entendimento por ele exposto no primeiro recurso, pois com o advento da Lei 11.232/05, a impugnação passou a ser o meio adequado para se opor à execução, e não mais os embargos à execução.

Contudo, diante do princípio da fungibilidade, não vejo qualquer óbice em receber os embargos à execução apresentados como impugnação ao cumprimento de sentença.

Neste sentido, seguem os seguintes julgados:

"APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AJUIZAMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO AO INVÉS DA IMPUGNAÇÃO PREVISTA NO ART. 475-J, §1º, DO CPC. RECEBIMENTO DE UMA PELA OUTRA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. Não obstante, após o advento da Lei 11.232/05, seja a impugnação o meio adequado de se opor a execução, e não mais os embargos, e sem desconsiderar as relevantes diferenças de natureza destes dois meios de resistência, não há qualquer óbice em se receber um pelo outro, aproveitando-se o ato no que for possível, em homenagem ao princípio da fungibilidade. DETERMINARAM O RECEBIMENTO DOS EMBARGOS COMO IMPUGNAÇÃO, DE OFÍCIO, JULGANDO PREJUDICADA A APELAÇÃO". (TJRS, AC n. 70033269382, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 23/06/2010).

"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. INSTRUMENTO EQUIVOCADO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ART. 475-J, §1º, DO CPC. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO PROVIDO". (TJRS, AC n. 70034666784, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz

Renato Alves da Silva, J. 16-09-2010).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a sentença de origem, determinando o recebimento dos embargos como impugnação. Custas ao final.

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

Bernardo Pimentel Souza
Professor do Departamento de Direito

O venerando acórdão proferido pela Colenda 14ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais versou sobre a problemática do acionamento de embargos à execução inadequados, ao invés da impugnação prevista no artigo 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil, via processual idônea à disposição do executado por quantia certa estampada em título executivo judicial.

À vista do artigo 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil, não há dúvida de que a via disponível ao executado em sede de cumprimento de sentença é a impugnação, em quinze dias. Há erro quando o executado aciona os embargos previstos nos artigos 736 e 738 do Código de Processo Civil.

Resta saber se o erro é inescusável. É a vexata quaestio objeto do acórdão sob exame.

Os Eminentíssimos Desembargadores Antônio de Pádua e Rogério Medeiros votaram em prol da interpretação literal do Código de Processo Civil vigente, tendo em vista o disposto na Lei nº 11.232, de 2005. Suas Excelências, portanto, concluíram que houve erro inescusável por parte do executado que acionou embargos no lugar da impugnação.

Em contraposição, o Eminente Desembargador Valdez Leite Machado evocou dois precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para aplicar o princípio da fungibilidade, a fim de receber os embargos à execução como impugnação. Sua Excelência concluiu que houve erro, mas escusável. Daí a justificativa para a prolação do erudito voto-vencido.

Ambas as interpretações são sustentáveis e respeitáveis.

Não obstante, o *caput* do artigo 154 do Código de Processo Civil poderia ter sido aplicado na espécie, em prol da solução constante do voto-vencido.

Com efeito, a despeito do erro cometido por parte do executado, o respectivo ato processual (embargos à execução) poderia ter sido

recebido e processado como se impugnação fosse, até porque ambos os atos estão sujeitos ao mesmo prazo legal, motivo pelo qual não se verificou o óbice da preclusão temporal.

Ademais, o recebimento dos embargos como impugnação também prestigiaria os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, consagrados no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal.

Sob ambos os prismas, portanto, a solução mais adequada para a espécie vertente parece constar do voto-vencido proferido pelo Eminente Desembargador Valdez Leite Machado, ainda que muito respeitáveis os votos-vencedores que fundamentaram o venerando acórdão.