



JUSTITIA

NESTA EDIÇÃO

Douglas Camarinha Gonzales
Ênio Santarelli Zuliani
Eros Roberto Grau
Fábio Konder Comparato

Leonardo Netto Parentoni
Marisa Ferreira dos Santos
Patrícia Aurélia Del Nero
Paula Andrea Forgioni



ESCOLA DE
MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA
FEDERAL DA
3ª REGIÃO

REVISTA ACADÊMICA DA ESCOLA DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO **- EMAG -**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Número 1 - junho - agosto de 2009



EMAG

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA DE MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA FEDERAL - 3ª REGIÃO

SUMÁRIO

- 7 APONTAMENTOS SOBRE A *COMMON LAW*
E O SISTEMA ROMANÍSTICO EM FACE DAS
SÚMULAS VINCULANTES
DOUGLAS CAMARINHA GONZALES
- 25 ALIMENTOS
ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
- 60 ATUALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
(ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO)
EROS ROBERTO GRAU
- 76 CONSTITUIÇÃO E SOBERANIA:
O CASO BRASILEIRO
FÁBIO KONDER COMPARATO
- 94 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA
COLETA, GESTÃO E ARMAZENAMENTO
DE DADOS DE OUTREM
LEONARDO NETTO PARENTONI
- 149 A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR
PÚBLICO - APOSENTADORIAS
VOLUNTÁRIAS E PENSÕES
MARISA FERREIRA DOS SANTOS
- 167 A PROTEÇÃO DA BIOTECNOLOGIA
E A COMPOSIÇÃO JUDICIAL
DOS CONFLITOS: OS DESAFIOS DA
JUSTIÇA FEDERAL E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PATRÍCIA AURÉLIA DEL NERO
- 212 ACESSO AO CONHECIMENTO: QUE DIREITO
NOS RESERVA O FUTURO?
PAULA A. FORGIONI

NÚMERO
1

REVISTA ACADÊMICA

ANO I, Nº 1, JUNHO - AGOSTO DE 2009

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Federal Newton De Lucca
Diretor da Escola de Magistrados

Desembargador Federal Cotrim Guimarães
Vice-Diretor da Escola de Magistrados

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida
Diretora Acadêmica da Escola de Magistrados

Desembargadora Federal Marisa Santos
Diretora-Suplente da Escola de Magistrados

EQUIPE DE EDITORAÇÃO

Ricardo Ângelo Canale
Assessor

Nelson Cristini Júnior
Diretor de Subsecretaria da Escola de Magistrados

Júlia Aneiros Gené
Diretora da Divisão de Relações Públicas e Publicações Acadêmicas

Clarice Michielan
Jornalista Responsável - MTb 23710

Maria Fernanda Leis
Auxiliar de Redação

João Rodrigues de Jesus
Nilton Tadeu Alonso
Revisão

Maria José Lopes Leite
Wladimir Wagner Rodrigues
Arte e diagramação

As opiniões expressas pelos autores não refletem, necessariamente, o pensamento da Escola de Magistrados da Justiça Federal - 3ª Região

www.trf3.jus.br/emag

E-mail: emag@trf3.jus.br

Telefones: (011) 3012-2050 e 3012-2051 - Fax: (011) 3012-2050

Esta revista não é comercializada.

Avenida Paulista, 1912 - 3º andar
Edifício Funcef Center
01310-924 - São Paulo - SP

APOIO CULTURAL

Faculdades COC - Ribeirão Preto/SP

Apontamentos sobre a *Common Law* e o Sistema Romanístico em face das Súmulas Vinculantes

Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do Direito sob a perspectiva da *Common Law* e do Sistema Romanístico

DOUGLAS CAMARINHA GONZALES

*Juiz Federal em São Paulo
Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de
São Paulo*

SUMÁRIO

I. Introdução; II. A origem da Common Law e sua principais características; III. Peculiaridades do Direito Administrativo na Common Law; V. A Súmula Vinculante e as proximidades a Common Law; VI. O Conclusões.

I) Introdução

Nesse ensaio jurídico procuraremos de modo conciso expor as principais distinções e semelhanças do Direito sob a prisma da *common law* e do sistema romanístico, bem como pincelar alguns institutos de direito de ambos sistemas; averiguar sua aplicabilidade,

eficiência e fundamentos num e noutra sistema para efeito de ilustrar a comparação crítica entre esses. O estudo busca ainda instigar a crítica do próprio operador do direito sobre sua consciência jurídica inerentemente erigida em um desses sistemas, bem como questionar sua aplicabilidade pragmática na busca de sua realização funcional, a distribuição da justiça na busca pelo bem comum.

Como se sabe, o direito é fenômeno histórico-político e normativo, é criação da experiência em sociedade, cujas linhas são delimitadas pela filosofia do momento cultural, de forma que sua evolução é pautada pelas inovações culturais, políticas e filosóficas da sociedade. Assim, tem-se como imperativa para o estudioso do direito a análise dos demais institutos e de outros sistemas jurídicos para melhor entender seu próprio direito, seu contexto e suas limitações; para assim aprimorá-los; bem como averiguar as conexões de aplicabilidade de um e de outro sistema, rumo a eventual integração regional ou mesmo a conexão de esforços entre as nações para a consecução de objetivos comuns.

Tal raciocínio é sintetizado numa metáfora utilizada de Jean Rivero, de tanto estudar apenas o direito nacional, o Jurista acaba tornando-se preso do próprio direito, assim como, as árvores lhe escondem a floresta. Graças à comparação, o Jurista voltará a enxergar as linhas essenciais do sistema com colorido ainda não notado¹.

Visualiza-se, pois, que a evolução do direito é fundada na crítica do seu aplicador, eis que somente através do questionamento das instituições na busca de sua melhor aplicabilidade ter-se-á evolução real da ciência jurídica, permeada pela abordagem inteligente de seus operadores nas diferentes searas do saber humano, seja na análise normativa, sociológica, filosófica e política. E nesse quadro, o método do Direito Comparado é ferramenta de utilidade ímpar, pois, aponta desdobramentos não imaginados pela corriqueira aplicação do Direito Nacional.

O estudo em voga tem especial importância primeiramente em razão do aumento expressivo do intercâmbio internacional, impedido pela integração exponencial das demandas econômicas do mun-

1 RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*, tradução J. Cretella Jr, 2ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

do já globalizado, cujas conexões jurídicas faz-se sentir em todos os campos do saber humano e de suas relações sociais. Destaca-se nesse contexto o papel de integração social dos tratados e convenções firmados no âmbito internacional.

Deveras, os anos que inauguram o novo milênio apontam para novas perspectivas mundiais sociais, econômicas e políticas dinamizadas, sobretudo pela nova dimensão geopolítica e econômica. Esse fenômeno propulsiona a integração regional e comunitária entre as Nações, vivido entre nós pela instituição ainda incipiente do MERCOSUL, da ALCA, e da Comunidade Européia, entre outras e consequentemente o estudo comparativo de seus direitos.

Tais circunstâncias endossam a interação do estudo e a interpretação do Direito Comparado na sua particularidade do Direito Administrativo, cuja viés é justamente o desenvolvimento das administrações internacionais e, *ipso facto*, de um direito administrativo internacional, seja para regê-las (regime jurídico dos funcionários internacionais), seja para reger as relações que mantêm com os seus administrados.

Passamos, pois, a examinar a interpretação dessa especial seara do direito, partindo da premissa interpretativa de que a rigor a interpretação só ganha legitimidade real quando colocada em relação com problemas jurídicos concretos, atrelado a filosofia de Yhering de que o direito é a sua realização prática. Segue daí que somente na aplicação aos fatos da vida e na concretização revelar-se-á por completo o conteúdo significativo de uma norma, e sua função social de reger situações concretas. Por essa razão, procuraremos expor a interação dos institutos jurídicos estrangeiros em comparação com o nosso direito, sem perder de vista a ótica peculiar do seu regime tal como aplicado pelo seu país.

II) A Origem da *Common Law* e suas principais características

A origem da *common law* finca-se na sua gênese histórica, advinda do intercâmbio cultural e comercial entre os normandos, os anglo-saxões e os bárbaros na região da Inglaterra, a partir da retirada dos romanos da ilha britânica por força da invasão bárbara no

Império Romano, por volta de 1066.

Relevante notar que a doutrina aponta que o Direito Romano pouco influenciou o direito inglês, pois a retirada romana foi substituída pela difusão dos costumes bárbaros e a organização social, política e econômica peculiar que se instaurou na Inglaterra nos anos seguintes. Essa interação é marcante e particularmente autônoma em comparação ao Direito Europeu Continental, pois o jurista inglês orgulha-se² de valorizar o caráter tradicional de seu direito, que surge como produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução – pois ausente o marco da codificação na *Common law* - orgulha-se desta circunstância e da capacidade de adaptação do seu direito.

Sua peculiaridade advém de sua formação calcada na aplicação prática de suas contenções, cuja fonte primordial é o costume local. Sua aplicação deve-se, sobretudo, por força das decisões dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente conhecidos como Tribunais de Westminster, pelo júri popular, bem como pela Assembléia dos homens livres, chamada *County Court*.

A influência histórica marcou profundamente o direito inglês, e ainda hoje influencia sua aplicação, consoante enfatiza René David em quatro aspectos: a) marcante ênfase do direito processual, cuja origem advém das formas de petições dirigidas aos Tribunais Reais que conheciam somente determinadas matérias e daí a divisão dos *writs* em tais e quais pedidos, de forma que os juristas apontam a prevalência da importância do processo sobre o direito material, na expressão *remedies precede rights*, pois os Tribunais de Justiça Reais só conheciam a competência de determinadas ações judiciais; b) consequência inerente ao fenômeno retro, fora a elaboração de numerosas categorias que serviram de base para diferentes conceitos do direito inglês; c) a rejeição entre o direito público e privado; d) a rejeição das categorias e conceitos do direito romano³.

Deveras, a influência da realeza influenciou e até restringiu o conhecimento e evolução de muitas matérias do direito inglês, de forma que René David é contundente na crítica da *common law* do

2 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho, 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 356-357.

3 *Obra, cit.* item 2, pp. 364-365.

século XV ao observar sua funcionalidade e não considerá-la como um sistema que visa primária e diretamente realizar justiça, mas sim admitir a contenciosidade entre as partes, como um duelo; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios. Parafraseia, ainda, Sir Henry Maine segundo o qual o direito inglês aparece como tendo sido segregado nos interstícios do processo.

Nota-se, pois, que a historicidade, o processualismo/formalismo e o pragmatismo são as características marcantes na *common law*, tanto porque o estudo universitário já é focado na prática e no estudo de precedentes das Cortes de Justiça.

Ínsito a historicidade do direito inglês, é relevante considerar a influência real na sua concepção, quer em razão da metodologia formalista dos Tribunais Reais, quer em razão da possibilidade de último recurso ao próprio rei, donde surgiu e cresceu o papel da *equity*. Essa surgida da construção jurisprudencial do Chanceler, que apreciava a jurisdição do Rei, de sorte que temperou os julgamentos formais dos Tribunais de Westminster, com juízos de equidade e justiça material às partes. A plena interação entre as duas Cortes só adveio com a Reforma Judiciária efetivada em 1873-1875 pelos *Judicatures Actes*, onde se deliberou que todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência de aplicar as regras da *common law* e da *equity* (e não a fusão entre essas); a reforma ainda procurou estabelecer regras uniformes ao direito inglês, bem como abriu às portas ao direito comercial, através da *Lex Mercatoria*, já consolidada poucos anos antes pela prática da *common law*.

A principal distinção do direito da família da *common law* perante a família do direito romano-germânica reside em termos pragmáticos em três níveis: i) na estrutura de concepção do direito; ii) nas suas fontes; iii) nos seus conceitos paradigmáticos.

Nota-se daí a tamanha disparidade entre as duas famílias do direito, cuja complexidade remonta a sua origem. Tamanha distinção implica num direito expressivamente diferenciado e estranho aos juristas romano-germânicos, cuja comunicação é desafiante, inclusive aos próprios dicionários jurídicos. Partimos, pois, para sua análise quanto aos conceitos paradigmáticos.

Os conceitos paradigmáticos do direito são tidos como conceitos chaves do direito, próprios de sua principiologia, ora derivados do direito, ora derivado da evolução doutrinária, como a autonomia da vontade, o dolo, a culpa, o poder paternal, o usufruto, a força maior, a taxatividade dos direitos reais, entre outros. Já o direito inglês, por sua vez, não trabalha com esses conceitos; pelo contrário, trabalha com conceitos novos, como *trust*, *bailment*, *stoppel*, *consideration*, *trespass* – absolutamente distintas do nosso direito, em razão da origem e evolução distinta dos direitos da família da *common law* e o romano-germânico. Contudo, tangencia o presente ensaio expor os conceitos peculiares do direito inglês, mas sim expor suas características essenciais.

Por sua vez, a estrutura do *common law* remonta a sua própria origem de direito baseado no costume e na dicção das decisões da Corte de Justiça, baseado no precedente judiciário. Doutrina assim Cretella Junior, que antes de decidir, o magistrado inglês procura a solução jurídica das espécies que lhe são submetidas, concentrando-se no estudo e na combinação dos precedentes judiciários, sem que a lei lhe permita discutir a legitimidade ou fundamento real de tais precedentes, de indagar mesmo se se trata ou não de expressão de costumes imemoriais⁴.

Nesse passo, resta expressiva distinção na concepção da regra de direito e da *legal rule*, sua distinção remonta às fontes de direito de um sistema e de outro, bem como da estrutura de concepção e repercussão da norma jurídica pelo sistema romanístico de um lado e da *common law* de outro. Esse último tem suas bases fincadas essencialmente na jurisprudência; suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais ingleses, e os chamados *leading cases*, de forma que a *legal rule* inglesa ensina René David, coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinal; os ingleses são bastante avessos a uma tal transformação e apenas adotam, verdadeiramente, em particular as regras formuladas pelo legislador, por menor

4 CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*, 3ª. Ed, Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 29.

que seja a interpretação que elas exijam, quando forem efetivamente interpretadas pela jurisprudência.

Arremata, assim, o jurista francês a respeito da estrutura de concepção da *legal rule* na *common law* onde:

“as aplicações jurisprudenciais tomam então o lugar, no sistema inglês das disposições que o legislador editou.

Muito diferente é, como se sabe, a situação nos direitos do continente europeu: direitos que não se tecem a partir de decisões de jurisprudência, mas cujos princípios foram elaborados pela doutrina, nas universidades, sistematizando e modernizando os dados do direito Justiniano. A regra do direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem todos os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada. A regra do direito continental, mais ligada à teleologia moral do que ao processo, é uma regra, evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio particular. As duas regras, visando pela sua origem uma finalidade diferente, não podem ter o mesmo nível de generalidade; a regra de direito francês é inevitavelmente mais abrangente do que a regra inglesa. A tradução de legal rule por regra de direito corresponde, nestas condições, a uma aproximação bastante grosseira; deforma nos nossos espíritos a verdadeira concepção da legal rule inglesa.

De outra banda, o direito da família romano-germânica adota sistemas de normas, organizadas metódica e coerentemente sob o objetivo de resolver o prévio regramento de toda e qualquer espécie de questões de relevância jurídica – eis o intuito originário do Código Napoleônico. Caracteriza-se, assim, como um “sistema fechado”, pois todas querelas jurídicas podem, ao menos em tese, ser resolvidas pela

interpretação da normativa vigente. Já o direito inglês é, pelo contrário, um “sistema aberto”, pois suas engrenagens requerem a comparação às *legal rules* já estabelecidas ao novo comportamento em estudo para firmar essa nova *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada à espécie. O método é sempre o mesmo e busca solucionar todos os litígios, contudo a regra não é pré-estabelecida como no direito da família romano-germânica, daí sua qualificação de “sistema aberto”. Certamente que as regras das *legal rules* anteriores são levadas em consideração, contudo, baseia-se na busca do contexto apresentado, considerando suas peculiaridades. A função do juiz no direito inglês é de administrar a justiça. Não é sua função formular, em termos gerais, regras que ultrapassem o litígio sob julgamento.

Nítida, portanto, a generalidade na concepção normativa do direito da família romano-germânica. Pois a abstração da regra norma busca reger a maior variedade de comportamentos correlatos. Já no direito inglês, a regra é apenas uma diretiva ao julgador, de sorte que as casuísticas dos litígios, em sintonia com os precedentes judiciais, darão a resposta particular e definitiva a querela jurídica.

Para o direito inglês a regra contida no bojo da lei não é suficiente para gerar a *legal rule*, pois só a partir das reiteradas decisões normativas ter-se-á a *legal rule*, eis que essa é imbuída de conceitos fáticos – deveras, as regras do direito inglês são indissociáveis dos elementos da espécie, os únicos que permitem compreender o seu real alcance, tanto porque a *legal rule* não é tida como um preceito genérico de fórmula legal. Daí vale o exemplo, segundo o qual eventual norma que veda o subsídio aos produtos de mercado para exportação, não é tida para o jurista inglês como verdadeira regra de direito, mas uma diretiva ainda vaga. Só se terá a *legal rule* após o pronunciamento das Cortes à luz dos casos concretos, eis que advinda dos fatos pormenorizados ao direito.

Assim, propícia é a crítica dos ingleses quanto ao direito continental escrito, nas palavras de James Hart⁵:

5 Apud. ADAMS, John Clarke. *El Derecho Administrativo NorteAmericano*. Editora Universitária de Buenos Aires, traduzido ao espanhol por Dionísio Petriella, pp. 15-16

“(...) When constitutional or other judge-made law is hardened into a statutory rule, it may acquire a rigidity which makes it impossible for agencies and the courts to take care of what would otherwise be obvious exceptions. Of course the Act itself often take care of needed flexibility, as best it can, by anticipation. But when a statute is being drafted, it is never possible to anticipate all the situations that may arise”.

Segue tradução livre de nossa parte quanto ao trecho supra: *Quando o direito constitucional ou qualquer outro direito é fixado em uma norma legislativa, pode adquirir uma rigidez que prive a Administração e os Tribunais de reconhecer eventuais exceções a tais preceitos legislativos. Deveras, a própria lei poderá estabelecer tais e quais exceções ao seu preceito legal, por antecipação. Contudo, por antecipação nunca é possível antever todas as hipóteses que a norma poderá ser aplicada e mesmo excepcionada.*

A crítica advinda da *common law* ao direito de família romano-germânica é compreendido na medida em que o primeiro não trabalha primariamente com o preceito legal generalizado, mas sim com a *legal rule*, construída essencialmente pelos fatos, então julgados pela Cortes Inglesas, sobretudo os Tribunais Superiores, eis que aqui o comando legal é aplicado à luz das decisões judiciais, de forma que a análise de flexibilidade da lei é muito maior, pois circunscrito por embasamento fáticos, permeados pela razão da decisão. Enfim, a crítica supra será melhor compreendida após a análise das fontes do *common law*.

Tamanha a inerência fática do que se entende por *legal rule* que o direito inglês tem sofrido expressivo desafio para a modernidade dos comandos legislativos, próprios de nossos códigos, sobretudo para firmar na sociedade inglesa regras supletivas, pois essa última trabalha com a idéia de casos-tipo, mas com precedentes jurisprudenciais.

Como se vê, a fonte primordial do direito inglês é a jurisprudência ou *case law*. A função da jurisprudência não se limita no *common law* a aplicar o direito, mas a de destacar as regras do direito; sua importância no direito inglês é equivalente ao da lei no direito

de família romano-germânica, eis que constitui norma jurídica primária. É o alicerce do sistema jurídico da *common law*, pois a estrutura do sistema Judiciário inglês firma a hierarquia de suas decisões, ditadas apenas pelos Tribunais Superiores, na seguinte ordem: a) as decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, orientação a ser seguida por todas as jurisdições, salvo excepcionalmente por ela própria; b) os arestos da *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; c) já as decisões da *High Court of Appeal* não são rigorosamente obrigatórias, mas têm grande valor de repercussão para o restante da Magistratura inglesa.

A própria referência ao direito na *common law* destaca a preponderância da jurisprudência nesse sistema jurídico, uma vez que se utiliza a referência ao julgado e não a lei propriamente dita, como ilustra o célebre caso *Marbury v. Madison* – geralmente cita-se primeiramente o autor em seguida do réu; já no caso de apelações, cita-se primeiramente o apelante e depois o apelado.

Ainda quanto as fontes, imperativo observar que a lei desempenha sob a ótica clássica papel secundário no regramento da *common law*, tanto porque não há Constituição escrita na Inglaterra. Assim, tradicionalmente a lei servia uma série de *errata* e de *adenda* no corpo principal do direito inglês, de forma que apenas retifica e acrescenta adjunções aos princípios.

Contudo, as demandas atuais do final do século XX e XXI aspiram maior intervenção estatal em alguns pontos da economia e da própria sociedade, o que realçou maior importância à lei para ditar comandos normativos à sociedade inglesa. Eis que a lei sintetiza a política legislativa estatal de forma mais produtora e eficaz que assume importância fundamental nos dias de hoje, situação que traz maior relevo a lei como fonte de direito na *common law*, em patamar próximo da jurisprudência.

Contudo, o apego a tradição e ao modelo jurisprudencial que dita a *legal rule* dificulta a rápida resposta do Estado aos anseios dos tempos modernos em comparação a remodelagem legal dos códigos frente ao sistema romano-germânico.

O costume, por sua vez, ao contrário do que se imagina desempenha papel secundário atualmente na *common law*, sequer comparável as duas fontes jurídicas supra apontadas. René David é categórico ao pontuar que o direito inglês não é um direito consuetudinário. A *common law* pode retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *Common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituiu o direito da época anglo-saxônica, fundado sobre o costume⁶.

Deveras, a doutrina e a razão vêm desempenhando papel cada vez mais relevante na *common law*, verdadeiras diretrizes na formulação casuística da *legal rule*. Deveras, na medida em que regras mais precisas não foram estabelecidas, de modo a dar mais certeza às relações sociais, a razão continua a ser a fonte inesgotável, à qual os tribunais recorrerão, tanto para preencher as lacunas do sistema do direito inglês como para guiar a evolução deste sistema⁷. Destaca-se a razão, e nesse particular abrange a doutrina e a simbiose da Magistratura com a Advocacia, pois a *legal rule* é trabalhada sob o aspecto casuístico que requer o uso da técnica das distinções, ora para atrelar o julgamento a precedente, ora para estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, de sorte que a razão é diretriz e válvula interpretativa do sistema da *common law*, francamente reconhecida como fonte subsidiária do direito.

Justamente pela aplicação casuística da *common law* e da própria razão denomina-se esse sistema jurídico como aberto, ao passo que o sistema romano-germânico de fechado, eis que aqui as regras de comportamento são preestabelecidas na generalização das normas positivadas pelos Códigos e a razão interage justamente na interpretação e aplicação da norma ao caso concreto, ao passo que as lacunas são exceções.

III) Peculiaridades do Direito Administrativo na *Common Law*

A criação e aplicação do direito administrativo na *common law* é intensamente moldado pelas origens, concepção e caracterís-

6 Ob. citada item 2, pp. 437-439.

7 Ob. citada item 2, pp. 439.

ticas desse sistema jurídico peculiar nascido na Inglaterra a partir da retirada dos romanos da ilha britânica por volta de 1066. Por força da tradição britânica, o direito administrativo inglês amparou-se sobre as estrutura e a potestade da Coroa, mas seguiu a tradição das fontes e da aplicação própria da *Common law* dos demais ramos do Direito, tanto que muito se discutiu na doutrina se há de fato um direito administrativo inglês?

José Cretella Júnior responde a pergunta já sob a advertência de que o maior equívoco dos antigos juristas ingleses era partir do entendimento de que os franceses tinham e têm da disciplina⁸. Tanto porque o estudo do direito comparado tem como premissa levar em consideração as peculiaridades de cada sistema, sua historicidade e ideologia. Enfim, a concepção de direito administrativo não é tida como universal e diverge de país para país.

Assim, diante da concepção estritamente francesa do direito administrativo, a qual o nosso direito é largamente concebido, não se verá existência em paridade com o direito inglês. Contudo, a resposta é afirmativa, se o doutrinador, de modo objetivo, observar que a Administração inglesa está sujeita a princípios e normas que não se confundem, cem por cento, com as que informam o direito comum, mas, ao contrário são normas de direito público⁹.

Charles Debbasch conclui que na concepção anglo-saxônica, a Administração é submetida, como os particulares, ao sistema do *common law*. Só o legislador e o juiz exercem, a título originário, as prerrogativas de potestade pública. A administração deve cumprir sua missão com as mesmas armas jurídicas que os particulares. A sujeição da Administração a regras aplicáveis às pessoas privadas é mais conforme ao liberalismo, oferecendo garantias de que a Administração não disporá de privilégios exorbitantes. Oferece também a vantagem de grande simplicidade: todos os sujeitos de direito são submetidos aos mesmos tribunais.

Deveras, há expressivas distinções entre o direito administrativo anglo-saxão e o francês, paradigma da família romano-ger-

8 CRETELLA Júnior, J. *Direito Administrativo Comparado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, pp. 22-24.

9 *Ob. citada* item supra, pp. 23-25.

mância. Primeiramente, o direito da *common law* trabalha sob a parêmia *una lex, una jurisdictio*, ou seja, vige a unidade da jurisdição. Na Inglaterra, a jurisdição ordinária é a única na existente qualquer que seja a natureza do litígio, ao passo que no direito francês e brasileiro temos a dualidade de jurisdição, administrativa e judicial.

O regime administrativo próprio que conhecemos, baseado no caráter derogatório e exorbitante do direito comum, informado por princípios publicísticos não impera na *common law*, pois no âmbito executivo essa é na maior parte dos casos equiparada ao regime comum, quanto aos processos, contratos e nos próprios atos.

Não vige a auto-executoriedade nos atos administrativos, pois no direito anglo-saxão o Estado está submetido ao juiz nas mesmas condições que os cidadãos, e, como estes, deve, para concretizar seus direitos, dirigir-se primeiramente aos tribunais, pontua Laubadère¹⁰. Contudo, certamente os parâmetros de ação do Executivo são outros, e tem se assistido nos últimos anos, crescente derogação do direito comum em prol da Administração no âmbito da *common law*.

Já a responsabilidade administrativa na *common law* fora conduzida por longos séculos pela teoria *The King can do no wrong* (o Rei não comete erros) que consagrava a irresponsabilidade do Estado, extensível ainda a agente públicos superiores. Essa situação só se reverteu com o Crown Proceedings Act, de 1947, quando se aboliu essa vetusta teoria feudal, ao proclamar a submissão da Coroa a mesma responsabilidade nos mesmos moldes de um particular por atos de seus prepostos.

Por sua vez, o regime do funcionário público no direito anglo-saxão é o mesmo dos empregos privados. Observa, ainda, John Clark Adams, o funcionário do Governo americano não goza sequer da proteção outorgada pelos sindicatos aos trabalhadores.

Enfim, as relações da Administração Pública com os particulares na *common law* é travada no âmbito horizontal, isto é, no mesmo plano que os particulares, mas com particularidades peculiares ao próprio sistema.

10 Apud, CRETELLA JUNIOR, J. *Direito Administrativo Comparado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, pp. 40.

IV) As Súmulas Vinculantes e Aproximação a *Common Law*

Entende-se por súmula, a cristalização positiva de um posicionamento consolidado na jurisprudência, de forma a ditar em categoria normativa o posicionamento dos Tribunais sobre o assunto. Estabelece-se, assim, uma orientação jurídica de caráter precedente.

Kelsen observa que uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de norma geral¹¹.

Essa competência legislativa extraordinária foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal por força da EC nº 45, nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

11

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. 2ª edição. São Paulo : Martins Fontes, 1987, pp. 267-269.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A Lei 11.417/2006 regulamentou o dispositivo supra e reitera em grande medida os mesmos preceitos.

Verifica-se, pois, uma simbiose aos institutos próprios da *common law*, em prol da otimização do direito nacional e, assim, restringir recursos de massa ao Supremo Tribunal Federal. Sua plasticidade de revogação ou aprimoramento traz válvula de equilíbrio ao desenvolvimento do direito, em sintonia com a sociedade.

Nos dizeres do Ministro Sepúlveda Pertence, em pronunciamento perante a Câmara dos Deputados¹²:

É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem.

O precedente vinculante nos EUA e as súmulas vinculantes brasileiras foram tratados recentemente em palestra no Tribunal Regional Federal da 3ª Região proferida pelo Professor norte-americano Charles Cole da Samford University. Pontuou de início que nos EUA 95% dos casos jurisprudenciais federais são resolvidos pela súmula vinculante (*Binding Precedent*), sem a necessidade de *trial* (novo

12 MENDES, Gilmar Ferreira (coord); COELHO, Inocêncio M. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 917.

juízo). Asseverou expressiva semelhança entre esse novo instituto jurídico brasileiro e o norte-americano, pois criado diante de reiteradas decisões jurídicas sobre os mesmos fatos, apenas pelas Cortes e revisada pelos próprios Tribunais criadores. Salientou que nos EUA, as súmulas vinculantes também são criadas pelas Corte de Justiça Estadual, mas restrita ao direito estadual. Contudo, sua criação diferentemente da nossa é automática e baseada no julgamento por maioria simples. Já no Brasil, exige-se aprovação expressa e facultativa da súmula vinculante, cuja aprovação requer dois terços dos Ministros do STF, cuja matéria tenha vínculo com o direito constitucional. Já a sua aplicação em ambos países é efetivada por todos os juízes.

A estrutura de aplicação da *common law* para definição da *legal rule* é a mesma para a aplicação da súmula vinculante; o jurista deve justamente averiguar as mesmas circunstâncias fáticas relevantes do caso ora *sub judice* e a própria súmula relevante. Em suma, os limites objetivos da súmula vinculante são dados pelo enunciado que resulta de sua formulação, certamente baseado nos fatos base do julgamento em questão. Assim, se deve averiguar as situações fáticas de um e de outro para sedimentar segurança na sua aplicação.

Tanto na *common law* como no direito brasileiro, a súmula vinculante é instrumento que aprimora a segurança jurídica do sistema. Sua eficácia é imediata e definitiva para toda a Justiça e Administração Pública, sua imposição pode ser efetivada pelo *writ* da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÕES

O estudo do direito comparado é elucidativo para o próprio direito nacional, porque abre os olhos e a mente do jurista, ao analisar em termos macro o seu próprio sistema em comparação aos demais direitos. O estudo comparativo confere a oportunidade do conhecimento de novos institutos jurídicos e de outros fundamentos de resolução de conflitos em prol da própria sociedade e do pragmatismo funcional do direito. A *common law* é um sistema jurídico criado inicialmente nos costumes vigentes na Inglaterra, e nos julgados dos Tribunais da Corte. Atualmente a *common law* é essencialmente a síntese dos julgados dos Tribunais, baseados tanto na *equity* como na

própria *legal rule* que só é reconhecida como tal, diante da aplicação concreta e casuística de premissas fáticas para reger determinada situação objeto de julgamento. Cuida-se de um direito essencialmente histórico, processual, formal e jurisprudencial, imanentemente ligado aos fatos. Diferentemente dos direitos da família romano germânica, não sofreu influência do direito romano, nem tampouco do fenômeno da codificação. Diante da sua aplicação aos fatos em concreto, sua concepção de sistema é tida como aberta e prospectiva, eis que ao juiz incumbe resolver a lide, frente aos fatos concretos do caso e da jurisprudência que reina sobre o assunto – essência da *legal rule*. O direito administrativo inglês é até pouco tempo sumariamente negado por autores de peso, especialmente por Dicey. Trabalha-se com a unidade de jurisdição sob a parêmia *una lex, una jurisdictio*, próprio da *common law*. Não vige a auto-executoriedade nos atos administrativos, bem como não se conhece autêntica derrogação do direito comum, pois vige nesse sistema a regra da horizontalidade entre Administração Pública e particular. Contudo, ultimamente em sintonia com as modernas intervenções do Estado na economia, tem-se assistido algumas derrogações da órbita comum do direito, em prol da Administração Pública. A súmula vinculante ora incorporada ao nosso direito, por força da EC 45, é instituto próprio e básico da *common law*, pois trabalha com raciocínio e estrutura de julgamento desse sistema de direito. Representa eficiente comando de respeito e hierarquia para a solução de polêmicas jurisprudenciais, instrumento que serve a eficiência jurídica e a otimização dos julgados.

REFERÊNCIAS:

ADAMS, John Clarke. *El Derecho Administrativo Norte-Americano*. Editora Universitária de Buenos Aires, traduzido ao espanhol por Dionísio Petriella.

ARAPUJO, Edmir Netto, de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Legalidade - Discricionariedade - Seus Limites e Controle". *Revista de Direito Público* no. 86, 1988.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Malheiros : São Paulo, 1994.

BETTI Emílio. *La interpretación da la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Direito privado, 1975.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5 ed. Brasília: UnB, 1994.

CRETELLA Júnior, J. *Direito Administrativo Comparado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

CANOTILHO J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho, 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira (coord); COELHO, Inocêncio M. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 2007.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 7 ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*, tradução J. Cretella Jr. 2ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.1968.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed., rev. e at., São.Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Sítios da internet consultados:

www.stf.jus.br – Supremo Tribunal Federal

www.justicafederal.jus.br – Conselho da Justiça Federal

www.trf3.jus.br – Tribunal Regional Federal da Terceira Região (Escola de Magistrados)

www.presidencia.gov.br – Presidência da República

Alimentos¹

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Civil das Faculdades COC e do Programa de Educação Continuada e Especializada em Direito GVlaw.

SUMÁRIO

1. Introdução: conceito e espécies. 2. Renúncia [artigo 1707, do CC]. 3. Transmissibilidade. 4. Alimentos ao nascituro. 5. Cessação do dever de prestar alimentos por comportamento indigno do alimentado. 6. Alimentos que são pleiteados dos avós. 7. Alimentos e o dever de prestar contas. 8. A tutela antecipada aos alimentos provisórios na investiga o de paternidade. Referências bibliográficas.

1. Introdu o: conceito e espécies.

ADRIANO DE CUPIS afirmou que direito alimentar serve para conserva o da vida². A Constitui o Federal fez constar do ar-

1 Artigo escrito em homenagem ao Desembargador MOURA BITTENCOURT. Aceitei o convite de participar do grupo de estudos em homenagem ao centenário de nascimento do jurista mencionado, por dois motivos. Pela oportunidade de confessar minha admira o ao jurista e homem que honrou as tradi es do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sua biografia constitui um exemplo a ser seguido e, para prestar-lhe um agradecimento, ainda que póstumo: na noite que antecedeu ao primeiro exame escrito do 143  Concurso de Ingresso na Magistratura de São Paulo (1.10.1977), procurei algo para ler e, assim, dominar minha ansiedade. Escolhi o livro *Alimentos* de autoria de Edgar de Moura Bittencourt. Li-o até adormecer e, no dia seguinte, senti-me afortunado ao deparar com o tema "Alimentos", escolhido pela Comissão do Concurso para a disserta o de Direito Civil. Fui aprovado. Devo-lhe essa, Desembargador Moura Bittencourt!

2 *Os direitos da personalidade*, p. 67

tigo 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Soa ilógica a regulamentação jurídica para que, entre parentes ou consortes, seja prestada assistência material aos indigentes incapazes de obterem a autonomia financeira, porque o ideal seria que essa obrigação fosse cumprida espontaneamente, por estímulo da solidariedade e da fraternidade entre os homens. No entanto, por insensibilidade ou sovinice daqueles que são provedores por decisão do destino, a lei se viu obrigada a impor regras, inclusive sancionar o devedor que não paga, com prisão civil [artigo 5º, LXVII, da CF e artigo 733, § 1º, do CPC], a fim de evitar que se concretize a degradação moral da miséria humana. O prestar alimentos, sinal concreto do amor, transforma-se, em milhares de famílias, no salva-vidas disputado na Justiça.

Na linguagem jurídica, há um conceito próprio de alimentos o qual não informa, obviamente, algo comestível que se consome para acalmar a fome e fortalecer o organismo para os momentos seguintes. A expressão alimentos, na literatura forense, consiste num universo de valores que qualificam uma prestação entre credor e devedor, cifrando uma total necessidade de provisão humana, a qual se encaixa no âmbito da possibilidade econômica do prestador [artigo 1694, § 1º, do Código Civil]. Na clássica definição de EDGAR DE MOURA BITTENCOURT³, seria “relação que obriga uma pessoa a prestar à outra o necessário para sua manutenção e, quando o credor for menor, também o necessário para sua criação e educação. Tanto pode consistir em pensão pecuniária como em espécie, mediante o fornecimento de hospedagem e sustento”.

A causa da obrigação alimentar está centrada na necessidade do credor. Por isso se diz que os alimentos são classificáveis pela destinação, de modo que, se forem concedidos para que o alimentado mantenha o padrão de vida que desfrutava [*civis ou congruos*], o valor deverá ser suficiente para atender às despesas gerais [alimentação, vestuário, saúde, educação e até lazer razoável] e será arbitrado de acordo com o artigo 1694, § 1º, do CC. Ao contrário desses, os alimentos *naturais ou necessários* são destinados com

restrições, notadamente em relação ao comportamento de culpa ou de indignidade e, embora destinados a compor tudo aquilo que for indispensável para a subsistência do alimentado, serão amoedados com parcimônia, para que não ultrapassem o indispensável [artigos 1694, § 2º e 1704, § único, do CC].

Essa distinção é importante para que o juiz possa definir, com critério adequado, o valor da verba que se manda pagar para que o alimentado não pereça pelo infortúnio da rígida penúria que o acomete e que sempre se agrava pela impossibilidade de conseguir, pelo seu esforço e trabalho, a autonomia econômica. Os desafios nesse setor não são poucos e multiplicam-se pelo leviano proceder dos alimentantes ao fazerem a demonstração de sua capacidade patrimonial, dificultando, com as mais mirabolantes estratégias, a descoberta da renda mensal que auferem e que servirá de base de cálculo para o arbitramento. São raros os cenários probatórios indicativos de folga no orçamento dos alimentantes e, na maioria das vezes, os juízes se vêem forçados a repartir misérias entre os pobres, retrato de uma sociedade marcada pela injustiça social e má distribuição de riquezas.

Além de prestar atenção à natureza dos alimentos, compete ao juiz arbitrar o quantum, de acordo com a finalidade ou oportunidade deles. Os alimentos *definitivos* são aqueles fixados na sentença que resolve um embate sobre a constituição do vínculo obrigacional [no caso em que se define, previamente, a relação de parentesco ou de união estável] ou sobre o valor deles. Portanto, quer tenha o pedido fundamento na Lei 5478/68 [Lei de Alimentos], na ação prevista na Lei 8560/92 [Lei da Investigação de paternidade], como causa as Leis 8971/94 e 9278/96 [união estável], pela Lei 10.741/2003 [Lei do Idoso], pela Lei 11340/2006 [Lei Maria da Penha] ou por fato típico do rito ordinário, o julgador fixará o *quantum* ajustado e equilibrado diante do binômio do artigo 1694, § 1º, do CC. Essa prestação será permanente enquanto acomodar os interesses das partes, pois, se acontecerem alterações que modifiquem a base que serviu para a mensuração, o valor poderá ser revisto [diminuído ou majorado], conforme deflui do artigo 1699, do CC. Nada obsta, se necessário for, a própria exoneração.

Os alimentos *provisionais* ou *ad litem* decorrem do artigo 852, do CPC, e foram mencionados no artigo 1706, do CC. Não se

confundem com os alimentos *provisórios*, previstos no artigo 4º, da Lei 5478/68. Os provisionais são destinados a proporcionar meios de subsistência para que o alimentado se mantenha em regulares condições, enquanto litiga com o alimentante, e são especiais para proteger as mulheres que se separam e que necessitam desse apoio para exercerem seus direitos, tanto que o § único, do artigo 852, do CPC, diz que eles compreendem as despesas do processo [custas e honorários]. Os alimentos *provisionais* são designados como *ad litem* porque estão relacionados com a lide principal, disse-o JOÃO BATISTA LOPES⁴, e podem, a qualquer tempo, ser revogados ou modificados [artigo 807, do CPC].

Os alimentos *provisionais* exigem do juiz redobrada cautela quanto ao arbitramento, porque de sua atuação dependerá o bom termo da difícil empreitada daquele que se prepara para enfrentar alguém que lhe impõe subordinação econômica. Nada impede que o juiz conceda liminar sem ouvir o réu, como facultado pelo artigo 854, do CPC, como não obsta que se designe audiência de justificação. De qualquer modo e pela finalidade dos alimentos provisionais, é de toda conveniência que se imprima urgência para que o necessitado não sucumba diante das incertezas financeiras e até desista de obter a tutela jurisdicional que, em tese, poderia ser obtida. Essa resignação da parte que abandona seus projetos civis, renunciando aos direitos subjetivos, é uma derrota para o sistema de efetividade da jurisdição [artigos 5º, XXXV e 5º, LXXVIII, da Constituição Federal]. Os alimentos provisionais são fixados de acordo com a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante, mas serão deferidos diante dos requisitos das medidas cautelares [artigo 798, do CPC], os conhecidos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Os alimentos *provisórios* são, igualmente, fixados no curso da lide, mas não se destinam a garantir acesso à ordem jurídica justa, como os provisionais. Somente se arbitram alimentos *provisórios* com prova pré-constituída do parentesco, casamento ou companheirismo, esclareceu CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁵. Os alimentos são fixados *initio litis* [artigo 4º, da Lei 5478/68] e admite-se que possam ser “concedidos *ex officio* pelo magistrado, independente de pedido

4 Curso de Direito Processual Civil: execução civil e processo cautelar, vol. 3, p. 164.

5 Direito Civil Brasileiro, vol. VI, p. 444.

expresso do autor”, afirmam CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD⁶. Isso se faculta desde que o juiz sinta que exista o requisito da necessidade de alimentos para já, pois, se o alimentado declarar deles prescindir momentaneamente, não cabe ao juiz concedê-los, deferindo prestação não pleiteada. A oportunidade de fixar desde logo, como consta do artigo 4º, citado, é providencial para suprir falhas técnicas na preparação de libelos, quando a parte com premente necessidade, se esquece de requerer os provisórios.

Os alimentos provisórios e os alimentos provisionais são temporários e retroagem à data da citação do réu, como previsto no artigo 13, § 2º, da Lei 5474/68. Permite-se a execução deles no curso do processo, com possibilidade de prisão civil. Alerta: o prazo máximo de prisão para alimentos definitivos e provisórios é de 60 dias, segundo o artigo 19, da Lei 5478/68, enquanto, para os provisionais, o prazo será de até 90 dias [§ 1º, do artigo 733, do CPC]. Os eminentes FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO⁷ consideram acertado padronizar o prazo, para todas as hipóteses, em 60 dias, o que é jurídica e moralmente aceitável, evitando-se tratamentos díspares [contra os predicamentos da dignidade humana e da liberdade] para situações iguais.

Cumprе anotar, como observação final, que a Lei Maria da Penha, no artigo 22, V, contribuiu para a sistematização de igualdade entre alimentos provisórios e provisionais, dispondo serem eles cabíveis, indistintamente, como medidas de urgência para proteger mulheres e crianças vítimas de violência doméstica.

2. Renúncia aos alimentos [artigo 1707, do CC].

Uma vez que a prestação de alimentos constituiu garantia da existência do ser humano em sua passagem terrena, fica claro que, de sua funcionalidade, deriva a sua qualificação jurídica como direito de personalidade⁸. Nesse contexto e por se tratar de direito irrenunciável, como está previsto no artigo 11, do Código Civil, é forçoso admitir que o artigo 1707, do CC, nada mais fez do que regulamentar

6 *Direito das famílias*, p. 639.

7 *Direito Civil*, série Concursos Públicos, vol. 5, 352.

8 CAPELO DE SOUSA, O direito geral de personalidade, p. 208, nota 403 e FÁBIO MARIA DE MATTIA, Direitos da personalidade: aspectos gerais, in *Estudos de Direito Civil*, p. 120.

o que é óbvio: “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessação, compensação ou penhora”. Se os alimentos são essenciais, são irrenunciáveis.

O estatuto civil entrou em vigor no ano de 2003, para substituir codificação que consagrou, pelo seu tempo, um princípio de direito, isto é, o de que a renúncia referida no artigo 404, do CC, de 1916, aplicava-se aos alimentos decorrentes do parentesco [*jus sanguinis*] e não entre cônjuges e companheiros. O colendo STJ, instalado em 1988, não recepcionou, nos seus julgados, a Súmula 379, do STF, cujo texto é o seguinte: “no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”, conforme se verifica do Resp. 701902 SP, DJ de 3.10.2005, Ministra Nancy Andrighi: “A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo”.

O artigo 1707, do CC, de 2002, reacendeu uma controvérsia pacificada pela jurisprudência e apimentou os debates. CARLOS ROBERTO GONÇALVES considerou o sentido amplo do artigo 1707 um retrocesso “explicável pelo fato de o projeto de reforma do estatuto civil ter tramitado por longo tempo no Congresso Nacional”⁹. SILVIO VENOSA foi enfático: “Parece-nos despropositado que extinto um casamento há muitos anos, décadas, modificam-se com o tempo totalmente as situações de fato, bem como os corações e as mentes e o cônjuge que renunciou a alimentos ressurgja como uma fênix-fantasma, para pleitear novamente alimentos de quem se separado em passado muito remoto”¹⁰.

É bom dizer que nada mudou nos alimentos que são prestados pelo vínculo do parentesco, pois quanto a esses, a irrenunciabilidade se mantém por razões de ordem pública. Apenas se ressalva a oportunidade de o credor dispensar a exigibilidade de prestações vencidas, inclusive por remissão, o que é muito comum para fins de transação que coloca fim ao processo de execução de alimentos. O

9 *Direito Civil Brasileiro*, vol. VI, p. 468.

10 *Direito Civil – Direito de Família*, 6ª edição, p. 187

que se discute, contudo, é a suposta ineficácia de cláusula de renúncia em separação e divórcio e ou em acordos que dissolvem a união estável. Os alimentos entre cônjuges e companheiros são concedidos e justificam-se pelo dever de mútua assistência, previsto no artigo 1566, III, e 1724, do CC, que se transformará em fenômeno significativo para o direito a ser observado nos litígios subseqüentes ao término da coabitação, em virtude da dependência econômica construída na fase fértil do relacionamento.

Não se discute o direito de cônjuge ou companheiro com dependência econômica, de receberem alimentos. Os maridos e companheiros que pautam suas vidas conjugais monopolizando para si a responsabilidade total do custo familiar, submetendo as suas mulheres a um regime de dedicação exclusiva ao governo do lar [às vezes até obrigando-as a abdicar das carreiras iniciadas quando eram solteiras], será responsável pela preservação do *status* social das mulheres e companheiras na fase seguinte à da separação, se elas não tiverem culpa pela separação [caso sejam culpadas, terão direito a uma assistência mínima por razões de dignidade humana]. Esse dever se prolonga mesmo em caso de divórcio, se a esposa provar, por questões de saúde ou em razão da acentuada idade cronológica e também por justificadas dificuldades de ingresso no mercado de trabalho, o seu impedimento de obter a liberdade financeira. Os alimentos, nessas circunstâncias, não são um anacronismo, mas, sim, cláusula de segurança para a preservação da sobrevivência com dignidade.

O problema existe quando não há ou não nasceu essa dependência pela vida em comum. Como os cônjuges e companheiros são pessoas maiores e capazes, eles são senhores absolutos da oportunidade e conveniência da declaração de ruptura total dos laços de uma fracassada aliança, seja pelo casamento, seja pela união estável. Considerando que esse acordo de vontades é, quase sempre, homologado por sentença judicial, devem se considerar os efeitos protegidos pela coisa julgada [artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal]. Portanto, se os cônjuges ou companheiros estabelecem normas no negócio que soleniza o fim da coabitação, anunciando oficialmente que são desnecessários os alimentos, é porque não existia dependência econômica entre eles. O não vínculo de índole patrimonial é a causa da cláusula de renúncia ou de dispensa dos alimentos e a sua importância é

instantânea [se encerra aí], ou seja, não ressurgem em fase posterior. Mesmo que os cônjuges ou companheiros, depois de separados ou divorciados, tenham perdido a condição de sustento próprio, seja por desastres financeiros, seja por infortúnios pessoais, o ex-cônjuge ou ex-companheiro não está relacionado ao fato subsequente, sendo anti-jurídico retroagir a necessidade para se restabelecer uma dependência econômica sem nexo com a atualidade.

Portanto, se os interessados declaram que não existe dever de mútua assistência quando finalizam a união, a sentença posterior do juiz, deferindo alimentos, ainda que com base no artigo 1707, do CC, não tem o efeito de restabelecer, mas, sim, o de criar uma situação irreal do casamento encerrado, o que é inadmissível em termos de validade de negócio jurídico [artigo 166, II, do CC]. Se o casamento terminou sem assistencialismo mútuo, não pode a sentença de alimentos determinar que se cumpra o dever de recíproca assistência, a qual não vigorava quando o casamento valia. Resulta que a cláusula de renúncia ou de dispensa, cujo significado é igual [inclusive a expressão “abrir mão”, de uso corrente, possui a força equivalente à da renúncia], é peremptória quando assentada nas separações, nos divórcios e nos acordos de fim de união estável, sendo inaplicável o artigo 1707, do CC, para esse fim, porque restabelece um dever de mútua assistência inexistente.

Certamente não faltará opositor invocando a rigidez da lei para desabonar o que aqui se escreveu. Realmente, o artigo 1707, do CC, afirma que os alimentos são irrenunciáveis. Ocorre que, mesmo quando os alimentos são concedidos entre pai e filho, se ficar demonstrada a inexistência de vínculo de parentesco, cessa a obrigação do alimentante, porque ninguém é obrigado, por lei, a sustentar filho de outrem. No casamento ou na união estável, o princípio vale também: a declaração de não existir dever de mútua assistência entre cônjuges e companheiros possui o mesmo significado que o de falta de parentesco entre pai e filho. Não são mais devidos os alimentos e assim se julga na Espanha, consoante informa JOSÉ PUIG BRUTAU¹¹, quando comenta sentença de 25.11.1985, com referência ao artigo 68, do Código Civil e que impõe o dever de fidelidade e do socorro mútuo.

Esse modo de pensar não permite que se faça distinção entre separação e divórcio, inclusive porque, para as uniões estáveis, não existe essa fragmentação. A teoria da impossibilidade de criar dever que não existe em casamento encerrado não diferencia a modalidade do negócio declaratório, de forma que se a cláusula de renúncia ou dispensa for estabelecida na separação, a sua consequência não muda e será interpretada tal qual como constou do divórcio. Confesso ter refletido, antes de concluir esse raciocínio, sobre uma passagem da obra de ANTUNES VARELA¹² quanto ao valor do dever de mútua assistência, especialmente quando o jurista português afirma considerar a lei o *mutuum adjutorium*, nascido com a celebração do matrimônio, não necessariamente afetado pela separação. Não estou convicto de que, em pleno século XXI, continua valendo um velho princípio, notadamente para recriar um dever de mútua assistência que o casal, por mútuo consenso, declarou inexistir. Lembre-se que a separação é uma simples passagem, quase sem volta, para o divórcio [artigo 35, da Lei 6515/77 e 1580, do CC], providência para a qual se permite contestação restritiva ou de pouquíssimas matérias sem vínculo com o dever de mútua assistência.

3. Transmissibilidade.

A transmissibilidade da obrigação de alimentos aos herdeiros do devedor sempre foi um tabu jurídico. No CC, de 1916, por conta do artigo 402, do CC, a idéia era de intransmissibilidade¹³. CLÓVIS¹⁴ foi o responsável por uma abertura ao rígido conceito quando admitiu a cobrança das parcelas atrasadas, reconhecendo a dívida, nesse caso, passa a ser comum e da responsabilidade dos sucessores do finado. Agora será preciso analisar o artigo 1700, do CC, com cautela e evitar que interpretações restritivas [como a de que se transmite apenas a dívida e não a própria obrigação] possam impedir que a regra se aplique nas hipóteses em que a transmissibilidade constitui o único meio de o alimentado obter garantia de sobrevivência digna.

12 *Dissolução da sociedade conjugal*, p. 109.

13 EDUARDO ESPÍNOLA, *A família no direito civil brasileiro*, p. 580, valendo anotar que antes do CC, de 1916, adotava-se a regra da transmissibilidade, o que se confere lendo-se o inciso IV, do § 168, da obra de BORGES CARNEIRO [Direito Civil de Portugal, tomo II, 1867, p. 190]: "a obrigação de prestar alimentos se transmite ao herdeiro ou donatário universal daquele que devia alimentar".

14 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 6ª edição, vol. 2, p. 392.

Está escrito no artigo 1700, do CC: “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1694”. Os alimentos são indispensáveis para a sobrevivência do alimentado, e não teria sentido, diante da morte do alimentante, considerar extinta a exigibilidade das prestações por suposta homenagem ao sentido personalíssimo da obrigação. O credor de alimentos terá direito de exigir, até a data do óbito, dos herdeiros e no limite da herança [artigo 1997, do CC], o quantum não satisfeito pelo finado, sendo que, quanto a esse enunciado, não há questionamentos contemporâneos. Assim, também não há o que se controverter quando o alimentante não deixa herança, porque, se não existem bens que se transmitem aos herdeiros, não cabe transmitir a eles as dívidas do *de cuius*. Nesse caso, lembra EUCLIDES DE OLIVEIRA¹⁵: “caberá ao pensionado voltar-se contra aqueles que, na linha do dever assistencial, estejam legitimados a responder pela obrigação, em razão dos laços de parentesco próximo, de conformidade com o disposto no art. 1694, do Código Civil”.

A polêmica existe com a pretensão de o credor de alimentos, igualmente herdeiro, reclamar alimentos pela transmissibilidade operada pelo artigo 1700, do CC. A dívida que se transmite é a dívida será satisfeita se a herança permitir, o que autoriza situar o tempo em que se opera a transmissibilidade, enquanto não se concluir o inventário, que se realiza por processo judicial ou por escritura pública, nessa última hipótese se todos os herdeiros forem maiores e capazes [artigo 982, do CPC]. Portanto, enquanto não for ultimada a partilha, deverá o Espólio do alimentante cumprir a obrigação do finado¹⁶. Cabe indagar: homologada a partilha, os herdeiros, cada qual com seus quinhões próprios, estão obrigados a continuar pagando alimentos ao credor do falecido?

Sim, em algumas situações, e não, em outras, essa é a resposta. Quando o credor de alimentos não for herdeiro [hipótese

15 “Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros”, in *Alimentos no Código Civil*, p. 283.

16 O colendo STJ julga que “o espólio tem a obrigação de continuar prestando alimentos àquele a quem o falecido devia. Isso porque o alimentado e herdeiro não pode ficar à mercê do encerramento do inventário, considerada a morosidade inerente a tal procedimento e o caráter de necessidade intrínseco aos alimentos” [Resp. 1010963 MG, DJ de 5.8.2008, Ministra Nancy Andrighi]. Essa ementa demonstra que se segue a linha da posição assumida no Resp. 219.199 PB, DJ. de 3.5.2004, Ministro Fernando Gonçalves. Não se examinou, nesses dois precedentes, a possibilidade de compensação dos valores pagos no quinhão do herdeiro credor de alimentos.

de ex-esposa ou ex-companheira, sem direito de participação na herança e que nos remete ao artigo 23, da Lei 6515/77], os herdeiros que receberam quinhões serão responsáveis pela dívida do finado [prestações vincendas], o que se fará com plena oportunidade de se invocar o artigo 1699, do CC [revisão ou extinção do dever por modificações do quadro]. Os herdeiros que assumem dívidas transmitidas são, para todos os efeitos legais, comparados aos demais devedores de alimentos [artigo 1694, do CC], de forma que lhes é lícito deduzir que os bens herdados não lhe trouxeram renda alguma. Assim, se ficar provado que o sucessor do alimentante empobreceu no aspecto “rendimentos”, apesar da herança recebida, poderá o juiz isentá-lo ou reduzir a carga transmitida, o que não é difícil de ocorrer quando os bens herdados não produzem renda, mas, sim, despesas. Também não se veda aos herdeiros o direito de postularem exoneração em caso de o alimentando se casar ou passar a viver em união estável [artigo 1708, caput, do CC]. Idêntico direito cabe aos herdeiros se o alimentado praticar atos indignos [lesão à honra e ao nome] quanto à memória do morto [devedor de alimentos], nos termos dos artigos 12 e 20 e parágrafo único, do artigo 1708, do CC.

O ponto divergente do artigo 1700, do CC, no entanto, está situado na pretensão do credor do alimentante morto e que é, igualmente, herdeiro. Com o direito de suceder assegurado, o herdeiro credor de alimentos poderá exigir que o Espólio lhe pague a verba que lhe cabe, respondendo à herança [universo indivisível, conforme artigo 1791, § único, do CC]. Contudo o valor desse encargo deverá ser considerado na partilha, de modo a fazer com que ele, credor que exigiu do Espólio os pagamentos, receba uma quota reduzida em relação aos demais herdeiros. Não é justo que o credor de alimentos, sendo herdeiro, receba do Espólio os seus créditos durante o inventário e, ainda, receba quinhões iguais, porque estaria sendo favorecido em detrimento do direito constitucional à herança, previsto no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal. São esclarecedoras as palavras de FÁBIO ULHOA COELHO¹⁷ sobre esse ponto:

“Considere que o falecido deixou aos dois filhos, seus únicos herdeiros, porções iguais de seu patrimônio. Enquanto vivia, pagava

17

Curso de Direito Civil, vol. 5, p. 208.

alimentos a um deles somente, por ser menor de idade. Com a morte do alimentante, extingue-se a obrigação alimentar, assim como se extinguiria se morresse o alimentado. Trata-se de obrigação personalíssima, lembre-se. Para que o herdeiro menor não sofra nenhum prejuízo, o espólio continuará pagando-lhe a prestação correspondente à pensão alimentícia. Mas, na hora da partilha, os valores pagos devem ser debitados do quinhão atribuível a esse herdeiro. Se não for feita a compensação, desrespeita-se o direito constitucional titulado pelo irmão maior, que, então, receberia porção inferior da herança”.

Cabe analisar uma hipótese suscitada por SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA¹⁸, relacionada com a persistente indigência do credor de alimentos por não ter a parte recebida o libertado da pobreza ou da miséria. Cumpre admitir que, nessa situação, por razões de supremacia do direito aos alimentos, cabe sacrificar o direito de herança dos demais herdeiros, que, diante dessa realidade, continuam responsáveis pela pensão alimentícia até que se esgotem os valores da herança. O fato de ter sido realizada partilha compensatória não elide os herdeiros de atenderem à necessidade do credor do *de cuius*, ainda que seja, igualmente, herdeiro. Esgotadas as forças da herança, os herdeiros já não responderiam diante do artigo 1700, do CC, mas, sim, se for permitido, pelo artigo 1694, do CC, o que obriga outra relação processual [direito material diverso].

4. Alimentos ao nascituro.

O presente capítulo foi aberto em virtude de uma decisão denegatória de alimentos provisionais pleiteados em favor de nascituro, por não ter sido demonstrado o vínculo de paternidade [agravo não conhecido por deficiente formação da peça recursal – AgRg. no Ag. 256812 RJ, DJ de 28.2.2000]. Sobre o direito do nascituro aos alimentos, vale conferir o que dizia JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ¹⁹:

“A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 4º, do CC, de 1916). E o maior desses direitos é, sem dúvida, o de ser alimentado e tratado para poder viver. Assim, pode a mãe

18 “A transmissão da obrigação alimentar”, in *Grandes Temas da Atualidade – Alimentos*, vol. 5/268.

19 *Dos alimentos no direito de família*, 2ª edição, p. 85.

pedir alimentos para o nascituro, hipótese em que, na fixação, o juiz levará em conta as despesas que se fizerem necessárias para o bom desenvolvimento da gravidez, até seu termo final, incluindo despesas médicas e medicamentos”.

O artigo 2º, do CC²⁰, coloca a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, o que elimina qualquer dúvida que possa surgir sobre o direito subjetivo de a mãe pleitear, em nome do embrião que se desenvolve, a prestação necessária para que o projeto de vida se desenvolva com segurança. A ilustre Professora TÂNIA DA SILVA PEREIRA²¹ reforça o enunciado, lembrando o artigo 8º, do ECA [Lei 8069/90], que obriga atendimento à gestante, pelo SUS, para que tenha acompanhamento pré-natal, o que, em linhas gerais, representa proteção ao nascituro.

Apesar dessa certeza, é possível que o direito pereça até o nascimento, por questões de técnica do processo civil e que retardam a tutela. Não convém ignorar que o nascituro, em termos biológicos, é um ser humano, conforme anota MENEZES CORDEIRO²²: “Antes de nascer e após a conformação dos diversos órgãos, ele tem movimentos, ouve, vê, sente, dorme e sonha: apenas os pulmões não funcionam, sendo a oxigenação do sangue assegurada por um órgão cuja confecção laboratorial tem levantado problemas, até hoje insolúveis: a placenta, que retira os necessários elementos do útero materno”. O juiz deve ter a sensibilidade de atuar de acordo com as circunstâncias e com a urgência, lembrando o que MENEZES CORDEIRO ressaltou: “o grande óbice do nascituro, mercê da Providência ou da natureza que fez, do homem, um mamífero placentário, é a sua dependência do organismo da mãe, durante os nove meses de gestação normal”.

As decisões não devem demorar mais tempo do que o período gestacional. Quem age pelos nascituros são os seus pais, detentores do poder de representação [artigo 1634, V, do CC]. Normalmente e devido ao estado de gravidez, a mãe é que agirá pelo nascituro e, nesse instante, será oportuno aplicar a regra do artigo 1597, do

20 O STJ deferiu indenização ao nascituro [dano moral] em virtude de morte do pai em acidente do trabalho e, no arbitramento do quantum, não admitiu diferenciação em relação aos demais filhos [Resp. 931556 RS, DJ de 5.8.2008, Ministra Nancy Andrighi].

21 “Dos alimentos: direito do nascituro”, in *Alimentos no novo Código Civil*, p. 160.

22 *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral I*, tomo III, p. 269.

CC, para se ter como presumida a paternidade do marido, se ela for alegada pela gestante casada. A questão muda de figura quando a mulher carrega no ventre filho de pai que não deseja assumir a paternidade e que se nega a prestar alimentos, pois, evidentemente, será preciso algo para que o juiz possa tutelar o nascituro. O ideal é que, com celeridade, se obtenha certeza do vínculo biológico por meio do DNA, o que é possível cientificamente, intimando-se o suposto pai para que compareça ao exame, sob pena de ser admitida a presunção do artigo 232, do CC: “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretenda obter com o exame”.

No entanto, nem sempre será viável esperar que se agende, com brevidade, o exame, notadamente nos litígios protagonizados por pessoas pobres e que dependem de laboratórios do Estado para conclusão da perícia, nos termos da Lei 1060/50 [gratuidade judiciária]. Caso se optar por essa providência, corre-se sério risco de a criança nascer antes do resultado, o que é lastimável para efeito de efetividade da jurisdição. O processo deve ser eficiente e rápido para se concluir antes que a gestação termine, pois os alimentos são indispensáveis para que a própria mãe se beneficie com as vantagens e, com isso, ganhe em qualidade gestacional. Recomenda-se criterioso exame do requisito *fumus boni iuris* [probabilidade da paternidade], sem a severidade daqueles juízes que esperam prova conclusiva da paternidade, devido à certeza do *periculum in mora* [artigo 798, do CPC], salientando que o arbitramento do artigo 1694, § 1º, do CC, merece consideração diante da onerosidade derivada da situação desigual do nascituro em relação ao recém-nascido. Caberá ao réu, diante do contexto, realizar prova, por sua conta, dos fatos extintivos do direito do autor [artigo 333, II, do CPC] e, enquanto isso não se verifica, é jurídico conceder pensão ao nascituro. Autoriza-se, inclusive, admitir a presunção de paternidade com base em correspondência eletrônica [e-mail], por ser natural que, nesses diálogos francos ou possessivos, se assumam relações que respondem pela concepção.

É preferível correr o risco de responsabilizar o sujeito que prova, no futuro, não ser o pai [ainda que com sacrifício de valores diante da irrepetibilidade], a manter o nascituro desprotegido por falhas probatórias verificadas na instrução do pedido. O que ocorreu no julgado que se mencionou no intróito do presente capítulo sobre os

alimentos negados por falta de prova do vínculo de parentesco, não é, necessariamente, a solução desejada aos nascituros que sofrem abandono já na fase embrionária. Se a mãe goza as vantagens daí advindas, anota EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE²³, isso se dá “pelo fato do concebido ainda estar ligado a ela fisicamente. Protege-se o nascituro através da existência da mãe”.

A Lei 11.804, de 5.11.2008, disciplinou os alimentos gravídicos, admitindo [art. 6º] que o juiz, convencido dos indícios da paternidade, poderá fixar a verba necessária para atender as necessidades fundamentais da gestante, inclusive assistência médica e psicológica, determinando sua conversibilidade quando do nascimento [§ único, do art. 6º]. Poderá ser afirmado que a família se fortalece contra o abandono precoce e, ainda que não seja alentador, vale a pena apostar que o futuro cidadão protegido pela nova lei, sentindo que o Direito, ao contrário do pai biológico que resistiu ao dever de voluntariamente prestar alimentos, prestou-lhe solidariedade em fase difícil, certamente terá razões para aprimorar sua civilidade.

5. Cessaçãõ do dever de prestar alimentos por comportamento indigno do alimentado.

Os alimentos são prestados para subsistência do alimentado, o que pressupõe que serão devidos enquanto o credor a eles fizer jus, para sua sobrevivência. Os filhos são preparados pelos pais para se tornarem adultos responsáveis e, por isso, pela maioria natural ou pela emancipação, extingue-se o dever de prestar alimentos, porque extinto está o poder familiar [artigos 5º, 1634, I e II e 1635, II e III, do CC], salvo se forem incapazes para o trabalho ou se matriculados em cursos profissionalizantes ou universitários, conforme remansosa jurisprudência editada em favor da conclusão desses projetos sociais dos filhos maiores e ainda dependentes da ajuda financeira dos pais. No caso de alimentos decorrentes de casamento ou de união estável, o Código estabelece, que se o credor casa ou passa a viver em união estável, cessa o dever de prestar alimentos [1708, caput]. O que se propõe analisar, contudo, é o que dispõe o § único, do artigo 1708: “com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”.

Trata-se de uma inovação ou uma cláusula genérica de perda do direito a alimentos, como anota REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA²⁴. Porém esse cânone não era desconhecido no sistema jurídico, tanto que LAFAYETTE e LOURENÇO TRIGO LOUREIRO admitiam que a obrigação de prestar alimentos cessava “se o filho cometeu alguma ingratidão pela qual possa ser deserdado”.²⁵ Segundo TEIXEIRA DE FREITAS, esse preceito derivou do Assento de 9 de abril de 1772, § 2º e Lei de 6.10.1784,²⁶ sendo considerado como penalidade por COELHO DA ROCHA.²⁷

O artigo 152, do Código Civil da Espanha, estabelece que cessa a obrigação de dar alimentos quando: “4º el alimentista, sea o no herdero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación”. Idêntica regra consta do artigo 373, do Código Civil da Argentina, sendo que, por força do artigo 440, do Código Civil da Itália, que se refere “la condotta disordinata o riprovevole dell’alimentato”, a doutrina considera que o alimentado perde o direito de receber alimentos por ter cometido algum delito contra a moralidade ou aos bons costumes, como previstos em tipos do Código Penal.²⁸

Os alimentos são fornecidos para que o alimentando obtenha subsídios materiais para conservar a sua vida com dignidade [artigo 1º, III, da CF] e, embora possua esse caráter altruísta quando se analisa a finalidade em relação ao destinatário, a obrigação não perde o seu caráter oneroso em relação ao provedor. As posições antagônicas de pessoas que seriam próximas ou se interagiram no passado, por conta de parentesco ou de relacionamentos, e que se vinculam por ações e execuções judiciais, criam um regime de deveres recíprocos, jurídicos e morais. O alimentante submete-se à prisão civil, se não justificar o inadimplemento, e não poderia sofrer essa incursão pessoal e patrimonial se não existisse uma causa justa para todo esse empenho.

24 *Código Civil Comentado*, 6ª edição, p. 1862.

25 *Direitos de família*, 4ª edição, p. 337 e *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, 5ª edição, I, p. 104.

26 *Promptuário das leis civis*, p. 53.

27 *Instituições de Direito Civil Português*, 7ª edição, tomo I, p. 225, § 329.

28 Alberto Trabucchi, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, p. 270 e Domenico Barbero, *Sistema del Derecho Privado*, tomo II, p. 204.

Os filhos menores são titulares de um direito quase absoluto, devido à natural impossibilidade de se auto-sustentarem. A própria Constituição Federal admite, que a partir de 14 anos, o menor somente poderá exercer alguma atividade como aprendiz, sendo vedada a contratação antes de dezesseis, sendo proibido o trabalho noturno ou perigoso para menores de dezoito [artigo 7º, XXXIII]. Sobre atos de ingratidão pautados por violência contra o pai, será mister analisar o fator discernimento, sabido que, antes do dezoito anos, os filhos são imaturos e irresponsáveis, o que não impede, diante da gravidade do fato, a exoneração ou redução da verba alimentar, provando-se que o desrespeito, a repulsa e a rejeição ao pai não é ato isolado, mas, sim, usual, constante e evolutivo. Em princípio, portanto, é praticamente impossível a exoneração por atitudes hostis ou de revolta dos filhos adolescentes, sendo de rigor que se cumpram os deveres da paternidade, enquanto mantido o poder familiar.

A indignidade, como fator de redução do quantum ou cessação do dever, ganha vulto nos alimentos prestados entre cônjuges e companheiros, quando esses não assumem novos e oficiais relacionamentos [aí se aplica o caput do artigo 1708, do CC, para exoneração, em caso de casamento ou de união]. Os filhos maiores são titulares de expectativas de prolongamento da pensão [até 24 anos de idade ou até para concluírem cursos universitários e profissionalizantes], sendo que remeto o leitor para os comentários²⁹ que elaborei sobre os motivos legais para extinção dessa obrigação excepcional, pelo desmerecimento dos filhos com comportamento desidioso ou negligente nos estudos. Convém lembrar que a Súmula 358, do STJ, estabeleceu: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.

A situação prevista no § único, do artigo 1708, do CC, é excepcional. Embora a indignidade possa, por analogia, ter como hipóteses paradigmáticas os atentados à vida e as injúrias graves que justificam revogar doações [art. 557, do CC] e casos de exclusão da herança mencionados no art. 1814, do CC, é de se ter como correta a posição doutrinária que amplia o campo de incidência da regra

29

Ênio Santarelli Zuliani, “Alimentos para filhos maiores”, in *Grandes Temas da Atualidade – Alimentos*, vol. 5, p. 110 e seguintes.

para outros eventos que são próprios de infrações do dever da boa-fé objetiva, ínsito nas obrigações das partes, nas fases posteriores ao negócio celebrado, como defendido por FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO³⁰:

“Desse modo, acreditamos que o art. 1708, parágrafo único, está a apresentar uma espécie de responsabilidade *pós-negocial casamentária/convivencial* ou *pós-contratual* – para aqueles que defendem a tese pela qual o casamento e a união estável são contratos -, decorrente da boa-fé que também é exigida em todas as fases do casamento, negócio jurídico por excelência. Já no caso de união estável podemos denominar a existência de responsabilidade *pós-negocial convivencial*”.

Acrescento que, examinando o artigo 422, do CC, que emoldura a boa-fé objetiva, caberia invocar, igualmente, a função social do contrato [artigo 421, do CC] e o próprio abuso de direito contido no artigo 187, do CC, porque são mecanismos que o Direito concede para que não se ultrapassem os limites da razoabilidade no instante em que se exige satisfação de um dever jurídico ou moral. O comportamento indigno do credor de alimentos diante da conduta do devedor que o abastece com recursos financeiros agride o senso ético e a moralidade social, com repercussão perniciosa no desenvolvimento da sociedade que se sustenta, observando padrões rígidos de conduta, apesar de homenagear a fraternidade e a solidariedade.

Determinadas práticas, como se entregar à delinquência ou à prostituição, conforme anotado por SILVIO VENOSA³¹, ou quando manifestar “a ingratidão por gestos, falas ou condutas”, na expressão de FÁBIO ULHOA COELHO³², abrem a possibilidade de o alimentante pleitear a exoneração com base no parágrafo único, do artigo 1708, do CC, aproveitando de provas emprestadas [em processos criminais, civis ou procedimento administrativo] ou produzindo-as na ação adequada de exoneração, lembrando, com base no artigo 333, I, do CPC, a imprescindibilidade da “comprovação de um dos fatos arrolados; mera suspeita não é o bastante”, lembrou MARIA HELENA DINIZ³³.

30 *Direito Civil, série Concursos Públicos – Direito de Família*, vol. 5, p. 359.

31 *Direito Civil – Direito de Família*, 6ª edição, p. 394.

32 *Curso de Direito Civil*, vol. 5, p. 205

33 “Cessação do dever de prestar alimentos”, in *Grandes Temas da Atualidade – Alimentos*, v. 5/169.

Convém chamar a atenção para reclamações que partem, na maioria das vezes, do ex-cônjuge ou ex-companheiro que presta alimentos para ex-mulheres, sobre o modo com que a alimentada se comporta diante da expectativa de viver novos relacionamentos amorosos, porque, não raro são denunciados abusos de um estilo desenfreado, com imensa rotatividade de parceiros e coisas do gênero. Não obstante se possa até compreender a insatisfação dos homens que estão fora do ângulo sexual ou amoroso das mulheres que se servem dos alimentos que eles concedem e que, por certo, bloqueiam ou restringem prerrogativas próprias e dos novos membros das famílias que constituem, nem sempre haverá motivo jurídico para a exoneração, exatamente porque é natural que a mulher livre se relacione e se divirta, o que inclui o exercício da sexualidade, coisa natural pelo fluxo das funções orgânicas compatíveis. O colendo STJ emitiu pronunciamento nesse sentido, anotando que “os ex-cônjuges não estão impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhe um futuro convívio afetivo e feliz” [Resp. 111.476 MG, DJ, de 10.5.1999]. Isso, evidentemente, não constitui uma licença absoluta para afrontar o alimentante, pois se a sua vida sexual for de tal maneira absurda que caracterize um comportamento voltado “deliberadamente a destruí-lo, a enfraquecê-lo de alguma forma, a inviabilizar sua felicidade”, poderá ser aplicado a sanção do procedimento indigno, segundo a ilustre Professora GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA³⁴.

Cumprе registrar, ainda na linha da investigação sobre a conduta amorosa ou sexual das mulheres que recebem alimentos, não ter o STJ considerado indigno, para fins de exoneração do dever alimentar, o fato de a ex-esposa manter relacionamento com terceiro, concebendo um filho dessa união [Resp. 21.697-0 SP, DJ de 27.9.1993, Ministro Sálvio de Figueiredo e Resp. 287.571 SP, DJ 25.03.2002, Ministro Aldir Passarinho Júnior]. É de ter como ponderáveis as decisões em virtude das circunstanciais da concepção, sabido que uma única oportunidade de congresso carnal, sem os contraceptivos, poderá resultar na gravidez não projetada em encontros esporádicos ou sem os rigores da coabitação. A concepção não prova

34

A indignidade como causa de escusabilidade do dever de indenizar, *Revista do Advogado* n. 98, p. 107.

vida desregrada da mulher ou assunção de compromisso oficioso de união com outro homem. O caso concreto define a melhor sentença.

O final do presente capítulo foi reservado para explorar recente julgado da Quarta Câmara de Direito Privado [AglIn. 566.619-4/8, j. em 12.6.2008, relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani]: “Exoneração que o pai postula devido a descobrir que o alimentado espalha, em comunidades de relacionamentos da *internet* – *orkut* -, mensagens com conteúdos suficientes para justificar a ruptura de relacionamento civilizado e que seriam, em tese, classificáveis como atos indignos – “meu pai não paga minha pensão; eu ODEIO meu pai e meu pai é UM FILHO DA PUTA. Decisão que determina o depósito das prestações em conta judicial até encerramento do litígio. Razoabilidade. Não provimento” [in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, MAGISTER & IBDFAM, n. 5, p. 154].

O caso é ilustrativo para chamar a atenção sobre a influência da rede de computadores e os direitos de personalidade. A *internet* é um meio de comunicação penetrante e mais devastador para efeito de diminuir sentimentos por ofensa à honra e à reputação, superando, nesse aspecto, a concorrência de jornais e revistas impressas e que circulam nos postos de revenda ou até gratuitamente, porque o acesso à *internet* é maior pela facilidade provocada pelos interesses conexos [trabalho, estudo, entretenimento e até devassidão ou ócio]. Resulta que serão recorrentes litígios fundados nas inserções de filhos e ex-cônjuges ou ex-companheiros, as quais serão pinçadas pelos alimentantes para fundamento de ações de cessação do dever de alimentos por ingratidão, por ser esse sistema de comunicação parte integrante do cotidiano das pessoas, que o acessam como se estivessem usando uma linha telefônica com escuta gravada. Não há, portanto, sigilo e a ampla publicidade que se tem autoriza afirmar que exegese da ingratidão não poderá ser restritiva, como sugere a doutrina para hipóteses não contempladas como suscetíveis de deserdção.

O juiz do tempo de modernidade, em que o direito de privacidade praticamente não existe, pelo desrespeito, deverá ter critério na análise do fato que lhe cumpre julgar como causa do § único, do artigo 1708, do CC, confiando-se em que, com a sensibilidade permi-

tida pelas regras de experiência [artigo 335, do CPC], saiba distinguir o desabafo venial por ser fruto de um instante de cólera e a ofensa imperdoável, ainda que emitida em momento de pressão emocional. A ingratidão que se comete na *internet* poderá se transformar no fato que justifica a ruptura definitiva entre pais e filhos, de acordo com a sua gravidade, ou constituir um ponto de reflexão para mudanças de atitudes e comportamentos, valendo advertir que, ainda que o juiz considere provada a ingratidão, nada impede que destine ao alimentado mal agradecido um mínimo alimentar que lhe proporcione sobrevivência digna [§ 2º, do artigo 1694, do CC].

Reconhece-se a dificuldade de encontrar um equilíbrio entre os litigantes desgastados pela beligerante disputa por alimentos, e isso será mais desafiador diante de situações relacionadas aos alimentos prestados para que filhos maiores completem seus cursos profissionalizantes ou universitários, porque, nessas situações, a obrigação a cargo do pai se equipara a uma bolsa de estudos conferida exclusivamente a estudantes destacados ou que justifiquem, pela aplicação e disciplina, o auxílio concedido. Parece irremissível a ofensa perpetrada pelo filho que recebe do pai essa pensão especialíssima, embora não se proíba que o juiz leve em conta subsequente conduta de arrependimento sincero do alimentado, lembrando que essa possibilidade foi aventada pela doutrina anterior ao CC, de 1916, como consta do seguinte trecho da obra de MARTINHO GARCEZ³⁵:

“Cessa igualmente a obrigação de alimentos, quando a necessidade destes resulta de procedimento repreensível do alimentado, e este, emendando-se, os pode tornar desnecessários. Mas, se a emenda do alimentado já não pode fazer com que ele deixe de carecer dos alimentos, o ato repreensível dele será tido em consideração só para o efeito de se lhe arbitrarem menores, ou de se lhe reduzirem os já arbitrados”.

6. Alimentos que são pleiteados dos avós.

EDGARD DE MOURA BITTENCOURT³⁶ afirmou que a “afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do homem. É a maior delícia de viver a velhice”. Embora a frase exprima

35 Do *Direito da Família*, 1914, p. 306.

36 *Guarda de filhos*, p. 107.

sentimento sincero daqueles que convivem com os netos em clima de normalidade, é absolutamente certo viverem os integrantes da terceira idade uma ansiedade diante das vertentes das ações de alimentos promovidas pelos netos contra os avós, em virtude do disposto no artigo 1696, do CC: “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau uns em falta de outros”. Também é digno de ser lembrado o que consta do artigo 1698: “se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

Motivos para preocupação existem e são fortes. Diversos fenômenos sociais perturbam o ciclo natural da hierarquização familiar e não são raras as gravidezes precoces, um acontecimento que quase sempre está associado ao desajuste financeiro do pai em relação aos deveres de sustento do filho. A dura realidade das jovens mães e seus pais diante do volume das despesas decorrentes do nascimento não programado do neto, não deixa outra opção senão a de litigar contra os avós paternos [principalmente esses], dada a notória incapacidade de o pai responder pelo encargo que é, originariamente, seu. Mesmo fora desse quadro, os avós [maternos e paternos] estão sendo convocados para complementar o valor das prestações que os pais concedem aos filhos, exatamente porque a insignificância delas se equipara à própria falta de alimentos. E tudo isso acontece quando os avós experimentam agruras e vicissitudes próprias dos efeitos implacáveis do tempo, colocando-os em dificuldades no cumprimento de itens fundamentais da preservação da saúde e ou sacrificando merecidas expectativas do lazer com a paz conquistada pelo transcurso de árdua vida de trabalho.

Certas fatalidades, como a morte prematura do filho adulto, não deixam rota de fuga para os avós do neto órfão. O destino reserva e impõe a responsabilidade, como ocorreu no julgamento do Resp. 821402 MG, DJ de 8.4.2008, Ministro Fernando Gonçalves, declarando o avô paterno devedor da prestação de alimentos [30%

de seus proventos de aposentadoria] por ser o único herdeiro do pai da criança. Eis aí um bom exemplo da perfeita incidência da norma.

Os avós podem ser chamados a complementar os alimentos dos netos, na ausência ou impossibilidade de o pai fazê-lo, sentenciou o colendo STJ [AgRg no Resp. 514356 SP, DJ de 18.12.2006, Ministro Humberto Gomes de Barros]. Esse enunciado eliminou a versão de que a responsabilidade dos avós seria meramente sucessiva, porque reafirma que é também complementar quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor [Resp. 804150 DF, DJ de 2.5.2006, Ministro Jorge Scartezini]. Os avós somente serão convocados subsidiariamente, ou seja, na falta dos pais. Porém, o conceito de falta dos pais foi ampliado e não se restringe exclusivamente à ausência física do provedor natural, mas, sim, quando sua presença é inócua para os fins alimentares. A reiterada e injustificada contumácia paterna no cumprimento do dever de alimentos os filhos, que se prova por inúmeras execuções frustradas, quer na forma do artigo 732, do CPC, quer pelo sistema de prisão [artigo 733, do CPC], é uma evidência da falta que obriga o neto a se dirigir aos avós em busca dos alimentos recusados.

Nunca é demasiado lembrar que o filho deve propor ação contra o pai, porque a ele incumbe, com primazia, a responsabilidade de criar e sustentar a prole, o que elimina o dever dos demais parentes [artigos 1591 e 1594, do CC]. Caso o pai esteja ausente [artigo 22, do CC], foragido, preso, desaparecido, ou em lugar incomunicável e de difícil acesso [no estrangeiro], admite-se que a ação possa ser promovida diretamente contra os avós. Nada impede que o filho, diante da notória incapacidade econômica do pai, ingresse com ação contra o pai e os avós, sendo que não se recomenda ao juiz excessivo rigor na análise da aptidão da inicial, porque quem postula não pode esperar que se defina, previamente, a titularidade passiva. Magistrado que atua com prudência deve aceitar a inicial, fixar alimentos provisórios [artigo 4º, da Lei 5478/68] e aguardar as provas sobre a plena capacidade de o pai sustentar o seu filho, pois, se isso for demonstrado, será lícito excluir os avós da lide, como orienta CARLOS ROBERTO GONÇALVES: “a ausência de prova inequívoca da capacidade econômica do pai é matéria de mérito, devendo, pois, ser verificada durante a instrução do processo, e não ser indeferida a pretensão início

litis ou no despacho saneador”³⁷.

Existe solidariedade passiva entre os avós? Não, inclusive porque a solidariedade não se presume, diz o artigo 265, do Código Civil. Existe solidariedade passiva para aqueles que responderão pelos alimentos perante os idosos, nos termos do artigo 12, da Lei 10.741/03 [Estatuto do Idoso].

Os avós respondem de forma proporcional, isto é, nos limites da capacidade econômica de cada qual. O próprio STJ, em exame do artigo 1698, do CC, reconheceu não existir solidariedade, apesar da expressão “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos” [Resp. 658139 RS, DJ de 13.3.2006, Ministro Fernando Gonçalves]. O que esse sistema de proporcionalidade estimula é a formação de litisconsórcio obrigatório simples, recomendando-se que se incluam, na lide, os demais avós, para que a sentença decida a responsabilidade de cada qual, diluindo entre os avós [paternos e maternos] os devidos encargos diante do neto que precisa de sustento. Os juízes são responsáveis pela segurança e celeridade do processo [artigo 125, I e II, do CPC] e deverão agir de ofício para que os demais avós sejam incluídos rapidamente na lide, mesmo que sinais indiquem que um dos avós já esteja cumprindo seu encargo, com destinação de moradia para o neto. Cumpre fixar os alimentos provisórios e mandar citar os demais, para que os interesses da criança não se prejudiquem diante dessas estratégias processuais, até porque as chances de um maior provisionamento para o reclamante serão maiores diante de um maior número de coobrigados habilitados para a prestação.

Recomenda-se que se forme o quadro passivo completo, ainda que persista dúvida sobre não ter um dos avós potencialidade econômica de suportar o encargo, porque se o processo for sentenciado com esse resíduo de questionamento, poderá ser anulado em Segundo Grau e retroceder para que se constitua integralmente o litisconsórcio. O ideal é que todos os avós se façam presentes e, na sentença, defina o juiz, sem risco para o prazo razoável do processo, a proporcionalidade adequada de cada um.

Outra questão especial na prestação de alimentos pelos

avós está relacionada com o arbitramento [artigo 1694, § 1º, do CC], sendo recomendável transcrever o que afirmou JOSÉ ROBERTO PACHECO DI FRANCESCO³⁸, experiente Advogado: “A fixação da obrigação alimentar é questão de fato, sujeita, portanto, ao prudente critério da autoridade judiciária. Todavia, o juiz, ao fixá-la, deve atender a certos elementos fáticos, como a idade, a saúde, a condição social do alimentado e sobretudo sua aptidão para exercer uma atividade profissional. De outro lado, o magistrado, ao analisar as possibilidades econômicas do alimentante, deve por igual considerar não apenas os seus ganhos mensais, mas também o patrimônio, a atividade e qualificação profissional, e principalmente, os sinais exteriores de riqueza”.

Os alimentos são fixados de acordo com a necessidade de quem pede, sendo que, se o montante do necessário não estiver inserido na capacidade do alimentante, “a pensão deverá ser fixada no limite da possibilidade deste, ainda que aquela necessidade não seja inteiramente satisfeita”, orienta SÍLVIO RODRIGUES, que, em seguida, esclarece: “do mesmo modo, se as necessidades do alimentado, com todos os seus requintes, forem satisfeitas sem que se absorvam as possibilidades do devedor, a pensão deverá ser fixada no montante daquelas, sem onerar mais do que o necessário, o obrigado. Imagine-se, apenas para exemplificar, que as necessidades do alimentado, incluindo estudo, médico, roupas, lazeres, viagens, recreio, etc. montem a 100. É nesta cifra que deve ser fixada a pensão, embora o alimentante tivesse a possibilidade de dar 1.000. Por que, quando se fala em obrigação alimentícia, está se cogitando de uma prestação assistencial e não de partilha de patrimônio”.³⁹

Com esses parâmetros e sempre atento para as dificuldades naturais dos avós, pessoas idosas, o juiz atuará de maneira a responsabilizá-los, em proporção, na medida justa das necessidades do neto, sopesando a possibilidade de cada um. Evidente que o idoso, assim considerada a pessoa com idade superior a 60 anos, é digno de proteção especial [artigos 2º e 3º, da Lei 10.741/03], o que não significa exclusão de sua responsabilidade diante dos netos que

38 “Aspectos da obrigação alimentar”, *Revista do Advogado AASP*, n. 58, p. 109.

39 *Direito Civil Aplicado*, vol. 1, p. 45.

esperam dele o auxílio indispensável, exatamente porque a ordem jurídica também privilegia os menores, nos termos da Lei 8069/90, artigos 2º e 4º. O que o confronto dessas leis indica, diante da neutralidade do artigo 229, da CF, é que a criança está situada em um degrau acima do patamar de equilíbrio, notadamente por não contar com os pais para sustentá-la, o que conduzirá o juiz a definir o direito do neto como preponderante, na forma do artigo 227, da CF. O arbitramento do quantum, contudo, deverá atender para a particular situação do avô idoso, observando o valor necessário para as despesas fundamentais do alimentado.

Tudo é relativo nas ações judiciais, pois as particularidades dos casos concretos surpreendem. Na experiência de juiz, em Segundo Grau, examinei, como relator, hipótese em que figurava no pólo passivo um rico avô paterno, do tipo dominador dos próprios filhos e que surgiu no cenário das provas como homem mão aberta para os netos, filhos dos filhos que permaneciam sob seu jugo profissional, e, ao inverso, perdulário para duas netas que ficaram sob a guarda da mãe, quando ocorreu a separação do casal. O pai das meninas alegava impossibilidade de arcar com o valor que as filhas pediam, porque ganhava um salário mínimo como empregado da fazenda do pai e, por isso, foi postulada a complementação. O julgamento foi de obrigar o avô a acrescentar a verba necessária para que as duas postulantes alcançassem o mesmo *status* dos netos favorecidos pela distribuição voluntária da renda, para que se mantivesse a igualdade que o provedor instituiu pelo estilo singular na administração dos interesses da família. Nem sempre, pois, o avô figura no processo como parte hipossuficiente.

7. Os alimentos e o dever de prestar contas.

A lei concede todos os seus favores ao credor e reserva para o devedor somente o rigor das sanções. Não se critica o esquema de facilitação do cumprimento da obrigação, até porque o direito de conservação da vida garantido pelos alimentos não poderá claudicar diante do inadimplemento. Quando o devedor é assalariado, seja do sistema público ou do regime privado, procede-se ao desconto em folha, uma medida racional e eficiente [artigos 16, da Lei 5478/68 e 734, do CPC]. O valor devido poderá ser deduzido de alugueres

ou outros rendimentos, inclusive da verba do FGTS, porque, apesar de sua natureza indenizatória, constitui um patrimônio que poderá ser comprometido para saldar a dívida do alimentado [artigo 17, da Lei 5478/68]. O devedor submete-se ao processo de execução por expropriação de bens, inclusive com penhora *on line* [artigo 732, do CPC] e por meio de coerção da liberdade pela prisão civil [artigos 733, § 1º, do CPC e 5º, LXVII, da CF], sendo que se aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica [artigo 50, do CC] para evitar que o devedor empresário fique descapitalizado [patrimônio pessoal] por incorporar seus bens em sociedades empresárias que controla. Na Argentina, pela disposição do artigo 376 bis, do Código Civil, é possível proibir o direito de visita para o alimentante que não paga alimentos, segundo EDUARDO A. ZANNONI.⁴⁰

O alimentante poderá fiscalizar ou exercer algum tipo de controle quanto ao critério que o alimentado utiliza para administrar o quantum pago? Em princípio, não. Sendo os alimentos consumíveis e irrepetíveis, o devedor ou se conforma com a conduta do alimentado ou exerce ação do artigo 1699, do CC [revisional para diminuir ou pedido de exoneração] em caso de comportamento incompatível com o dever de necessidade. Não se poderá exigir prestação de contas e seria um absurdo admitir isso em alimentos prestados entre ex-cônjuges e ou ex-companheiros, por constituir uma invasão indevida [ingerência econômica] na vida das alimentadas. Também em relação aos filhos maiores, que são independentes e livres para gerenciamento dos valores destinados para conclusão de cursos universitários ou profissionalizantes, cabe ao alimenta pleitear a exoneração em constatando que o filho não aplica os rendimentos para a causa da obrigação complementar que presta.

O problema surge em relação aos filhos menores, credores de prestações [algumas vultosas], porque nem sempre a mãe, a quem a guarda foi confiada, administra, com eficiência e honestidade, os valores pagos. Há um princípio jurídico que se segue e que informa não terem os pais responsabilidade pela administração dos bens dos filhos, a não ser que ajam com culpa e, por isso, não estariam, em regra, obrigados a prestar caução, nem a lhe render contas. Esse enunciado decorre do artigo 1689, II, do CC, que outorga poder de

administração dos bens dos filhos, pelo exercício do poder familiar e está centrado na presunção de que a aplicação dos recursos se fará em proveito e no interesse dos menores.

É de se observar que a ação do artigo 914, do CPC, possui objeto definido e direcionado à constituição de título executivo, seja de crédito ou de débito [artigo 919, do CPC]. A ação de prestação de contas é apropriada para resolver litígios derivados de relações de direito material em que surgem dúvidas sobre a licitude de administração de bens ou valores, de modo que a cognição que se abre aos litigantes permite devassar essa contabilidade para apurar, pelo balanço mercantil, o *quantum debeatur* que surge quando as contas não zeram. Portanto, a ação de prestação de contas não é destinada a produzir prova de irresponsabilidade ou má administração de bens de menores, mas, sim, confirmar esse estado fático para constituir um título executivo. Daí o pronunciamento do colendo STJ [Resp. 985061 DF, DJ de 16.6.2008, Ministra Nancy Andrighi], cuja parte da ementa transcrevo:

“A situação jurídica posta em discussão pelo alimentante por meio de prestação de contas não permite que o Poder Judiciário oferte qualquer tutela à sua pretensão, porquanto da alegação de que a pensão por ele paga não está sendo utilizada pela mãe em verdadeiro proveito à alimentada, não subjaz qualquer vantagem para o pleiteante porque: (i) a já referenciada irrepetibilidade dos alimentos não permite o surgimento, em favor do alimentante, de eventual crédito; (ii) não há como eximir-se, o alimentante, do pagamento dos alimentos assim como definidos em provimento jurisdicional, que somente pode ser modificado mediante outros meios processuais, próprios para tal finalidade”.

O enunciado é adequado casuisticamente e servirá para re-frear o ímpeto dos alimentantes que dão “o que lhes sobram” ou “o supérfluo”, como anotou MARCO AURÉLIO S. VIANA⁴¹ e que, ainda assim, por razões socialmente inaceitáveis ou moralmente reprováveis, pretendem, com questionamentos vis, intervir na escolha administrativa da ex-esposa ou ex-companheira, mãe de seu filho ou filhos. Na imensidão de casos similares, quase sempre os valores

destinados pelos pais mal dão para cobrir as despesas fundamentais, e seria um contra-senso legitimar os alimentantes para, em nome próprio, exigir que as guardiãs prestem contas dos verdadeiros milagres que realizam na administração dos valores. Concorde-se que esse poder de fiscalização deverá ser exercido pelas vias adequadas, reservando-se ao pai insatisfeito obter a modificação de guarda, caso se confirme comportamento desidioso no cumprimento do artigo 1634, I, do CC. As iniciais deverão ser rejeitadas com apoio no artigo 267, VI, do CPC.

A dúvida surgirá na observância do precedente, que, diga-se, está lavrado com criteriosa fundamentação, como é peculiar dos acórdãos relatados pela eminente Ministra Nancy Andrighi, quando envolver uma prestação de valor significativo, cuja administração, pela mãe da criança, é motivo de justificada aflição do alimentante. Aliás, esse alimentante não deseja modificar a guarda do filho, por razões pessoais e do interesse do menor, e sequer está preocupado em diminuir o valor da pensão, devido ao interesse de preservar um adequado padrão de vida ao infante. Portanto, como ele deverá proceder, diante de todas essas circunstâncias, ao tomar conhecimento de que sua ex e mãe do seu filho, não está pagando a escola particular na qual o filho foi matriculado e o plano de saúde que lhe garante assistência à saúde?

Penso que a primeira resposta seria obrigar o alimentante a ingressar com ação para redimensionar a prestação, retirando os valores de educação [colégio] e saúde [seguro ou plano de saúde] do quantum destinado, para que o pai assumisse a responsabilidade por tais encargos, diminuindo, proporcionalmente, o valor destinado. É uma alternativa, sem dúvida. Ocorre que o pai não deseja isso, porque, se o fizer, deverá fazê-lo também em relação a outros itens da vida do filho, o que certamente o obrigará a decidir qual o melhor cardápio das refeições e os melhores fornecedores. Portanto, essa opção está fora de cogitação.

Assim, se não há como obrigar o pai a modificar a guarda ou alterar a prestação alimentar, cabe-lhe, como administrador dos bens do filho [artigos 1689, II e 1692, do CC] e seu representante [artigo 1634, V, do CC], promover, em nome do filho, ação de prestação

de contas contra a mãe, visando, pela confirmação dos desvios da finalidade dos bens do menor, a obrigar a administradora a devolver as quantias malversadas [mensalidades escolares, planos de saúde, etc], pretensão que é do interesse do Ministério Público fiscalizar, em caso de incapaz [artigo 82, I, do CPC]. A ação de prestação de contas poderá, em determinadas hipóteses, corrigir deformações que prejudiquem as aspirações dos alimentados, proporcionando, inclusive por meios de tutela antecipada [artigo 273, do CPC], que os vácuos abertos pela inadimplência das prestações de escolas e planos de saúde sejam imediatamente cobertos, impondo multas para que a mãe cumpra logo tais deveres e intervenções na conta bancária da gestora, como facultado pelo artigo 461, §§ 4º e 5º, do CPC. Enfim, a ação de prestação de contas não terá sua função desvirtuada e proporcionará completa satisfação aos projetos familiares, principalmente para o alimentado, que, com isso, recuperará seu patrimônio. Não convém excluí-la do rol das medidas judiciais possíveis para bem compor as questões de alimentos.

Portanto, é dever do juiz examinar as condições peculiares da *causa petendi* das ações de prestações de contas, sendo que deverá ser admitida quando seus desígnios estiverem afinados com o sentido de proteção dos menores, como dispõe o artigo 1920, do Código Civil de Portugal, conforme explica GUILHERME DE OLIVEIRA⁴², catedrático da Universidade de Coimbra:

“No que respeita à protecção dos bens dos menores, sublinho a importante lista de actos que os pais não podem praticar sem autorização prévia dos tribunais apesar de serem os representantes legais dos filhos menores (artigo 1889 do C.C.). Por outro lado, quando a administração que os pais fizerem for muito má, é sempre possível requerer ao tribunal as providências que parecerem adequadas, designadamente a prestação de informações sobre a administração, a prestação de contas, ou o pagamento de caução (artigo 1920 do C.C.). Em último caso pode ser decretada uma inibição do poder paternal no que se refere à gestão do patrimônio; nesse caso será nomeado um administrador dos bens do menor (artigos 1922 e 1915, n. 2, do C.C.)”.

O não cabimento de prestação de contas é uma regra não absoluta, e negar ao alimentante o acesso a esse instrumento, em situações em que o guardião utiliza a pensão alimentícia do filho menor para satisfazer seus gastos pessoais, seria admitir a imunidade pela improbidade na administração dos bens dos menores, o que é inconcebível, até por questões de política de combate ao crime.

8. A tutela antecipada para alimentos provisórios na ação de investigação de paternidade.

SÍLVIO RODRIGUES⁴³ admite que as inovações do processo civil, para fins de dar celeridade às ações de alimentos, buscaram “amparar o litigante mais fraco”, o que não impediu de advertir sobre o perigo de, a pretexto de agilizar os processos, prejudicar o formalismo abonador da segurança do processo justo. É mister que os juízes imprimam dinâmica compatível com a necessidade do alimentado, sem, contudo, ofender os princípios informadores do devido processo legal [artigo 5º, LV, da CF], sendo que um dos desafios nessa busca do ponto exato reside na antecipação de tutela [artigo 273, do CPC] nas ações de investigação de paternidade [Lei 8560/92 e artigos 1605 e 1606, do Código Civil], em virtude da eficiência do exame DNA para decifrar o vínculo biológico de pais e filhos.

Como é notório, o juiz não está autorizado a conceder alimentos provisórios sem prova do parentesco, o que obsta que se conceda a quem reivindica a paternidade, os alimentos que são indispensáveis, competindo aguardar a sentença para que sejam fixados retroativamente à citação [Súmula 277, do STJ]. Porém e em virtude do artigo 232, do CC, que estabelece a presunção de paternidade em caso de o réu se recusar a participar do exame, surge a oportunidade de adiantar os alimentos por conta do instituto da tutela antecipada, uma das importantes alterações do sistema processual. Convém anotar que, no caso de o réu concordar em realizar o teste e ser confirmada a paternidade, cabe ao juiz, se isso lhe for requerido, aplicar o artigo 273, do CPC, em qualquer fase do processo e conceder os alimentos provisórios, porque existe a verossimilhança do direito e a prova inequívoca do direito deduzido pelo alimentado. Na hipótese

de o autor da ação exibir exame positivo de DNA, realizado em “laboratório conceituado”, na expressão de JOÃO BATISTA LOPES⁴⁴, está autorizada a antecipação de tutela. Sendo confiável a prova da paternidade, os alimentos provisórios constituem direito do filho, sendo prudente, porém, respeitar a bilateralidade da audiência, ou seja, ouvir o réu antes de decidir [artigo 5º, LV, da CF] “salvo quando a citação prévia puder colocar em sério risco a eficácia da medida”, lembra EDUARDO ARRUDA ALVIM.⁴⁵

Dúvidas, no entanto, surgem quando o réu frustra, com sua ausência, o exame e a própria descoberta da verdade real sobre a filiação.

O meu ilustre colega, Desembargador ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO⁴⁶, lembra, com inteira razão, que a recusa do réu em fornecer material para confronto da herança genética não é, por si só, prova cabal da paternidade, mas, sim, uma presunção a ser convalidada no cotejo das demais provas colhidas na instrução. Embora verdadeiro, o enunciado não pode desencorajar os juízes que serão chamados a decidir as antecipações de tutela diante da insubmissão do réu, exatamente porque estão julgando matéria que implica conservação da vida do alimentado, uma questão de dignidade humana [artigo 1º, III, da Constituição Federal]. Considera-se, para fins do artigo 273, do CPC, que a recusa do réu em participar do exame transcende o aspecto de direito material [paternidade] para se situar em esfera de abuso de direito processual, o que é, igualmente, um fenômeno de peso para subsidiar antecipações [inciso II, do mencionado artigo 273]. Resulta que nada obsta que se concedam alimentos provisórios, com apoio na paternidade alegada que se transformou em fato verossímil diante da recusa do réu em submeter-se ao exame de DNA.

A experiência em lides do gênero permite afirmar que os réus justificam a falta com as mais variadas e estapafúrdias desculpas, o que, a meu juízo, somente confirma o abuso de defesa [deslealdade, falta de empenho e cooperação com o Judiciário e propósito

44 *Tutela Antecipada*, 3ª edição, p. 61.

45 *Antecipação da tutela*, p. 225.

46 “A investigação de paternidade, a recusa ao DNA e os arts. 231 e 232 do CC/2002”, in *Aspectos Converteidos do novo Código Civil*, p. 56.

protelatório]. Não vou aconselhar que se fechem as portas de uma segunda oportunidade para que o exame se realize, por ser providencial a confirmação genética da paternidade, embora não custe recomendar que se faça isso obrigando o faltoso a pagar as despesas da outra parte para sua locomoção, nos termos do artigo 18, do CPC. Todavia, o incidente não pode servir para obscurecer o direito de o investigante obter, com base nos efeitos do artigo 232, a tutela antecipada para fins de fixação de alimentos provisórios, pela independência das situações.

A falta do réu ao exame, sem motivos plausíveis, produz, contra ele, conseqüências imediatas e desfavoráveis, robustecendo a alegação de paternidade, de modo que, se a defesa não contar com uma contra-prova que elida essa presunção prevista no artigo 232, do CPC, cabe ao juiz, desde que provocado, agir com presteza quanto à preservação dos direitos aos alimentos, para evitar que o comportamento instável do presumido pai continue sacrificando a consagração do direito do autor.

REFERÊNCIAS

- Alvim, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. Juruá. PR. 2008.
- Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. EJE. Buenos Aires. 1967.
- Bevilaqua, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Livraria Francisco Alves. RJ. 1941.
- Bittencourt, Edgard de Moura. *Alimentos*. EUD. SP: 1974.
- _____. *Guarda de filhos*. EUD. SP. 1977.
- Brutau, José Puig. *Compendio de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona. 1991.
- Carneiro, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. Imprensa de J.G. de Sousa Neves. Lisboa. 1867.
- Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Saraiva. 2006.
- Coltro, Antônio Carlos Mathias. A investigação de paternidade, a recusa ao DNA e os arts. 231 e 232 do CC/2002, in *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, coordenação de Arruda Alvim. RT. 2003.

Cordeiro, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Livraria Almedina. Coimbra. 2004.

Cruz, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*. Forense. RJ. 1961.

De Cupis, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Livraria Moraes. Lisboa: 1961.

Di Francesco. José Roberto Pacheco. Aspectos da obrigação alimentar. *Revista do Advogado*, n. 58. AASP. Março/2000.

Diniz, Maria Helena. Cessação do dever de prestar alimentos, in *Grandes Temas da Atualidade – Alimentos*, vol. 5, coordenador Eduardo de Oliveira Leite. Forense. RJ. 2006.

Espinola, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Editora Conquista. RJ. 1957.

Farias, Cristiano Chaves de e Nelson Rosenvald. *Direito das Famílias*. Editora Lumen Juris. RJ. 2008.

Freitas, Augusto Teixeira de. *Promptuário das leis civis*. Instituto Typographico do Direito. RJ. 1876.

Garcez, Martinho. *Do Direito da Família*. Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. RJ. 1914.

Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Saraiva. 2005.

Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. “A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar”, in *Revista do Advogado* n. 98. AASP. Julho de 2008.

Leite, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. RT. 1994.

Lopes, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil: execução civil e processo cautelar*. Atlas. SP: 2008.

_____. *Tutela Antecipada*. RT. 2007.

Loureiro, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. B.L. Garnier. RJ. 1884.

Mattia, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais, in *Estudos de Direito Civil*, coordenador Antônio Chaves. RT. 1979.

Oliveira, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros, in *Alimentos no Código Civil*, coordenação de Francisco José Cahali e Rodrigo da Cunha Pereira, Saraiva & IBDFAM: 2005.

Oliveira, Guilherme de. *Protecção dos filhos Protecção Familiar*, in *Temas de Direito da Família*. Coimbra Editora. Coimbra. 2001.

Pereira, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Livraria Freitas Bastos. RJ. 1945.

Pereira, Sergio Gischkow. A transmissão da obrigação alimentar, in *Grandes Temas da Atualidade – Alimentos*, vol. 5, coordenação de Eduardo de Oliveira Leite. Forense. 2006.

Pereira, Tânia da Silva. Dos alimentos: direito do nascituro e os alimentos no estatuto da criança e do adolescente, in *Alimentos no novo Código Civil*, coordenação de Francisco José Cahali e Rodrigo da Cunha Pereira. Saraiva & IBDFAM. SP. 2005.

Rocha, M.A. Coelho da. *Instituições de Direito Civil Português*. Livraria Clássica. Lisboa. 1907.

Rodrigues, Silvio. *Direito Civil Aplicado*. Saraiva. 1981.

_____. *Direito Civil – Direito de Família*. Saraiva. 2004.

Silva, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil Comentado*, coordenação da própria. Saraiva. 2008.

Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora. Coimbra. 1995.

Tartuce, Flávio e José Fernando Simão. *Direito Civil: concursos públicos*. Método. SP. 2006.

Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*, tradução de Luis Martinez-Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1967.

Varela, João de Matos Antunes. *Dissolução da sociedade conjugal*. Forense. RJ. 1980.

Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. Atlas. SP. 2006.

Viana, Marco Aurélio da Silva. Dos alimentos, in *Estudos de Direito Civil*. Saraiva. 1986.

Zannoni, Eduardo A. *Derecho de familia*. Astrea. Buenos Aires. 1978.

Zuliani, Ênio Santarelli. Alimentos para filhos maiores, in *Grandes Temas da Atualidade – Alimentos*, vol. 5, coordenação de Eduardo de Oliveira Leite. Forense. RJ. 2006.

Atualização da Constituição e mutação constitucional (art. 52, X da Constituição)

EROS ROBERTO GRAU

Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da USP. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor Honoris Causa da Université Cergy-Pontoise (França), da Université du Havre (França) e da Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina). Professor da Université Paris 1 [Panthéon-Sorbonne] [2.003-2.004], da Université de Montpellier I [1996-1998] e da Université du Havre (2009). Doutor em Direito e Livre Docente pela USP.

01. Na Reclamação 4.335, em que se debate matéria atinente a progressão de regime em crimes hediondos, relator o Ministro Gilmar Mendes, proferi voto-vista para examinar o tema da atualização da Constituição e das mutações constitucionais. A reprodução desse voto, que passo a proceder, poderá ser útil na medida em que encerra algumas observações de caráter doutrinário. Votos proferidos nos tribunais se perdem nos acervos de jurisprudência, sua publicação em revistas jurídicas pode eventualmente preservá-los.

02. Uma das marcantes oposições que se manifestam no bojo do direito é a que se põe entre a necessária tutela da segurança jurídica e da liberdade individual, de um lado, e a função da interpretação no desenvolvimento do direito, de outro. Dizendo-o na síntese de PAOLO GROSSI¹, são duas as forças que, em direções opostas,

1 *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1.998, págs. 358-359.

percorrem o direito, uma tendente à rigidez, outra à elasticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam: a da [i] certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e a da sua [ii] contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o *texto* vincule o intérprete; esta demanda criatividade que pode fazê-lo ir além do *texto*. Essa oposição apenas poderá ser compreendida se nos dispusermos a admitir que texto e norma não se superpõem; que o processo legislativo termina no momento do *texto* --- a *norma* virá depois, produzida no bojo de um outro processo, a interpretação.

03. Aqui a segunda oposição, agora entre a *dimensão legislativa* e a *dimensão normativa* do direito. Uma, no processo legislativo; outra, no processo de produção normativa [= produção da norma, pelo intérprete²]. Da mesma forma, tratando-se da Constituição, a oposição se dará entre uma *dimensão constitucional textual* e sua *dimensão constitucional normativa*.

Mas esses dois momentos --- *o momento do texto* e *o momento da norma* --- não são expressivos de uma cisão na dinâmica jurídica, como se ela fosse divisível, como se a pudéssemos partir em distintos pedaços. Pois é certo que o texto é desdobrado, pelo intérprete, no momento da interpretação, de modo que o processo que o direito é, enquanto totalidade, aí não se interrompa; esse processo aí se completa. Ensina, a propósito, Tullio Ascarelli³:

“Il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione della quale è continuo collaboratore l’interprete e così ogni consociato ed appunto perciò vive nella storia ed anzi com la storia”.

Aqueles dois momentos compõem um só processo, o processo que o direito é, de sorte que se deve afirmar que ele é um dinamismo⁴.

2 Refiro-me ao intérprete autêntico, no sentido atribuído à expressão por KELSEN.

3 *Antigone e Porzia*, estratto dalla Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XXXII (1955), Fasc. VI, Giuffrè, Milano, 1.956, pág. 765.

4 Isso desejo afirmar: o direito é um organismo vivo. Um organismo contudo peculiar porque não envelhece, nem permanece jovem, visto ser contemporâneo à realidade. Vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.009, págs. 59-60.

04. O eminente Relator, jurista sensível à necessidade de adequação da Constituição ao devir social, em seu voto propõe se a promova no que tange aos efeitos das decisões do Supremo no exercício do controle difuso. E o faz extraindo o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Eis, pois, o que nos incumbe: verificar se no caso houve --- ou se não houve --- mutação constitucional.

05. Desejo inicialmente ponderar, no entanto, a procedência dos cuidados do eminente Ministro Relator. O crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil. Uma paz dotada de caráter temporário, na medida em que o dissenso entre particularismos antagonísticos é apenas mediado, superado pela conveniência --- o que, no direito, não consubstancia, a rigor, nenhuma mediação efetiva, nem suprassunção, mas justaposição conflitante⁵. Daí a multiplicação de conflitos que operam a transposição, para o âmbito do Judiciário, de antagonismos que se revestem de múltiplas aparências, insuficientes porém para ocultar suas raízes, plantadas na oposição de interesses historicamente bem definidos. As estruturas engendradas pela modernidade são insuficientes para nos elevar à eticidade (*Sittlichkeit*) hegeliana, permeada pela racionalidade como razão efetiva. De modo que, os particularismos opondo-se uns aos outros, profusamente, mas em última instância exibindo os antagonismos de classe, o observador arguto verificará que nos juízos singulares e nos tribunais são hoje travados, como se de um jogo e não de uma luta se tratasse, confrontos entre partes que consubstanciam uma manifestação própria da sociedade civil, as classes sociais. Dizendo-o de outra forma: o Judiciário é atualmente arena em que se joga a luta de classes.

5 Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 13ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.008, págs. 17-18.

Daí os cuidados do eminente Ministro Relator. É necessário que o Poder Judiciário cumpra adequadamente a missão --- autêntica missão de serviço público --- que lhe incumbe. Impõe-se a esta Corte também atuar proficientemente, viabilizando a fluente transformação da luta em jogo⁶. Então a oposição --- e como se vê bem vivermos em um mundo de oposições e confrontos, os particularismos afrontando os particularismos! --- então a oposição entre rigidez e elasticidade se manifesta. Nesse confronto, o eminente Relator opta por esta última.

06. A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?

Temo que essa seja uma questão que só possa e deva ser respondida de modo indubitável caso a caso. Não obstante, em outra ocasião⁷, pretendendo dar-lhe resposta, observei que, sendo a interpretação uma *prudência* [ela não é *saber puro*, separado do ser], haverá subversão do texto quando o intérprete autêntico produzir interpretante [= norma] não correta. A apuração dessa *subversão* também é [deve ser] objeto de uma *prudência*. O *interpretante* será *correto* quando --- a conclusão é de Aulis Aarnio⁸ --- [i] se insere no quadro [na moldura] do direito; [ii] o discurso que o justifica se processa de maneira racional; [iii] atende ao código dos valores dominantes. Penso poder dizê-lo, agora, de modo diverso.

Digo-o desde comentário colhido em Jean-Pierre Vernant⁹ a propósito da proximidade existente entre o discurso do direito e o discurso mítico: “O relato mítico, por sua vez, não é apenas, como o texto poético, polissêmico em si mesmo, por seus planos múltiplos de significação. Não está fixado numa forma definitiva. Sempre compor-

6 Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.008, págs. 158 e ss.

7 *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., pág. 218.

8 *Le rationnel comme raisonnable*, trad. par Geneviève Warland, L.G.D.J., Paris, 1.992, pág. 278.

9 *O Universo, os Deuses, os Homens*, trad. Rosa Freire d'Águiar, Companhia das Letras, São Paulo, 2.000, pág. 13.

ta variantes, versões múltiplas que o narrador tem à sua disposição, e que escolhe em função das circunstâncias, de seu público ou de suas preferências, podendo cortar, acrescentar e modificar o que lhe parecer conveniente. Enquanto uma tradição oral de lendas estiver viva, enquanto permanecer em contato com os modos de pensar e os costumes de um grupo, ela se modificará: o relato ficará parcialmente aberto à inovação”. Note-se bem que menciono uma proximidade, não uma identidade, entre os dois discursos, o mítico e o jurídico. A vinculação do intérprete ao texto normativo é muito maior, por certo, do que a do expositor do mito ao texto do mito.

Mas o que desejo neste passo enfatizar encontra-se em outra observação de Jean-Pierre Vernant¹⁰, essa a propósito da sujeição dos mitos a limitações coletivas bastante estritas: “... os trabalhos de Georges Dumézil e Claude Lévi-Strauss sobre o mito levaram a formular de modo totalmente diferente os problemas da mitologia grega: como ler esses textos, que alcance intelectual reconhecer-lhes, que estatuto eles assumem na vida religiosa? Acabou-se o tempo em que se podia falar do mito como se se tratasse da fantasia individual de um poeta, de uma fabulação romanesca, livre e gratuita. Até mesmo nas variações às quais se presta, um mito obedece a limitações coletivas bastante estritas. Um autor como Calímaco, quando, na época helenística, retoma um tema lendário para apresentar dele uma nova versão, não está livre para modificar à vontade os elementos desse tema e para recompor-lhe o roteiro a seu bel-prazer. Ele se inscreve numa tradição; quer se amolde a ela com exatidão; quer se afaste em algum ponto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público. Louis Gernet já o assinalou: mesmo quando parece inventar tudo, o narrador trabalha respeitando a linha de uma ‘imaginação lendária’ que tem seu modo de funcionamento, suas necessidades internas, sua coerência. Mesmo sem saber, o autor deve submeter-se às regras desse jogo de associações, de oposições, de homologias que a série de versões anteriores desencadeou e que constituem o arcabouço conceitual comum às narrativas desse tipo. Cada narrativa, para ganhar sentido, deve ser ligada e confrontada

às outras, porque, juntas, compõem um mesmo espaço semântico cuja configuração particular é como que a marca característica da tradição lendária” [grifei].

07. Passo do texto do mito ao texto normativo para verificar que a este se amolda o quanto Jean-Pierre Vernant afirmou a propósito do primeiro: o texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma; ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu bel-prazer; o intérprete se inscreve na tradição do texto --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma. Permito-me repetir o que afirmei em outra oportunidade¹¹, para dizer que a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido --- isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado --- é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. *Dimensão legislativa e dimensão normativa* do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. Nele se hão de harmonizar as duas forças a que refere Paolo Grossi, uma tendente à rigidez [a rigidez do texto], outra, à elasticidade [a criatividade da interpretação]. Tudo andarà bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.

08. Ocorre-me ainda lembrar que ao ler um texto na abertura de um colóquio sob o título “Deconstruction and the Possibili-

11

Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., pág. 32.

ty of Justice”, na Cardozo Law School, em 1.989, Jacques Derrida¹² afirmou: “Devo falar em inglês (...) porque me colocam uma espécie de obrigação ou uma condição imposta por uma espécie de força simbólica, ou de lei, numa situação que não controlo. Uma espécie de *pólemos* concerne, de imediato, à apropriação da língua: se ao menos desejo fazer-me ouvir, preciso falar na língua de vocês, devo fazê-lo, tenho de fazê-lo”.

Pois é exatamente disso que aqui tratamos. Se ao menos desejar fazer-se ouvir, o intérprete autêntico há de falar na, há de falar a língua do texto normativo. É dotado de legitimidade para, falando a e na língua do texto normativo, produzir normas e atualizar o direito. Mas essa legitimidade será dissolvida sempre que a língua do texto normativo for substituída por outra. Não se trata de afirmar que o intérprete autêntico tem legitimidade somente para repetir as palavras da lei, porém algo substancialmente diverso disso --- ele detém legitimidade para atuar plenamente no plano da dimensão normativa, para reproduzir o direito em sua *dimensão normativa*, fazendo-o porém na língua dos textos normativos.

09. Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.

10. A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas

que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto

[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]

a outro texto

[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].

11. Eis precisamente o que o eminente relator pretende tenha ocorrido, uma mutação constitucional. Pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no novo texto, a competência conferida ao Senado Federal --- competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação [= dever de dar publicidade] da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional. Essa peculiaridade se manifesta em razão da circunstância de cogitar-se, no caso, de uma situação de mutação constitucional. O eminente Relator não está singelamente conferindo determinada interpretação ao texto do inciso X do artigo 52 da Constituição. Não extrai uma norma diretamente desse texto, norma essa cuja correção possa ser sindicada segundo parâmetros

que linhas acima aponte. Aqui nem mesmo poderemos indagar da eventual subversão, ou não subversão, do texto. O que o eminente Relator afirma é mutação, não apenas certa interpretação do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição.

12. Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por Laband, mas do qual terá sido Georg Jellinek¹³ o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota Hsü Dau-Lin¹⁴, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema. Este não sendo o momento adequado para o que o Ministro Pertence chama de seminário, permito-me apenas neste ponto referir o estudo preliminar de Pablo Lucas Verdu¹⁵ à tradução espanhola do ensaio de Jellinek e a monografia da Professora Anna Candida da Cunha Ferraz¹⁶ sobre o tema. E proponho retermos, em síntese, a afirmação que linhas acima formulei: na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro.

13. Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a Jean-Pierre

13 *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster Y Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991.

14 *Mutación de la Constitución*, trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1.998, pág. 29.

15 Citada na nota 13.

16 *Processos informais de mudança da Constituição*, Editora Max Limonad, s/ indicação de local, 1.986.

Vernant para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação se mantém adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento.

14. O sentido atribuído pelo eminente Relator ao inciso X do artigo 52 da Constituição não é inusitado. Há alguns anos foi afirmado por Lúcio Bittencourt¹⁷. De resto, inúmeras circunstâncias esmiuçadas no voto do Relator --- circunstâncias que não me parece necessário aqui reproduzir ou reiterar --- indicam a efetividade da mutação. Tentarei ser objetivo.

15. Breve relato da nossa sessão plenária do dia 28 de março passado: julgamos algumas ADI's e alguns RE's; debatia-se depósito em dinheiro como requisito necessário ao exercício, pelo administrado, do direito ao recurso administrativo; julgamos inconstitucional a exigência, em mais de uma de suas manifestações; consta que no mesmo dia do julgamento, ao final da tarde, algum ou alguns contribuintes obtiveram o levantamento de depósitos que teriam anteriormente efetuado; se isso não for veraz, passa por ser na minha versão dos fatos; mas isso apenas se tornara possível, na realidade ou no conto que eu conto, porque a matéria à qual corresponderam os depósitos de que se tratava foi decidida em uma das ADI's; as decisões tomadas em RE's, atinentes a outra matéria, não aproveitarão os particulares senão quando, um dia, o Senado Federal vier a suspender a execução, no todo ou em parte, da lei que veicula a exigência de depósito... Um dia, no futuro...

Esse relato diz tudo. Quem não se recusar a compreender perceberá que o texto do inciso X do artigo 52 da Constituição é --- valho-me da dicção de Hsü Dau-Lin¹⁸ --- obsoleto.

16. A esta altura a doutrina dirá que não, que entre nós coexistem a modalidade de controle concentrado e a de controle difuso de constitucionalidade e que a nossa tradição é a do controle difuso,

17

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, Ministério da Justiça, Brasília, 1.997, pág. 145.

18

Mutación de la Constitución, cit., pág. 67.

atribuído à competência do Poder Judiciário desde a Constituição de 1.891. Que o Senado Federal participa desse controle a partir de 1.934, a ele competindo suspender, por meio de resolução, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Que o controle concentrado de constitucionalidade veio bem depois, inicialmente quando alterada a redação do artigo 101 da Constituição de 1.946 pela Emenda Constitucional n. 16/65, após em 1.988, com a incorporação ao nosso direito da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Que a decisão tomada no âmbito do controle concentrado é dotada, em regra, de efeitos *ex tunc*¹⁹; a definida no controle difuso, de efeitos *ex tunc* entre as partes. Que os efeitos da decisão em recurso extraordinário sendo *inter partes* e *ex tunc*, o Supremo, caso nela declare a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, remeterá a matéria ao Senado da República, a fim de que este suspenda a execução dessa mesma lei ou ato normativo. Que, se o Senado suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, agregará eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc* a essa decisão²⁰. Por fim a doutrina dirá que, a entender-se que uma decisão em sede de controle difuso é dotada da mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, nenhuma diferença fundamental existiria entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade.

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.

17. Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da

19 A exceção está prevista na Lei 9.868.

20 Vide LENIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Forense, 2ª ed., 2004, págs. 479 e ss.

execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.

Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.

18. Ainda outra indagação será neste passo proposta: poderia o Poder Legislativo, no que tange à decisão a que respeita a Reclamação n. 4.335, legislar para conferir à Constituição interpretação diversa da definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.959, quando considerou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 [a chamada Lei dos crimes hediondos]?

Entendo que não.

As árvores judiciais --- como observa Karl Loewenstein²¹, referindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos --- as árvores judiciais de ordinário não alcançam o céu. Poderíamos, diz ele, por conta da posição superior que a Suprema Corte de fato ocupa na dinâmica constitucional, chegar facilmente à conclusão de que ao seu poder não se colocam limites. Esta suposição é no entanto incorreta. Foram tomadas providências para que também as árvores judiciais não alcancem o céu. Diz o texto de Loewenstein²², em tradução livre:

“Importante limitação do poder do Tribunal Supremo encontra-se na possibilidade de o Congresso posteriormente, por meio de uma lei corretiva, revogar os efeitos de certa decisão. É importante frisar que aqui se trata apenas daqueles casos nos quais o Congresso não está de acordo com a interpretação dada pelo Tribunal Supremo a um texto normativo; aqui não

21

Verfassungsrecht und Vefassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin, 1.959, pág. 427.

22

Ob. cit., págs. 429-430.

se trata de modo algum dos casos onde o Tribunal Supremo decidiu pela inconstitucionalidade, seja por que o Congresso não tem absolutamente competência para promulgar a lei ou porque há contradição entre a lei e uma norma constitucional. [...] Correções de decisões do Tribunal Supremo por leis posteriores são muito freqüentes, de modo que podemos falar em um jogo de xadrez entre Congresso e Tribunal, onde o movimento do Congresso dá xeque-mate ao Tribunal. Essas reações do Congresso contra decisões que lhe parecem intragáveis mostram-se ainda mais interessantes se consideramos que, repetidas vezes, o Presidente acudiu o Tribunal exercendo o poder de veto para evitar as correções. Isto aconteceu, por exemplo, em relação à existência de petróleo na costa. O Tribunal Supremo inicialmente definiu que o petróleo além da linha da maré baixa pertencia à União (*United States v. California*, 332 U.S. 19, 1947). O Congresso por sua vez, sob influência de uma batalha publicitária extraordinariamente cara, sustentada pelos representantes dos interesses petroleiros dos Estados-membros, promulgou duas vezes leis que definiam pertencerem, as reservas de petróleo, aos Estados-membros. O então Presidente Truman vetou estas duas leis (1946 e 1952). Posteriormente o Presidente Eisenhower, cumprindo uma promessa de campanha eleitoral aos seus financiadores republicanos, não colocou empecilhos à terceira lei (*Submerged Lands Act* de 1953). [...]

Desde a Segunda Guerra (até 1958) verificam-se não menos do que vinte e um casos deste tipo, nos quais o Congresso, por lei posterior, corrigiu decisões do Tribunal Supremo que o desagradavam, seja por motivos técnicos, seja por motivos políticos ou outras razões. Entre eles encontravam-se dois casos nos quais o Tribunal Supremo defendeu a preservação de direitos fundamentais. Causou comoção o enfraquecimento de uma decisão (*Jenckes v. United States*, 353 U.S. 657, 1957) que possibilitou, por lei

posterior, em 1957, o exame dos documentos de um acusado em processo político mantidos em arquivos do Estado. O Congresso, em uma cadeia de casos, anulou a ampliação de competências federais; em contrapartida, em apenas um caso corrigiu uma decisão a favor da União. Na maioria dessas decisões trata-se ou de diferenças de interpretação, nas quais naturalmente o legislador tem a última palavra, ou de casos nos quais o Tribunal Supremo pretendeu proteger um determinado grupo social (especialmente em casos trabalhistas), indispondo-se com o Congresso, que ou não estava de acordo com a posição adotada, ou tomava a decisão como inconveniente ou economicamente não sustentável; ou, ainda, que temia que determinada decisão viesse a ensejar uma cadeia de processos subseqüentes. A possibilidade de que isso ocorresse é que, certamente, fez com que uma decisão do Tribunal Supremo (*Wong Yang Sung v. Mc Grawth*, 339 U.S. 33, 1950) --- que definiu como exigível também para a extradição de estrangeiros um procedimento segundo determinadas regras --- viesse a ser corrigida mediante a alteração do *Administrative Procedure Act* de 1946 (60 Stat. 239, 1946), que passou a dispor que essa exigência não era, no caso, necessária; essa alteração legislativa resultou em economia em relação ao custo de milhares de processos atinentes a mexicanos que se encontravam ilegalmente no país”.

19. Sei bem do perigo da importação de doutrinas jurídicas e exemplos estrangeiros para o e no debate sobre o direito brasileiro. Tenho insistido em que não existe o direito, existem apenas os direitos. E o nosso direito é muito nosso, próprio a nossa cultura. A ponto de afirmarmos a necessidade de uma antropofagia jurídica, à moda de Oswald de Andrade. A alusão ao texto de Loewenstein é porem, na hipótese, oportuna.

Diz ele: o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do

Supremo Tribunal Federal, exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu.

20. Vou dizê-lo de outro modo, em alusão às faculdades de estatuir e de impedir, para o quê recorro à exposição contida no capítulo VI do Livro IX d'*O espírito das leis*²³, de Montesquieu, sobre a distinção entre os poderes Legislativo e Executivo (*distinção* e não *separação* entre poderes --- não me cansarei de repeti-lo --- que disso jamais tratou o barão).

Distinguindo entre *faculdade de estatuir* --- o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem --- e *faculdade de impedir* --- o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro (isto é, *poder de veto*)²⁴ ---, entende deva esta última estar atribuída ao Poder Executivo, em relação às funções do Legislativo; com isso, o Poder Executivo faz parte do Legislativo, em virtude do direito de veto: “Se o Poder Executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do campo Legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes”²⁵. “O Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o quê seria despojado de suas prerrogativas”²⁶.

Bem se vê que Montesquieu faz alusão a faculdades --- de *estatuir* e de *impedir* --- do Legislativo e do Executivo. Mas desejo referir, agora, a faculdade de impedir, do Judiciário, exercida em relação a atos do Legislativo. Ele, o Judiciário, pode [= deve] impedir a existência de leis inconstitucionais. Aí --- atualizo Montesquieu --- como que um poder de veto do Judiciário. O Legislativo não poderá, nesta hipótese, retrucar, reintroduzindo no ordenamento o que dele fora extirpado, pois os braços do Judiciário nesta situação alcançam

23 Coleção *Os Pensadores*. v. XXI, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Editor Víctor Civita, 1973.

24 *Ob. cit.*, pág. 159.

25 *Idem*, pág. 159.

26 *Idem*, pág. 161.

o céu. Pode fazê-lo quando lance mão da *faculdade de estatuir*, atuando qual intérprete da Constituição, por não estar de acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a um texto normativo. Mas não, repito, quando aquele que estou referindo como *poder de veto do Judiciário* [= poder de afirmar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo] houver sido exercido.

21. Outra questão a ser imediatamente introduzida, anexa à anterior, diz com a impossibilidade de o Senado Federal permanecer inerte, da sua inércia resultando comprometida a eficácia da decisão expressiva do que venho referindo como poder de veto exercido pelo Supremo.

A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteiração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto --- voto dele, Relator --- e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

22. No caso, ademais, trata-se da liberdade de pessoas, cumprimento de pena em regime integralmente fechado. A não atribuição, à decisão do STF no HC 82.959, de força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional compromete o regime de cumprimento de pena, o que não se justifica a pretexto nenhum.

Por isso julguei procedente a reclamação.

Constituição e Soberania: o caso brasileiro*

FÁBIO KONDER COMPARATO

Para que possamos compreender, ou seja, apreender em sua totalidade, o sentido de Constituição, é indispensável enxergar o nascimento e a evolução do conceito ao longo da História. É mister saber quando, como, onde e por que as instituições a que ele se refere surgiram e se integraram, evolutivamente, na vida dos povos.

Sem esse indispensável trabalho de reflexão histórica, é impossível compreender a vida política de nosso país, nesses vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

I - O que é Constituição

Há dois momentos históricos decisivos a considerar: o do esplendor da filosofia grega, entre os séculos V e III a.C., e o da deflagração das Revoluções americana e francesa ao final do século XVIII.

* Exposição apresentada à XX Conferência Nacional dos Advogados.

O sentido de constituição política até a época moderna

Para os pensadores gregos da época clássica, o vocábulo *politéia* tinha um duplo significado¹. Ele designava, de um lado, o que poderíamos denominar *cidadania*, isto é, a participação ativa de alguém na vida da *polis* e, de outro lado, a organização geral desta sob o ângulo do poder, isto é, os diferentes órgãos políticos.

Nessa última acepção, os pensadores gregos distinguem duas realidades inter-relacionadas: o direito ou as leis (*nomói*) e o poder político assumido pelos governantes (*arkhói*). Uma sociedade em que os homens no poder não obedeciam à lei, mas seguiam unicamente a sua própria vontade, não era considerada *politéia*, e sim um regime despótico, pois *despótes* era o chefe de família que dispunha de poder absoluto sobre parentes e escravos.

As principais dessas leis, as mais veneráveis dentre todas, não eram tidas como produto da vontade humana, mas sim herança sagrada dos antepassados. Tratava-se das *agraphói nomói*, as leis não escritas, às quais se referiu Antígona, ao justificar a sua desobediência às ordens de Creonte. As normas ditadas pelos costumes tradicionais, afirmou Aristóteles, têm mais autoridade e dizem respeito a matérias mais importantes do que as leis escritas². A legitimidade destas últimas, aliás, consistia justamente em sua conformidade com as outras, das quais eram simples especificações.

De qualquer modo, cada *pólis* tinha uma singularidade de território e de história; ou seja, de valores, costumes e tradições, os quais compunham um todo único e insubstituível. Foi nesse sentido que Isócrates definiu a *politéia* como a alma da *pólis*³, ou seja, o que ela tem de mais íntimo e original.

Montesquieu retomou a mesma idéia, ao falar de *espírito das leis*. Logo no capítulo 3 do livro I de sua obra máxima, ele esclarece ao leitor que “as leis devem ser relativas ao *físico* do país; ao clima glacial, tórrido ou temperado; à qualidade do território, à sua situação, ao seu tamanho; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores

1 Cf. Jacqueline Bordes, *POLITEIA dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Paris, Société d'Édition « Les Belles Lettres », '982.

2 *Política* 1287 b, 5 – 9.

3 *Aeropagita*, 14.

ou pastores; elas devem se relacionar ao grau de liberdade que a constituição pode admitir; à religião dos habitantes, às suas inclinações, às suas riquezas, ao seu número, ao seu tipo de comércio, aos seus costumes, às suas maneiras de vida. Por fim, as leis se relacionam entre si; elas se vinculam à sua origem, ao objetivo do legislador, à ordem das coisas a respeito das quais elas foram estabelecidas. É em função de tudo isso que elas devem ser consideradas”. E conclui: “É o que pretendo fazer nesta obra. Examinarei todas essas relações: elas formam, todas juntas, o que chamo de ***o espírito das leis***”.

Quanto a Rousseau, a sua concepção nesse particular harmoniza-se com a do mundo grego clássico. Embora aceite o postulado de um pacto fundador da sociedade política, tal como Hobbes, Locke e Montesquieu, o pensador genebrino empresta-lhe um sentido original e altamente simbólico: é uma espécie de batismo cívico, cujo efeito consiste em provocar a ressurreição do homem bom, do homem original do estado da natureza, pervertido pela sociedade moderna.

Não se trata, portanto, de criar uma sociedade nova, oposta às boas tradições, mas de recuperá-las. Nesse sentido, tal como os filósofos gregos, Rousseau sustenta que a mais importante de todas as leis é o conjunto dos usos e costumes. Trata-se de uma lei “que não se grava nem em mármore nem em bronze, mas nos corações dos cidadãos; a que faz a verdadeira constituição do Estado; que toma todos os dias novas formas; que, quando as demais leis envelhecem ou se apagam, as reanima ou as supre, conserva um povo no espírito de sua instituição e substitui, insensivelmente, a força do hábito à força da autoridade”⁴.

Em suma, a noção de constituição política, desde a Grécia clássica até meados do século XVIII, apresentava três características bem marcadas: 1) seguia as tradições e os grandes valores éticos dos antepassados; 2) exprimia-se, por conseguinte, mais sob a forma de normas costumeiras do que de leis escritas; 3) ajustava-se como uma luva às especificidades físicas e culturais da sociedade assim organizada; isto é, não podia, de forma alguma, ser transplantada para outro meio social.

Modernamente, essa organização tradicional dos poderes políticos subsiste em um reduzido número de países, notadamente no Reino Unido. Bolingbroke, contemporâneo de Montesquieu, definiu a Constituição britânica como “o conglomerado de leis, instituições e costumes, que decorrem de certos princípios imutáveis da razão e tendem a certos elementos imutáveis do bem público, compondo o essencial de um sistema, segundo o qual convencionou-se que a comunidade deve ser governada”⁵.

Foi contra essa concepção tradicional que se forjou, no ambiente revolucionário norte-americano e francês de fins do século XVIII, o conceito moderno de **Constituição**.

O sentido de Constituição nos tempos modernos

Desde a “crise da consciência europeia”, na passagem do século XVII ao século XVIII⁶, a cultura ocidental voltou as costas ao passado e passou a sustentar o dever geral de se reconstruir a vida social sobre novas bases, rumo a um futuro de progresso material e felicidade.

Essa confiança no porvir alcançou os Estados Unidos na segunda metade do “século das luzes” e preparou o caminho para a independência das 13 colônias britânicas. John Adams, por exemplo, um dos *Founding Fathers* da nação norte-americana, tinha plena convicção de que o mundo se encontrava no limiar de uma idade de ouro, e que, portanto, abria-se a possibilidade de se construir uma nova sociedade política de alto a baixo. A esse ato solene de fundação, deu ele o nome de *Constitution* (com maiúscula).⁷

O termo não agradou a Thomas Jefferson, que seguia nesse particular a tradição jurídica britânica. A respeito do ato normativo, que os representantes do povo de Virgínia denominaram Constitution, observou ele: “*In Jurisprudence, whenever it is applied to any act of the legislature, it invariably means a statute, law, or ordinance, which is the present case.*” Por conseguinte, concluiu, os membros do poder

5 *Dissertations on Parties*, em *Works*, ed. 1809, p. 157.

6 Refiro-me ao ensaio já clássico de Paul Hazard, *La crise de la conscience européenne – 1680-1715*, Paris, Fayard, 1961.

7 Cf. Page Smith, *The Constitution – A Documentary and Narrative History*, Nova York, Morrow Quill Paperbacks, 1980, capítulo IV.

legislativo de Virgínia, ao invés de dizerem “*We, the ordinary legislature, establish a constitution*”, deveriam ter dito “*We, the ordinary legislature, establish an act above the power of ordinary legislature*”; o que bem mostraria a incongruência do procedimento.⁸

Na verdade, a *Common Law*, nesta como em muitas outras matérias, restaurou as instituições e a própria terminologia do direito romano. Ulpiano, em conhecida passagem do Digesto (I, 4, 1), reconhece o que chamaríamos hoje a soberania do imperador, ao afirmar sem rebuços que “*quod principi placet, legis habet vigorem*” (o que apraz ao príncipe tem vigor de lei). Em consequência, prossegue, tudo o que o príncipe estatui por escrito, oralmente como decreto seu, ou por meio de edito “*legem esse constat*”. E conclui: “elas são o que vulgarmente denominamos constituições” (*haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus*).

De qualquer maneira, ao lembrar que um órgão legislador ordinário só tem competência para editar leis ordinárias, Jefferson pôs o dedo no ponto saliente do debate. Se a Constituição é uma *Magna Carta* fundadora de nova sociedade, ela só pode ser outorgada por aquele que exerce a soberania ou, pelo menos, deveria exercê-la. Sieyès dirá, alguns anos depois, às vésperas da Revolução Francesa, que a legitimidade de uma Constituição está estreitamente ligada à legitimidade daquele que exerce o poder soberano. “Seria ridículo supor”, escreveu ele, “a nação vinculada, ela própria, pelas formalidades ou pela constituição, às quais acham-se sujeitos os seus mandatários. Se lhe fosse necessário esperar, para tornar-se uma nação, uma maneira de ser *positiva*, ela jamais teria existido”.⁹

Na França, aliás, os revolucionários estavam tão convencidos de que acabavam de inaugurar uma nova era histórica, que não hesitaram em abolir o calendário cristão e substituí-lo por um novo, cujo Ano I iniciou-se em 22 de setembro de 1792, dia seguinte à data da instalação dos trabalhos da Convenção, a Assembléia Constituinte que abriu o regime republicano.

Antes disso, em agosto de 1789, quando a Assembléia Nacional reuniu-se para redigir uma declaração de direitos como espé-

8 *Political Writings*, Cambridge University Press, 1999, pp. 329/330.

9 *Qu'est-ce que le Tiers état?*, capítulo V.

cie de Novo Decálogo, um deputado do *Tiers Etat*, Duquesnoy, frisou o seu caráter universal:

“Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos.”

A reação dos tradicionalistas

Tais idéias suscitaram, desde logo, a reação irada dos tradicionalistas, de um e outro lado do Canal da Mancha.

Edmund Burke não poupou invectivas à Assembléia Nacional Francesa em sua louca pretensão de criar uma nova ordem jurídica, cortando todas as amarras com o passado. “Essa Assembléia, a partir do momento em que destruiu as ordens (*les Etats Généraux du Royaume*), já não conta com lei fundamental, convenção estrita, ou costume reconhecido algum para restringi-la. Em vez de se reconhecerem obrigados a respeitar uma constituição fixa, eles (os membros da Assembléia) têm o poder de fazer uma constituição conforme aos seus desígnios. Nada, no céu ou na terra, é capaz de controlá-los”¹⁰.

Joseph de Maistre, no mesmo diapasão, repudiou acrememente o atentado contra a natureza e o poder divino, perpetrado pelos revolucionários, ao votarem uma Constituição para a França. “Constituição alguma”, escreveu ele, “resulta de um ato de vontade (*une délibération*); os direitos dos povos não são jamais escritos, ou pelo menos os atos constitutivos ou as leis fundamentais escritas não passam de títulos declaratórios de direitos anteriores, dos quais não se pode dizer outra coisa, senão que eles existem porque existem”.

Profligando o caráter abstrato e universal das declarações de direitos nas Constituições francesas, ironizou: “A Constituição de 1795, tal como as suas irmãs mais velhas, é feita para o *homem*. Ora, não há homem no mundo. Em minha vida, vi franceses, italianos, rus-

sos etc. Sei até, graças a Montesquieu, *que se pode ser persa*¹¹: mas quanto ao homem, declaro que nunca o encontrei em toda a minha vida; se ele existe, eu o ignoro completamente” (“*s’il existe, c’est bien à mon insu*”).

Da mesma forma, “uma constituição que é feita para todas as nações, não é feita para nenhuma delas: é uma abstração, uma obra escolástica feita para exercer o espírito segundo uma hipótese ideal, e que é preciso dirigir ao *homem*, nos espaços imaginários onde ele habita.”

E retomando o raciocínio de Montesquieu, conclui, peremptoriamente:

“O que é uma constituição? Não é por acaso a solução do problema seguinte?

*Considerando-se a população, os costumes, a religião, a situação geográfica, as relações políticas, as riquezas, as boas e as más qualidades de uma determinada nação, encontrar as leis que lhe convêm.*¹²”

Na verdade, o repúdio à idéia de refundação da sociedade política por um ato criador solene, denominado “Constituição”, continuou a alimentar uma boa parte do pensamento europeu, e encontrou, no início do século XIX, um defensor de peso: Hegel.

Para o grande filósofo, assim como o Estado é um organismo vivo, da mesma forma a sua Constituição não pode ser tida como algo artificial e, portanto, suscetível de ser feita e desfeita à vontade. “A questão: a quem, a que autoridade – e organizada de que modo – compete *fazer uma Constituição* é a mesma que esta: quem tem de fazer o Espírito de um povo. Se se separa a representação de uma Constituição da do Espírito, como se bem existisse ou tivesse existido sem possuir uma Constituição à sua medida, tal opinião prova somente a superficialidade do pensamento sobre a coerência do Espírito, de sua consciência a respeito de si e de sua efetividade. O

11 Alusão às *Lettres Persanes* de Montesquieu, onde o narrador conta que a revelação de sua origem causava grande emoção entre os franceses: “Ah! ah! o senhor é persa? É algo muito extraordinário! Como se pode ser persa?” (*Oeuvres Complètes*, t. I, Gallimard, pp. 176/177).

12 Todas essas citações são extraídas do capítulo VI do opúsculo *Considérations sur la France*, que Joseph de Maistre fez publicar em 1797 em Moscou, onde se exilara.

que assim se chama *fazer* uma Constituição, em razão dessa inseparabilidade, nunca se encontrou na história, tampouco como *fazer* um Código de leis: uma Constituição *só se desenvolveu* a partir do Espírito, em identidade com o seu próprio desenvolvimento; e, ao mesmo tempo com ele, percorreu os graus necessários e as transformações através do Conceito¹³. É pelo Espírito imanente e pela história – é na verdade pela história e somente pela *sua* história – que as Constituições são feitas e foram feitas”.¹⁴

A síntese necessária

Após séculos de interpretação unilateral do fenômeno societário e da cultura como criação humana, o pensamento contemporâneo parece encaminhar-se hoje, convergentemente, para uma visão integradora das sociedades e das civilizações.

Prevaleceu, até o século XX, mesmo no campo das ciências sociais, o método cartesiano de decomposição do objeto do pensamento, ou seja, a divisão do todo em partes separadas, com o exame racional de cada uma delas de per si.

O método assim proposto adapta-se perfeitamente à análise de idéias abstratas, ou de realidades estáticas e inanimadas. Mas ele é inadequado à compreensão, isto é, ao ato de apreender conjuntamente (*cumprehendere*) a vida, em todas as suas modalidades. Os seres vivos e, em especial, os seres humanos, que são o que de mais complexo existe no universo, só podem ser compreendidos, na totalidade integradora do conjunto dos elementos que os compõem, mediante a consideração conjunta de sua dinâmica interna e sua funcionalidade externa. Em outras palavras, para que possamos entender qualquer elemento da biosfera, e em especial o homem e suas criações culturais, é indispensável enxergá-lo holisticamente (holos, na língua grega, é um advérbio que significa *em sua totalidade*); portanto, não apenas sob o aspecto estrutural, mas também funcional. Em vez de decompor as partes do todo e analisá-las separadamente,

13 O “conceito”, na filosofia hegeliana, indica o ser que atingiu a sua plenitude.

14 *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Terceira parte, § 540, Berlim, Akademie-Verlag, 1966, pp. 417/418. Essa concepção hegeliana de Constituição e de Código identifica-se, integralmente, com a da chamada Escola Histórica, que vicejou na Alemanha na primeira metade do século XIX, e teve como expoentes os juristas Gustav Hugo, Savigny e Puchta.

é preciso considerar a totalidade em sua organização completa, bem como entender o seu relacionamento com o mundo exterior; vale dizer, desvendar o seu organograma e o seu programa.

Uma vasta corrente de pensamento contemporânea propôs denominar sistema todo objeto que só pode ser apreendido pelo pensamento, conjuntamente, em sua estrutura holística e em sua realidade funcional. Num sistema, o todo é, em certo sentido, superior à soma de suas partes componentes, pois estas mantêm sempre, entre si, um relacionamento dinâmico, de tal sorte que, modificada qualquer das partes, modifica-se inevitavelmente o todo. Mas essa totalidade, assim organicamente estruturada, só cobra sentido quando vista, ela também, como parte de um todo maior, estruturado de modo orgânico, e dentro do qual ela exerce uma função determinada, e assim sucessivamente.

A teoria sistêmica foi concebida originalmente na biologia¹⁵; passou em seguida, com a cibernética (neologismo cunhado por Norbert Wiener do étimo grego *kybernetes*, piloto)¹⁶, para o campo dos organismos animais e dos mecanismos auto-regulados¹⁷, e, finalmente, para o ser humano, em toda a sua complexidade, individual e social.

Infelizmente, o método sistêmico de compreensão do Direito ainda não foi acolhido pela doutrina.

Essa carência teórica é bem sensível no campo do direito público, notadamente no ramo constitucional. O documento normativo denominado Constituição é interpretado como uma peça bastante em si mesma, sem ligação com a realidade política, e capaz de criar, por efeito de sua própria força imanente, um Estado de Direito perfeito e acabado.

Poucos dão-se conta de que, mesmo no país de origem das Constituições modernas – os Estados Unidos –, a Constituição

15 Cf. o ensaio pioneiro de Ludwig von Bertalanffy, *Der Organismus als physikalisches System betrachtet*, in *Die Naturwissenschaften*, 28 (1940), 521-531, capítulo 5. Cf. também *Das biologische Weltbild*, Berna, A. Francke SG. 1949. Bertalanffy é autor de uma teoria geral dos sistemas, *General System Theory – foundations, development, applications*, cuja edição revista foi publicada por George Braziller, 1968.

16 Da mesma forma, em latim *gubernator* é o timoneiro ou piloto; *gubernatio* designa a pilotagem.

17 O seu livro fundamental *Cybernetics: or, Control and Communication in the Animal and the Machine* foi publicado em 1948.

é aquilo que a Corte Suprema reconhece como tal; e ninguém pode ignorar que a orientação política dos magistrados que a compõem varia conforme a sucessão dos momentos históricos, em função da opinião pública dominante. Assim foi em relação ao problema da discriminação contra os negros, antes e depois da guerra civil; em relação ao perigo comunista, nos anos que imediatamente se seguiram à Segunda Guerra Mundial (o *mac-carthysmo*); assim foi em matéria de liberdades públicas, em seguida aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.

Logo após a Revolução Francesa, Joseph de Maistre dizia que a França achava-se dividida em dois países, o legal e o real, sem comunicação um com o outro.

Sem aceitar o evidente exagero dessa análise dicotômica, podemos e devemos reconhecer que em vários países convivem, numa relação dialética de influência recíproca, uma Constituição formal e uma Constituição informal. Nenhuma consegue anular a outra, mas há sempre uma delas que predomina¹⁸. Os juristas só enxergam a Constituição formal, enquanto os cientistas políticos têm olhos, tão-só, para a Constituição informal.

A Constituição formal volta-se para o futuro e pretende, em geral, inaugurar uma nova ordem política. Ao lado dela, porém, há sempre uma organização efetiva de poderes não oficiais, de costumes e tradições¹⁹, os quais evoluem sob o influxo da mentalidade social, isto é, do conjunto de valores éticos, das opiniões e da visão de mundo prevalentes.

Essa organização política não oficial representa, comumente, um freio à aplicação completa e efetiva da Constituição formal²⁰,

18 Em artigo pioneiro publicado em 1932 no *Archiv der öffentliches Rechts*, N.F. 22, pp. 27/53, *Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff*, o jurista chinês Hsu Dau-Lin salientou a grande omissão da doutrina alemã, anterior à Primeira Guerra Mundial, em analisar as Constituições informais, em razão do falso pressuposto de que o âmbito do direito constitucional restringe-se à Constituição escrita.

19 Foi só recentemente que, nos países de Constituição formal, a doutrina e a jurisprudência admitiram a vigência de normas constitucionais consuetudinárias.. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, pp. 861 e ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, primeira parte, § 14.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2ª ed., Munique, Verlag C. H. Beck, pp. 723/724; Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, P.U.F., 1997.

20 Numa crônica de 1878, Machado de Assis observa, a respeito do municipalismo no Brasil: "Os bons desejos de alguns ou de muitos não chegarão jamais a criar ou aviventar uma instituição, se esta não corresponder exatamente às condições morais e mentais da sociedade. Pode a instituição subsistir com as suas formas externas, mas a alma, essa não há criador que lha funda" (*Obra Completa*, Rio de Janeiro, Editora Nova Aguilar, vol. III, pág. 404).

mas tende a ser modificada por esta, se houver estabilidade política durante um tempo razoavelmente longo.

Pode também suceder – e é o caso do Reino Unido – que um país apresente, pelo menos em aparência, tão-só uma espécie de Constituição, formada de velhos costumes políticos, consagrados por longa tradição. Mas essa aparência é enganosa. Há sempre um movimento de transformação voltado para o futuro e tendente a alterar esta ou aquela tradição. No Reino Unido, aliás, já é bem clara atualmente uma duplicidade constitucional, com a progressiva incorporação, no ordenamento jurídico do país, das normas emanadas das instâncias superiores da União Européia, todas elas na linha da *Civil Law*.

Na verdade, as chances de longa vigência de uma Constituição formal dependem de um elevado grau de correspondência do seu texto com a organização real da sociedade, os valores e as visões do mundo que nela estão em vigor.²¹ A Constituição norte-americana pôde, assim, vigorar durante mais de dois séculos, porque correspondeu perfeitamente, quando de sua promulgação, ao caráter burguês predominante no meio social das treze colônias britânicas em fins do século XVIII. Mas o seu ponto principal de conflito com a organização real de poderes na sociedade – a afirmação das liberdades individuais contra a manutenção do instituto da escravidão – acabou por provocar a mais sangrenta guerra civil do século XIX, e ameaçou seriamente cindir o país em dois. Em sentido contrário, a Revolução Francesa não logrou transformar rapidamente o caráter estamental da sociedade e o seu apego atávico aos costumes feudais. Em pouco mais de meio século, de 1791 a 1848, o país teve nove Constituições, e oscilou várias vezes entre a monarquia e a república.

21 Numa crônica de 1878 sobre a idéia municipalista no Brasil, Machado de Assis observa. "Os bons desejos de alguns ou de muitos não chegarão jamais a criar ou aviventar uma instituição, se esta não corresponder exatamente às condições morais e mentais da sociedade. Pode a instituição subsistir com as suas formas externas, mas a alma, essa não há criador que lha infunda" (*Obra Completa*, Rio de Janeiro, Editora Nova Aguilar, vol. III, pág. 404).

II - Constituição e Soberania no Brasil

A permanente duplicidade constitucional

O problema central da organização do Estado brasileiro, segundo me parece, é que a síntese entre a Constituição formal e a informal jamais chegou a realizar-se de modo harmônico. Desde sempre, as Cartas Políticas têm desempenhado, entre nós, a função de encobrir, solenemente, a realidade efetiva do poder social.

O que agrava ainda mais esse quadro anômalo é que a duplicidade de ordenamentos constitucionais é raramente sentida e menos ainda denunciada.

Dois fatores explicam, a meu ver, esse resultado.

O primeiro deles é o traço marcadamente bovarista do caráter nacional. À semelhança da trágica personagem de Flaubert, procuramos fugir da realidade canhestra e atrasada em que estamos metidos, e que nos envergonha, de modo a sublimar na imaginação, para o país todo e cada um de nós em particular, uma identidade e condições ideais de vida, que fingimos possuir, mas que nos são de fato completamente estranhas. Ao longo de nossa história política, raríssimos têm sido os homens públicos, os movimentos ou as agremiações partidárias que ousam dizer-se de direita. Para nós, tal equivale a apresentar-se de modo abrutado e insolente numa recepção de alto nível. Se a moda em países civilizados é ser liberal, progressista ou democrata, não podemos deixar de copiar esse modelo.

O outro fator explicativo dessa situação quase esquizofrênica de nossa vida política é a tendência incoercível à ambigüidade. As palavras têm sempre, entre nós, um duplo sentido. Na linguagem política, todos sabem que os vocábulos empregados não devem ser interpretados em seu significado aparente e dicionarizado, mas indicam, costumeiramente, uma acepção encoberta. Qualquer pessoa minimamente arguta percebe, de imediato, quando está diante de senhas de linguagem. “Faremos o possível para evitar a crise” quer dizer “já estamos nela afundados”. “O partido decidiu emprestar sua colaboração ao governo empenhado no desenvolvimento nacional” indica que ambas as partes concluíram o contrato sinalagmático: o partido recebeu vantagens apreciáveis do chefe do Poder Executivo,

patrimoniais ou funcionais, e deu em troca a garantia de sempre votar com o governo.

Eis porque logramos a proeza de haver construído, desde a Independência, debaixo dos imprescindíveis ornamentos constitucionais, um liberalismo de senzala, uma república privatista e uma democracia sem povo.

Soberania de quem?

Aristóteles afirmou que as diferentes espécies de *politéia* distinguem-se, umas das outras, pelo titular do poder supremo (*kyrion*). Assim, uma *polis* é considerada democrática, quando o poder supremo pertence ao povo; oligárquica, quando, ao invés do *demos*, ou seja, da totalidade dos cidadãos, são apenas uns poucos (*oligói*) que comandam em última instância²².

Se nos servirmos desse critério para caracterizar a Constituição Federal de 1988, teremos muita dificuldade de chegar a uma conclusão que Espelhe a realidade. Se não, vejamos.

Repetimos, sem cessar, a declaração de princípio de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único).

Tomemos, porém, a primeira forma e mais usual de exercício da soberania popular nos tempos modernos: a representativa. O representante, mesmo em direito público, age por conta do representado; vale dizer, os poderes que o representante exerce não lhe pertencem, mas lhe foram delegados pelo povo, a quem ele deve prestar contas do exercício do mandato.

Pergunta-se: A aprovação da Constituição, ou de suas alterações, faz parte ou não do poder soberano?

É óbvio que sim, pois alguém que não tivesse competência para aprovar ou modificar o ordenamento supremo do Estado não poderia se apresentar como soberano. Ele teria que se curvar, necessariamente, à supremacia de outrem.

Os autores modernos e contemporâneos, aqui e alhures, salvo raríssimas exceções, passam como gatos sobre brasas ao tratar do poder constituinte. A explicação mais cômoda e generalizada é a de que o órgão legislativo ordinário exerce um poder constituinte derivado, ficando o poder constituinte original sempre com o povo.

Sucedo, porém, que se o representante não recebe poderes especiais do soberano, ele não pode tocar na Constituição. “Em qualquer de suas partes”, acentuou Sieyès, “a constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar as condições de sua delegação”.²³

Ora, nenhuma das nossas Constituições foi referendada pelo povo, como condição para entrar em vigor legitimamente. Mais: em todas as Constituições republicanas, determinou-se que as emendas seriam aprovadas tão somente pelo Congresso Nacional – com um procedimento mais exigente, é verdade, que o da aprovação de projetos de lei, mas nunca com referendo popular. A atual Constituição já foi emendada sessenta e duas vezes em vinte anos de vigência; o que perfaz a apreciável média de mais de três emendas por ano. Em nenhuma dessas ocasiões, o povo brasileiro foi convocado para dizer que se aceitava ou não a alteração constitucional assim produzida.

Dir-se-á que, no caso das emendas, o povo delega esse poder, em cada legislatura, aos seus representantes eleitos. Mas afinal, cuidando-se do exercício de uma prerrogativa soberana, é porventura admissível uma implícita delegação de poderes? Alguém minimamente sensato afirmaria que o povo brasileiro tem plena consciência de que, a cada eleição, está outorgando plenos poderes ao Congresso Nacional para emendar a Constituição? Pois se o povo não tem nem mesmo o poder de iniciativa nessa matéria!

É importante lembrar que a Constituição de 24 de março de 1824, embora outorgada pelo Imperador depois de dissolvida a Assembléia Nacional, tinha, a propósito de alterações em seu texto, um procedimento coerente com o sistema representativo. Em seus artigos 174 e seguintes, dispunha aquela Carta que uma proposta de se alterar este ou aquele dispositivo da Constituição deveria ser preliminarmente aprovada pela Câmara dos Deputados. Com base

nessa prévia e explícita aprovação, expedir-se-ia uma lei, “na qual se ordenará aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procuраções lhes confirmam especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma”.

Isto, quanto ao exercício da soberania por meio de representantes eleitos.

Se examinarmos agora a modalidade direta de o povo exercer a sua soberania, chegaremos ao mesmo resultado negativo.

O art. 14 da Constituição Federal enumera como manifestações da soberania popular, além do sufrágio, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular legislativa.

Pois bem, em matéria de plebiscitos e referendos, a Constituição, em seu art. 49, inciso XV, determina, contraditoriamente, que essas manifestações da soberania popular somente terão lugar, mediante autorização ou convocação do Congresso Nacional; e este último entende que tal poder de convocar ou autorizar é uma prerrogativa indeclinável dele próprio. Ou seja, o mandante, tido como soberano, só pode manifestar sua vontade juridicamente eficaz, quando tem permissão do mandatário. Se tal autorização não tiver sido dada, haverá o povo de se contentar com abaixo-assinados, desfiles ou manifestações de protesto em praça pública, desde que, bem entendido, tais expressões da liberdade democrática sejam toleradas pelas forças policiais.

Infelizmente, as interpretações paralisantes do princípio constitucional da soberania popular não se limitam a essa matéria genérica, mas estendem-se também a casos específicos, como o da realização de plebiscitos e referendos em Estados e Municípios.

O art. 14 da Constituição Federal, como lembrado, declara que plebiscitos e referendos são manifestações da soberania popular. Em 18 de novembro de 1998, foi promulgada a Lei nº 9.709, que regulamentou esse dispositivo constitucional.

Sucedo que, recentemente, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, a propósito da realização de um plebiscito aprovado pela Câmara Municipal de Santo André, declarou que a citada Lei nº 9.709 não se aplica no âmbito municipal.

Temos, pois, segundo essa interpretação pretoriana, uma das seguintes hipóteses: 1) o princípio fundamental da soberania popular, inscrito na Constituição, carece, em sua aplicação, de regulamentação legislativa; 2) o plebiscito não é uma manifestação da soberania popular; ou 3) os Municípios não são unidades componentes da federação brasileira, devendo-se entender, por conseguinte, que a soberania do povo só existe na esfera federal.

A lição conclusiva é que o regime oligárquico, que sempre vigeu entre nós, modela, desde a Independência, a nossa Constituição informal, e chega por vezes a penetrar, de contrabando, no sistema das próprias Constituições formais de aparência democrática, quebrando-lhes a coerência interna.

III - Propostas para a efetiva instauração de um regime democrático no Brasil

Para que o Estado Democrático de Direito possa enfim existir entre nós, não basta atuar no nível das instituições políticas. É preciso, também, desenvolver um amplo e prolongado trabalho de educação para a cidadania democrática.

Limitemo-nos aqui, no entanto, a discutir unicamente as propostas de reforma institucional.

A idéia central é uma só: tornar o povo brasileiro um soberano efetivo e não meramente simbólico.

Para tanto, parece-me indispensável introduzir os seguintes aperfeiçoamentos em nosso ordenamento constitucional.

A – Revisão geral da Constituição

É urgente criar em nosso sistema constitucional, mediante emenda regularmente votada, o instituto da revisão geral da Constituição, analogamente ao que dispõem a Constituição espanhola (art. 168) e a da Confederação Helvética (artigos 118 e seguintes).

O processo de revisão geral deveria obedecer às seguintes regras:

a) Atribuição do poder de revisão a uma assembléia de representantes do povo, constituída exclusivamente para essa finalidade;

b) A revisão geral da Constituição não poderá enfraquecer nem, com maioria de razão, suprimir direitos, garantias e objetivos fundamentais da Constituição de 1988. Para tanto, os trabalhos de revisão serão acompanhados pelo Procurador-Geral da República, que poderá suscitar diretamente o julgamento do Supremo Tribunal Federal;

c) Lançamento do processo de revisão constitucional por decisão direta do povo, em plebiscito convocado pelo Tribunal Superior Eleitoral;

d) Previsão de um prazo improrrogável de funcionamento da Assembléia Nacional Revisora, cujas decisões serão obrigatoriamente submetidas a referendo popular, no seu conjunto, sem prejuízo da possibilidade de destaque de determinadas matérias;

e) Possibilidade de apresentação de propostas de revisão constitucional, não só diretamente por um grupo de cidadãos, mas também por associações e órgãos de classe de âmbito nacional;

f) Fixação de um interregno não inferior a dez anos para a convocação de novos plebiscitos sobre a revisão constitucional.

B – Emendas constitucionais

a) Criar a iniciativa popular nessa matéria, tal como proposto pelo eminente Professor Paulo Bonavides;

b) Instituir o referendo popular de emendas aprovadas pelo Congresso Nacional.

C – Plebiscitos e referendos

a) Regular essa matéria, tal como previsto nos projetos de lei nº 4.718/2004 da Câmara dos Deputados e nº 01/2006 do Senado Federal, ambos propostos pela Ordem dos Advogados do Brasil, determinando-se, entre outras medidas, que plebiscitos e referendos só possam ser realizados mediante iniciativa popular ou iniciativa de um terço dos membros de qualquer Casa do Congresso Nacional, excluindo-se expressamente o poder de iniciativa do Presidente da República.

b) Revogar o art. 49, XV da Constituição Federal, determinando-se que plebiscitos e referendos sejam convocados pela Justiça Eleitoral.

D – Recall

Introduzir em nosso sistema constitucional o instituto da revogação popular de mandatos eletivos, tanto em relação a Chefes do Poder Executivo, quanto em relação a parlamentares, em todas as unidades da federação. Já há, nesse sentido, a Proposta de Emenda Constitucional nº 73/2005, em tramitação no Senado Federal, cujo texto foi oferecido aos Senadores pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Natal, novembro de 2008

XX Conferência Nacional dos Advogados

Responsabilidade Civil pela Coleta, Gestão e Armazenamento de dados de outrem

LEONARDO NETTO PARENTONI

Mestre em Direito Empresarial pela UFMG.

Professor em cursos de Graduação

e Pós-Graduação.

Procurador Federal.

SUMÁRIO

1. Delimitação do Tema 2. Esclarecimento metodológico
3. Conceitos preliminares 4. Legislação correlata 5. Coleta, gestão e
armazenamento de dados de outrem e os novos contornos da privacidade na sociedade da informação 6. Noções fundamentais de responsabilidade civil 7. Responsabilidade Objetiva e Teoria do Risco 8. As excludentes de responsabilidade civil 9. Responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem 10. Conclusão 11. Referências.

1. Delimitação do Tema.

Este artigo aborda a responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem, enfocando seus aspectos peculiares e os conceitos técnicos envolvidos na discussão, a fim de verificar se se trata de responsabilidade subjetiva ou objetiva, bem como se são aplicáveis as excludentes de caso fortuito e força maior. Nesta análise, são mencionadas normas nacionais e estrangeiras, bem como a jurisprudência afeta ao tema.

2. Esclarecimento metodológico.

O assunto escolhido relaciona-se tanto ao Direito Público quanto ao Direito Privado. Assim, por exemplo, as questões relativas ao regime constitucional de proteção à intimidade e às comunicações de dados, bem como a doutrina sobre a responsabilidade civil.

Contudo, não se pretende realizar uma análise exaustiva de tais temas, à luz da doutrina clássica, mas apenas situar o leitor em seus aspectos fundamentais, de modo sucinto, a fim de aplicar esse instrumental teórico à principal questão proposta, qual seja, a responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem.

Pretende-se, com isso, construir um eixo teórico que permita embasar cientificamente as conclusões sem, contudo, tornar o texto demasiado extenso ou enfadonho, resguardando sua maior parte para a adaptação dos conceitos tradicionais ao novo paradigma¹ da sociedade da informação, notadamente o das comunicações via *internet*.

3. Conceitos preliminares.

A cada segundo, acontecem cerca de um milhão de *clicks*

1 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Reflexões sobre o Direito Virtual*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFMG, no Seminário Direito Passo a Passo com o Futuro, em 2000. Disponível em <<http://www.obcl.com.br/>>. Consultado em 08.11.2008. "(...) precisamos fazer uma distinção importante, para bem apreciarmos o título deste Seminário:

- para o juspositivista, o Direito sempre estará, inevitavelmente, atrasado com relação ao presente; jamais se encontrará passo a passo com o presente e, muito menos, com o futuro;

- para o jusnaturalista, o Direito se encontrará sempre *pari passu* com o presente, pulsando no presente e disciplinando-o, preparando um futuro melhor; mas, parodiando Blaise Pascal, poder-se-ia indagar: o que é o presente, senão um ponto entre dois infinitos?"

nas páginas da *internet*². Esse montante ilustra a imensidão de dados continuamente transmitidos através da rede.

Dentre os vários significados constantes do dicionário, o que mais se relaciona à palavra dado, no sentido em que aqui empregada, é “informação relativa a um indivíduo, capaz de identificá-lo”³.

Porém, o dicionário transmite a falsa impressão de que os termos *dado* e *informação* são sinônimos quando, na verdade, constituem conceitos tecnicamente distintos:

“Embora sejam ocasionalmente tratados como equivalentes, os ‘dados’ constituem a matéria-prima e ‘informação’, os dados processados, ou seja, o conjunto de dados relevantes a que se atribui um significado determinado.”⁴

No Direito positivo brasileiro, o Decreto nº 97.057/1988, que regulamentou⁵ a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962), traz a seguinte definição de dados:

“Art. 6º Para os efeitos deste Regulamento Geral, dos Regulamentos Específicos e das Normas complementares, os termos adiante enumerados têm os significados que se seguem:

(...)

23º) Dado - informação sistematizada, codificada eletronicamente, especialmente destinada a processamento por computador e demais máquinas de tratamento racional e automático da informação.”⁶

Há que se destacar, também, a existência de várias espé-

2 Estatística constante de: ROSA, Mário. *A Reputação na Velocidade do Pensamento: Imagem e Ética na Era Digital*. São Paulo: Geração Editorial, 2006. p. 34.

3 Dicionário Eletrônico Houaiss. Verbete “dado”.

4 SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para Formação de um Regime de Dados Pessoais. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 357.

5 Mais precisamente, a referida lei foi originariamente regulamentada pelo Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, tendo sido este alterado pelo Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988.

6 Decreto nº 97.057/1988 Art. 6º, 23º.

cies de dados, na medida em que o tratamento jurídico de cada uma delas é distinto⁷.

A primeira grande classificação separa os dados referentes a pessoas dos demais.

Assim, são *dados anônimos* os que se relacionam a pessoas consideradas *em abstrato*, como ocorre com as estatísticas. Por não se referirem a sujeitos individualizados, essa espécie de dados não é susceptível, ao menos em tese⁸, de causar dano a direitos subjetivos, razão pela qual não merece proteção jurídica⁹.

Em seguida têm-se os *dados pessoais*¹⁰ que, como o próprio nome sugere, são os que se relacionam a pessoas *individualizadas* ou *individualizáveis*, ainda que indiretamente. Merecem tutela jurídica na medida em que são capazes de causar dano a direitos da personalidade¹¹.

7 Sobre o tema, aprecie-se: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da Sociedade da Informação: Protecção de dados pessoais e direito à privacidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. I. p. 245.

Vide também: SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para Formação de um Regime de Dados Pessoais. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 357-358.

8 Diz-se ao menos em tese porque não seria exagero imaginar uma situação na qual determinada estatística pudesse causar danos ao conjunto de sujeitos nela mencionado, ainda que não individualizáveis, por configurar ofensa a direitos coletivos.

9 Nesse sentido, o Considerando nº 26 da Diretiva nº 95/46 da Comunidade Europeia. Disponível em <http://www.cert.fnmt.es/legsoporte/Directiva%2095_46_CE%20Datos%20CaracterPersonal.pdf>. Consultado em 15/02/2009. "Considerando que los principios de la protección deberán aplicarse a cualquier información relativa a una persona identificada o identificable; que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable Del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona; que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado (...)"

10 Art. 2º, a da Diretiva nº 95/46 da Comunidade Europeia. "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

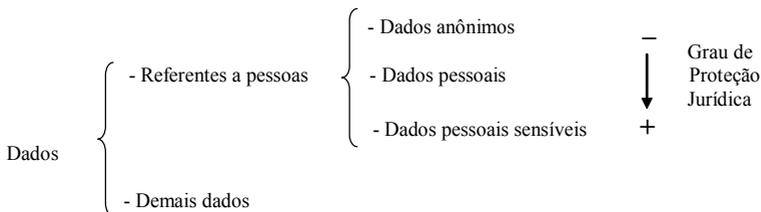
a) 'datos personales': toda información sobre una persona física identificada o identificable (el 'interesado'); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social;"

11 REALE, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Consultado em 08.11.2008. "(...) os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais (...).

(...) cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias civilizações, nas quais há valores fundantes e valores acessórios, constituindo aqueles a que denomino invariantes axiológicas.

Por fim, há os *dados sensíveis*, uma espécie de dados pessoais que diz respeito aos principais aspectos da personalidade ou do comportamento de um indivíduo. Mesmo que coletados, eles *não poderão sofrer tratamento*, ou seja, serem organizados de forma sistematizada, por meio de cruzamentos com outros dados, a fim de expor os aspectos mais íntimos de um sujeito, como convicções sexuais, religiosas, políticas ou filosóficas¹².

O esquema abaixo ilustra a classificação proposta:



Note-se, ainda, que o sujeito ao qual se referem os dados é chamado de *interessado*, enquanto a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, distinta do interessado, que promove a coleta, gestão e armazenamento de seus dados denomina-se *terceiro*¹³.

Feitas essas considerações, passa-se, agora, a abordar a legislação referente ao tratamento de dados pessoais.

4. Legislação correlata.

No Direito estrangeiro, as primeiras preocupações com a

Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior duração, cujo conjunto compõe o horizonte de cada ciclo essencial da vida humana."

Aprecie-se também: RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 09, p. 119-141, jan./mar. 2002.

¹² O art. 8º, I da Diretiva nº 95/46 da Comunidade Européia traz uma lista dos dados considerados sensíveis: "Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad."

¹³ O artigo 2º, f da Diretiva nº 95/46 da Comunidade Européia define terceiro como sendo: "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento;"

regulamentação dos dados pessoais remontam à década de 70¹⁴. Todavia, foi somente na década seguinte que surgiu uma iniciativa transnacional sobre o tema, oriunda da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OECD. Trata-se das Diretivas sobre a Proteção da Privacidade e o Fluxo Transfronteiriço de Dados Pessoais, de 23 de setembro de 1980¹⁵.

No âmbito da Comunidade Européia, o tema é atualmente regulado pela Diretiva nº 95/46 do Parlamento Europeu, de 24 de outubro de 1995¹⁶, enquanto nos Estados Unidos da América há apenas uma orientação do Departamento de Comércio, datada de 21 de julho de 2000, denominada *Safe Harbour Privacy Principles*¹⁷, cujo intuito é compatibilizar a atuação das empresas norte-americanas com o regime de tratamento de dados adotado pela Comunidade Européia.

Em ambas se verificam, basicamente, sete princípios¹⁸:

- 1) O *site* que pretende coletar dados deve informar isso ao interessado;
- 2) A partir da informação mencionada acima, o interessado tem o direito de decidir se permite ou não a coleta;
- 3) É necessária a autorização expressa do interessado para que o *site* possa repassar os dados coletados a terceiros;
- 4) Deve haver uma clara política de segurança para que se evite a perda de dados;

14 Conforme: DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206.

Podem ser citados, por exemplo, a lei sueca conhecida como Datalagen, de 11 de maio de 1973, o Privacy Act norte-americano, de 1974, as leis dinamarquesas nº 243 e 244, ambas de 08 de julho de 1978, além da Constituição portuguesa de 1976, que tratava do tema em seu artigo 35.

15 Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, from Organization for Economic Cooperation and Development – OECD. Disponível em <http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html>. Consultado em 15/02/2009.

16 Diretiva nº 95/46 da Comunidade Européia. Disponível em <http://www.cert.fnmt.es/legsoporte/Directiva%2095_46_CE%20Datos%20CaracterPersonal.pdf>. Consultado em 15/02/2009.

17 Safe Harbour Privacy Principles. Disponível em <<http://www.export.gov/safeHarbor/SHPRINCIPLES-FINAL.htm>>. Consultado em 15/02/2009.

18 ROHRMANN, Carlos Alberto. *Notas acerca do Direito à Privacidade na Internet: A perspectiva comparativa*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 9, 2002. p. 25.

- 5) Deve-se assegurar a integridade dos dados coletados, evitando sua adulteração;
- 6) É garantido o pleno acesso do interessado a seus dados, inclusive com a possibilidade de retificação;
- 7) Deve haver instrumentos que garantam a efetiva fiscalização e o cumprimento dos seis princípios mencionados acima.

Talvez fosse interessante, *de lege ferenda*, acrescentar outro princípio a essa lista. Trata-se da necessidade de garantir ao usuário pleno acesso a todas as funcionalidades de um *site*, mesmo se ele optar por não fornecer dados pessoais, desabilitando tal opção no seu navegador de *internet*¹⁹. Na prática, o que se verifica é que a navegação completa em grande número de páginas somente é possível mediante a coleta de dados pessoais. Proibida essa coleta, alguns recursos da página se tornam indisponíveis, cerceando seus usuários.

O *leading case* norte-americano acerca da privacidade em matéria de fluxo de dados via *internet* data de 1998. Trata-se de *Federal Trade Commission v. GeoCities*²⁰. Neste caso, a agência norte-americana denominada *Federal Trade Commission* ajuizou uma ação contra a *GeoCities*, sociedade empresária que, na época, mantinha um dos mais populares *web sites* daquele país, com aproximadamente dois milhões de usuários.

Para usufruir dos serviços prestados pela *GeoCities*, os usuários deveriam preencher um formulário eletrônico com dados pessoais tais como nome, *e-mail*, endereço, sexo, estado civil e grau de escolaridade. Sua única opção era escolher se desejavam ou não receber ofertas e informações sobre produtos da *GeoCities*. Não havia qualquer detalhamento acerca da finalidade para a qual os dados seriam utilizados nem sobre a possibilidade de sua transmissão a terceiros.

Restou decidido que a *GeoCities* deveria colocar em seu *web site* um aviso em destaque, redigido de forma clara, alertando para o fato de que dados pessoais seriam coletados, bem como es-

19 Por exemplo, proibindo os *cookies*, como se verá adiante.

20 Disponível em <<http://www.ftc.gov/opa/1998/08/geocities.shtm>>. Consultado em 15/02/2009.

clarecendo a forma como seriam utilizados.

A mesma questão se repetiu, uma década mais tarde, em relação aos dados pessoais coletados pelo *web site Google*²¹.

No Brasil, a Constituição de 1988 foi a primeira a tratar expressamente do direito à intimidade e à vida privada²². Há na doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, controvérsia acerca das expressões intimidade e vida privada. De um lado, há quem as considere sinônimas. Outra corrente sustenta que privacidade é gênero que compreende as espécies intimidade e vida privada, sendo esta mais ampla do que aquela. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco resumem bem a controvérsia:

“Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade –, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amigáveis mais próximas.

(...)

21 Notícia veiculada no site Cadastra. Disponível em <<http://www.cadastra.co.uk/news.php?notice=2974>>. Consultado em 08/04/2009. “O grupo Consumer Watchdog pediu, na sexta-feira (19/12/08), que o Google ofereça a opção ‘opt out’ no seu buscador, para que os usuários possam literalmente optar por não ter seus dados pessoais, como o IP, armazenados pelo Google. ‘Muitos usuários não entendem o tipo de ‘conversas’ não reveladas que ocorrem entre eles e os servidores do Google’, diz o advogado do grupo, John Simpson. ‘Alguns dados recolhidos oferecem serviços úteis aos usuários, mas as pessoas devem saber o que fornecem e se querem ou não fazê-lo.’”

22 Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

De modo geral, há consenso em que o direito à privacidade tem por característica básica a pretensão de estar separado de grupos, mantendo-se o indivíduo livre da observação de outras pessoas. Confunde-se com o direito de fruir o anonimato – que será respeitado quando o indivíduo estiver livre de identificação e de fiscalização.

(...)

No Brasil, não parece necessária essa mesma extrapolação do sentido clássico do direito à privacidade, já que a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade em geral (que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais.”²³

A doutrina alemã sustenta, ainda, a existência de três esferas de privacidade. Na primeira estaria a *vida íntima*, compreendendo os fatos e gestos que devem ficar absolutamente afastados do conhecimento alheio. Em segundo lugar haveria a *vida privada*, que inclui os acontecimentos que o sujeito partilha com um número limitado de pessoas. Tem-se, por fim, a *vida pública*, na qual se situam os acontecimentos que podem ser conhecidos por qualquer um²⁴. Para ilustrar,

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 377-380.

24 MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 112. “(...) é habitual recorrer-se à chamada *teoria das três esferas*, construída fundamentalmente pela doutrina alemã, e de acordo com a qual, na reserva da vida privada se distinguem: (1º) a *vida íntima*, que compreende os gestos e os factos que devem, em absoluto, ser subtraídos ao conhecimento de outrem; (2º) a *vida privada*, que abrange os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número limitado de pessoas; (3º) e a *vida pública* que, por corresponder a eventos suscetíveis de serem conhecidos por todos, respeita à participação de cada um na vida da coletividade.”

imagine-se a situação de uma pessoa obesa. Seu excesso de peso é óbvio e visível a qualquer um (3ª esfera); porém, esta mesma pessoa está fazendo dieta e academia, mas só gostaria de compartilhar tal informação com seu médico, esposa e amigos (2ª esfera). Por fim, esta pessoa utiliza substâncias químicas ilícitas e possui disfunção sexual, dados que não deseja compartilhar com ninguém (1ª esfera).

No plano infraconstitucional, o Brasil não possui uma lei destinada, especificamente, a regulamentar a coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem. Não obstante, existem diversas normas esparsas de proteção à privacidade. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, regulamenta os bancos de dados sobre consumidores, assegurando-lhes o direito de retificar dados inexatos ou inverídicos²⁵, em consonância com alguns dos princípios adotados pela legislação estrangeira, como mencionado anteriormente. Já o Código Civil considera a vida privada como direito da personalidade²⁶. À luz dessas disposições, é nula a cláusula contratual – muito utilizada pelas empresas que atuam na *internet* – pela qual o interessado autoriza a empresa a coletar seus dados pessoais e a utilizá-los de modo amplo e irrestrito, inclusive alienando-os a terceiro²⁷.

25 Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: "Art. 43. (...)

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas."

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

27 Para evitar essa situação, no Direito norte-americano, é comum a existência de cláusulas contratuais específicas para regular a coleta, armazenamento e gestão de dados de terceiro, conforme ilustra a passagem a seguir: DAVIDSON, Stephen J.; HOLLOWAY, Gabriel K. *Software Services and Maintenance Agreements. Presented at the 23rd Annual Institute on Computer Law*. New York City, jan. 2003. Disponível em <<http://www.abdi.org.br>>. Consultado em 30.08.2003. "In all development and outsourcing relationships, vendor personnel will inevitably have access to customer data, either on site or off site. Not only are the data and their confidentiality important for the customer's own strategic business purposes – they may include information that is confidential or proprietary to the customer's customers or to others to whom their confidentiality is important. Their confidential treatment may even be regulated by law, as in the case of health care and financial information.

For these reasons, it is important in all such transactions not only to restrict access to such data to only those of the vendor's personnel who reasonably require access in order for the vendor to perform its duties, but to also provide contractually for how the data will be treated. A typical confidential provision might be as follows:

To the extent that Vendor comes into possession of any non-public data or records or any proprietary or confidential information of Customer, Vendor will not use any such information for any purpose other than performance of this Agreement and will not disclose any such information to any third party without Customer's express consent. This restriction shall not, however, apply to information that: a) is or becomes publicly available other than as the result

Existem, ainda, projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que objetivam regulamentar a privacidade no trato de dados pessoais e os deveres daqueles que coletam, gerenciam e armazenam esses dados. Assim, por exemplo, o PL nº 3.494/2000, proposto pelo Senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE), o PL nº 5.403/2001, de autoria do Senador Luiz Estevão (PMDB/DF), e o PL nº 4.424/2008, apresentado pelo Deputado Nelson Goetten (PR/SC).

Aspecto árduo e deveras relevante é aquele que diz respeito à delimitação do alcance do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º. (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Como se percebe, o dispositivo consagra o sigilo das comunicações em geral, dentre as quais se insere a comunicação de dados. A questão controversa é: os dados são objeto de proteção autônoma, mesmo quando estaticamente considerados, ou apenas a sua comunicação – leia-se coleta, circulação, transferência – é abarcada pelo dispositivo em tela?

Poder-se-ia ponderar, inicialmente, que o texto constitucional somente faz exceção ao sigilo das comunicações telefônicas, em virtude da expressão “salvo, no último caso”. Assim, o sigilo das demais seria indepassável. Contudo, tal entendimento não prospera, uma vez que não existem direitos absolutos²⁸.

of a disclosure by Vendor, (b) becomes available to Vendor on a non-confidential basis from a source other than Customer which is not prohibited by obligation to Customer from disclosing such information to Vendor, (iii) is known by Vendor prior to its receipt from Customer without any obligation of confidentiality with respect thereto, or (iv) is developed by Vendor independently of any disclosures made by Customer to Vendor.”

28 São inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Confira-se, por exemplo: STF, AI (AgR). n.º 655.298/SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 04/09/2007. Publicação: DJ Data: 28/09/2007. Relator (a) Ministro (a): Eros Grau. Decisão por unanimidade.

“Ementa:

(...) O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observân-

Na Comunidade Européia, por exemplo, encontram-se em curso estudos sobre a tecnologia VoIP²⁹, a fim de elaborar uma Diretiva específica sobre o tema, que permita interceptar tais comunicações, principalmente porque os órgãos comunitários daquele bloco verificaram que a criminalidade está se valendo do VoIP para transmitir conteúdos ilícitos, justamente por ser mais difícil interceptá-lo³⁰.

Partindo, então, da premissa de que é possível a interceptação de comunicações, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão do sigilo de dados no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.416/SC³¹. Trata-se de situação na qual fora determinada a busca e apreensão de equipamentos de informática na sede de uma sociedade empresária, a fim de que os dados deles constantes fossem pericidados, objetivando apurar a prática de crimes contra a ordem tributária. Dentre outros argumentos, a referida sociedade alegou a

cia de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade.”

O mesmo se verifica no plano doutrinário como, por exemplo, em: GRÉGIO, Grécio Nogueira. Suspensão do Sigilo das Comunicações Telefônicas e a Portabilidade. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, n.º 24, p. 55-62, dez./jan. 2009. p. 57. “A conclusão possível é que o constituinte brasileiro protegeu o sigilo como bastião de um Estado de Direitos, e tal escopo deverá continuar sendo a tônica das posturas judiciais, porém, em situações comprovadamente necessárias, o princípio da proteção ao sigilo deve e merece ser suspenso, a fim de permitir uma atuação dos órgãos de investigação com maior precisão, afetando a esfera de individualidade apenas daqueles que efetivamente mereçam ser atingidos e praticando efetiva Justiça.”

29 SIMÃO FILHO, Adalberto. *Do Contrato de Concessão para Serviços de Telecomunicações à Telefonia IP-VOIP: Reflexos nos Direitos Transindividuais*. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 108. “O serviço de telefonia através de protocolos de internet denominados telefonia IP (Internet Protocol) ou VOIP (*voice over internet protocol* – voz sobre protocolo de internet) permite a transmissão de voz e imagens através da rede com a utilização da banda larga e de tecnologia que possibilita uma alternativa econômica nas telecomunicações clássicas com reflexos positivos ao consumidor, principalmente no âmbito financeiro.

Digitalizam-se vozes e imagens que podem trafegar em pequenos pacotes pela auto-estrada informacional através do protocolo IP, possibilitando a acessibilidade e a comunicabilidade próxima e remota tanto para conversações telefônicas como para vídeo-conferências.”

30 L'UE VUOLE CONTROLLARE IL VOIP: EUROJUST AVVIA UN'INDAGINE. *Quaderno Tecnologia, La Repubblica*, 23 fev. 2009. Disponível em <<http://www.repubblica.it/2009/02/sezioni/tecnologia/skype-world/skype-world/skype-world.html>>. Consultado em 23/02/2009. “Una decisione che arriva dopo le richieste della Direzione nazionale antimafia che lo scorso venerdì aveva invitato le autorità competenti, nazionali e comunitarie, a trovare soluzioni per tracciare anche le comunicazioni vocali sul web. A mettere in moto il tutto è stata un'inchiesta di Repubblica, che portava alla luce il nuovo costume dei boss mafiosi: parlarsi con Skype, il software leader della telefonia web, un sistema 'blindatissimo', invulnerabile alle intercettazioni. Dopo la denuncia, il ministro dell'Interno Maroni ha creato una task force per trovare una soluzione. E ora interviene l'Europa.”

31 STF, RE. nº 418.416/SC. Órgão Julgador: Plenário. Data da decisão: 10/05/2006. Publicação: DJ Data: 19/12/2006. Relator (a) Ministro (a): Sepúlveda Pertence. Decisão por maioria.

ilicitude de tais provas, por suposta violação ao sigilo dos dados.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que *a garantia constante do art. 5º, XII da Constituição Federal abrange apenas a comunicação de dados, e não os dados em si mesmos, armazenados estaticamente*. A norma visa a resguardar a privacidade dos interlocutores, seja qual for a espécie de comunicação (por correspondência, telegráfica, de dados ou telefônica). Eis um trecho do voto do Relator, citando Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo ‘da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas’. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e tem uma correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um terceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas se alguém entra nessa transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque

*uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados.*³²

De qualquer modo, a conclusão de que o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal tem por objeto a *comunicação* – por correspondência, telegráfica, de dados ou telefônica – não significa que os dados em si sejam desprovidos de proteção jurídica. Apenas que o *locus* dessa proteção encontra-se em dispositivo diverso, qual seja, o inciso X do mesmo artigo, desde que inseridos na esfera da privacidade.

Importante notar, também, a existência de circunstâncias peculiares nas quais o âmbito da privacidade é restringido em prol de outros valores. Quanto aos atos da Administração Pública, por exemplo, a regra é a de que a privacidade seja substituída pela ampla publicidade, a fim de facilitar a fiscalização e o controle, como destaca o Ministro Celso de Mello:

“(...) os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério.

(...)

A Assembléia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior.

Ao dessacralizar o segredo, a Assembléia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais.

32 STF, RE. nº 418.416/SC. Órgão Julgador: Plenário. Data da decisão: 10/05/2006. Publicação: DJ Data: 19/12/2006. Relator (a) Ministro (a): Sepúlveda Pertence. Decisão por maioria. Trecho do voto do Relator, p. 19-20. Vide também: ACIOLI, Bruno Caiado de. O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações. *Boletim dos Procuradores da República*. Ano VII, n.º 70, p. 13-15, abr. 2006. Disponível em <<http://www.anpr.org.br>>. Consultado em 08.06.2007. p. 13.

(...)

O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e que não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como expressivo valor constitucional, incluindo-o, tal a magnitude desse postulado, no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais, como o reconheceu, em julgamento plenário, o Supremo Tribunal Federal (RTJ 139/712-713, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Impende assinalar, ainda, que o direito de acesso às informações de interesse coletivo ou geral - a que fazem jus os cidadãos e, também, os meios de comunicação social - qualifica-se como instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos os atos do poder público.”³³

Pelas mesmas razões, as pessoas que exercem função pública, como os detentores de mandato eletivo, também experimentam uma redução em sua esfera de privacidade³⁴. Neste caso, deve-se

33 STF, Decisão Monocrática, HC (MC), n.º 96.982/DF. Data da decisão: 25/11/2008. Publicação: DJ Data: 28/11/2008. Relator (a) Ministro (a): Celso de Mello. Trecho do voto do Relator, p. 01-03.

34 VILLELA, João Baptista. O Público e o Privado no interior dos Palácios. *Del Rey Jurídica*. Ano IX, n.º 18. p. 88-89, ago./dez. 2007. p. 88-89. “A privacidade que a lei nos assegura é aquela demarcada pelo recolhimento à esfera íntima. ‘Casa’, no sentido da garantia constitucional, não é o edifício qualquer em que estejamos. Não corresponde à idéia singela de uma construção que nos separe da rua ou das praças. É mais e é menos que isso, ao mesmo tempo. É mais porque não basta o isolamento físico para se ter o ambiente da privacidade. É menos porque carregamos nossas franquias pessoais íntimas para onde quer que nos movamos, mesmo que não haja acima de nossas cabeças nada além que um céu sem estrelas ou nossos pés assentem sobre o chão frio das masmorras. Designadamente ‘casa’ não é o ambiente em que se exercem por destinação legal as funções públicas. O estatuto da casa não é, assim, o estatuto dos palácios ou dos edifícios públicos em geral. Naquela somos o ente individuado pelos atributos que fazem de cada um de nós seres únicos, singulares e irrepetíveis. Somos o pai, a mãe, o cônjuge, o filho, o amigo, o vizinho e tudo o mais que nos distingue de quaisquer das múltiplas funcionalizações que podemos assumir nas interações com a esfera pública.

Nos palácios, assim indicados por antonomásia os ambientes em que se exercem as funções do Estado, somos, ao contrário, cives, isto é, cidadãos. Os atributos que então emergem em primeiro plano não são os de nossa individualidade, mas os de nossa socialidade. Somos, como tantos outros, titulares de funções públicas, servidores do Estado ou – vistos de outro lado, mas sob a mesma ótica – contribuintes, eleitores, jurados, etc. Até mesmo infratores. Sim, porque a transgressão às leis e regulamentos nos remete ao círculo da função pública, onde teremos de responder pelas nossas ações ou omissões.

As manifestações que produzimos no teatro das operações públicas não são nem podem ser expressões de priva-

observar um limite, denominado de “mínimo desnudamento”³⁵ por Gilberto Haddad Jabur.

Mesmo no âmbito privado, as pessoas podem experimentar restrições em sua privacidade, decorrentes do tipo de atividade que desempenham. Para ilustrar, veja-se o seguinte caso, julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho³⁶. O empregado de uma boate localizada no Estado do Espírito Santo foi fotografado durante o trabalho, em cima do balcão, quando dançava trajando fantasia de super-homem e usando um chapéu com chifres. Esta foto foi posteriormente publicada em jornal de grande circulação. Em virtude disto, o trabalhador sofreu punições na igreja que freqüentava, tendo sido proibido de participar dos trabalhos religiosos, de ler a Bíblia e de receber a Santa Ceia.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu *não haver violação à intimidade* do rapaz, uma vez o tipo de trabalho por ele desenvolvido, de maneira livre e consciente, implica, por suas próprias características, redução da esfera de privacidade.

É possível citar, ainda, inúmeras exceções à privacidade em

cidade. Não estamos nos palácios como se estes fossem a extensão de nossas casas. Mais próximo das virtudes cívicas seria, ao contrário, aproximá-los da rua, da praça, da ágora. Se ‘a praça é do povo, como o céu é do condor’ – assim queria Castro Alves – também do povo são os palácios. Tudo que aí fazemos está marcado e comprometido pela nota originária da função pública. A justa percepção de continuidade entre a rua e os espaços palacianos teve-a, de resto, já na origem, Oscar Niemeyer quando projetou o Palácio do Planalto, sede do Governo em Brasília. Quis Niemeyer, segundo consta, que os gabinetes fossem visíveis do lado de fora, justamente para que o povo pudesse saber o que se passava nos seus interiores.

(...)

Certamente há ambientes privados também nos palácios. Claro que os há. Os aposentos íntimos de quem ali reside ou se hospede, por exemplo, tem essa natureza, como a têm as instalações sanitárias postas à disposição das autoridades, servidores, utentes da função pública ou parceiros ocasionais da administração. Em uns e outras, os atos que se praticam escapam a controles que não sejam os da própria individualidade.

(...)

Gabinetes de trabalho, auditórios, salas de espera ou de despacho, porém, não são espaços privados. São eminentemente públicos e, como tais, conferem caráter, sentido e valor públicos a tudo que ali se diz e se faz.”

35 JABUR, Gilberto Haddad. *A Dignidade e o Rompimento de Privacidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coord.). *Direito à Privacidade*. São Paulo: Idéias e Letras, 2005. p. 99. “É o critério do mínimo desnudamento para a compreensão da notícia de interesse público inequívoco. A revelação dos mínimos aspectos privados da pessoa pública ou notória será lícita se, em atendimento à motivação divulgadora de indispensável interesse público, forem exteriorizados dados da reserva pessoal sem os quais a notícia não oferece a necessária e devida compreensão.”

36 TST, RR (AI). n.º 1241/2003-002-17-40.1. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 30/11/2005. Relator (a) Juiz convocado Luiz Antonio Lazarim. Decisão por maioria.

matéria criminal. Contudo, para não se distanciar do escopo deste estudo, convém mencionar apenas uma: a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores sem o consentimento do outro e independentemente de ordem judicial, quando destinada à prova de um crime. Neste caso, há que se diferenciar dois contextos fáticos. *Quando o crime é cometido contra o próprio interlocutor que grava a conversa*, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado *lícita* a gravação³⁷, pois a privacidade não pode se converter em escudo para a prática de delitos. De modo diverso, em se tratando de gravação na qual um dos interlocutores obtém prova de crime cometido pelo outro, não contra si, mas *contra um terceiro*, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que tal prova é *ilícita*³⁸, por violação da privacidade.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar o modo como os dados são comumente coletados *via internet*, bem como a atividade das pessoas jurídicas especializadas em geri-los e armazená-los.

5. Coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem e os novos contornos da privacidade na sociedade da informação.

Ao se consolidar como importante ferramenta social e profissional, a *internet* ampliou o acesso ao conhecimento e impulsionou o desenvolvimento de outras tecnologias. Porém, como qualquer inovação, trouxe consigo problemas, como violações à privacidade por meio da utilização indevida de dados pessoais.

Com efeito, o simples ato de efetuar uma busca no *Google*³⁹

37 STJ, RMS. n.º 19.785/RO. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 10/10/2006. Publicação: DJ Data: 30/10/2006. Relator (a) Ministro (a): Arnaldo Esteves Lima. Decisão por unanimidade.

38 STJ, HC. n.º 57.961/SP. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 21/06/2007. Publicação: DJ Data: 12/11/2007. Relator (a) Ministro (a): Felix Fischer. Decisão por unanimidade.

Trata-se de caso no qual a gravação da conversa fora realizada pela amante do réu, por sugestão da polícia, a fim de responsabilizá-lo pelo homicídio perpetrado contra outra pessoa, com a qual a autora da gravação também mantinha relacionamento amoroso.

39 O Google é um renomado mecanismo de busca na internet. Disponível em <<http://www.google.com.br>>. Consultado em 22.02.2009. Note-se que cada país possui um site local para buscas, como o [google.com](http://www.google.com.br) para os Estados Unidos, [google.ar](http://www.google.ar) para a Argentina, [google.it](http://www.google.it) para a Itália, etc.

Sobre os motores de busca na *internet*, confira-se a seguinte conceituação: ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 202-203. "Uma forma de facilitar a localização de web sites 'perdidos' na grande quantidade de informação disponível na *Internet* é a utilização dos chamados 'mecanismos de busca' ou 'motores de busca' (expressão que corresponde à tradução do termo usado na língua inglesa, qual seja, 'search engines')."

colabora para a formação de um imenso banco de dados⁴⁰. Ao procurar determinado *site*, a pessoa acaba revelando aspectos de sua personalidade, como preferências políticas, religiosas, desportivas, gastronômicas, etc. Devidamente sistematizadas, tais informações adquirem valor econômico:

*“(...) na chamada new economy, cresce de forma exponencial a importância econômica do conhecimento de dados pessoais dos usuários porque essas informações permitem a empresas atuantes em determinados setores delinear o mercado de determinado produto ou serviço. De fato, as informações que permitem identificar o perfil de um consumidor-usuário viabilizam a criação de oferta de determinado produto ou serviço bastante próxima daquilo que ele está propenso a adquirir ou a fruir. Assim, essas informações assumem valor socioeconômico para as empresas interessadas, que utilizam a tecnologia telemática para o tratamento e a gestão desses dados, promovendo uma divulgação comercial ágil, eficaz e bem mais econômica do que qualquer campanha publicitária realizada nos moldes tradicionais.”*⁴¹

Para se ter uma idéia da dimensão e confiabilidade desse banco de dados *online*, a equipe do Google descobriu que ao monitorar o número de buscas relacionadas ao assunto gripe na *internet*, é possível antecipar a chegada de epidemias dessa doença com até

Cada um dos muitos *web sites* de busca na rede pode ter um programa de computador próprio com um algoritmo específico para a localização de outros *sites* na Internet. Normalmente, a pessoa que quer localizar algum *web site* sobre determinado assunto digita a palavra que se relaciona com o assunto (ou com o produto, caso esteja à procura de um fornecedor). O algoritmo do programa de computador do buscador gera uma lista indexada de *web sites* que se relacionam com a palavra que foi o objeto da busca. A lista gerada pelo buscador costuma colocar em primeiro lugar aquele *web site* que mais relação teria com a palavra que foi objeto da busca.”

40 BATTELLE, John. *A Busca: como o Google e seus competidores reinventaram os negócios e estão transformando nossas vidas*. Tradução: Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 02.

41 PASQUINO, Teresa. Serviços da Sociedade de Informação: Tutela dos Dados Pessoais e Regras de Conduta. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.), *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 699-700.

Note-se que a informação, ou seja, um conjunto de dados inter-relacionados constitui bem jurídico, objeto de tutela jurisdicional, como adverte o jurista italiano Pietro Perlingieri: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237 a 241.

quinze dias de antecedência em relação às fontes oficiais⁴². Por essas e outras razões, diz-se que a sociedade contemporânea pode ser identificada como a *sociedade da informação*⁴³. Neste novo ambiente social mostra-se ainda mais evidente a necessidade de ponderar valores, de modo a evitar que a tutela de um deles acabe por anular os outros, como destaca Stefano Rodotà:

“Internet, portanto, como sabemos todos, não é apenas um modelo, é também um espaço. É um espaço social, um espaço político, um espaço econômico, um espaço altamente simbólico, que permite novas formas de representação do ser, incide sobre a identidade, permite novas formas de expressão e de experiência artística. Não são espaços separados. Não se pode pensar a internet fracionando-a. (...)”

*Devemos encontrar, então, não somente normas específicas para cada um desses espaços, mas normas de compatibilidade, que impeçam, por exemplo, a dinâmica econômica de se fortalecer e se ocultar na rede. Isto não significa anular as potencialidades da internet como grande espaço público de confronto e de discussão.”*⁴⁴

42 GOOGLE USA BUSCAS PARA MONITORAR EPIDEMIAS DE GRIPE NOS EUA. Site IDG NOW!, 12 nov. 2008. Disponível em <<http://idgnow.uol.com.br/internet/2008/11/12/google-usa-buscas-para-monitorar-epidemias-de-gripe-nos-eua/>>. Consultado em 22/02/2009. “O Google descobriu que, ao analisar as buscas relacionadas com gripe feitas em seu site, é possível antecipar possíveis epidemias da doença até duas semanas antes que os sistemas de monitoramento governamentais.

Os resultados da pesquisa foram publicados nesta semana em um hotsite chamado Google Flu Trends, que revelaram uma relação entre as buscas por tópicos sobre gripe e a quantidade de pessoas realmente contaminadas pela doença.

De acordo com a empresa, algumas pesquisas se tornam mais comuns quando as pessoas estão gripadas. A vantagem do Google é que ele consegue filtrar a pesquisas e obter dados automática e instantaneamente, enquanto os sistemas de monitoramento do governo norte-americano levam até duas semanas para obter dados semelhantes.”

43 Sobre o assunto, aprecie-se: CAVALCANTI, Marcos; GOMES, Elisabeth; PEREIRA André. *Gestão de Empresas na Sociedade do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

44 RODOTÀ, Stefano. Libertà, opportunità, democrazia, informazione. Internet e Privacy: Quale Regole. Atti del Convegno, 1998. Disponível em <<http://www.privacy.it/garantelerod.html>>. Consultado em 04/07/2009. p. 4. “Internet dunque non è solo un modello, lo sappiamo tutti, è anche uno spazio. E’ uno spazio sociale, uno spazio politico, uno spazio economico, uno spazio altamente simbolico, che permette nuove forme di rappresentazione del sé, incide sulle identità, consente nuove forme di espressione e di esperienza artistica. Non sono spazi separati. Non

Nesse ambiente pluralista, a coleta eletrônica de dados pessoais pode se dar sem o consentimento do interessado – o que é mais comum –, ou de forma consentida. No primeiro caso, sua obtenção é comumente realizada por meio de um arquivo de computador denominado *cookie*⁴⁵. Pesquisa realizada por uma organização norte-americana, denominada Centro de Informações acerca da Privacidade Eletrônica, concluiu que dentre os 100 (cem) sites mais visitados do mundo cerca de 24% utilizavam-se de cookies para captar dados pessoais dos usuários, sem informá-los a respeito⁴⁶.

Além dos *cookies*, existem outros mecanismos subliminares de obtenção de dados pessoais. Um deles é a prática conhecida

si può pensare Internet sezionandola. (...).

Dobbiamo trovare quindi non solo regole specifiche per ciascuno di questi spazi, ma regole di compatibilità, che impediscano ad esempio alla dinamica economica che prende sempre più forza nella rete di oscurare, non voglio dire di cancellare, le potenzialità di Internet come grande spazio pubblico di confronto e di discussione."

45 SAWAYA, Márcia Regina. *Dicionário de Informática e Internet*. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1999. p. 101. "Um arquivo é remetido, automaticamente, pelo servidor de rede ao disco rígido do usuário quando este entra em certos sites da WWW (*World Wide Web*) alojados no servidor. Este arquivo, chamado de cookie, é usado pelos servidores para manter rastros, padrões e preferências dos usuários.

A finalidade desses arquivos é criar uma identificação individual, para quando o usuário acessar o site novamente, ele possa identificar que aquele usuário já o visitou anteriormente, além de saber que tipo de coisa procurou, comprou ou olhou no site, bem como o valor que gastou com algo que tenha adquirido neste site.

Portanto, os 'cookies' funcionam como um banco de dados, onde constam as preferências e disposições do usuário do site (...)."

Definição um pouco mais dilatada de cookie é dada por Newton de Lucca: LUCCA, Newton de. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120. "Consistem os cookies num tipo de programa que monitora todos os procedimentos executados pelo internauta a partir do momento em que ele acessa a internet. Agem como se, na vida real, fossem espíões de todos os nossos passos, registrando-os para futura utilização, de cunho mercadológico."

46 SURFER BEWARE: PERSONAL PRIVACY AND THE INTERNET, *Electronic Privacy Information Center*, jun. 1997. Disponível em <<http://epic.org/reports/surfer-beware.html>>. Consultado em 14/02/2009. "We were interested to see how many of the top 100 web sites enabled the cookies feature. We visited each web site and then checked our cookies file to see if a new line was added. We did not, of course, visit every page or every linked site at each site we visited, so we may have missed some pages that generate cookies.

Of the 100 sites, 24 enable cookies.

(...) none of the sites that enabled cookies told the user that information about the user was being placed on the user's system.

Even though privacy is one of the top concerns among Internet users, few web sites today actually have privacy policies or provide users with information about privacy practices. This makes it almost impossible for users to make informed decisions about their on-line activities.

(...)

In the absence of meaningful privacy policies, net surfers today also have little assurance that personal information that is provided at a web site might not be misused. Not surprisingly, many users are reluctant to disclose personal information and some provide false information when asked."

como *phishing*⁴⁷. Esta palavra da língua inglesa significa pesca e consiste numa estratégia artilosa por meio da qual um sujeito, denominado *phisher* (pescador), busca iludir sua vítima, fazendo com que ela lhe forneça dados pessoais, sobretudo senhas bancárias e números de cartão de crédito. Essa espécie de fraude é perpetrada, principalmente, pelo envio de um *e-mail* à vítima, contendo informação falsa, como, por exemplo, a de que a pessoa está sendo processada, sua declaração de imposto de renda foi retida na “malha fina” ou seu nome foi inscrito em cadastro de inadimplentes. Em seguida, o *e-mail* solicita que a vítima clique em determinado *link* para saber mais detalhes. Ao fazer isto, ou instala-se um programa em seu computador capaz de captar dados pessoais (*worm*), ou ela é direcionada a um *site* falso, no qual deve preencher um formulário com tais dados. Com isso, o *phisher* obtém as informações que deseja.

Existem vários outros mecanismos para coleta ilícita de dados pessoais. Porém, nos limites deste estudo, bastam as referências feitas acima. O importante é destacar que, seja em virtude dos *cookies*, seja por meio de *phishing*, o titular dos dados não tem ciência de sua coleta nem, tampouco, da maneira como serão utilizados. Esta utilização pode ir desde a formação de um simples cadastro até a comercialização dos dados, ou mesmo sua utilização para a prática de fraudes bancárias, acarretando a subtração de valores.

Ao lado da obtenção clandestina, existem também hipóteses nas quais é o próprio interessado quem fornece dados pessoais a um terceiro. Algumas sociedades empresárias, inclusive, têm por objeto precipuamente coletar, gerir e armazenar esses dados. É o caso, por exemplo, da *Recall*, sociedade que atua no Brasil e em mais de 20 países, com cerca de 80.000 clientes. Sua atividade empresarial consiste em gerenciar os dados de seus clientes durante todo o processo, desde o armazenamento e recuperação de documentos, até a conversão digital, proteção e destruição segura⁴⁸.

47 Sobre as diversas fraudes perpetradas via internet, dentre elas o phishing, consulte-se: FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Fraude Eletrônica. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 418.

48 Informações detalhadas disponíveis em <<http://www.recall.com/recall/br/pt/home>>. Consultado em 23/02/2009.

No Brasil, a *Recall* atua, por exemplo, gerenciando o arquivo processual dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Porto Alegre, tanto em relação aos processos em papel quanto àqueles mantidos integralmente em meio eletrônico.

Estando devidamente contextualizada a coleta, gestão e armazenamento de dados, os tópicos seguintes dedicam-se ao objeto central deste estudo, a responsabilidade civil inerente a essas atividades.

6. Noções fundamentais de responsabilidade civil.

A responsabilidade constitui um dos mais complexos e relevantes temas da convivência humana, não se restringido à esfera jurídica. Nesse sentido, destaca José de Aguiar Dias:

“Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isto talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas.

(...)

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.

*A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.*⁴⁹

Ao presente estudo interessam apenas as feições jurídicas da responsabilidade, sobretudo em Direito Privado, ainda que se aborde, acessoriamente, a teoria do risco no Direito Público⁵⁰, como fundamento da responsabilidade objetiva.

Nesse contexto exclusivamente jurídico, Ronaldo Brêtas traz uma definição bastante didática de responsabilidade civil:

*“Em sentido amplo, responsabilidade civil é a obrigação imposta a qualquer pessoa de reparar o dano causado a outrem em decorrência de seus atos, ou pela atividade de pessoas ou coisas dela dependentes.”*⁵¹

Ainda que não se pretenda percorrer as diversas classificações e meandros da responsabilidade civil, faz-se necessário, ao menos, mencionar alguns aspectos fundamentais.

Primeiro, a importante evolução ocorrida nesse instituto a partir de *Lex Aquilia*⁵², que o aproximou da feição atual, pois a execução deixou de recair sobre o corpo do devedor⁵³, passando a alcançar apenas o seu patrimônio⁵⁴.

49 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3-4.

No mesmo sentido: STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120-122.

50 A clássica divisão do Direito entre Público e Privado tem sido cada vez mais criticada. Para um aprofundamento nessa temática, recomenda-se a leitura de: NETTO, Felipe Peixoto Braga. Os Sistemas Duais e sua Crise: o fim das grandes certezas. Disponível em <http://www.prmg.mpf.gov.br/index_prod.htm>. Consultado em 18.11.2008.

51 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro. *Boletim Técnico*. Belo Horizonte: Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, n.º 01. p. 11-38, jan./jun. 2004. p. 11.

52 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26-30.

53 MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 133. Neste ponto, sugere-se a leitura do clássico “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare. A obra descreve a astúcia jurídica empregada para evitar que um comerciante fosse coagido a pagar o valor de determinado título de crédito com a extração de parte do próprio corpo.

54 Ressalvada, evidentemente, a prisão civil pelo inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentar.

Em seguida, deve-se fazer referência à regra básica, segundo a qual cada indivíduo responde apenas pelos danos que causar (responsabilidade própria, pessoal ou direta). Excepcionalmente, no entanto, há casos em que um sujeito pode ser responsabilizado pelos danos causados por outra pessoa, ou por objetos e animais. Esta exceção, denominada de *responsabilidade civil pelo fato de outrem*, foi magistralmente tratada por Alvino Lima, ex-professor catedrático de Direito Civil da USP⁵⁵. São exemplos de responsabilidade civil pelo fato de outrem: a dos pais em relação aos filhos menores, que estejam sob seu pátrio poder e em sua companhia, e a do empresário em relação aos atos cometidos por seus prepostos⁵⁶.

Sobre a responsabilidade pelo fato de outrem, no Direito italiano, leciona Alberto Trabucchi:

“Ao lado da situação normal na qual o dano é diretamente um produto do sujeito, são particularmente reguladas algumas hipóteses nas quais o evento danoso é obra direta ou de outras pessoas, ou de coisas, ou de animais. Nestes casos, como resultará do quanto temos exposto em todo o parágrafo, a doutrina moderna tende a afirmar com decisão que a obrigação de ressarcimento prescinde da consideração dos normais pressupostos de um ilícito.”⁵⁷

Constituição Federal: “Art. 5º. (...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

Sobre a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, quer se trate de depósito contratual - como na alienação fiduciária - quer se trate de depósito judicial, confira-se a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal: STF, HC. n.º 87.585/TO. Órgão Julgador: Plenário. Data da decisão: 03/12/2008. Publicação: DJ Data: 12/12/2008. Relator (a) Ministro (a): Marco Aurélio. Decisão por unanimidade.

55 LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34. “Em seu sentido amplo, a responsabilidade civil pelo fato de outrem se verifica todas as vezes que alguém responde pelas conseqüências jurídicas de um ato material de outrem, ocasionando ilegalmente um dano a terceiros. Em matéria de responsabilidade pelo fato de outrem, a reparação do dano cabe a uma pessoa que é materialmente estranha a sua realização.”

56 *Código Civil* artigo 932.

57 TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 42. ed. Padova: CEDAM, 2005. p. 932. “Accanto al caso normale in cui il danno è direttamente prodotto dal soggetto, sono particolarmente regolate alcune ipotesi nelle quali l'evento dannoso è opera diretta o di altre persone, o di cose, o di animali. In questi casi, come risulterà da quanto verremo esponendo in tutto il paragrafo, la dottrina moderna tende ad affermare con decisione che l'obbligo del risarcimento prescinde dalla considerazione dei normali presupposti di un illecito.”

Conquanto encontre divergências na doutrina, outra classificação relevante é a que distingue a responsabilidade civil de origem contratual daquela extracontratual:

“Não constitui opinião pacífica a sustentação da doutrina clássica da existência de duas responsabilidades distintas – a contratual e a extracontratual.

(...)

A teoria clássica da distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual sustenta a existência de uma verdadeira diferença de natureza, separando-as.

(...)

A responsabilidade contratual é, consequentemente, um efeito do contrato não executado, o qual não desaparece, mas toma forma distinta de uma obrigação de reparação dos danos decorrentes do inadimplemento.

Daí a razão por que certos autores estudam a responsabilidade contratual como um dos efeitos da obrigação, ao passo que a responsabilidade extracontratual é estudada como uma das fontes das obrigações.

(...)

Em sentido oposto, a teoria da unidade das responsabilidades nega a existência de duas responsabilidades distintas: uma contratual e outra extracontratual. Para essa doutrina, ambas as responsabilidades decorrem da culpa, existindo absoluta similitude entre as mesmas. Tanto na responsabilidade contratual como na delitual, o devedor responde pelos danos decorrentes de sua culpa, não se distinguindo a culpa contratual da culpa delitual, visto não existir diferença entre as naturezas dessas culpas. O ato pelo qual o devedor não executa sua obrigação

contratual constitui uma culpa, sendo anormal sua conduta, tal como a inexecução de uma obrigação extracontratual.

(...)

Afastando-se do extremismo das duas teorias, autores existem que sustentam que, na sua essência, as duas responsabilidades se confundem, não se justificando, substancialmente, a dualidade de responsabilidades.

Não existe diferença fundamental entre as referidas responsabilidades, mas apenas diferenças acessórias, de sorte que não há uma similitude perfeita entre elas.

Examinando os elementos constitutivos da responsabilidade, verificamos, quer no domínio contratual, como no delitual, que as soluções são idênticas.

Três condições são necessárias em ambos os casos: um dano, uma culpa, e o laço de causalidade entre a culpa e o dano.

Verifica-se, portanto, que as duas responsabilidades são institutos da mesma natureza com destinos paralelos.

Todavia, essa similitude não importa em concluir que não existam diferenças acessórias incontestáveis, que nos levam à obrigação de aplicar regras particulares nos casos de responsabilidade contratual, diferentes das que regem a responsabilidade delitual.⁵⁸

58

LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 217-221.

Aclarando melhor o conceito, veja-se: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37. "Quem infringe dever jurídico lato sensu, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação

Uma das conseqüências práticas da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual é que, nesta, o ônus da prova quanto aos elementos caracterizadores do dever de ressarcir incumbe ao autor da ação, enquanto naquela cumpre ao réu demonstrar o adimplemento do contrato.

Feitas essas considerações, resta tratar de um derradeiro aspecto: *ato ilícito não é sinônimo de responsabilidade civil*⁵⁹. Ainda que a regra, na esmagadora maioria dos casos, seja que o ato ilícito cause um dano, incidindo a responsabilidade civil, não se pode desprezar o fato de que existem certos atos ilícitos que não causam dano indenizável. Ou o inverso: atos que, não obstante lícitos, acarretam a responsabilidade civil⁶⁰. Explique-se.

Há certas espécies de ato ilícito cujo resultado não é a produção de um dano indenizável. Seu efeito pode se restringir, por exemplo, à perda de um direito. Assim ocorre com o herdeiro que sonegar bens, omitindo-os da colação, pois perde o direito que sobre eles poderia ter⁶¹. Outros ilícitos, ainda, têm como conseqüência uma autorização para que determinado sujeito pratique um ato. É o que se verifica quanto à ingratidão do donatário, cujo efeito é a faculdade, conferida ao doador, de revogar a doação⁶².

De outra sorte, *até mesmo um ato lícito, em circunstâncias excepcionais, pode acarretar a responsabilidade civil*. É o que se passa com os atos praticados em estado de necessidade⁶³ que, de algum

imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é conseqüência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude da lesão a direito subjetivo, sem que entre o defensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto."

59 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 14-15.

60 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.

40. "Pode haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude (...)."

61 *Código Civil* artigo 1.992.

62 *Código Civil* artigo 557.

63 *Código Civil*: "Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente."

modo, causem danos a outrem⁶⁴. Exemplificando, o indivíduo que colide seu veículo com automóvel alheio, a fim de se livrar de um seqüestro, não comete ato ilícito, em virtude do estado de necessidade. Porém, ainda assim é obrigado a ressarcir os prejuízos que causou ao proprietário do veículo danificado.

Percebendo essas sutilezas, Felipe Peixoto Braga Netto, valendo-se das lições de Pontes de Miranda, formulou uma classificação dos ilícitos civis, na qual apenas uma de suas espécies, denominada *ilícito indenizante*, acarreta a incidência da responsabilidade civil. Nas demais, a consequência do ato não é a obrigação de reparar um dano⁶⁵.

7. Responsabilidade Objetiva e Teoria do Risco.

Dentre os sistemas configuradores da responsabilidade civil, destacam-se os da responsabilidade subjetiva e objetiva. O primeiro caracteriza-se pela presença *concomitante* de três requisitos: conduta antijurídica, dano e nexos de causalidade entre os dois primeiros:

“Em princípio, a responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação de reparar o dano, imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem (Código Civil art. 159) [equivalente ao art. 927 do Código Civil de 2002]. Deste conceito extraem-se os seus requisitos essenciais: a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, seja por comissão ou omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada

64 Código Civil: “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

Já na década de setenta, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema, tendo o Ministro Moreira Alves advertido, expressamente, que o estado de necessidade não exime o autor do dano do dever de indenizá-lo, desde que a vítima não seja culpada pelo perigo: STF, RE. n.º 82.894/RJ. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 18/11/1975. Publicação: DJ Data: 26/04/1976. Relator (a) Ministro (a): Thompson Flores. Decisão por unanimidade.

65 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 89-123.

*a expressão no sentido de lesão a bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não-patrimonial; c) e, em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica (...)*⁶⁶

Já a responsabilidade civil *objetiva* recebe esta denominação pelo fato de que a ela não interessa o elemento subjetivo, ou seja, a ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência. Bastam a demonstração do dano e o nexo de causalidade entre ele e o sujeito causador, desde que inexistam qualquer causa excludente, como a culpa exclusiva da vítima:

*“A obrigação de indenizar é imposta em lei a algumas pessoas, independentemente da prática de ato ilícito. Pressupõe este uma ação, ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência. Por isso, quando o dano à integridade física ou patrimonial de alguém é causado sem culpa do agente, não se pode afirmar que cometeu delito civil. Se, nesses casos, a obrigação de reparar civilmente o dano não tem sua causa geradora no ato ilícito, não se deveria falar em responsabilidade, que é uma idéia moral, inseparável da imputabilidade. Contudo, usa-se o vocábulo para significar a obrigação de ressarcimento do dano causado sem culpa, acrescentando-se que é objetiva, para distingui-la da responsabilidade própria, que é necessariamente subjetiva. Na verdade, porém, o dever de indenizar o dano produzido sem culpa é antes uma garantia do que propriamente responsabilidade.”*⁶⁷

66 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1. p. 461. No mesmo sentido: NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 79. “A responsabilidade civil, na perspectiva clássica, depende, para existir, da presença simultânea de quatro elementos fundamentais: a) ação ou omissão; b) dano; c) nexo causal; d) culpa.

É a responsabilidade civil tradicional, de índole subjetiva. Nela, alguém, agindo ou se omitindo culposamente, causa danos a terceiros, que serão indenizáveis se houver um nexo causal entre o dano e a conduta culposa.”

67 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 307.

Sobre os fundamentos da responsabilidade objetiva, aprecie-se a seguinte decisão: STF, Decisão Monocrática, AI. n.º 455.846/RJ. Data da decisão: 11/10/2004. Publicação: DJ Data: 21/10/2004. Relator (a) Ministro (a): Celso de Mello.

Como destacado por Orlando Gomes, na passagem anterior, a responsabilidade civil objetiva tem uma *função garantista*, pois visa a evitar que um dano deixe de ser ressarcido em virtude da dificuldade de se provar o dolo ou a culpa de quem o causou. Em regra, o *fundamento* dessa garantia é o fato de que algumas atividades, por sua própria natureza, geram um risco de lesão aos direitos de outrem. Assim, quem exerce tais atividades deve assumir os danos dela decorrentes, ainda que não atue com dolo ou culpa. A isto se denomina *teoria do risco*⁶⁸.

No âmbito do Direito Público⁶⁹, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou reiteradas vezes, afirmando que o artigo 37, §6º da Constituição Federal⁷⁰ consagra a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria do risco administrativo. Para ilustrar, destaca-se a seguinte decisão monocrática do Ministro Celso de Mello:

“Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de

68 Sobre as origens da teoria do risco: DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 71-72. “Aceitando-se embora a primazia reclamada por Marton para a doutrina germânica, o certo é que foram os franceses os divulgadores da teoria objetiva, devendo-se ao seu trabalho de sistematização o impulso tomado pela teoria. Saleilles e Josserand, vultos dos mais expressivos da ciência jurídica, foram os precursores da teoria do risco, nome com que se assentou na literatura francesa a ordem de idéias afins das defendidas pelos autores alemães.”

Ao presente estudo não interessam as subdivisões da teoria do risco, como a que diferencia o risco integral do administrativo. Para um aprofundamento no tema, recomenda-se a leitura do capítulo XVIII de: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

69 Reitere-se, aqui, a crítica à clássica divisão do Direito em público e privado, já mencionada anteriormente.

70 Constituição Federal: “Art. 37. (...)”

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelos danos sofridos, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais (...).

(...)

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50 - RTJ 163/1107-1109, v.g.).

Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o 'eventus damni' e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido, como na espécie, em conduta comissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (...)."⁷¹

A doutrina diverge acerca do tipo de comportamento suscetível de caracterizar a responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Público. Há quem sustente que ela decorre de qualquer ato dos agentes públicos, de sorte que a responsabilidade do Estado seria sempre

71 STF, Decisão Monocrática, AI. n.º 455.846/RJ. Data da decisão: 11/10/2004. Publicação: DJ Data: 21/10/2004. Relator (a) Ministro (a): Celso de Mello.

objetiva⁷². Outros, por sua vez, consideram que somente as condutas comissivas acarretam a responsabilidade objetiva, de sorte que nas omissões do Poder Público faz-se necessário considerar também a culpa⁷³.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal predomina este segundo entendimento, conforme se verifica da seguinte ementa:

“Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexó de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.”⁷⁴

Em matéria criminal, por exemplo, considera-se que o Poder Público responde pelos danos causados por criminosos que se evadiram de estabelecimento prisional, *quando evidente a deficiência*

72 Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 190; e MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 430.

73 Por exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

74 STF, RE. n.º 369.820/RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 04/11/2003. Publicação: DJ Data: 27/02/2004. Relator (a) Ministro (a): Carlos Velloso. Decisão por unanimidade.

Em prol desse entendimento pode-se acrescentar o fato de que o artigo 21, XXIII, d da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 49/2006, dispõe que a responsabilidade da União por danos nucleares independe de culpa. Ora, se a responsabilidade do Estado fosse sempre objetiva, simplesmente por força do artigo 37, § 6º, não faria sentido que o artigo 21, XXIII, c repetisse a regra. Daí se conclui que existem, sim, casos de responsabilidade subjetiva do Estado.

*em sua fiscalização*⁷⁵. *A contrario sensu*, não havendo prova cabal dessa falha inexistiu o dever de indenizar⁷⁶.

Encerra-se essa breve incursão no Direito Público mencionando a decisão do Conselho de Estado da França, que reconheceu a responsabilidade desse Estado por ato omissivo, determinando que indenizasse os trabalhadores que desenvolveram moléstias em decorrência da exposição ao amianto. Referido órgão baseou-se no fato de que diversos estudos científicos já demonstravam o potencial lesivo do amianto. Não obstante, foi somente em 1977 que a França adotou a primeira medida concreta visando a proteger a saúde das pessoas que laboravam em contato com essa substância⁷⁷.

No âmbito do Direito Privado brasileiro, assim dispõe o artigo 927 do Código Civil:

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

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

Enquanto o *caput* consagra, como regra geral, a respon-

75 STF, RE. n.º 409.203/RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 07/03/2006. Publicação: DJ Data: 20/04/2007. Relator (a) Originário Ministro (a): Carlos Velloso, Relator (a) para o acórdão Ministro (a) Joaquim Barbosa. Decisão por maioria.

Trata-se de crime de estupro praticado por foragidos do sistema penitenciário estadual, tendo sido reconhecida a omissão do Estado na fiscalização do cumprimento da pena, uma vez que os condenados já haviam fugido sete vezes e, mesmo assim, não havia sido determinada a regressão de regime. Considerou-se, destarte, que a simples aplicação da Lei de Execuções Penais seria suficiente para obstar a ocorrência do fato.

76 STJ, REsp. n.º 858.511/DF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 19/08/2008. Publicação: DJ Data: 15/09/2008. Relator (a) Originário Ministro (a): Luiz Fux, Relator (a) para o acórdão Ministro (a) Teori Albino Zavascki. Decisão por maioria.

Trata-se de pessoa morta em virtude de “bala perdida”, disparada, durante tiroteio, por menor que se encontrava foragido de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida sócio-educativa de semiliberdade. Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça considerou não haver nexo de causalidade, pois a ocorrência do tiroteio não foi consequência direta de uma falha no serviço prestado pelo Estado.

77 VILLELA, João Baptista. *Por uma responsabilidade civil eminente do Estado*. Quorum. Ano I, n.º 01. p. 12-13, abr. 2004. p. 12.

sabilidade subjetiva, o parágrafo único do mencionado artigo prevê hipóteses excepcionais em que a responsabilização independe de culpa.

Quanto ao parágrafo único, percebe-se que a responsabilidade objetiva ali prevista apresenta *fundamentos diversos*. Em primeiro lugar, tem-se a responsabilidade decorrente de *previsão legal*, que poderá incidir sobre qualquer atividade, independentemente de sua natureza, pois guiada por argumentos de política legislativa⁷⁸. Já a parte final do dispositivo, valendo-se de conceito jurídico indeterminado⁷⁹, trata da *responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco*⁸⁰.

Note-se que o citado artigo 927 não é o único dispositivo do Código Civil que trata da responsabilidade objetiva. Existem outros, como os artigos 931 e 932, que assim dispõem:

78 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 80-81. "Na responsabilidade objetiva prevista na primeira parte do dispositivo citado [refere-se ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002] ('Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei'), o dever de reparar prescinde de culpa; está previsto em lei, e não depende, para existir, sequer da teoria do risco.

A responsabilidade objetiva *ex lege*, portanto, tem autonomia conceitual em relação à responsabilidade – também objetiva – resultante da teoria do risco.

Nessa, para que a obrigação de reparar tenha lugar, é preciso que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implique, por sua natureza, riscos para os direitos alheios. Naquela ('Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei'), o risco não é necessário, embora possa, no caso concreto, existir."

79 Segundo a estrutura clássica, a norma jurídica descreve fatos e lhes comina efeitos jurídicos, podendo também estabelecer uma sanção.

As normas com conceitos indeterminados têm estrutura distinta. Elas não descrevem fatos. Simplesmente fixam *diretivas de conteúdo axiológico* que permitem identificar se uma conduta é ou não conforme à norma. Se, por um lado, apresentam a vantagem de permitir a adaptação do Direito às evoluções sociais sem necessidade de alteração do texto legal, por outro, exigem redobrado esforço interpretativo para evitar exageros em sua aplicação. Sobre o tema, consulte-se: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 115-128.

Sobre a interpretação de normas com conceitos indeterminados, aprecie-se também: GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 27-28.

80 LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 346. "A teoria da atividade perigosa é, portanto, um aspecto ou modalidade da teoria do risco e, como tal, aplicam-se-lhe os mesmos princípios que fundamentam ou justificam esta teoria. O autor do dano decorrente da atividade perigosa age, em via de regra, para tirar proveito de sua atividade. É justo que a ele caiba e não à vítima, os riscos de sua atividade, que, em virtude de sua própria natureza ou dos meios empregados, cria ou aumenta o perigo, contra terceiros – *ubi emolumentum ibi onus* –, quem guarda os benefícios que o acaso de sua atividade lhe proporciona, deve inversamente, suportar os males decorrentes da sua própria atuação."

“Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

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

(...)

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

Mesmo fora do Código Civil são muitos os regimes jurídicos específicos nos quais se aplica a responsabilidade objetiva. As relações de consumo são um bom exemplo⁸¹. Porém, não é o escopo deste estudo detalhar tais regimes, sendo suficientes as linhas gerais delineadas até aqui. Por isso, passa-se, agora, a enfocar resumidamente as causas suscetíveis de afastar a responsabilidade civil.

8. As excludentes de responsabilidade civil.

Como já dito, a responsabilidade civil objetiva caracteriza-se pela presença concomitante de *três requisitos*: um dano indenizável, uma conduta comissiva ou omissiva e o nexo de causalidade entre eles, *dispensada a prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), uma vez que o dever de ressarcir decorre de disposição legal expressa ou do risco inerente à própria atividade*. Presentes esses requisitos, apenas em hipóteses excepcionais pode ser afastada a responsabilização, como adverte Alvino Lima:

“Se a responsabilidade é determinada ‘independentemente de culpa’, é óbvio que não se tem em conta a culpabilidade do autor do ato danoso, e, conseqüentemente, estamos em face de uma res-

81

O Código de Defesa do Consumidor cuida da responsabilidade objetiva em seus artigos 12 a 18.

Décadas antes do Código de Defesa do Consumidor, no entanto, já havia normas tratando da responsabilidade objetiva em situações peculiares. Apenas para ilustrar, veja-se o artigo 26 do Decreto do Poder Legislativo n° 2.681, de 07 de dezembro de 1912, que dispunha sobre a responsabilidade objetiva das empresas exploradoras de ferrovias pelos danos que sua atividade causasse às propriedades situadas às margens das estradas de ferro.

*ponsabilidade objetiva. Pouco importa que o autor do dano tenha ou não empregado 'medidas preventivas tecnicamente adequadas' para evitar o dano, ou seja, pouco importa que ele tenha sido rigorosamente diligente, extremamente cauteloso. A lei impondo-lhe objetivamente a responsabilidade, não lhe permite a prova em contrário de sua diligência ou mesmo ultra-diligência. Só a força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou de terceiro poderão eximi-lo da responsabilidade.*⁸²

No trecho citado estão elencadas as chamadas *causas excludentes da responsabilidade civil*: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiro.

Caso fortuito e força maior consubstanciam tema que está longe de ser pacífico na doutrina. Ainda que a generalidade dos autores esteja de acordo quanto à distinção entre esses conceitos, há forte divergência acerca da definição de cada um⁸³. Ora eles são extremados pelo fato de que o caso fortuito relaciona-se a comportamentos humanos, como a guerra ou a greve, enquanto a força maior decorreria de acontecimentos da natureza, como terremoto, enchente, etc., ora se entende que a distinção residiria na imprevisibilidade do caso fortuito, ao passo que a força maior, ainda que previsível, seria inevitável.

Felizmente, não é preciso ater-se à bizantina discussão

82 LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 342-345.

83 Veja-se, por todos, o esclarecimento de Orlando Gomes: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 148-149. "Duas teorias contrapõem-se: a *objetiva ou positiva* e a *subjetiva ou negativa*. Pela primeira, o caso fortuito caracteriza-se pela *imprevisibilidade ou irresistibilidade* do evento determinante da impossibilidade de cumprir a obrigação. Define-se, portanto, pela natureza do acontecimento. Pela segunda, considera-se a *ausência de culpa*, quaisquer que sejam os elementos intrínsecos do acontecimento.

(...)

À raiz dessa divergência prosperou a distinção entre *caso fortuito e força maior*. O primeiro se caracteriza pela imprevisibilidade do acontecimento e o segundo por sua irresistibilidade. Força maior seria: '*vis cui resisti non potes*'. Caso fortuito, '*cui praevideri non potes*'. Outros critérios distintivos foram sugeridos, mas todo o esforço da doutrina para bifurcar o acaso resultou numa confusão, que hoje se procura evitar, ou mesmo contornar, eliminando-a pura e simplesmente, atenta a circunstância de que é igual o efeito atribuído pela lei. Inútil, com efeito, sob o ponto de vista prático, a distinção."

doutrinária, uma vez que o Código Civil⁸⁴ lhes atribui a mesma consequência prática: exclusão da responsabilidade civil quando o dano decorrer, exclusivamente, de caso fortuito ou força maior⁸⁵. O Superior Tribunal de Justiça também não costuma fazer distinção entre esses conceitos⁸⁶.

Prosseguindo, a segunda causa excludente da responsabilidade civil é a *culpa exclusiva da vítima*, que, como o próprio nome sugere, consiste na circunstância de o dano ter sido causado, unicamente, por uma conduta comissiva ou omissiva da vítima. Neste caso, também não há que se falar em responsabilidade civil, pois exigir a reparação de um dano causado por si mesmo constituiria comportamento contraditório⁸⁷, além de violar a boa-fé⁸⁸.

Por fim, a última causa excludente é a *culpa exclusiva de terceiro*. Logicamente, quando se busca a reparação de um dano contra pessoa que em nada contribuiu para que ele ocorresse, não se afigura presente o nexo de causalidade, pressuposto da responsabilidade civil.

Perceba-se, então, que *as excludentes arroladas acima afastam o próprio nexo de causalidade*. Tal conclusão é partilhada

84 *Código Civil*: "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

85 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 149. "Todo fato alheio à vontade do devedor, que o impossibilite de cumprir a obrigação, considera-se caso fortuito, para o efeito de exonerá-lo de responsabilidade. Tanto faz que seja um evento natural, externo, como que diga respeito à própria pessoa do devedor."

86 Por exemplo: STJ, REsp. n.º 738.833/RJ. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 08/08/2006. Publicação: DJ Data: 28/08/2006. Relator (a) Ministro (a): Luiz Fux. Decisão por unanimidade.

87 Sobre a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*), recomenda-se a leitura da obra: SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

88 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 29. "Não se presta a teoria da boa-fé objetiva para credenciar o juiz a alterar a substância do contrato, ainda que pactuado de má-fé, por uma das partes, visto que o acordo de vontades continua sendo o fundamento desse tipo de negócio bilateral. O juiz pode interpretá-lo e suprir-lhe lacunas, segundo os usos e costumes. Pode decotar-lhe cláusulas ou condições ilícitas ou imorais. Não lhe cabe, porém, a pretexto de apoiar-se na boa-fé, recriar o conteúdo do contrato, em moldes diferentes daqueles fixados pelo acordo bilateral de vontades que lhe deu origem."

pela generalidade dos autores⁸⁹, mesmo por aqueles que pretendem conferir máxima extensão à responsabilidade objetiva⁹⁰.

O que se discute, portanto, não é a existência de tais excludentes, mas sim os *limites de sua aplicação*, sobretudo em face da responsabilidade objetiva que, como já alertado, constitui mais uma *garantia da vítima* do que propriamente uma responsabilidade. Sua

89 Consulte-se, por todos: DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131-132. "Convém esclarecer, aqui, que todos os casos de responsabilidade civil obedecem a quatro séries de exigências comuns: a) o dano, que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral; b) e a relação de causalidade, a *causal connexion*, laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano são seus pressupostos indispensáveis; c) a força maior e a exclusiva culpa da vítima têm, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprimem esse laço de causa e efeito, o mesmo efeito preclusivo; d) as autorizações judiciais e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade."

90 Nelson Nery Júnior, por exemplo, entende que a responsabilidade do Estado, prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal, é *sempre objetiva*, quer se trate de ato comissivo ou omissivo. Mesmo adotando essa interpretação extensiva da responsabilidade do Estado - contrária à jurisprudência dominante do STF, como já se demonstrou - ainda assim o referido autor concorda com o fato de que as excludentes de responsabilidade civil afastam o nexo de causalidade: LIMA, Alvíno. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 205-212. "Com a devida *venia*, entendemos que a CF 37, § 6º consagra, sim, a responsabilidade objetiva da administração pública, pela *teoria do risco*, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva dos agentes ou servidores do poder público. Os requisitos constitucionais para que a administração pública tenha o dever de indenizar, bem como o administrado o direito de receber a indenização, são apenas dois: a) a existência do dano, patrimonial e/ou moral; b) o nexo de causalidade entre a conduta (omissiva ou comissiva) da administração e o dano.

(...)

O fundamento dessa responsabilidade objetiva é o *risco administrativo*, ou seja, o *risco da atividade* do Estado, que foi criado para servir a comunidade e não para causar-lhe problemas. Caso a atividade estatal crie problemas e cause danos ao particular, este tem direito de ver-se ressarcido pelos prejuízos que sofreu e de ser indenizado pelo dano moral quando isto se verificar. Da mesma forma, outro ângulo do mesmo fenômeno, quer dizer, o dever de a administração indenizar é também fundado no princípio da boa-fé objetiva, pois o administrado crê, com boa-fé objetiva, que o Estado tem de exercer os seus misteres para o benefício da população, sendo certo que não foi idealizado para provocar e causar danos.

(...)

Mesmo pela teoria do risco há situações que desobrigam a administração do dever de indenizar. A doutrina e jurisprudência denominam de causas de exclusão da responsabilidade civil determinadas circunstâncias que, se presentes e comprovadas, excluiriam o dever de o poder público indenizar. A administração pública não será responsável pela indenização quando houver culpa exclusiva da vítima. A doutrina e jurisprudência dominantes costumam incluir, além da culpa exclusiva da vítima, a força maior como causa de exclusão da responsabilidade civil da administração pública.

(...)

Do ponto de vista técnico, essas denominadas causas de exclusão da responsabilidade civil são acontecimentos que excluem, na verdade, o *nexo de causalidade* entre conduta e dano. Se a culpa pelo acidente foi exclusiva da vítima foi porque a conduta da administração, comissiva ou omissiva, não deu causa ao dano; se o dano se verificou pelo só acontecimento invencível da natureza (força maior), é porque não há relação entre a conduta da administração e o mesmo dano."

função, repita-se, é evitar que um dano deixe de ser ressarcido em virtude da dificuldade de se provar o dolo ou a culpa de quem o causou.

Assim, *em relação à responsabilidade objetiva, as excludentes devem ser aplicadas com parcimônia*, sob pena de subverterem a própria finalidade desse regime especial⁹¹.

Na prática, entretanto, não é isto o que se verifica. Quando se trata de responsabilizar o Estado ou suas concessionárias de serviço público, a jurisprudência é pródiga na aplicação das excludentes. Dentre os muitos exemplos, mencione-se o reconhecimento de caso fortuito ou força maior, exonerando as concessionárias de transporte público quando passageiros de ônibus⁹² ou usuários do metrô⁹³ são assaltados nesses locais. O argumento é que a incidência da responsabilidade objetiva nessas situações converteria o Estado e suas concessionárias em seguradores universais, já que não foram os causadores imediatos do dano⁹⁴.

Prova inequívoca dessa tendência foi dada pelo leading case que restringiu a aplicação da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço público apenas aos danos sofridos *pelos usuários desse serviço*, de sorte que às demais vítimas competiria provar a falha (*faute du service*), sob pena de não serem ressarcidas. Nas palavras do Relator, Ministro Carlos Velloso:

91 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 89. "As excludentes de caso fortuito ou força maior devem ser encaradas com temperamento nas hipóteses de responsabilidade objetiva, só podendo ser aceitas em hipóteses altamente excepcionais, uma vez que o risco é do empreendedor, não do consumidor."

Exemplo dessa aplicação restritiva das excludentes encontra-se na súmula 187 do Supremo Tribunal Federal: "A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva."

92 STJ, REsp. n.º 331.801/RJ. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 05/10/2004. Publicação: DJ Data: 22/11/2004. Relator (a) Ministro (a): Fernando Gonçalves. Decisão por unanimidade.

93 STJ, REsp. n.º 402.708/SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 24/08/2004. Publicação: DJ Data: 28/02/2005. Relator (a) Ministro (a): Eliana Calmon. Decisão por unanimidade.

94 Veja-se a crítica do professor João Baptista Villela a esse raciocínio: VILLELA, João Baptista. Por uma responsabilidade civil eminente do Estado. *Quorum*. Ano I, n.º 01. p. 12-13, abr. 2004. p. 13. "É inexplicável e escandaloso o silêncio em que o estamento jurídico brasileiro se mantém quanto à responsabilidade civil do Estado por falha na repressão da criminalidade. Que seja de meu conhecimento, jamais houve no Brasil uma única ação na qual se tivesse condenado o Estado a reparar prejuízos por morte, lesão corporal ou perdas econômicas em decorrência de conduta criminosa de terceiros. Alguém dirá: admitida, como regra, a solução de reparar, o Estado irá à ruína. É um argumento ad terrorem. Como a Constituição da República não prevê a ruína ou a autodissolução do Estado, haveria que encontrar outro caminho. Que só poderia ser o da segurança para todos, este sim, bem expresso na letra e no espírito da Constituição."

“Não se discute, no caso, a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público — serviço de transporte coletivo. O que se discute é se a responsabilidade objetiva dos concessionários se estende aos não-usuários do serviço.

(...)

A responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviço público ocorre em relação ao usuário do serviço e não relativamente a pessoas não integrantes dessa relação.

(...)

Essa me parece, na verdade, a melhor interpretação do dispositivo constitucional, no concernente às pessoas privadas prestadoras de serviço público: o usuário do serviço público que sofreu um dano, causado pelo prestador do serviço, não precisa comprovar a culpa deste. Ao prestador do serviço é que compete, para o fim de mitigar ou elidir a sua responsabilidade, provar que o usuário procedeu com culpa, culpa em sentido largo. É que, conforme lição de Romeu Bacellar, ‘é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal’. A ratio do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o ‘usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal’, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço.

Fora daí, vale dizer, estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva — CF, art. 37, § 6º — seria ir além da ratio legis.”⁹⁵

No âmbito privado, porém, as excludentes de responsabi-

lidade civil têm alcance mais restrito. A jurisprudência consolidou-se no sentido de que algumas atividades, por sua própria natureza, são suscetíveis de causar dano aos direitos de outrem. Por isso, *nessas atividades, a responsabilização faz parte do risco natural do negócio, sendo até previsível*, razão pela qual a incidência das excludentes se restringe a casos absolutamente excepcionais.

As atividades bancárias são um bom exemplo. A ocorrência de furtos e roubos no interior das agências⁹⁶ ou do estacionamento do banco⁹⁷, a entrega indevida de cartões⁹⁸, bem como a vulnerabilidade de seus sistemas eletrônicos⁹⁹, acarretam a responsabilidade objetiva da instituição financeira, sendo inaplicáveis as excludentes

96 STJ, REsp. n.º 787.124/RS. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 20/04/2006. Publicação: DJ Data: 22/05/2006. Relator (a) Ministro (a): José Delgado. Decisão por unanimidade.

"Ementa:

(...) Restando incontroverso nos autos a ocorrência de assalto em agência bancária, que resultou na morte do genitor dos autores da ação indenizatória (...).

Descabido, ainda, o argumento de que houve força maior a ensejar a exclusão da responsabilidade do recorrente. Em diversos precedentes deste Pretório, restou assentada a orientação de que, em razão da previsibilidade, o roubo não caracteriza hipótese de força maior, capaz de elidir o nexo de causalidade, indispensável à configuração do dever indenizatório."

97 STJ, REsp. n.º 1.045.775/ES. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 23/04/2009. Relator (a) Ministro (a): Massami Uyeda. Decisão por unanimidade.

98 STJ, REsp. n.º 703.129/SP. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 21/08/2007. Publicação: DJ Data: 06/11/2007. Relator (a) Ministro (a): Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão por unanimidade.

"Ementa:

(...) Não é possível identificar a excludente de culpa exclusiva de terceiro sob a égide do Código de Defesa do Consumidor quando o banco entrega cartão de crédito a terceira pessoa que não o titular da conta, considerando que direta ou indiretamente participa da operação por meio de seus sistemas de controle em operações da espécie."

99 STJ, REsp. n.º 557.030/RJ. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 16/12/2004. Publicação: DJ Data: 01/02/2005. Relator (a) Ministro (a): Nancy Andrighi. Decisão por unanimidade.

"Ementa:

(...) Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC."

No mesmo sentido o entendimento doutrinário: LUCCA, Newton de. Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no Âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 66-71. "(...) ocorrendo a invasão por um *hacker* ou por um *cracker* no sistema telemático do banco, com prejuízo aos seus correntistas, poderia ser invocada a exclusão de responsabilidade dos bancos com base no art. 12, § 3º, inciso III, do nosso CDC?

(...)

Parece não haver dúvida, assim, no que se refere aos problemas apontados – falhas no equipamento eletrônico ou nos programas de computador e erros no processamento de dados –, de que a responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários desponta indeclinável, como já ficou dito anteriormente, quer ela derive da teoria do risco

de caso fortuito e força maior, porque essas situações são previsíveis e constituem risco inerente à própria atividade, também chamado de *risco interno do negócio*.

Diversamente, a *culpa exclusiva da vítima* é motivo idôneo para afastar a responsabilidade civil, porque a utilização indevida do produto ou serviço, por quem foi devidamente informado a respeito de suas características, não se insere no risco natural do negócio (risco interno). Ao contrário, consubstancia *fator externo e absolutamente imponderável*, pelo qual o empresário não pode ser responsabilizado, por não haver nexo de causalidade entre sua conduta e o dano. Do contrário, haveria enriquecimento ilícito da vítima, em decorrência de um comportamento contraditório¹⁰⁰ (pleitear de outrem o ressarcimento de um dano causado por si mesmo).

Por fim, a *culpa exclusiva de terceiro* insere-se numa *posição intermediária*. Não é peremptoriamente afastada – como o caso fortuito ou a força maior – nem, tampouco, elimina automaticamente o nexo de causalidade – tal como ocorre com a culpa exclusiva da vítima.

A questão deve ser analisada caso a caso, pois a culpa exclusiva de terceiro somente é idônea para afastar a responsabilidade civil objetiva quando decorrer de evento absolutamente imprevisível e inevitável, corporificando um *risco externo ao negócio*. Atendo-se ao exemplo dos serviços bancários, a ocorrência de furto ou roubo de talões de cheque, durante o transporte por empresa terceirizada, não afasta a responsabilidade da instituição financeira, visto que se trata de risco previsível e inerente a essa atividade. Ou seja, *a culpa exclusiva de terceiro, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, pressupõe a perfeita execução das atividades a cargo do devedor,*

empresarial, num dos caminhos possíveis de raciocínio, quer ela decorra do regime de responsabilidade de nosso Código de Defesa do Consumidor, segundo outro ângulo de análise. Assinale-se que a teoria do risco empresarial – direta ou indiretamente – vem sendo progressivamente acolhida pela jurisprudência pátria, especialmente pelo nosso Superior Tribunal de Justiça (...).”

100 Sobre a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*), recomenda-se a leitura da obra: SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

*aplicando-se apenas quando decorrente de ato absolutamente imprevisível e inevitável de um terceiro*¹⁰¹.

Em suma, nas “atividades de risco”, segundo o conceito jurídico indeterminado do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, não se aplicam as excludentes de responsabilidade, salvo a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiro (esta última apenas em caso de risco externo ao negócio).

Note-se, por derradeiro, que as excludentes de responsabilidade civil, ora examinadas, não se confundem com as excludentes de ilicitude do ato jurídico, com esclarece Felipe Peixoto Braga Netto:

“Não se deve confundir excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, e exercício regular de direito) com as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima).

As excludentes de ilicitude retiram a contrariedade ao direito da conduta, mas não isentam, de modo absoluto, o responsável pela reparação dos danos (no estado de necessidade o ato, apesar de lícito, é indenizável; na legítima defesa com erro na execução, embora lícita, gera o dever de indenizar os terceiros atingidos). Já as excludentes de responsa-

101 STJ, REsp. n.º 759.791/RO. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 03/04/2008. Publicação: DJ Data: 15/04/2008. Relator (a) Ministro (a): Sidnei Beneti. Decisão por unanimidade.

“Ementa:

II - A exclusão da responsabilidade do fornecedor por ato de terceiro pressupõe a inexistência de defeito no serviço prestado. Recurso especial conhecido e provido.”

Igualmente relevante:

STJ, REsp. n.º 685.662/RJ. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 10/11/2005. Publicação: DJ Data: 05/12/2005. Relator (a) Ministro (a): Nancy Andrighi. Decisão por unanimidade.

“Ementa:

(...) Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível.

O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso fortuito interno.

Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade.

O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC.”

*bilidade civil, por romperem o nexo de causalidade, afastam o próprio dever de reparar os danos.*¹⁰²

Situadas as balizas fundamentais do tema, antecedente necessário das considerações específicas, passa-se, agora, à análise da responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de terceiro.

9. Responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem.

É possível que o leitor esteja se perguntando por qual razão não se cuidou, desde o início, da responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem, tendo-se optado por percorrer diversos assuntos.

A resposta reside no fato de que os conceitos abordados anteriormente são conexos ao tema central e absolutamente indispensáveis a sua fundamentação técnica. Não se poderia expor uma conclusão válida sem, antes, contextualizar o tema e demonstrar sua importância prática. Por isso a adoção de tópicos preliminares.

Com efeito, é justamente a fundamentação preliminar que permite imprimir a este tópico um caráter conciso e opinativo, sem que tais opiniões possam ser acoimadas de mero devaneio.

Feita essa necessária ressalva, passa-se, agora, a cuidar especificamente da responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem.

De início, convém diferenciar a circunstância na qual os dados são voluntariamente transferidos pelo titular a um terceiro, daquela em que eles são subliminarmente coletados, sem o consentimento do titular.

Como já afirmado, a *transferência voluntária* de dados é comum no ambiente eletrônico, havendo, inclusive, sociedades empresárias que se dedicam especificamente a essa atividade, como a já mencionada *Recall*. Neste caso, o mais comum é que as partes celebrem um *contrato de adesão* disciplinando a coleta, gestão e

armazenamento dos dados. Conseqüentemente, apenas a conduta em desconformidade com o pactuado poderia ser apenada, incidindo a *responsabilidade contratual*, caso em que compete à sociedade contratada o ônus de provar a inexistência do dano¹⁰³, excetuada a hipótese de nulidade de alguma cláusula do contrato ou mesmo do negócio jurídico como um todo.

Diversamente, a coleta subliminar de dados, *sem o consentimento de seu titular*, configura ato ilícito, atraindo a *responsabilidade extracontratual*. Nesta hipótese, o dano seria presumido, por ofensa à privacidade, mormente no caso de dados pessoais sensíveis, os quais se referem à esfera mais íntima do indivíduo¹⁰⁴. Nesse sentido, o sólido posicionamento jurisprudencial:

“Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, endereço. É evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido, é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal pode ter conseqüências seríssimas; digamos, uma pessoa, um homem, resolva presentear uma moça com linha telefônica que esteja no seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, estabelece, como regra, que o seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados. Da mesma maneira, temos cadastro nos bancos, entretanto, de uso confidencial para aquela insti-

103 Fala-se em prova da inexistência de dano ao invés de prova da inexistência de culpa pois, como se demonstrará adiante, trata-se de responsabilidade objetiva, cuja configuração independe do elemento culpa.

104 Recorde-se que a legislação européia é clara ao proibir o tratamento de dados pessoais sensíveis, ou seja, aqueles que dizem respeito, por exemplo, a convicções sexuais, religiosas, filosóficas ou políticas.

tuição, e não para ser levado a conhecimento de terceiros."¹⁰⁵

"No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado."¹⁰⁶

Ademais, a coleta, gestão e armazenamento de dados sujeitam-se à *responsabilidade objetiva*, variando, conforme a situação concreta, apenas o dispositivo legal em que deve se fundamentar a pretensão.

Nesse sentido, caso se esteja diante de uma *relação de consumo* entre o titular e o terceiro que capta os dados, a responsabilidade objetiva desponta nítida, por força do Código de Defesa do Consumidor, eis que há prestação de serviço¹⁰⁷. Não importa que se trate de transferência contratual ou clandestina de dados.

Nas demais *relações privadas* (empresariais ou *civis stricto sensu*), a responsabilidade objetiva encontra fundamento na teoria do risco. A atividade de coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem, por sua própria natureza, é suscetível de gerar risco para direitos alheios, o chamado risco interno do negócio, que consistiria, justamente, na perda, adulteração ou divulgação não autorizada desses dados, por parte de quem tem o dever de preservá-los. Aplica-se, assim, a segunda parte do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil¹⁰⁸.

105 STJ, HC. n.º 8.493/SP. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data da decisão: 20/05/1999. Publicação: DJ Data: 02/08/1999. Relator (a) Ministro (a): Luiz Vicente Cernicchiaro. Decisão por unanimidade. Trecho da Ementa.

106 STJ, REsp. n.º 506.437/SP. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 16/09/2003. Publicação: DJ Data: 06/10/2003. Relator (a) Ministro (a): Fernando Gonçalves. Decisão por unanimidade. Trecho da Ementa.

107 Código de Defesa do Consumidor: "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

108 Código Civil: "Art. 927. (...)

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

Percebe-se, então, que a vítima é dispensada de provar o elemento subjetivo – é dizer, dolo ou culpa – do causador do dano. Conseqüentemente, na hipótese de responsabilidade decorrente de vínculo contratual, incumbe à contratada provar a inexistência do dano, enquanto que na responsabilidade extracontratual este é presumido, conforme já se demonstrou.

A fim de eliminar dúvidas, seria de bom alvitre que fosse editada *lei específica sobre o assunto*, da qual constasse, de modo claro, a responsabilidade objetiva inerente à atividade de coleta, gerenciamento e armazenamento dados de outrem.

Feitas essas considerações, há ainda um aspecto que merece enfoque crítico. Imagine-se a situação em que uma sociedade empresária é contratada para gerenciar os dados de determinado Tribunal de Justiça, incluindo seu arquivo de processos eletrônicos. Caso um dos funcionários dessa sociedade, por conta própria, forneça dados sigilosos a terceiro, de forma não consentida, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada?

No mesmo contexto, imagine-se que os processos eletrônicos sejam mantidos numa mídia principal e também em *backup*, situado em local e mídia diversos. Caso o referido funcionário destrua tanto a mídia principal quanto o *backup*, a sociedade será responsabilizada? Ou poderá se escusar alegando que tomou todos os cuidados razoáveis para preservar os dados, tendo sua destruição sido consequência de uma conduta isolada, imprevisível e sabotadora¹⁰⁹?

109 Destaque-se que a hipótese não é tão fantasiosa como possa parecer, à primeira vista. Inclusive, há relatos de situação semelhante, em que teriam desaparecido, em circunstâncias absolutamente suspeitas, quase mil processos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/EspacoVital.htm>>. Consultado em 08.04.2009. “Os 966 processos - acondicionados em 170 caixas de papelão (no total 1.200 autos processuais, contados os apensos) - foram levados por ‘Jonathan’ em 28 de outubro de 2005. Ele escreveu ‘Resebi’, assinou seu suposto prenome e não forneceu - nem lhe foi pedido - mais nenhum dado sobre sua pessoa.

(...)

Oficialmente, o sumiço foi comunicado em 12 de dezembro de 2005 pelo escrivão Plauto José Scapin, ao juiz Roberto Carvalho Fraga, titular de um dos dois juizados da 10ª Vara Cível. Fraga deu ciência dos fatos, no mesmo dia, ao então diretor do Foro, juiz Almir Porto da Rocha Filho.

Em 13 de dezembro de 2005 foi determinada a ‘manifestação do Arquivo Centralizado’, sendo-lhe fixado o prazo de 48 horas. A empresa Recall do Brasil Ltda. silenciou, sendo em 21 de dezembro de 2005 determinada a sua intimação, por mandado a ser cumprido em 24 horas, ‘com prazo igual para esclarecimentos’.

Por fim, se a destruição dos arquivos não decorrer de sabotagem, mas de um incêndio, ainda assim a sociedade poderá ser responsabilizada?

Todas essas indagações dizem respeito à possibilidade de se aplicar as excludentes de responsabilidade civil à atividade de coleta, gestão e armazenamento de dados de terceiro.

Como já se disse, com espreque em Orlando Gomes¹¹⁰, a responsabilidade objetiva é mais uma *garantia da vítima* do que propriamente um regime de responsabilização. Sob essa ótica deve o instituto deve ser sempre analisado.

Sendo assim, desponta nítido que a aplicação das excludentes de responsabilidade civil ao regime objetivo deve ser feita *com muita parcimônia e em casos absolutamente restritos*, sob pena de subverter a finalidade desse regime. Evidentemente, sendo a coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem submetida à responsabilidade objetiva, tal raciocínio se lhe aplica plenamente.

Com efeito, nos exemplos citados, a possibilidade de perda, adulteração ou divulgação não autorizada de dados faz parte do risco interno do negócio. *É justamente para gerenciar esse risco que a sociedade foi contratada*. Por isso, em nada lhe acude alegar que o dano foi fruto de desígnio autônomo de um funcionário, pois o Código Civil não admite tal espécie de escusa¹¹¹. Tampouco lhe socorre afirmar que adotou toda a diligência possível para evitá-lo, tendo inclusive mantido backup, sendo a perda decorrente de caso fortuito ou força maior. Ao celebrar o contrato, o titular dos dados transferiu um risco para a sociedade, mediante remuneração proporcional, de

A Recall do Brasil - que admite ser 'a empresa responsável pela prestação dos serviços de busca e guarda, bem como gerenciamento do acervo documental junto ao Arquivo Judicial Centralizado do Estado do RS' respondeu - então, através de correspondência que veio de sua sede (que fica em Jundiaí, SP) - que a coleta na 10ª Vara Cível tinha sido programada para o dia 3 de novembro. Nessa data, ao tentar fazer o recolhimento, tomou conhecimento de que as 170 caixas com processos já haviam sido levadas no dia 28 de outubro por 'Jonathan' - pessoa que lhe é desconhecida."

110 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 307.

111 *Código Civil*: "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

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

modo que ela responde por esse risco, independentemente de culpa.

Ou seja, as excludentes de caso fortuito e força maior não se aplicam à atividade de coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem, por se inserirem no risco natural do negócio, sua própria razão de ser.

Já a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro devem ser analisadas com as ressalvas do tópico anterior¹¹².

Ou seja, a *culpa exclusiva da vítima* é suficiente para afastar a responsabilidade civil uma vez que não se concebe possa ela ser ressarcida por dano do qual foi a única causadora. Admitir o contrário seria privilegiar um comportamento contraditório, propiciando o enriquecimento ilícito da vítima. Assim, prosseguindo no exemplo anterior, se um Tribunal de Justiça determinar à sociedade empresária por ele contratada para gerenciar seu arquivo processual - por meio da pessoa competente e de acordo com contrato - que elimine completamente determinado processo, não poderá a sociedade ser responsabilizada, ainda que se verifique, posteriormente, que a ordem foi dada por engano.

Por fim, a exclusão da responsabilidade civil objetiva com base na *culpa exclusiva de terceiro* tem lugar apenas quando o dano decorre de conduta absolutamente inevitável e imprevisível, corporifi-

112 O Código de Defesa do Consumidor parece acolher o raciocínio aqui desenvolvido, na medida em que admite textualmente apenas a prova da inexistência do evento danoso (incisos I e II do art. 12, § 3º e inciso I do 14, § 3º) além da culpa exclusiva de terceiro ou da vítima como causas excludentes da responsabilidade civil:

"Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

cando risco externo ao negócio. Sua aplicação à atividade de coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem é bastante improvável, pois, como deveras frisado, a possibilidade de perda, adulteração ou divulgação não autorizada de dados faz parte do risco interno desse negócio, sua própria razão de ser.

Essas, em suma, as principais considerações acerca da responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem.

10. Conclusão.

Com a consolidação das novas tecnologias, intensificaram-se os debates acerca de sua utilização e dos problemas daí advindos. No plano jurídico, uma das facetas dessa discussão diz respeito à privacidade na *internet* e, mais especificamente, à responsabilidade pela utilização de dados alheios. Com efeito, é cada vez maior o número de dados que trafegam diariamente na *internet* e nas redes privadas, além dos sistemas de transmissão de arquivos ponto a ponto. Devidamente organizadas, tais informações adquirem relevante valor econômico. Por isso, são cada vez maiores e mais elaborados os expedientes clandestinos que visam a captar dados alheios, como endereços de correio eletrônico, senhas bancárias, perfil de consumo, etc.

Ao lado dessas práticas ilegais, a valorização econômica das informações que circulam no meio eletrônico fez surgir também um novo segmento de mercado, composto justamente por sociedades empresárias que se dedicam, de forma lícita, a prover a necessária segurança na coleta, transmissão e armazenamento desses dados.

Não obstante a importância da matéria, ainda são escassos os estudos científicos que se debruçam sobre ela. Os que foram consultados focavam-se, em sua maioria, na captação ilícita de dados, negligenciando o fato de que também a atividade lícita, desempenhada por empresas especializadas, merece criteriosa análise.

Nesse contexto, o presente estudo pretendeu tecer considerações fundamentadas sobre o tema, tendo como ponto de partida as noções clássicas de responsabilidade civil, notadamente a responsabilidade objetiva. A conclusão a que se chegou foi a de que a or-

denação¹¹³ jurídica brasileira, ainda que não apresente lei específica regulamentando o assunto - tal como sucede nos Estados Unidos e na Comunidade Européia - está munido de instrumentos capazes de conferir proteção jurídica a quem se sentir lesado ou ameaçado de sofrer lesão em virtude do uso indevido de seus dados.

REFERÊNCIAS:

ACIOLI, Bruno Caiado de. O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações. *Boletim dos Procuradores da República*. Ano VII, n.º 70, p. 13-15, abr. 2006. Disponível em <<http://www.anpr.org.br>>. Consultado em 08.06.2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATTELLE, John. *A Busca: como o Google e seus competidores reinventaram os negócios e estão transformando nossas vidas*. Tradução: Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CAVALCANTI, Marcos; GOMES, Elisabeth; PEREIRA André. *Gestão de Empresas na Sociedade do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Reflexões sobre o Direito Virtual. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFMG, no Seminário Direito Passo a Passo com o Futuro, em 2000. Disponível em <<http://www.obcl.com.br>>. Consultado em 08.11.2008.

113 Com efeito, não é usual nem recomendável inserir notas de rodapé na conclusão, visto que tal espaço se destina às opiniões pessoais do autor e não à citação de outras fontes. Contudo, ousou flexibilizar essa regra para fornecer ao leitor uma justificativa acerca da preferência pelo termo “ordenação” ao invés de “ordenamento”, somente utilizado na conclusão. E o faço com base nas palavras do professor Newton de Lucca, constantes da nota de rodapé nº 675, página 309, de sua Tese de Concurso para Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, ainda não publicada. In *verbis*:

“Contra a quase unanimidade da doutrina nacional, venho me utilizando, invariavelmente, da palavra *ordenação* jurídica, de todo preferível, a meu ver, à palavra ordenamento jurídico. Com efeito, ela parece mais consentânea com o idioma português, não havendo razão para o emprego do italianismo, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida. Afinal de contas, nós tivemos as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas e não ordenamentos afonsinos, manuelinos e filipinos...”

DAVIDSON, Stephen J.; HOLLOWAY, Gabriel K. Software Services and Maintenance Agreements. *Presented at the 23rd Annual Institute on Computer Law*. New York City, jan. 2003. Disponível em <<http://www.abdi.org.br>>. Consultado em 30.08.2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro. *Boletim Técnico*. Belo Horizonte: Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, n.º 01. p. 11-38, jan./jun. 2004.

DIRETIVA N.º 95/46 DA COMUNIDADE EUROPÉIA. Disponível em <http://www.cert.fnmt.es/legsoporte/Directiva%2095_46_CE%20Datos%20CaracterPersonal.pdf>. Consultado em 15/02/2009.

DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Fraude Eletrônica. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

GOOGLE USA BUSCAS PARA MONITORAR EPIDEMIAS DE GRIPE NOS EUA. Site IDG NOW!, 12 nov. 2008. Disponível em <<http://idg-now.uol.com.br/internet/2008/11/12/google-usa-buscas-para-monitorar-epidemias-de-gripe-nos-eua/>>. Consultado em 22/02/2009.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRÉGIO, Grécio Nogueira. Suspensão do Sigilo das Comunicações Telefônicas e a Portabilidade. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, n.º 24, p. 55-62, dez./jan. 2009.

GUIDELINES ON THE PROTECTION OF PRIVACY AND TRANS-BORDER FLOWS OF PERSONAL DATA, from Organization for Economic Cooperation and Development – OECD. Disponível em <http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html>. Consultado em 15/02/2009.

JABUR, Gilberto Haddad. A Dignidade e o Rompimento de Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coord.). *Direito à Privacidade*. São Paulo: Idéias e Letras, 2005.

LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. Atualização: Nelson Nery Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUCCA, Newton de. Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no Âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

_____. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

L'UE VUOLE CONTROLLARE IL VOIP: EUROJUST AVVIA UN'INDAGINE, *Quaderno Tecnologia, La Repubblica*, 23 fev. 2009. Disponível em <<http://www.repubblica.it/2009/02/sezioni/tecnologia/skype-world/skype-world/skype-world.html>>. Consultado em 23/02/2009.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Os Sistemas Duais e sua Crise: o fim das grandes certezas*. Disponível em <http://www.prmg.mpf.gov.br/index_prod.htm>. Consultado em 18.11.2008.

_____. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PASQUINO, Teresa. Serviços da Sociedade de Informação: Tutela dos Dados Pessoais e Regras de Conduta. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito*

Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Consultado em 08.11.2008.

RODOTÀ, Stefano. Libertà, opportunità, democrazia, informazione. *Internet e Privacy: Quale Regole*. Atti del Convegno, 1998. Disponível em <<http://www.privacy.it/garantereirod.html>>. Consultado em 04/07/2009.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 09, p. 119-141, jan./mar. 2002.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Notas acerca do Direito à Privacidade na Internet: A perspectiva comparativa. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, v. 9, 2002.

ROSA, Mário. *A Reputação na Velocidade do Pensamento: Imagem e Ética na Era Digital*. São Paulo: Geração Editorial, 2006.

SAFE HARBOUR PRIVACY PRINCIPLES. Disponível em <<http://www.export.gov/safeHarbor/SHPRINCIPLESFINAL.htm>>. Consultado em 15/02/2009.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para Formação de um Regime de Dados Pessoais. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

SAWAYA, Márcia Regina. *Dicionário de Informática e Internet*. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Do Contrato de Concessão para Serviços de Telecomunicações à Telefonia IP-VOIP: Reflexos nos Direitos Transindividuais. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SURFER BEWARE: PERSONAL PRIVACY AND THE INTERNET,

Electronic Privacy Information Center, jun. 1997. Disponível em <<http://epic.org/reports/surfer-beware.html>>. Consultado em 14/02/2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 42. ed. Padova: CEDAM, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da Sociedade da Informação: Protecção de dados pessoais e direito à privacidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. I.

VILLELA, João Baptista. O Público e o Privado no interior dos Palácios. *Del Rey Jurídica*. Ano IX, n.º 18. p. 88-89, ago./dez. 2007.

_____. *Por uma responsabilidade civil emi-nente do Estado*. Quorum. Ano I, n.º 01. p. 12-13, abr. 2004.

A Previdência Social do Servidor Público - aposentadorias voluntárias e pensões

MARISA FERREIRA DOS SANTOS

Desembargadora Federal

I – INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, com sucessivas Emendas Constitucionais, disciplina regimes jurídicos distintos de previdência social: o regime geral de previdência social, aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada; o regime próprio, aplicável aos agentes públicos (servidores vitalícios e titulares de cargo efetivo); e o regime especial, aplicável aos militares.

A manutenção de regimes previdenciários distintos talvez tenha fundamento na natureza peculiar da atividade dos servidores públicos: a prestação de *serviço público*.

HELOÍSA HERNANDEZ DERZI ensina: “Então, o primeiro dado relevante quando se pretende abordar o tema da *previdência do servidor público*, é demonstrar que ‘esses trabalhadores qualificados’ (i.e., *servidores*), em suas relações de trabalho com o Estado, sempre estiveram adstritos a *regime jus-laboral institucional*: a estabilidade, as

regras de disponibilidade, a paridade de vencimentos exemplificam a chamada *natureza estatutária, não-contratual*, em que as partes não podem livremente negociar as condições; antes, aderem a um *regime imposto por lei*, voltado para o atendimento primordial do chamado *interesse público*” (destaques no original)¹.

A natureza estatutária, não-contratual, do vínculo dos trabalhadores do setor público com a Administração, a par de lhes dar vantagens próprias da natureza de suas funções, traz-lhes, também, restrições que não se aplicam ao setor privado: dedicação exclusiva ao serviço público; limite máximo de remuneração (*teto*); fixação da remuneração por lei; impossibilidade de negociação das condições laborais.

Porém, cada vez mais vem se sedimentando a idéia de um sistema previdenciário único, para trabalhadores do setor público e do setor privado. Sucessivas Emendas Constitucionais estão retirando antigos direitos previdenciários dos servidores públicos, impondo tetos de contribuição e de cobertura previdenciária, a exemplo do que sempre ocorreu no Regime Geral. A previdência complementar, opcional, terá papel relevante na aposentadoria do servidor público.

Neste trabalho trataremos do regime próprio dos servidores públicos civis, dando ênfase às aposentadorias voluntárias, objeto de grande interesse e discussão.

II – EVOLUÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 4-10-1988.

1 – A redação original.

A redação original do art. 40 da Constituição previa proteção previdenciária com a concessão das seguintes aposentadorias voluntárias:

a) *por tempo de serviço, com proventos integrais*, exigindo-se 35 anos de serviço para os homens e 30 anos de serviço para as mulheres. Os professores também se aposentavam voluntariamente,

1 Cf. Equívocos da Reforma Previdenciária do Setor Público, in *Revista de Direito Social*, n. 12, 2003, Notadez, Porto Alegre, pp. 55-66, na p. 59.

com proventos integrais, aos 30 anos de efetivo tempo de magistério, se homem, e 25 anos, se mulher;

b) *por tempo de serviço, com proventos proporcionais*, aos 30 anos de serviço para o homem e aos 25 anos de serviço para a mulher;

c) *por idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço*, aos 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher;

d) *aposentadoria especial* em virtude do exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, definidas em lei complementar que, aliás, não chegou a ser editada. Por isso, na prática, à falta de lei complementar, os servidores públicos não chegaram a obter aposentadoria especial².

A idade mínima, em nenhuma das hipóteses, era requisito das aposentadorias voluntárias dos servidores públicos civis.

A paridade dos proventos das aposentadorias com os vencimentos dos servidores em atividade estava garantida: revisão na mesma proporção e na mesma data, e aos inativos se estendiam quaisquer benefícios ou vantagens concedidas posteriormente aos servidores da ativa.

A pensão por morte tinha a renda mensal inicial correspondente ao valor dos vencimentos ou proventos do servidor falecido e garantia de paridade.

O sistema previdenciário dos servidores públicos não era, até então, de caráter contributivo. O art. 149, § 1º, da Constituição permitiu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituísem contribuições de seus servidores, destinadas ao custeio de sistemas de previdência e assistência social. Estava, assim, permitida a criação de regimes previdenciários próprios em todos os entes federados.

2 – A modificação introduzida pela Emenda Constitucional n. 3/1993.

No âmbito federal, a EC n. 3/1993 acrescentou o § 6º ao art. 40, determinando que as aposentadorias e pensões dos servido-

2

Cf. STF, RE 371749 AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 4-2-2005, p. 00024).

res públicos federais seriam custeadas com recursos provenientes da União e dos servidores públicos federais, na forma da lei.

Esse dispositivo constitucional, entretanto, não teve efeito prático porque o sistema previdenciário dos servidores públicos só foi efetivamente estruturado com a EC n. 20.

3 – A Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1998.

3.1. As regras permanentes.

A EC n. 20 deu caráter contributivo ao regime próprio alterando o *caput* do art. 40. E mais: determinou a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

A primeira modificação atingiu o servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou emprego público: será segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, ficando, portanto, *excluído* do regime próprio.

O caráter contributivo do sistema impõe que o tempo de exercício no serviço público, após a EC n. 20, se denomine *tempo de contribuição*. O § 10 do art. 40 proibiu a contagem de *tempo fictício*, isto é, período que não seja de efetiva contribuição.

As regras trazidas pela EC n. 20 só poderiam ser aplicadas aos servidores que ingressassem no serviço público a partir de sua vigência, razão pela qual ficaram conhecidas como *regras permanentes*.

A Emenda preservou o direito adquirido daqueles que, na data da promulgação, já tinham implementado todos os requisitos para a obtenção de benefícios ou vantagens funcionais.³

Ficaram assim disciplinadas as aposentadorias voluntárias do setor público:

a) *por tempo de contribuição, com proventos integrais*, desde que cumpridos os seguintes requisitos cumulativos: tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público; 5 anos no cargo

3 Com relação à licença-prêmio, cf. STF, RE 394661, AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 14-10-2005, p. 00022.

efetivo em que se dará a aposentadoria; 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher, reduzidos em 5 anos, em relação ao disposto no § 1º, III, “a”, para o(a) professor(a) que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, restando excluído o magistério de nível superior; idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, reduzidos em 5 anos para o(a) professor(a) que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A EC n. 20/1998 adotou, pela primeira vez, o requisito da idade mínima.

b) *por idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição*, desde que cumpridos os seguintes requisitos cumulativos: tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público; 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; idade de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher.

c) *aposentadoria especial* apenas nas hipóteses de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei complementar, aliás, nunca editada.

A integralidade dos proventos das aposentadorias e pensões restou garantida (art. 40, § 3º), assim como a paridade com o pessoal em atividade (art. 40, § 8º).

O § 6º do art. 40 proibiu a percepção de mais de uma aposentadoria custeada pelo regime próprio. Contudo, podem ser recebidas aposentadorias resultantes da acumulação de cargos permitida pela Constituição. Ressalva, a nosso ver, desnecessária porque, sendo o regime contributivo, o servidor que acumula cargos paga a contribuição previdenciária em ambos; não faria sentido que não pudesse receber as duas aposentadorias.

As pensões por morte passaram a depender de regulamentação por lei ordinária (art. 40, § 7º). Os seus contornos, porém, foram delineados pelo constituinte: mesmo valor dos proventos que o servidor recebia ou, se ainda não aposentado, igual ao de seus vencimen-

tos na data do óbito.

O § 11 do art. 40 instituiu a limitação do total dos proventos da inatividade, o denominado “teto”, na forma do disposto no art. 37, XI: o total dos proventos da inatividade não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF, fixado por lei federal ordinária, com base em projeto de lei de iniciativa do STF. A expressão “total dos proventos da inatividade” abrange os proventos de mais de uma aposentadoria ou pensão, na hipótese de acumulação de aposentadorias (art. 40, § 6º).

A EC n. 20 trouxe importante alteração do regime previdenciário dos servidores públicos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão fixar valor máximo para os benefícios de seus servidores titulares de cargos efetivos, correspondentes ao valor máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Porém, para fazê-lo, deverão instituir regime de previdência complementar que os beneficie (art. 40, § 14).

Os servidores que já estiverem no regime na data da publicação do ato que instituir o novo regime de previdência complementar poderão escolher entre permanecer no antigo regime e migrar para o novo. A opção para o regime complementar, todavia, deverá ser feita expressamente (art. 40, § 16).

3.2. As regras de transição.

As novas regras não poderiam ser aplicadas aos servidores que ingressaram no serviço público *antes* da promulgação da EC n. 20/98, mas que ainda não haviam cumprido todos os requisitos para a aposentadoria voluntária, sob pena de ofensa ao direito adquirido. Para estes aplicam-se as *regras de transição*, não incorporadas ao texto da Constituição, mas sim, contidas no art. 8º da Emenda Constitucional.

O regime previdenciário dos servidores públicos passou a ser contributivo, de forma que era necessário disciplinar a contagem de todo o período em que contavam *tempo de serviço* que, evidentemente, não poderia ser desconsiderado. Para tanto, dispôs o art. 4º da Emenda que o *tempo de serviço* reconhecido pelas normas antigas passou a ser contado como *tempo de contribuição*.

As demais regras de transição estão contidas no art. 8º da EC n. 20/1998.

As alterações atingiram a aposentadoria voluntária, que assim ficou disciplinada:

a) *aposentadoria por tempo de contribuição, com proventos integrais*, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos cumulativos: idade mínima: 53 anos, se homem, e 48 anos, se mulher; tempo de contribuição: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; um período adicional (“pedágio”) de 20% do tempo de contribuição que, na data da publicação da EC n. 20, faltava para atingir o tempo de contribuição necessário à aposentadoria; 5 anos de exercício no cargo em que se desse a aposentadoria.

b) *aposentadoria por tempo de contribuição, com proventos proporcionais*, além do requisito da idade mínima, com o cumprimento dos seguintes requisitos: 30 anos de contribuição, se homem, e 25 anos, se mulher; *pedágio* fixado em 40%.

O valor da renda mensal da aposentadoria com proventos proporcionais era fixado em 75% do valor dos proventos integrais, acrescido de 5% por ano que ultrapassasse o tempo de contribuição exigido, até o limite de 100%.

Restou garantida a paridade no reajuste com os servidores em atividade.

Nos termos do art. 8º, § 2º, da EC 20, as regras de transição aplicavam-se aos magistrados, aos membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Porém, tinham um bônus de 17% de acréscimo sobre o período de tempo de serviço computado até a data da publicação da Emenda (§ 3º).

Para o servidor público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que eram titulares de cargo efetivo de magistério e que nele tivessem ingressado regularmente até a data da publicação da Emenda, ficou garantido bônus de 17%, se homem, e de 25%, se mulher, sobre o tempo de serviço exercido até a publicação da Emenda, desde que a aposentadoria se desse exclusivamente com tempo de efetivo exercício das funções de magistério (§ 4º).

Para incentivar a permanência dos antigos servidores na atividade, desestimulando a aposentadoria, o § 5º do art. 8º da Emenda instituiu o denominado *abono de permanência em serviço*: isenção do pagamento da contribuição previdenciária.

4 - A Emenda Constitucional n. 41, de 19-12-2003.

Novamente alterado o art. 40, agora pela EC n. 41/2003, restaram modificadas as regras da aposentadoria dos servidores públicos, com *regras permanentes* e *regras de transição*.

4.1. As regras permanentes.

As regras permanentes aplicam-se aos servidores que ingressaram no regime após a EC n. 41/2003.

Esses servidores sujeitam-se às normas do regime geral de previdência social, quanto ao cálculo da renda mensal inicial de seus benefícios e aos reajustes posteriores.

A aposentadoria *por tempo de contribuição* passou a ter a seguinte disciplina:

a) com *proventos integrais*, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos: *idade mínima*: 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher; *tempo de contribuição*: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; *10 anos de exercício no serviço público*; *5 anos de exercício no cargo efetivo em que se der a aposentadoria*.

b) com *proventos proporcionais*: com o cumprimento do requisito da idade mínima – 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher – bem como dos demais requisitos exigidos para a aposentadoria com proventos integrais.

Para o professor, desde que comprove exclusivamente o efetivo exercício do magistério na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio, há redução de 5 anos nos requisitos de idade mínima e tempo de contribuição nas duas hipóteses (proventos integrais e proporcionais).

Porém, o cálculo dos proventos da aposentadoria voluntária, integral ou proporcional, foi modificado. Deixou de existir correlação entre os vencimentos que o servidor tinha na atividade e os proventos da aposentadoria que passará a receber.

A explicação é simples: as contribuições previdenciárias dos servidores públicos passaram a incidir apenas sobre a parcela da remuneração que não exceda o teto fixado para o regime geral de previdência social.

O cálculo da renda mensal inicial também foi equiparado ao do regime geral da previdência social: todos os salários-de-contribuição utilizados no cálculo do benefício serão corrigidos monetariamente.

O cálculo dos proventos das aposentadorias dos servidores foi regulamentado pela Lei n. 10.887, de 18-6-2004. Não há garantia da paridade dos reajustes dos proventos em relação à remuneração dos servidores da ativa. Os reajustes ficaram submetidos a critérios fixados em lei. Os proventos da aposentadoria não poderão ser superiores ao limite máximo fixado para os benefícios do regime geral de previdência social.

4.2. As regras de transição.

A mudança das regras não poderia, mais uma vez, atingir os servidores que ingressaram no regime *antes* da publicação da EC n. 41. É necessário incluir nestes muitos que ingressaram antes da EC n. 20 e acabaram atingidos por essas duas Emendas Constitucionais, sob pena de serem violados direitos adquiridos.

As *regras de transição* estão, mais uma vez, no corpo da Emenda e não foram integradas ao texto da Constituição.

4.2.1. *As regras de transição* fixadas no art. 2º da EC n. 41/2003.

São regras aplicáveis aos servidores que ingressaram no regime *até a data da publicação da EC n. 20/98*, mas ainda não haviam implementado os requisitos para se aposentarem.

Nesse caso, a aposentadoria voluntária passou a ser assim disciplinada:

a) com *proventos integrais*, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos: *idade mínima*: 53 anos, se homem, e 48 anos, se mulher; *tempo de contribuição*: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; um *período adicional* (“pedágio”) de 20% do tempo que

faltaria na data da EC n. 41 para completar o tempo de contribuição necessário; *5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.*

b) com *proventos proporcionais* ao tempo de contribuição, tendo como diferencial o “pedágio”, fixado em 40%.

A regra de transição aplica-se também aos magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunal de Contas. Para eles, entretanto, ficou garantido um acréscimo de 17% no tempo de serviço exercido até a publicação da EC n. 20/98.

Em qualquer hipótese, as regras de transição desvincularam da remuneração dos servidores em atividade o cálculo da renda mensal inicial dos proventos, dando-lhe, como nas regras permanentes, o mesmo tratamento do regime geral: correção monetária dos salários-de-contribuição considerados no cálculo e submissão ao teto dos benefícios previdenciários.

O reajuste deixou de observar a paridade com os servidores da ativa e fica submetido a critérios definidos em lei.

Caso o servidor queira se aposentar antes de completar a idade mínima, fica submetido a um *reduzor* de 3,5%, se completar os requisitos até 31-12-2005, ou de 5%, se os completar a partir de 1º-1-2006.

4.2. As regras de transição do art. 6º da EC n. 41/2003.

Aos servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação da EC n. 41, mas ainda não tinham cumprido os requisitos para a aposentadoria voluntária, o art. 6º da Emenda Constitucional possibilitou a opção pela aposentadoria pelas regras permanentes ou pelas regras transitórias do seu art. 2º (para os que ingressaram até a EC n. 20/98).

Nessa hipótese, a aposentadoria voluntária, com proventos integrais, ficou garantida aos que preenchessem os seguintes requisitos: a) *idade mínima*: 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher; b) *tempo de contribuição*: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; c) *20 anos de efetivo exercício no serviço público*; d) *dez anos de carreira*; e) *5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.*

Para essa aposentadoria foi garantida a *integralidade*: o valor da renda mensal da aposentadoria corresponde à última remuneração do servidor quando ainda em atividade. Para os reajustes posteriores, foi garantida a *paridade*.

5 – A Emenda Constitucional n. 47, de 5-7-2005.

As regras de transição foram consideradas extremamente gravosas para os servidores que ingressaram no sistema até a data da vigência da EC n. 20 (16-12-98), o que gerou a Emenda Constitucional n. 47, de 5-7-2005, que, novamente, alterou o art. 40.

Na redação dada pela EC n. 20/1998, o § 4º do art. 40 garantia a concessão de aposentadoria *especial* ao servidor que exercesse atividades exclusivamente sob condições especiais que prejudicassem sua saúde ou integridade física, conforme definisse lei complementar que, diga-se, não chegou a ser editada.

A EC n. 47/2005 alterou o dispositivo, restando garantido o benefício aos servidores que exercem atividades exclusivamente sob condições especiais e também aos servidores portadores de deficiência e aos que exerçam atividades de risco. Cabe à lei complementar especificar as condições especiais, as deficiências e as atividades de risco.

Aposentados e pensionistas portadores de doença incapacitante definida em lei foram beneficiados pela EC n. 47, que acrescentou o § 21 ao art. 40 da Constituição: o limite de imunidade da contribuição previdenciária será o dobro do limite máximo do valor dos benefícios concedidos pelo Regime Geral da Previdência Social aplicável aos trabalhadores do setor privado.

5.1. As regras de transição.

A EC n. 47 trouxe, então, as novas regras de transição *aplicáveis aos servidores que tenham ingressado no serviço público até 16-12-98*.

Necessário fixar, de início, que a EC n. 41 ressaltou a esses servidores o direito de optarem por se aposentarem na forma das regras permanentes ou dos arts. 2º e 6º da EC n. 41/2003.

Foram fixados os requisitos cumulativos da *aposentadoria*

com proventos integrais: a) tempo de contribuição: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; b) 25 anos de efetivo exercício no serviço público; c) 15 anos de carreira; d) 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria; e) idade mínima: 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, reduzidos de 1 ano para cada ano de contribuição que exceder o tempo de contribuição necessário para se aposentarem. Os servidores aposentados de acordo com as normas de transição da EC n. 41 têm assegurada a integralidade em relação à última remuneração recebida em atividade e a paridade nos reajustes com o pessoal da ativa.

III – A SITUAÇÃO ATUAL DO REGIME DE APOSENTADORIAS E PENSÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS.

Para melhor compreensão de tantas regras, elaboramos quadro explicativo.⁴

a) regras permanentes: aplicáveis aos que ingressaram no serviço público após 31-12-2003.

a.1.) por tempo de contribuição

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	60 anos	55 anos	Art. 40, § 1º, III, a
Tempo de contribuição	35 anos	30 anos	Art. 40, § 1º, III, a
Tempo de exercício no serviço público	10 anos	10 anos	Art. 40, § 1º, III
Tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 40, § 1º, III
Valor dos proventos (não há integralidade)	Média dos 80% maiores salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo.		Art. 40, §§ 3º e 17, e Lei n. 10.887/2004.
Reajustes (não há paridade)	Conforme critérios definidos em lei		Art. 40, § 8º

4 Cf. Santos Ricardo Cunha Chimenti, Marisa Ferreira dos Santos, Márcio Fernando Elias Rosa e Fernando Capez, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, Saraiva, 2008, p. 216-221.

A pensão por morte terá cálculo diferenciado em razão de estar ou não o servidor falecido aposentado na data do óbito.

O valor da pensão será a totalidade dos proventos que o falecido recebia, caso aposentado na data do óbito, até o limite de 100% do valor do teto dos benefícios do Regime Geral, acrescido de 70% da parcela excedente desse limite.

Se o servidor estiver em atividade na data do óbito, os proventos da pensão serão calculados com os mesmos limites e critérios, tomando-se por base a remuneração na data do óbito (art. 40, § 7º, I e II, da CF).

a.2.) por idade:

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	65 anos	60 anos	Art. 40, § 1º, III, <i>b</i>
Tempo de contribuição	Art. 40, § 1º, III, <i>b</i>
Tempo de exercício no serviço público	10 anos	10 anos	Art. 40, § 1º, III
Tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 40, § 1º, III
Valor dos proventos (não há integralidade)	Média dos 80% maiores salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo, limitados ao teto do valor dos benefícios do regime geral de previdência social		Art. 40, §§ 3º e 17, e Lei n. 10.887/2004
Reajustes (não há paridade)	Confome critérios definidos em lei		Art. 40, § 8º

As pensões por morte serão calculadas como item a.1 supra.

b) Regras de transição: *aplicáveis aos que ingressaram até 15-12-98.*

b.1) com proventos integrais e garantia de paridade.

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade Mínima	60 anos, reduzidos de um ano para cada ano de contribuição que exceder 35 anos	55 anos, reduzidos de um ano para cada ano de contribuição que exceder 30 anos	Art. 3º, III, da EC n. 47/2005
Tempo de contribuição	de 35 anos	30 anos	Art. 3º, I, da EC n. 47/2005
Tempo de exercício no serviço público	25 anos	25 anos	Art. 3º, II, da EC n. 47/2005
Tempo de exercício na carreira	15 anos	15 anos	Art. 3º, II, da EC n. 47/2005
Tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 3º, II, da EC n. 47/2005
Valor dos proventos	Integralidade	Integralidade	Art. 3º, <i>caput</i> , da EC n. 47/2005
Reajustes	Paridade	Paridade	Art. 3º, § único, da EC n. 47/2005

As pensões por morte serão calculadas como nos itens anteriores.

b.2.) com proventos calculados na forma do item *a supra*, ou seja, sem a garantia da integralidade e da paridade: art. 2º da EC n. 41/2003 e art. 3º, *caput*, da EC n. 47/2005.

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	53 anos	48 anos	Art. 2º, I, da EC n. 41/2003
Tempo de contribuição	35 anos	30 anos	Art. 2º, III, a, da EC n. 41/2003
Tempo de contribuição adicional	20% do tempo faltante, considerada a publicação da EC n. 20/98 (15-12-98)	20% do tempo faltante, considerada a publicação da EC n. 20/98 (15-12-98)	Art. 2º, III, b, da EC n. 41/2003
Tempo de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 2º, II, da EC n. 41/2003
Valor dos proventos	Média dos 80% maiores salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo, reduzidos em 3,5% por ano até 31-12-2005 e 5% por ano a partir de 1º-1-2006, caso o servidor opte por se aposentar antes de completar 60 de idade	Média dos 80% maiores salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo, reduzidos em 3,5% por ano até 31-12-2005 e 5% por ano a partir de 1º-1-2006, caso a servidora opte por se aposentar antes de completar 55 anos de idade	Art. 2º, § 1º, I e II, da EC n. 41/2003, e art. 40, §§ 3º e 17 da CF.
Reajustes	Conforme critérios definidos em lei	Conforme critérios definidos em lei	Art. 2º, § 6º, da EC n. 41/2003, e art. 40, § 8º, da CF

As pensões por morte serão calculadas como nos itens anteriores.

c) Regras de transição: *aplicáveis aos que ingressaram até 31-12-2003*, como previsto no art. 3º da EC n. 47/2005, que não optem por se aposentar na forma do item b.2.

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	60 anos	55 anos	Art. 6º, I, da EC n. 41/2003
Tempo de contribuição	de 35 anos	30 anos	Art. 6º, II, da EC n. 41/2003
Tempo de efetivo exercício no serviço público	20 anos	20 anos	Art. 6º, III, da EC n. 41/2003
Tempo de carreira	10 anos	10 anos	Art. 6º, IV, da EC n. 41/2003
Tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 6º, IV, da EC n. 41/2003
Valor dos proventos	Integralidade	Integralidade	Art. 6º, <i>caput</i> , da EC n. 41/2003
Reajuste	Paridade	Paridade	Art. 7º da EC n. 41 e art. 3º, § único, da EC n. 47/2005

Quanto às pensões por morte, os critérios são os mesmos acima explicitados.

A aposentadoria *compulsória* ocorre aos 70 anos de idade. Nesse caso, os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, II, Constituição).

O benefício de pensão por morte também está sujeito a regras permanentes e regras de transição.

Após a EC n. 41/2003, a pensão por morte está sujeita aos redutores e aos descontos relativos à contribuição previdenciária (art. 40, §§ 7º e 18, da CF e art. 4º da EC n. 41/2003).⁵

IV – AS ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O DIREITO ADQUIRIDO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Com tantas alterações no regime próprio dos servidores, ganha relevo a questão do direito adquirido.

Todas as Emendas Constitucionais mencionadas ressaltaram a garantia do respeito ao direito adquirido dos servidores que tivessem implementado todas as condições para se aposentarem antes de sua vigência.

Porém, o problema persiste em relação àqueles que já estavam no sistema mas não haviam ainda cumprido todos os requisitos para a aposentadoria. Tinham vantagens que não mais existem após o novo regime.

Em matéria de seguridade social, a questão é extremamente relevante porque a escolha do regime previdenciário pressupõe a certeza de que a proteção social futura estará garantida, aconteça o que acontecer. O planejamento do futuro é intrínseco ao conceito de *previdência social*. Colhido pelas mudanças, que, via de regra, não trazem vantagens, mas sim, suprimem direitos, o planejamento do futuro se torna inviável.

Para manter coerência com o conceito de seguridade social, principalmente no campo da previdência social, o momento da aquisição do direito é o do ingresso no sistema. Ou seja, o regime jurídico aplicável é o vigente na data do ingresso do segurado no sistema previdenciário, não podendo haver mudanças nas regras do jogo, salvo se forem mais favoráveis e concederem mais direitos.

Porém, esse entendimento já foi totalmente afastado pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no que se refere aos requisitos para

5

idem, *ibidem*, p. 222.

a concessão de benefícios quanto à instituição de contribuição previdenciária para aposentados e pensionistas.⁶

V – CONCLUSÃO

As sucessivas modificações no regime previdenciário dos servidores públicos demonstra que falta planejamento administrativo e financeiro que permita seja construído um verdadeiro sistema previdenciário.

De outra parte, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, afastando o reconhecimento do direito adquirido ao regime previdenciário no qual o servidor ingressou no sistema, causa profunda distorção no conceito de *previdência social*, que não encontra justificativa em razões de ordem econômico-financeira.

6 Cf. STF, ADI 3105 / DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 18-2-2005, p. 00004.

A Proteção da Biotecnologia e a Composição Judicial dos Conflitos: os Desafios da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal¹

PATRÍCIA AURÉLIA DEL NERO

*Advogada. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (MG).
Endereço eletrônico: paurelia@ufv.br*

1. INTRODUÇÃO

Este artigo possui como objetivo central analisar e discutir o fenômeno da apropriação da biotecnologia em face de sua estrutura normativa e a aplicabilidade concreta dessas normas por parte do Poder Judiciário.

Depois de dez anos de vigência da Lei de Propriedade Industrial, os principais conflitos advindos da proteção da biotecnologia são apreciados no campo jurisprudencial. Desta forma, as principais decisões, inéditas, até então, no Brasil emergem e a partir delas e,

¹ Agradeço a oportunidade de participar desse primeiro exemplar da *Revista EMAG@ZINE* e parabeno o Desembargador Federal Dr. Newton De Lucca pela iniciativa de sua idealização e criação, bem como pelo excelente trabalho que leva a efeito na direção dessa distinta Escola.

ao mesmo tempo, da totalidade do arcabouço jurídico da proteção da biotecnologia, novos desafios são postos ao Poder Judiciário, especialmente no âmbito da Justiça Federal.

Portanto, levantar e analisar, de forma exploratória, essas decisões parece relevante, tendo em vista que a proteção assegurada pelo Estado à biotecnologia revela ao Judiciário a apreciação de questões referentes à apropriação de matéria viva e de sua transformação, bem como as complexas implicações inerentes à questão. Desta forma, o Poder Judiciário, em função de sua competência é levado inequivocamente a analisar e decidir questões delicadas que demandam do julgador o conhecimento e a aplicação concreta de um novo quadro normativo que tem no centro de sua regulamentação a vida, ainda que em sua forma microrgânica e seu processo de produção, bem como a ponderação dos interesses e dos princípios Constitucionais que emergem nesse contexto, especialmente o embate perene entre os interesses nacionais e públicos e os interesses transnacionais, assegurados pelo Estado, por meio do reconhecimento das patentes biotecnológicas. Além das questões decisórias que esbarram no reconhecimento da soberania nacional, na aplicabilidade concreta do Princípio da dignidade da pessoa humana, pressuposto inafastável no campo dos direitos constitucionais e fundamento do Estado Democrático de Direito. A delicada questão referente ao direito à vida, à saúde pública, à segurança alimentar e a sustentabilidade do meio ambiente, também devem ser levadas em consideração no processo decisório.

À primeira vista, pode parecer exagerado estabelecer o objeto de análise, qual seja a proteção da biotecnologia e seu consequente reconhecimento nessa perspectiva ampla e interdisciplinar, ao mesmo tempo. No entanto, essa é a ótica que deve ser levada em consideração pelo julgador. Portanto, conforme se pode perceber, o desafio estabelecido ao Poder Judiciário, em face desse recente e cambiante quadro normativo é considerável, especialmente no que se refere à competência da Justiça Federal.

Tendo em vista que esta questão é recente e que esse novo marco jurídico regulatório possui apenas onze anos de vigência, esses conflitos igualmente recentes, mas cruciais para o País apenas recentemente começam a ser compostos e reconhecidos no formato

de jurisprudência. Sendo assim, estabelecer a proposta normativa no campo das patentes biotecnológicas e em certa medida com relação ao reconhecimento de cultivares (novas ou essencialmente derivadas) pode contribuir, de alguma forma, para uma percepção mais acurada para o julgador apreciar concretamente as questões levadas à análise do Poder Judiciário. Trata-se de um novo objeto analítico e de decisão judicial. Além do mais, não se pode perder de vista a imposição da constante formação e reciclagem de conhecimentos que deve ser possibilitada aos magistrados, por força da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004² e a exigência de formação e de conhecimento humanístico por parte de magistrado e sua regular aplicabilidade às demandas concretas. A análise proposta insere-se no centro desses novos desafios jurisdicionais. Portanto, essa é a reflexão que se pretende produzir ou, pelo menos, chamar a atenção.

2. Ciência e Tecnologia: Da Concepção à Realização – Os Interesses em Questão

O homem com sua inesgotável criatividade é capaz de traduzir emoções e sentimentos, remoendo suas dores e angústias em longas noites de insônia. De repente, um lápis, um papel, uma tela de computador e a profusão de sentimentos e de emoções transformam-se em poesia, em romance, em novela; ganha cifras e sons e transforma-se em música. Não importa o meio, é preciso apenas um espaço em branco a ser preenchido pela percepção, sensação e concepção do indivíduo. É preciso esse espaço ou suporte para que uma idéia criativa seja transformada em bem imaterial. Não basta a imaginação criativa ou inventiva é preciso a “fixação³” da mesma em qualquer meio.

Trata-se de um universo mítico e mágico que habita os esconderijos mais indecifráveis do cérebro humano e ganha o estágio ou os meandros da arte, da literatura, da música e na abordagem aqui proposta da ciência e da tecnologia. Da percepção à sensação; da

2 Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 11-A e 130-A, e dá outras providências.

3 “É o mesmo que gravação e refere-se ao registro definitivo, em suporte material, de obra e interpretação musical, litero-musical, dramática, etc.” BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. P.111

emoção à criação; um sonho ou um mero devaneio, pode se tornar uma fantástica obra do intelecto. O resultado final pode ser compartilhado com outras pessoas que, por seu turno, navegam e enveredam na mesma emoção e acabam por absorver a sensação do autor. Essa relação pode ocorrer a partir da aquisição de um CD; de um livro ou de um ingresso para um *show*, uma peça teatral; ou uma cadeira para um assistir a um filme, um quadro ou uma escultura. Não importa o formato do objeto final, mas sim que este para ser realizado demandou de um meio para ter uma existência no campo artístico, científico, tecnológico e social e conseqüentemente com relevância econômica.

Aquele que originariamente produzir e transformou suas concepções, sentimentos e experimentos em arte, em literatura ou em ciência e tecnologia, é o autor. O autor é, portanto qualquer ser humano ou pessoa física que alcança a especialidade de ingressar na amplidão indecifrável do universo criativo, movido por seus sentimentos, idéias e conhecimentos científicos. Trata-se de uma etapa importante no campo da produção intelectual e artística que normalmente é completamente desconsiderada pelos especialistas e autores no campo da Propriedade Intelectual. No campo das patentes biotecnológicas esses antecedentes são relevantes, na medida em que o cientista para elaborar seus experimentos parte de conhecimentos já produzidos e possivelmente já reconhecidos, em termos de apropriação.

A obra, por seu turno, é a sua produção, a resultante desse processo longo, árduo e complexo que dá margem à apropriação e conseqüentemente aos direitos a ela inerentes. Direitos personalíssimos: como o da paternidade, quer dizer, a ocorrência daqueles vetores invisíveis que apontam o autor à sua obra e, ao mesmo tempo, o reconhecimento dos direitos patrimoniais; ou seja, as auferições econômicas. O autor passa a ser remunerado por esse seu dom ou por esse talento especial e chega a se imortalizar em sua obra, na medida em que aliena o produto final.

Com relação aos aspectos referentes à imortalidade ou prolongamento dessa modalidade de Direito da Personalidade, no campo autoral, podem ser destacados os seguintes exemplos: Quem um dia poderá se esquecer que nesse mundo, que se transforma desenfreadamente, a cada milésimo de segundo, em suas estradas já

passaram seres tão especiais como: Carlos Drummond de Andrade (o poeta mineiro do mundo taciturno e caduco); Vinícius de Moraes (o poeta de muitas mulheres, relações diplomáticas, músicas e boemia); Charles Chaplin (o sonhador visionário que com sua tenacidade ariana criou Carlitos, com seus passos claudicantes, olhar ingênuo: o lirismo corporificado); Carlos Henrique Filho (o Henfil - que em sua luta contra a hemofilia e a ditadura militar, resistiu bravamente, criando tiras inesquecíveis personagens; com mensagens profundas e tudo a partir de um traço, um mero rabisco).

O rol de personalidades imortais, não pára por aqui e cada pessoa tem suas preferências. É uma trajetória que percorre os tempos. Sendo assim, as possibilidades do intelecto humano e que assume também, o perfil inventivo podem ser evidenciadas com relação a esse aspecto.

O homem, agregando ao seu inesgotável poder criativo e inventivo é capaz de produzir bens que abrem portas para soluções de problemas concretos para superar as vicissitudes e as demandas humanas. Desta forma, tendo em vista a amplitude das possibilidades que emergem da biotecnologia, com relação à sua produção e correlata reprodução em larga escala, vale dizer, sua incidência no campo industrial, sobreleva o interesse social e econômico que permanece latente, mas invariavelmente presente em sua produção e reprodução no setor produtivo.

É fato que o universo da biotecnologia desperta para possibilidades industriais no campo, por exemplo, da cosmética, da indústria farmacêutica, alimentícia. São invenções e inovações tecnológicas que ocorrem a partir de trajetórias ora contínuas, ora que comportam rupturas. Rupturas multifacetadas e que, ao longo do tempo, concorrem para a imposição da Revolução Industrial que paulatinamente delineia em seu bojo a modernidade e todas as suas implicações, complicações e novas formas de pensamento⁴.

4 "Em alguns casos, os acontecimentos revelam-se contemporâneos de rupturas epistemológicas. Alteram mais ou menos radicalmente as configurações e os movimentos do pensamento científico, filosófico, artístico. Alteram o significado de conceitos e categorias, teorias e epistemologias, inaugurando figuras de linguagem, signos e símbolos e emblemas envolvendo metáforas e alegorias. Em geral, essas rupturas afetam de forma mais ou menos decisiva estilos de pensamento e visões do mundo. Provocam a crise e o abandono de convicções e ilusões. São rupturas históricas e epistemológicas que alimentam outras formas de compreensão e explicação, tanto quanto de ideologias e utopias." Octávio Ianni. *Enigmas da Modernidade-Mundo*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2000. P. 39.

Da máquina à vapor aos satélites, as articulações tecnológicas conduzem a um novo padrão revolucionário. É a conquista de espaços, que ao longo do tempo, constroem padrões econômicos, jurídicos, sociais, históricos e tecnológicos que ora se complementam, ora se justapõem, se aproximam, ou se afastam. Enfim, a partir do término do século XX, o processo de “aceleração tecnológica”, ressurge disponibilizando bens para aprimorar o conforto e a qualidade de vida da sociedade e da humanidade para fazer face aos desafios contemporâneos.

É no cenário da “nova era” que as inovações tecnológicas e com elas a interligação dos mercados em redes perversas que se alongam com tendências ao infinito, para criar e se apropriar de novas tecnologias que a “nova ordem mundial” paulatina, mas sistematicamente se institucionaliza, engendrando a lógica da hegemonia, das desigualdades e da agudização das desigualdades. Quanto a esse aspecto, esclarece Boaventura de Sousa Santos⁵:

A escala mundial, o sistema inter-estatal esta também a atravessar uma fase de importantes transformações. A relativa perda de protagonismo do Estado, sendo embora um fenômeno generalizado, tem implicações muito diferentes conforme se trate de Estado do centro, da semiperiferia ou da periferia do sistema mundial. Num contexto de crescente desigualdade entre o Norte e o Sul, os Estados periféricos e semiperiféricos estão a ficar cada vez mais limitados – como vítimas ou como parceiros – ao cumprimento das determinações do capital financeiro e industrial transnacional, determinações, por sua vez, estabelecidas pelas organizações internacionais controladas pelos Estados centrais. Essas determinações, frequentemente apresentadas em combinações estranhas de liberalismo e de proteção dos direitos humanos, abalam a tal ponto a já de si frágil componente social do estado, que esses países as-

5 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000. P. 155.

sumem a idéia de crise do estado Providência sem nunca terem usufruído verdadeiramente deste.

Inovar é revolucionar os padrões tecnológicos, com vistas ao atendimento de novas demandas industriais. O perfil tecnológico que será abordado, neste estudo, focaliza a emergência de novos produtos e de novos processos de produção concebidos a partir da biotecnologia. Esse processo é facilitado pela expansão das empresas com tentáculos espalhados pelo mundo todo, no cenário onde o predomínio é a economia globalizada, acrescida dos acordos sonoros orquestrados pelo neoliberalismo que estampa matizes de esmaecimento da soberania nacional dos Estados em prol de princípios postos por organizações e organismos internacionais, cuja ênfase é estabelecida no fluxo das mercadorias e de regras comerciais que permeiam as relações internacionais. Regras essas, que normalmente são interessantes para a reprodução dos lucros e da hegemonia dos ricos ou dos países do Norte.

É nesse contexto que o destaque conferido à biotecnologia alcança crucial relevância, pois concreta e efetivamente C&T⁶ passam a incorporar o sistema produtivo ganhando valor econômico, mercadológico e conseqüentemente estratégico para os países ricos que a produzem e que dedicam consideráveis fatias orçamentárias para seu financiamento e realização.

Desta forma, ao que tudo indica, o papel desempenhado pelo Estado, é - ou pelo menos deveria ser - de ator principal, de protagonista ou de indutor dessa forma de produção de conhecimento. No entanto, é preciso ter sempre presente que ocorreram, ao longo do tempo, modificações consideráveis na redefinição do Estado e, ao mesmo tempo, sua retirada estratégica de cena, em homenagem à emergência da lógica e da presença ostensiva do mercado e de suas regras basilares, acarretando implicações nem sempre decifráveis.

Essas questões são sensivelmente potencializadas, na medida em que a alavanca primordial da biotecnologia pressupõe o direcionamento do poder inventivo do homem nas mais diferenciadas manipulações das formas vivas. Essencialmente, o objeto central da biotecnologia é a alteração da natureza, no que se refere aos mais

variados organismos (vegetais e animais), bem como aos microorganismos que envolvem a fauna e a flora. Quer dizer, o objeto central da biotecnologia é a biodiversidade e a vida, incluindo a humana, e sua conseqüente alteração, dominação e apropriação privada, garantida formal e materialmente por um marco jurídico regulatório não sistêmico e, ao mesmo tempo, esparsamente sistematizado, além de confrontante e colidente em inúmeros aspectos de suas vertentes normativas, especialmente no contexto dos direitos constitucionais.

Conforme se pode verificar, em um primeiro momento, trata-se de uma questão complexa e que envolve inúmeros interesses também conflitantes e contraditórios entre os países do Norte - desenvolvidos econômica e tecnologicamente e que na lógica da globalização reproduzem e, ao mesmo tempo têm assegurada essa condição e os países do Sul - subdesenvolvidos, mas que possuem a chave para supostamente reverter essa condição: a biodiversidade. O caso brasileiro, merece especial atenção, na medida em que o país é considerado como um dos grandes detentores da biodiversidade ou como, freqüentemente costuma ser rotulado: “megadiverso”.

É uma relação que envolve um diálogo tenso e, sobretudo delicado. No entanto, é uma questão que merece ser enfrentada pelo Estado, especialmente o brasileiro, pois é a partir desse “diálogo” e de suas atuações concretas que as possibilidades de desenvolvimento do país podem - ou não ser concretizadas. Portanto, as ações, atuações; omissões, retiradas e/ou negligências estatais podem ser decisivas para a sustentabilidade do Brasil, ao longo desse novo século. Nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos⁷, esta cena é assim construída:

[...] A ciência não depende exclusivamente de uma instituição nacional, centralizada e burocrática (o Estado), para exercer o seu funcionamento cósmico. Embora o Estado seja um facilitador essencial, através de políticas de investigação científica e desenvolvimento, a ciência funciona cosmicamente por ser um conhecimento organizado, especializado, susceptível de ser produzido ad infinitum em ambientes

aparentemente alheios ao contexto, de acordo com metodologias formalizadas e reproduzíveis. Trata-se de uma forma de conhecimento capaz de intervenções poderosas e drásticas na natureza e na sociedade mediante as quais a sua operacionalidade instrumental é, por seu turno, reforçada e dramatizada.

Desta forma, o Estado brasileiro em um primeiro momento ocupou-se, em larga medida, de normatizar as condições de apropriação da biotecnologia, por intermédio de normas de propriedade intelectual, em diversos níveis postas e, ao mesmo tempo, paulatinamente alteradas, criando um verdadeiro marco jurídico regulatório para esse objeto. Enfim, a partir da vigência desse conjunto de normas, e tendo em vista os interesses anteriormente mencionados que contextualizam a produção, reprodução e comercialização dos bens advindos da biotecnologia, as questões inerentes aos conflitos são levadas à apreciação do Poder Judiciário que por seu turno se depara com demandas forenses que requerem a interpretação oficial do Estado com relação à titularidade de patentes, sua vigência no território nacional, questões referentes à anulação e à aplicabilidade para o seu reconhecimento de princípios consubstanciados na Constituição Federal e em Tratados Internacionais, dentre outras. É um desafio considerável, em virtude da complexidade das relações envolvidas.

3. Painel Normativo da Biotecnologia: Quadro Referencial ao Poder Judiciário para Interpretação e Produção Oficial do Direito

Originariamente imaginada pelos leigos, como possibilidade meramente ficcional ou fabuladora, a biotecnologia paira no imaginário das pessoas delineando possibilidades inusitadas como a criação de novos seres a partir da recombinação genética. Além do aspecto cinematográfico que envolve as experiências biotecnológicas. No entanto, na atualidade a biotecnologia se apresenta de forma concreta e materializa novos produtos e novos processos que possuem com objetivo primordial vencer as dificuldades nos mais diversificados aspectos, quais sejam: farmacológicos, cosméticos, alimentícios, na agricultura, dentre outros. Portanto, no campo da biotecnologia, a palavra-chave é a superação tecnológica para a proposta de novas

possibilidades ou do aprimoramento ou aperfeiçoamento das já existentes.

A partir dos avanços oriundos da engenharia genética, da engenharia molecular e da própria genética em si, bem como da aplicabilidade interdisciplinar entre várias ciências, a biotecnologia emerge com a abundância de novas concepções, que ao longo do tempo, contribuem, por um lado para o progresso e para o avanço dessa modalidade tecnológica, e, por outro lado sinalizando com a possibilidade de aplicabilidade concreta desses novos incrementos tecnológicos no dia-a-dia das pessoas, revelando, desta forma, melhor qualidade de vida.

Em face da importância desses processos e produtos oriundos da biotecnologia, os produtores de P&D⁸, no âmbito público e no privado passam a investir massivamente nessas concepções e na elaboração desses produtos.

Desta forma, inegavelmente esses bens originariamente concebidos e criados nas bancadas laboratoriais alcançam os espaços de produção na indústria, resultando em mercadorias que invadem vários setores e segmentos diferentes. A amplitude de possibilidade que a biotecnologia oferece é significativa e, ao mesmo tempo, na medida em que sua produção alavanca novas formas de produção concreta, sua superação também passa a ser constante. É uma lógica de pesquisa, produção e comercialização de novos produtos e processos de criação de bens que se estabelecem, ao longo do tempo, revolucionando o sistema produtivo. Saliente-se, conforme mencionado anteriormente, que esse modelo ocorre no país e no cenário internacional de forma globalizada e em escala ampliada.

Em função dessa realidade e, considerando-se, ao mesmo tempo, os interesses econômicos que permeiam a biotecnologia os ordenamentos jurídicos no âmbito internacional – diversos foros multilaterais – pactuaram e pactuam novas normas para prever a possibilidade de apropriação dessas modalidades de bens no campo do comércio internacional. Essas normas passam a refletir e orientar os Estados para que estes estruturam de forma local, ou no âmbito do Direito Interno (ou no contexto do direito doméstico) essas hipóteses

normativas com previsão expressa para o reconhecimento da titularidade dos produtos e dos processos, bem como para a apropriação privada desses bens. Com relação a esse aspecto analisa Octávio Ianni⁹:

[...] sob o neoliberalismo [...] o Estado adquire todas as características de um aparato administrativo das classes dominantes e grupos dominantes, ou dos blocos de poder predominante em escala mundial. Trata-se de um Estado comprometido principalmente com a abertura e a influência dos 'fatores de produção' nos mercados, tendo em conta o dinamismo do capital produtivo e especulativo, bem como das tecnologias eletrônicas, informáticas e cibernéticas, além do mercado de força de trabalho, tudo isso conforme as sugestões, injunções ou imposições das corporações transnacionais [...] e outras organizações empenhadas em favorecer a dinâmica dos 'fatores de produção', com escassa ou nula atenção por suas implicações ou custos sociais.

Enfim, pode-se destacar que a formulação e a efetiva construção das normas de propriedade intelectual ocorrem globalmente e encontram-se, por seu turno, inseridas nesse processo de internacionalização.

No Estado brasileiro, essa realidade não foi diferente, sendo que ao longo dos anos 90¹⁰, o País erigiu e realinhou, com fundamento nas normas constitucionais¹¹ e com base nos ordenamentos jurídi-

9 Op. Loc. Cit. P. 59.

10 É preciso recuperar historicamente que ao longo daquela década, com inspiração notadamente neoliberal, as normas de propriedade intelectual foram reconstruídas no Brasil, de forma concomitante, ao atendimento das disposições internacional, por um lado e, tendo em vista as pressões e retaliações norte-americanas que foram impostas, tensionando o ordenamento jurídico, com relação a essa matéria, por outro lado. Sem dúvida, essas forças que interagiram para a reformulação do quadro jurídico das normas de propriedade intelectual, irradiam seus efeitos e suas conseqüências no campo concreto, especialmente da produção da biotecnologia, até os dias atuais. Trata-se, portanto de um processo histórico que não pode ser esquecido.

11 À título de ilustração, dentre outros dispositivos, cita-se o art. 5º, XXIX da Constituição que estabelece: "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País."

cos internacionais¹², um novo conjunto normativo para a apropriação dos produtos e dos processos biotecnológicos, no aspecto geral da propriedade intelectual.

A proteção da biotecnologia, no sistema normativo brasileiro possui expressa previsão no âmbito da Lei de Propriedade Industrial¹³ e da Lei de Proteção de Cultivares¹⁴, sendo que essa última norma prevê as possibilidades de proteção da biotecnologia no contexto vegetal, ou seja, no campo da apropriação das novas cultivares e das cultivares essencialmente derivadas.

De forma geral, a disciplina jurídica do reconhecimento e da apropriação da biotecnologia é estruturada sob a égide da Lei de Propriedade Industrial, sendo considerada para fins normativos, a proteção por meio de patentes de invenção. Os principais dispositivos que estabelecem a proteção da biotecnologia, nesse contexto normativo, são: o artigo 10, em especial o inciso IX e o artigo 18, III e parágrafo único, ambos da Lei 9.279/96. Vejamos as disposições contidas nesses artigos:

Art. 10 – Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

[...]

IX – o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza ou ainda que delas isolados, inclusive o genoma humano ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Por seu turno, o artigo 18 da Lei de Propriedade Industrial estabelece o rol das possibilidades normativas que não podem ser objeto de patente de invenção. A ênfase para a proteção da biotecnologia encontra-se expressamente prevista no inciso II e em seu parágrafo único que determinam:

12 No âmbito do Direito Internacional, é expressiva a existência de Tratados e de convenções Internacionais que disciplinam a matéria referente à propriedade intelectual. À título de exemplo, pode-se destacar o Tratado Referente à Propriedade Intelectual – TRIPS. BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 1.355, de 30 de abril de 1994*. Promulga a Ata Final da Rodada Uruguai das Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

13 Lei n. 9.279/96: Disciplina os direitos e obrigações referentes à propriedade industrial.

14 Lei n. 9.456/1999: Lei de Proteção de Cultivares.

III – o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam meras descobertas.

Parágrafo único. Para fins desta lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais. (Destacamos)

Em face dos dispositivos que positivam no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei de Propriedade Industrial, as patentes de invenção biotecnológicas, necessário se faz compreender alguns conceitos elementares para a interpretação dessa modalidade de proteção, por um lado e, ao mesmo tempo, por outro lado, para fixar a sua extensão.

Inicialmente, no âmbito do reconhecimento das patentes de invenção, a distinção existente entre os conceitos de descoberta e de invenção deve restar clara para a aplicabilidade concreta da Lei. No contexto específico das patentes biotecnológicas essa distinção alça crucial importância, na medida em que será um divisor de águas para a possibilidade de reconhecimento dessa modalidade tecnológica.

A invenção, no campo da biotecnologia implica necessariamente em uma intervenção humana no material biológico ou na matéria prima. Trata-se, portanto, de uma intervenção ou incorporação de trabalho intelectual que o pesquisador realiza em algo encontrado na natureza ou dela isolado. A partir dessa incorporação da força de trabalho intelectual aquele material originariamente natural, convola-se em um bem cultural, ou seja, produzido pelo homem, a partir de uma intervenção normalmente direcionada para essa finalidade.

Deve-se mencionar que se esse mesmo material tal qual encontrado na natureza for pura e simplesmente investigado pelo cientista ou pesquisador, com o objetivo de caracterizá-lo, descrevê-lo, classificá-lo ou analisá-lo para fins de mera observação, estar-se-á

diante de uma descoberta. A descoberta, nesse sentido, consiste, em linhas gerais, na caracterização científica de um material encontrado na natureza para fins de conhecimento daquele objeto ou na produção da ciência básica.

Ocorre a descoberta, portanto, a partir da percepção, da observação e da descrição do pesquisador ou do cientista. Enquanto que a invenção, por seu turno, decorre de uma alteração ou da intervenção humana no objeto. As descobertas frise-se não são passíveis de proteção no contexto da propriedade intelectual.

De forma sintética e para fins da caracterização da invenção esta pode ser compreendida a partir da intervenção humana por especialista, em sua estrutura, alterando sua forma ou existência originária, por meio da força de trabalho intelectual. Trata-se de uma primeira etapa necessária, mas insuficiente. É preciso ainda que essa nova concepção possua aplicabilidade industrial, inovando, desta forma, o sistema produtivo.

No entanto, em que pese a importância na realização e na compreensão dessas noções e formulações conceituais para a caracterização de invenção, no campo da biotecnologia, deve-se ir além e adentrar na esfera dos requisitos contidos no artigo 8º da Lei de Propriedade Industrial, vale dizer, não basta a noção e a evidência de uma invenção, para fins de reconhecimento de patente devem restar inequívocos os requisitos basilares expostos nesse dispositivo¹⁵, quais sejam: a novidade, a atividade inventiva e a aplicabilidade industrial. Esses requisitos, em face de sua obrigatoriedade, também se encontram previstos na mesma Lei de Propriedade Industrial.

Desta forma, inicialmente, a Lei de Propriedade Industrial, estabelece em seu artigo 11 a disciplina jurídica da novidade. “A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.” Verifica-se, em face do exposto que a caracterização da novidade, para fins de reconhecimento de

15 Essa questão será evidenciada no próximo tópico a ser desenvolvido nesse texto, por ocasião da abordagem referente aos desafios do Poder Judiciário, em face da propositura, por parte da Procuradoria Geral da República da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4234, em face dos artigos 230 e 231 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.

patente de invenção, encontra-se atrelada ao “estado da técnica¹⁶” que, por seu turno relaciona-se com a noção de não divulgação. Sendo assim, algo no campo biotecnológico, é considerado “novo”, se não houve a divulgação do mesmo por nenhum meio. Nova é a tecnologia não tornada acessível e não divulgada ao público.

Portanto, de forma inequívoca, a Lei de Propriedade Industrial brasileira adota o critério da novidade absoluta, ou seja, da não divulgação do objeto a ser patenteadado.

Outro requisito imprescindível para o reconhecimento de uma patente de invenção biotecnológica refere-se à atividade inventiva. A atividade inventiva, em linhas gerais, consiste na incorporação do trabalho intelectual ao objeto a ser reconhecido (produto ou processo no campo biotecnológico) por meio de patente de invenção. A atividade inventiva é expressamente estabelecida no art. 13¹⁷ da Lei de Propriedade Industrial.

O último requisito estabelecido pela Lei para o reconhecimento de uma patente no campo das invenções consiste na aplicabilidade industrial. Esse requisito é disciplinado no art. 15 da Lei de Propriedade Industrial, nos seguintes termos: “A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria.” Trata-se da reprodução em larga escala dos produtos e dos processos advindos da biotecnologia, conforme anteriormente destacado.

Portanto, as invenções no campo da biotecnologia para serem convertidas em patentes devem cumprir de forma cumulativa esses três requisitos. Para o deferimento oficial de uma carta-patente, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) – autarquia federal, adstrita ao Ministério do Desenvolvimento, por intermédio da Direto-

16 Nos termos do parágrafo 1º do art. 11 da Lei de Propriedade Industrial, “o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data do depósito da patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17.” Em face desta dispositivo, verifica-se que a regra referente à caracterização do estado da técnica e a não divulgação do objeto da patente de invenção é a não divulgação por qualquer meio. Com relação à análise das exceções ou ressalvas ao estado da técnica: Consultar: DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Biotechnologia: Análise crítica do marco jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pp.157-163.

17 Este artigo estabelece que: “A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.”

ria de Patentes, desenvolve essa atividade, através de procedimento administrativo a ser iniciado pelo solicitante. Para fins de reconhecimento estatal oficial, esse procedimento é amplamente disciplinado no contexto da Lei de Propriedade Industrial, tendo em vista as formalidades apresentadas no art. 19¹⁸ que devem ser satisfeitas pelo requerente. Ao mesmo tempo, deve-se destacar que o não cumprimento desses requisitos legais, dão espaço à solicitação de sua nulidade tanto na esfera administrativa (perante o próprio INPI), quanto na esfera jurisdicional.

Convencionalmente esses são os dispositivos que estabelecem o reconhecimento de patente de invenção no campo da biotecnologia. A partir da exposição e análise desses dispositivos, verifica-se que para fins de proteção da biotecnologia, encontra-se expressamente a seguinte disposição “microorganismos transgênicos são organismos”. Portanto, inequivocamente a partir da tentativa de “definição” de microorganismos transgênicos, essa categoria é estabelecida com referência expressa aos “organismos”. Enfim, para a compreensão do alcance da proteção da biotecnologia, em face do seu regular reconhecimento, por intermédio de patente de invenção, necessário localizar o sentido e o alcance do que é caracterizado, no campo normativo por “organismo”.

18 À título de ilustração, o art. 19 da Lei de Propriedade Industrial estabelece as seguintes formalidades para a apreciação procedimental da patente de invenção: “O pedido de patente, nas condições estabelecidas pelo INPI, conterá: I – requerimento; II – relatório descritivo; III – reivindicações; IV – desenhos, se for o caso; V – resumo e; VI – comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito.” Tendo em vista os objetivos propostos neste capítulo, não serão analisados cada uma das condições necessárias para a apresentação de patente de invenção. No entanto, necessário se faz destacar para fins de entendimento, sobretudo do caput do artigo em pauta que as condições disciplinadas pelo INPI para o reconhecimento das patentes de invenção, encontram-se inseridas no *Ato Normativo n. 127, de 05 de março de 1997*. Dispõe sobre a aplicação da Lei de Propriedade Industrial em relação às patentes e certificados de adição de invenção. Além desse aspecto geral, é preciso evidenciar que o INPI também se pauta para o reconhecimento de patente de invenção no campo da biotecnologia das seguintes disposições: Diretrizes para o exame de Patentes nas Áreas de Biotecnologia e Farmacêutica, depositadas após 31 de dezembro de 1994. Essas são, portanto, as disposições normativas que além das legais orientam e disciplinam proceduralmente o reconhecimento das patentes de invenções no campo das inovações tecnológicas.

Essa noção encontra-se estabelecida no campo da Lei 11.105, de 24 de março de 2005¹⁹ que evidencia, em seu artigo 3º: “Para os efeitos desta lei, define-se: I – organismo: Toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou transferir material genético, incluindo vírus, príons e outras classes que venham a ser conhecidas.”

Em face dos dispositivos que reúnem em seu conteúdo a proteção da biotecnologia, por meio do reconhecimento de patente de invenção, verifica-se a completa ausência de sistematização para a regulamentação, por parte do legislador, que a questão requer.

De forma pontual e fragmentada, os dispositivos normativos, espalhados, em um primeiro momento, em duas leis distintas, mas que se tornam indissociáveis para a interpretação do alcance da matéria foram também estabelecidos sem a regular sistematização que a matéria necessita.

Para fixar o sentido e o alcance da proteção da biotecnologia, pela via das patentes de invenção, é preciso reunir fragmentos, localizar e analisar Leis distintas. Mais do que isso, é preciso analisar a complexidade da questão, tendo em vista, a proposital forma exemplificativa exposta pelo legislador na formulação do artigo 3º da nova Lei de Biossegurança.

Nessa medida, a aplicabilidade e a interpretação da forma pela qual a patente de invenção no campo biotecnológico é construída dá margem ao reconhecimento estatal de forma ampliativa, tendo em vista as possibilidades concretas e jurídicas do estabelecimento do “conceito” de organismo. Esse é um primeiro critério no reconhecimento no âmbito da concessão da patente de invenção para a biotecnologia que inicia o delineamento de eventuais abusos no campo

19 Essa Lei, regulamenta os incisos II, IV e V do §1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória 2.191, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.” Deve-se observar que esta Lei é popularmente conhecida como “Nova Lei de Biossegurança” e que se encontra indissociavelmente relacionada com a proteção da biotecnologia, com relação ao reconhecimento das patentes de invenção nesta área.

da legalidade²⁰ e, conseqüentemente em face dos aspectos morais²¹ que subjazem essa forma de proteção.

Portanto, no campo da patente biotecnológica, tanto a legalidade quanto a moralidade, são princípios que devem ser cumpridos, sob pena de assegurar no plano estatal a apropriação no campo da biotecnologia além das possibilidades jurídicas asseguradas. Conseqüentemente o reconhecimento de patentes passíveis de anulação.

No campo das disposições normativas, deve ser destacada a recente publicação da Resolução n. 34, de 24 de março de 2008²², do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético que estabelece a forma de comprovação da observância da Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, para fins de concessão de patente de invenção pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, e revoga a Resolução n. 23, de 10 de novembro de 2006.

Por força dessa alteração normativa, disciplinada pelo Conselho Nacional do Patrimônio Genético, a matéria também sofreu alteração administrativa estabelecida pelo INPI – entidade competente para o reconhecimento das patentes biotecnológicas.

20 No campo do Princípio da legalidade, verifica-se que para a aplicabilidade da lei, por parte do INPI, necessário se faz expressa autorização legal para reconhecimento da patente e, deve-se observar ao mesmo tempo em que essa expressa autorização legal é formalizada em termos meramente exemplificativos. Sendo assim, o ambiente normativo por um lado na tentativa de criar um maior nível de abstração e de generalidade, estabelece possibilidades equívocas e plurais quanto a interpretação que deveria ser inequívoca.

21 Quanto aos aspectos morais ou éticos, não se pode deixar de desconsiderar que o objeto a ser apropriado no campo da patente de invenção biotecnológica é a matéria viva. Portanto, a vida em si. Desta forma, resta claro que essa questão talvez seja mais importante do que a mera fragmentação de sua forma de proteção. Portanto, além da legalidade, por parte do INPI, quanto ao reconhecimento dessas patentes, deve ser aplicado inexoravelmente o Princípio da Moralidade (art. 37 caput da Constituição. Com relação a esse aspecto observa, com propriedade, CARVALHO FILHO (2006:18) "Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a moralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras residirá no tratamento discricionário, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa."

22 O art. 2º desta Resolução determina que: "Para efeitos da comprovação da observância das disposições da medida provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, o requerente de pedido de patente de invenção cujo objeto tenha sido obtido em decorrência de acesso a amostra de componente do patrimônio genético nacional ou a conhecimento tradicional, associado ao patrimônio genético realizado a partir de 30 de junho de 2000, deverá informar ao INPI a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso, bem como o número da correspondente Autorização de Acesso, concedida pelo órgão competente."

Sendo assim, originariamente a matéria era disposta por meio das determinações que constavam na Resolução n. 134, de 13 de dezembro de 2006²³ que determinava que os pedidos de reconhecimento de patentes cujo objeto tenha sido obtido a partir de acesso de amostra de componentes do patrimônio genético, deverá declarar ao INPI essa condição. Essa Resolução foi expressamente revogada pela Resolução 207, de 24 de abril de 2009²⁴.

Nesse sentido, cumpre salientar que o art. 2º da recente Resolução n. 207/2009, determina que:

O requerente de pedido de patente de invenção cujo objeto tenha sido obtido em decorrência de acesso a amostra de componente do patrimônio genético nacional, realizado a partir de 30 de junho de 2000, deverá informar ao INPI, em formulário específico, instituído por este ato, na forma do seu Anexo I²⁵, isento do pagamento de retribuição, a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso, bem como o número da Autorização de Acesso correspondente.

Essas disposições normativas possuem como objetivo primordial estabelecer explicitamente a origem do material genético que foi utilizado ou a partir do qual foi possível a concepção e o desenvolvimento de patente de invenção no campo da biotecnologia, tendo em vista os elementos do patrimônio genético e da biodiversidade nacional em si. No entanto, caso o depósito da patente de invenção biotecnológica não seja oriundo de nenhum acesso, deve o requerente firmar, sob as penas da Lei, a declaração negativa de acesso a patrimônio genético.

23 Normalizava os procedimentos relativos ao requerimento de pedidos de patentes cujo objeto tenha sido obtido em decorrência de um acesso a amostra de componente do patrimônio genético nacional.

24 Normaliza os procedimentos relativos ao requerimento de pedidos de patentes de invenção cujo objeto tenha sido obtido em decorrência de um acesso de amostra de componente do patrimônio genético nacional revoga a Resolução 134, de 13 de dezembro de 2006.

25 O Anexo I institucionaliza a Petição para fins de cumprimento dessa Resolução da informação do número de Autorização de Acesso a Patrimônio Genético.

Essas novas disposições administrativas formulam requisitos para o reconhecimento estatal da patente de invenção biotecnológica. Se esses requisitos não forem cumpridos por parte do solicitante, igualmente ensejam – ou podem ensejar – a nulidade da patente.

Merece destaque, ainda, a informação sobre a edição da Resolução n. 208, de 24 de abril de 2009²⁶ que altera o formulário de Depósito de Patente ou certificado de adição e o formulário PCT – entrada na fase nacional, instituídos pela Resolução n. 135, sendo que esta normatização, nos termos do art. 2º foi expressamente revogada.

Todas essas providências administrativas que devem ser inequivocamente demonstradas perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial e estabelecidas concomitantemente por meio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético têm como objetivo geral assegurar o cumprimento das determinações constantes na Constituição Federal, com relação ao patrimônio genético e sua preservação e, ao mesmo tempo, estabelecer a vedação de caráter constitucional, reproduzidas, por meio dessas disposições administrativas de apropriação da biodiversidade nacional ou do patrimônio genético do país. Em síntese, são normas que determinam a sustentabilidade do meio ambiente e sua preservação para esta e para as gerações futuras²⁷.

Deve-se evidenciar que para fins de reconhecimento estatal para expedição de carta patente, além das formalidades que devem ser apresentadas perante o INPI, por força da alteração constante na Lei de Propriedade Industrial²⁸, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária deve se pronunciar, manifestando expressamente sua anuência, com relação às solicitações de patentes para produtos e processos farmacêuticos (art.229-C da Lei de Propriedade Industrial).

26 Nos termos do art. 3º a resolução entra em vigor em 30 de abril de 2009. Essa disposição gerou reação, por parte dos profissionais que atuam na área de propriedade industrial, pois não constou nenhum período de adaptação para a entrada em vigor da referida resolução.

27 Não se pode deixar de anotar que essas normas, com fundamento constitucional estabelecem como objetivo a vedação total ou minimamente tentam dificultar as práticas de “biopirataria” ou de “biogrilagem”. Expressões análogas ou sinônimas que trazem em seus conteúdos as transformações dos elementos da biodiversidade nacional em patentes de invenção biotecnológicas.

28 A Lei 10.196, de 14 de fevereiro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos à Lei 9.679, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e dá outras providências.

Com o objetivo de cumprir essa determinação estabelecida no art. 229-C da Lei de Propriedade Industrial, a ANVISA editou a Resolução RDC²⁹ n. 45, de 23 de junho de 2008³⁰. Deve-se observar que a anuência prévia, consiste no ato deliberativo da ANVISA, que opina, por intermédio da elaboração de parecer técnico, com relação aos aspectos do objeto da patente farmacológica, tendo em vista, à saúde da população.

Frise-se que ao INPI compete avaliar o mérito do pedido de patente de invenção e nas hipóteses de aplicabilidade de patente no processo de produção da indústria farmacológica, a ANVISA estabelece a sua anuência, de forma estrita, não adentrando no mérito da solicitação do reconhecimento da invenção em si, mas apenas com relação às suas finalidades institucionais, assegurando o interesse público, quanto à saúde humana. São, portanto, missões ou atribuições institucionais distintas que possuem avaliação também distintas referentes ao reconhecimento de uma mesma patente de invenção na área farmacológica, aplicável à biotecnologia, se for a hipótese do objeto.

Após análise, se a ANVISA concluir pela anuência da solicitação de patente, o procedimento administrativo será remetido ao INPI para prosseguimento quanto ao mérito da concessão da patente. Diversamente, caso a ANVISA conclua pela não anuência, sua decisão deverá estar consubstanciada em parecer escrito e devidamente motivado. Dessa decisão, cabe recurso, por parte do solicitante, no prazo de sessenta dias para a Diretoria Colegiada da ANVISA. Após o julgamento do recurso, os autos do procedimento administrativo são remetidos novamente ao INPI para prosseguimento quanto ao reconhecimento ou não do pedido de patente (art. 7º, §§ 1º e 2º da Resolução RDC 45 da ANVISA).

Para cumprir com mais essa finalidade institucional, a ANVISA criou a Coordenação de Propriedade Intelectual, com a competência específica para realizar a apreciação referente à anuência no âmbito das patentes de invenção biotecnológica.

29 Resolução da Diretoria Colegiada.

30 Dispõe sobre o procedimento administrativo à prévia anuência da ANVISA para a concessão de patente para produtos e processos farmacêuticos.

Verifica-se, em face ao exposto, mais um requisito a ser observado pelos solicitantes de patentes farmacêuticas que em larga medida são produzidas por técnicas biotecnológicas. Portanto, da mesma forma, vale ressaltar que o não atendimento desse requisito enseja a nulidade da patente.

Esses são, em linhas gerais, os principais aspectos normativos, referentes ao reconhecimento da proteção da biotecnologia, por meio de patentes de invenção.

A proteção da biotecnologia, em seus aspectos vegetais, por seu turno, é assegurada por meio da Lei de Proteção de Cultivares³¹ que possibilita o reconhecimento da propriedade intelectual e o registro para as novas cultivares³² e para as cultivares essencialmente derivadas³³. Trata-se, portanto, da proteção no âmbito do melhoramento genético tradicional de plantas, com o objetivo de criar novas variedades vegetais e de melhorar geneticamente as já existentes.

A proteção institucionalizada pela Lei de Proteção de Cultivares recai sobre o material reprodutivo da variedade vegetal cuja

31 É passível de proteção a nova cultivar ou a cultivar essencialmente derivada de qualquer gênero ou espécie vegetal (art. 4º da Lei 9.456/97)

32 Nos termos do artigo 3º, da Lei 9.467/97, inciso V a caracterização de cultivar passível de proteção é a seguinte: "a cultivar que não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de 12 (doze) meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de 6 (seis) anos para espécies de árvores e videiras e há mais de 4 (quatro) anos para as demais espécies". Conforme se verifica o critério da novidade no âmbito do Direito de Melhorista é a não comercialização, ao passo que a verificação do reconhecimento da patente para a biotecnologia, no contexto da Lei de Propriedade Industrial é a não divulgação. São, portanto, requisitos e critérios diversos.

33 Por seu turno, a noção normativa de cultivar essencialmente derivada vem expressa no art. 3, IX, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 9.456/97: "IX – cultivar essencialmente derivada: a essencialmente derivada de outras, se cumulativamente, for: a) predominantemente derivada da cultivar inicial ou de outra cultivar essencialmente derivada, sem perder a expressão das características essenciais que resultem do genótipo ou da combinação de genótipos da cultivar da qual derivou, exceto no que diz respeito às diferenças resultantes da derivação; b) claramente distinta da cultivar da qual derivou, por margem mínima de descritores, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão competente; c) não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de 12 (doze) meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, na tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de 6 (seis) anos para espécies de árvores e videiras e há mais de 4 (quatro) anos para as demais espécies". Para assegurar o cumprimento desse dispositivo, necessária a apresentação, por parte do solicitante da proteção do Teste de Distinguidade, Homogeneidade e Estabilidade (DHE). Esse teste também tem como objetivo vedar a apropriação e o reconhecimento da propriedade intelectual das plantas nativas. Trata-se de mais uma vedação com relação à apropriação da biodiversidade.

proteção é solicitada³⁴. O órgão responsável pelo reconhecimento da emissão do Certificado de Proteção de Cultivares é o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento.

Portanto, em linhas gerais, quanto à proteção da biotecnologia, verifica-se que são várias entidades e órgãos públicos que devem se manifestar sobre o reconhecimento solicitado, dependendo do objeto sobre o qual a tutela estatal recai.

Outro aspecto que merece ser levado em consideração refere-se ao ambiente de produção desses bens, conforme destacado anteriormente. Desta forma, os bens advindos da biotecnologia são produzidos tanto no ambiente laboratorial público (Universidades, Institutos de Pesquisa, por exemplo), como também no âmbito privado (empresas incubadas, laboratórios privados e os potentados transnacionais, para ilustrar). Desta forma, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de articular os centros produtores de biotecnologia com a indústria que reproduz em larga escala esses bens, foi institucionalizada a nova Lei de Inovação Tecnológica³⁵. Essa é outra frente investigativa que se delinea e que repercute no processo de produção da biotecnologia.

Lançadas as bases para a apropriação da biotecnologia, em suas multifacetadas possibilidades, emergem os problemas – e os riscos – dessa modalidade tecnológica, com relação ao próprio processo de produção, bem como em face à sua disponibilidade para a sociedade, com relação às relações de consumo e a interação da produção ou reprodução desses bens com o meio ambiente.

Portanto, as questões que eram originariamente investigadas, no campo do Direito, na perspectiva apenas do Direito Comercial ou do Direito Civil, com as possibilidades concretas da produção oriunda da biotecnologia alcançam a dinâmica da interdisciplinaridade normativa e de sua aplicabilidade e hermenêutica. Ao mesmo tempo,

34 Com relação à proteção de Cultivares, a matéria é discutida, com vagar, por esta autora In.: SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Et. Al. *Contratos de Propriedade Industrial e novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVLaw), no Capítulo: Propriedade intelectual de cultivares no Brasil Pp..307-346.

35 Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

deve-se registrar que no campo das patentes biotecnológicas, além desses aspectos devem ser levadas em consideração as questões que subjazem como pano de fundo dessa temática, dentre outras, destacam-se as de caráter e de cunho econômico – tendo em vista o valor agregado que os bens advindos da biotecnologia estabelecem, bem como o seu locus e, ao mesmo tempo, retorno natural, qual seja o meio ambiente.

Nesse sentido, a questão, em um primeiro momento é essencialmente jurídica referente ao reconhecimento das patentes de invenção da biotecnologia, e que, ao mesmo tempo, posteriormente, instaura-se nesse contexto ou cenário mais amplo. Desta forma, essas variáveis ou dimensões que emolduram essa forma de apropriação, devem necessariamente ser levadas em consideração, no campo da decisão judicial, sob pena de fragmentar a análise e a investigação.

É possível evidenciar que a questão referente à proteção da biotecnologia deve ser conduzida, tendo em vista a lente interdisciplinar que a questão requer e que em face da exposição dos principais aspectos da sua disciplina jurídica emergem.

Além do mais, em face das considerações iniciais destacadas neste breve estudo, verifica-se a distinção existente, no campo da propriedade intelectual entre o reconhecimento estatal no âmbito dos direitos autorais para as concepções no campo literário, poético e estético, por exemplo, e a rigidez normativa imposta e espalhada no ordenamento jurídico de forma pontual e pulverizada para o reconhecimento das patentes biotecnológicas.

Qualquer pessoa com o dom aflorado da poesia e das concepções literárias em quaisquer de suas possibilidades ou minimamente sensíveis, poderiam propor a elaboração de um soneto ou de um drama, por exemplo, em face da complexidade da questão e do objeto de reconhecimento estatal por meio das patentes biotecnológicas. No entanto, de forma concreta e em caráter de definitividade é o Poder Judiciário que além de vivenciar esse drama, deverá compor a sua solução ou ato conclusivo.

4. Das Bancadas Laboratoriais às Demandas Concretas: A Biotecnologia adentra os Portais do Poder Judiciário

Tendo em vista as diversas correntes do pensamento jurídico, é possível afirmar que o Direito não é produzido apenas pelo Legislativo. O Direito é produzido a partir das práticas sociais e pelos Tribunais, em sua versão institucional, formal e formalizada. Trata-se da produção do Direito como decisão judicial.

Portanto, a partir do painel normativo delineado referente à proteção da biotecnologia, o Poder Judiciário compõe concretamente os conflitos que emergem das relações produzidas a partir daquelas normas, estabelecendo a interpretação oficial do Direito.

Desta forma e tendo em vista a competência estabelecida, cada órgão jurisprudencial produz suas interpretações e conseqüentemente um repertório ou acervo jurisprudencial. A partir da utilização da tecnologia da informação é possível facilmente localizar o referencial jurisprudencial almejado com a realização de pesquisas nas várias bases de dados de jurisprudência existentes.

A partir da localização virtual ou digital da jurisprudência é possível levantar e analisar os andamentos processuais de forma individualizada e, ao mesmo tempo é igualmente possível realizar pesquisas jurisprudenciais temáticas.

Trata-se de um importante facilitador para os estudiosos e para os operadores do Direito para acompanhamento do processo de formação, construção e modificação do pensamento jurisprudencial.

Outro aspecto relevante e que merece destaque refere-se à eliminação ou substituição dos densos volumes corporificados desse repertório jurisprudencial lançados e publicados periodicamente.

Merece observação, outrossim, a celeridade que esse procedimento ou metodologia de localização jurisprudencial possibilita. Além da evidente deslocalização que é inerente a todo procedimento de pesquisa realizado por meio da *internet*, ou seja, de qualquer lugar, com a utilização de um computador conectado à rede mundial de computadores, é possível percorrer o acervo jurisprudencial dos órgãos jurisdicionais em segundos. Desta forma, além da facilidade

quanto à localização e entendimento jurisprudencial é possível, ao mesmo tempo, verificar a visibilidade, a transparência e a produtividade do Poder Judiciário como um todo.

Nesse sentido, o levantamento e a análise no campo jurisprudencial torna-se quesito obrigatório nas peças forenses e nos textos acadêmicos ou científicos do Direito.

Em face do exposto, relativamente ao quadro normativo positivado para a proteção da biotecnologia e suas complexas implicações e conflitos, cuja ocorrência permanece possível de apreciação jurisprudencial e, portanto de composição.

Optou-se, nesse texto, em localizar algumas evidências empíricas no plano da interpretação oficial do Direito, levando-se em consideração os aspectos por um lado polêmicos quanto às patentes de invenção biotecnológica e, por outro lado, abertos, ou seja, aguardando ainda a decisão formal e oficial.

Conforme destacado na Introdução estabelecida neste trabalho o levantamento jurisprudencial é meramente exploratório e não exaustivo. Aborda apenas alguns dos principais aspectos referentes à proteção da biotecnologia e o pensamento em construção perante o Poder Judiciário.

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, de acordo com a abordagem proposta, o artigo 241 da Lei de Propriedade Industrial estabelece que: “Fica o Poder Judiciário autorizado a criar juízos especiais para dirimir questões relativas à propriedade intelectual.” É necessário observar que no contexto do Direito de Melhorista, institucionalizado, por meio da Lei 9.456/97, não se verifica nenhuma previsão no tocante à reestruturação do Poder Judiciário quanto a esse aspecto.

Portanto, em face das próprias possibilidades previstas na Lei de Propriedade Industrial, verifica-se um potencial indutor para a construção de jurisprudência especializada quanto ao tema disciplinado.

No campo do Poder Judiciário, as questões que envolvem as apreciações por parte do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – autarquia federal, conforme destacado anteriormente, devem

ser decididas pela Justiça Federal.

Nesse sentido, dispõe o artigo 109, I da Constituição Federal: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho [...]”. A apreciação dos recursos inerentes a essas questões será, por seu turno apreciada pelo Tribunal Regional Federal competente, nos termos do art. 108, II da Constituição Federal.

O E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) possui duas turmas especializadas em propriedade intelectual. Os Desembargadores da primeira e da segunda turmas possuem competência no campo do Direito Penal, do Direito Previdenciário e da Propriedade Intelectual. Parece razoável, essa providência, pois a sede do referido Tribunal é na cidade do Rio de Janeiro, mesmo local da sede do Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

Em face do exposto, verifica-se que aquele E. Tribunal, por possuir Turmas Especializadas para decisões na área de Propriedade Intelectual, enfrenta as principais demandas e composições de conflitos em grau de recurso.

Para a localização dos julgados relevantes no tocante às patentes de invenção biotecnológica, o primeiro elemento investigado foi selecionado a partir da resistência quanto ao seu reconhecimento, ou seja, a possibilidade prevista na Lei com relação a sua anulação.

Nesse sentido, as disposições constantes na Lei de Propriedade Industrial quanto à possibilidade de anulação de uma patente de invenção no âmbito biotecnológico, pode se efetivar ao nível administrativo e ao nível judiciário. Os artigos 56 e 57 da referida Lei estabelecem as disposições relativas à anulação judicial da patente, nos seguintes termos,

Art. 56 - A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse.

Parágrafo 1o.- A nulidade da patente poderá ser argüida, a qualquer tempo, como matéria de defesa.

Parágrafo 2o.- O juiz poderá, preventiva ou incidentalmente, determinar a suspensão dos efeitos da patente, atendidos os requisitos processuais próprios.

Art. 57 - A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

Parágrafo 1o.- O prazo para resposta do réu titular da patente será de 60 (sessenta) dias.

Parágrafo 2o.- Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros.

Quanto à ação de nulidade da patente, o objeto central refere-se, normalmente, a não observância de seus requisitos (novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial) para concessão, por parte do Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Trata-se de ação frequente, especialmente com relação ao não cumprimento do requisito novidade. A própria Lei de propriedade Industrial, em seus artigos 230 e 231 possibilitou o depósito de patentes que já eram reconhecidas em outros países para que os seus detentores solicitassem a mesma proteção, no Brasil, pelo prazo remanescente.

Conhecidas como patentes *pipeline* ou patentes de revalidação, seu mecanismo de funcionamento consiste no seguinte: A patente assegura ao seu titular um direito territorial, ou seja, uma vez solicitada e deferida em um país, apenas naquele país os direitos de seu detentor são reconhecidos pelo prazo previsto em Lei. Em face da possibilidade estabelecida pelo reconhecimento, nos termos dos artigos 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial brasileira, várias titulares (normalmente corporações transnacionais) detentoras de patente no exterior, solicitavam perante o INPI seu reconhecimento de forma automática pelo prazo remanescente. Note-se que é requisito essencial para o deferimento de uma patente a novidade e que, por

seu turno, encontra-se diretamente relacionada com a não divulgação do objeto patentado, ou seja, o conteúdo do relatório descritivo da patente.

Outro aspecto, no mínimo curioso, com relação a essa categoria é a disposição constante no artigo 243 da Lei de Propriedade Industrial que determina: “Art. 243 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação quanto às matérias disciplinadas nos arts 230, 231, 232 e 239 e 1 (um) ano após sua publicação quanto aos demais artigos”.

Ora, não é curioso o aspecto de uma Lei assegurar automaticamente a sua vigência para poucos dispositivos, dentre os quais, é possível verificar o referente à revalidação das patentes já asseguradas no exterior para no Brasil? Não é curioso verificar que a Lei de Propriedade Industrial, em sua totalidade, apenas entrou em vigor após um ano de sua publicação e esses dispositivos que asseguram direitos automáticos aos titulares de patentes já deferidas no exterior no dia seguinte à sua publicação? Não está claramente demonstrada a prevalência dos interesses transnacionais dos titulares em detrimento do interesse público e, ao mesmo tempo, de situação isonômica para os nacionais? São apenas algumas questões para reflexão.

Desde a publicação da Lei de Propriedade Industrial, o instituto da patente *pipeline* já gerava polêmica e suscitava inúmeros questionamentos. Questionamentos esses que foram, ao longo do tempo, deduzidos perante o Poder Judiciário.

Logo após a aprovação da referida Lei, o entendimento doutrinário estabelecido consistia em conceber esses dispositivos da Lei de Propriedade Industrial e conseqüentemente os direitos assegurados como inconstitucionais por não observarem o requisito novidade. No entanto, essa discussão ganhou o espaço do Poder Judiciário e o entendimento jurisprudencial começa a ser delineado. Nesse sentido, pode-se citar, dentre outros o seguinte entendimento jurisprudencial³⁶, apenas para ilustrar a análise aqui proposta:

36 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Apelação Cível n. 2005.51.01.500712-8*. RELATOR: André Fontes. APELANTE: PHARMACIA CORPORATION E OUTRO. APELADO: INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. ORIGEM: TRIGÉSIMA SÉTIMA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (200551015007128).

EMENTA: DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. TERMO A QUO DA VIGÊNCIA DA PATENTE ESTRANGEIRA REVALIDADA NO BRASIL (PIPELINE) NOS TERMOS DO § 4º DO ARTIGO 230 DA LEI N. 9.279-96. CONTAGEM A PARTIR DO PRIMEIRO DEPÓSITO NO PAÍS DE ORIGEM E NÃO DO DEPÓSITO DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI, COM A VIGÊNCIA DA EXCLUSIVIDADE NO BRASIL PELO PERÍODO REMANESCENTE DA PATENTE DEFERIDA, NO EXTERIOR, LIMITADO AO PRAZO DE VINTE ANOS (ARTIGO 40 DA LEI 9.279-96).

I – Ao prever e, seu artigo 230 a possibilidade de revalidação de patente estrangeira no Brasil (pipeline), a Lei 9.279-96 atentou contra o princípio insculpido no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição, já que uma série de inventos que, sob a égide da legislação revogada, encontravam-se em domínio público, passaram a ser objeto de proteção intelectual, fato que representa violação ao direito adquirido dos nacionais anteriormente consolidado.

II – Uma interpretação sob o prisma do sistema jurídico em que se insere o §4º do art. 230 da Lei n. 9.279-96 leva à conclusão de que o prazo de proteção da patente estrangeira revalidada no Brasil terá como termo a quo a data do primeiro depósito no país de origem e não do seu depósito no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, exegese essa que é confirmada pela obrigatoriedade da indicação da data do primeiro depósito no exterior, prevista no § 1º do mesmo dispositivo.

III – A orientação de que é a partir desse primeiro depósito que se computará o período restante da exclusividade deferida no exterior, limitada ao prazo de vinte anos (art. 40 da Lei 9.279-96), se coaduna com a razão da proteção da patente, pois é naquele momento que se dá a modificação do estado

da técnica com a revelação ao mundo da solução tecnológica antes desconhecida (requisito da novidade).

IV – Entender de forma diversa seria endossar uma posição anti-isonômica daquele que requer revalidação de patente estrangeira em relação às patentes pleiteadas no Brasil, tendo em vista que essas últimas, conforme comando legal expresso (art.40 da Lei n. 9.279-96), vigoram a partir da data do depósito.

V – Em consonância com o Princípio da qualificação que informa o Direito Internacional Privado, a idéia conceitual do instituto da patente acolhida pela legislação brasileira, indissociável das noções de estado da técnica e da novidade, deve se impor ao que é disposto na lei estrangeira, de modo a afastar uma obrigatória correspondência biunívoca com o direito alienígena e se distanciar erroneamente do regime jurídico adotado no Brasil para o instituto antes mencionado.

VI – Desprovidimento do recurso.

ACÓRDÃO. Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante deste julgado. Votaram os Desembargadores André Fontes, Messod Azulay Neto e Liliane Roriz. Rio de Janeiro, 28 de março de 2007. (data do julgamento) ANDRÉ FONTES – Relator – Desembargador do TRF da 2ª Região.

Essa decisão judicial é referente à patente de invenção PI n. 1100464-9³⁷: “INIBIDOR DE FATOR TECIDUAL HUMANO³⁸. Um clone de cDNA possuindo uma sequência de bases para o inibidor de fator tecidual humano (TFI) foi desenvolvido e a sequência de aminoácidos do TFI foi determinada.”

No entanto, em outra Apelação³⁹, com o mesmo objeto, a mesma 2ª Turma Especializada daquele Tribunal, teve entendimento, diverso e deu provimento ao Recurso, por maioria de votos, vencido o Relator. Portanto, verifica-se que não há consenso judicial quanto à matéria.

Esse julgado, por seu turno, é referente à anulação da Patente de Invenção PI n. 1100886-5: “BENZAMIDAS FLOORALCÓXI-SUBSTITUÍDAS E SUA UTILIZAÇÃO COMO INIBIDORES DE FOSFODIESTERADE CLÍNICA NUCLEOTÍDICA.”

Quanto aos aspectos que se encontram em jogo para a apreciação do Poder Judiciário, verifica-se nitidamente o interesse da indústria farmacêutica em revalidar automaticamente suas patentes no Brasil, sem avaliação de mérito no seu reconhecimento junto ao INPI, haja vista que não há a apreciação do requisito novidade.

Nesse sentido, parece relevante destacar o seguinte trecho do Voto do Relator – Desembargador André Fontes⁴⁰:

Inicialmente, incumbe tecer algumas considerações sobre o instituto da patente por revalidação, ou como é conhecida, pipeline, instituída pelo art. 230 da Lei 9.279-96.

37 Essa patente possui as seguintes classificações no INPI: C07K-14/745: “Peptídeos tendo mais de 20 aminoácidos; Gastrinas; Somatoestatinas; Melanotropinas; Derivativos dos mesmos de animais; de seres humanos. Fatores de Coagulação do sangue ou de fibrinolise”; C12N15/12: “Mutação ou engenharia genética; DNA ou RNA concernentes à engenharia genética, vetores [...] tecnologia do DNA Recombinante”; A61K38/36: “Preparações medicinais contendo peptídeos. Peptídeos tendo mais de 20 aminoácidos.”

38 Publicada na Revista do Instituto Nacional de Propriedade Industrial n. 2008.

39 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.51.01.504837-8. RELATOR: André Fontes. APELANTE: ALTANA PHARMA AG. APELADO. INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI.. ORIGEM: TRIGÉSIMA SÉTIMA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (200651015048378).

40 Apelação Cível n. 2005.51.01.500712-8 pp.2-3

A legislação anterior, de cunho notadamente desenvolvimentista, restringia em muito os critérios objetivos de patenteabilidade. Diante do texto original da Lei 5772-71, firmou-se o entendimento de que uma série de inventos não seria passíveis de proteção intelectual, como por exemplo, processos químicos industriais e medicamentos.

Esse quadro recebe significativas modificações com a elaboração e adesão do Brasil ao do Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual relativos ao Comércio (ADPIC), conhecido também como 'TRIPS', sua abreviatura do idioma inglês. O caráter desenvolvimentista é então substituído por uma visão liberal e multilateral da propriedade intelectual, com vistas ao incremento do comércio internacional. Todavia, em muitos países, como é o caso do Brasil, há um entrelaço entre os direitos constituídos pelos nacionais e essa nova ordem.

A Constituição da República estabelece que 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.' (art. 5º, XXXVI). Logo, qualquer que seja a mudança de política relativa à propriedade intelectual em território nacional, deverá haver respeito ao preceito citado que é cláusula pétrea no texto constitucional. A não patenteabilidade de uma série de inventos, como mencionado anteriormente, fez com que, em território brasileiro, essas invenções estivessem em domínio público. Não assombra essa situação, se lembrarmos que em relação aos inventos, o domínio público é a regra e a proteção exceção, sempre condicionada a inúmeros fatores e por prazo sempre limitado.

[...]

Assim, o art. 230 do Código de Propriedade Industrial, ao retirar direitos dos nacionais, criando monopólio de uso onde havia domínio público, viola direito adquirido, e incide inconstitucionalmente.

Interessante mencionar um julgado levantado no âmbito do repertório de Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁴¹ referente à anulação da patente *pipeline* PI n. 1100088-0⁴², referente ao medicamento conhecido como Viagra⁴³. Ressalte-se que embora esse E. Tribunal não possua Turma Especializada em Propriedade Intelectual, algumas questões trazidas à baila pelo Relator Juiz Federal Ferreira da Rocha merecem destaque, pois justamente contextualizam a r. decisão judicial no campo das questões que realmente encontram-se no bojo desse instituto.

29. E a disciplina da propriedade industrial, quando gerida em prol do interesse público e social, apresenta características jurídicas bem definidas, dentre as quais se encontram a promoção do bem comum e o respeito à dignidade humana.

30. A legislação confere alguns privilégios à propriedade industrial, mas estes somente são conferidos à medida em que indispensáveis e úteis ao incentivo e promoção da pesquisa científica.

31. Todavia, a pesquisa científica não é um valor em si mesma, mas deve ser toda revertida à sociedade, dando concreção aos valores constitucionais acima aduzidos.

Verifica-se no que trecho transcrito da referida decisão o julgador insere a temática da propriedade intelectual, mais especialmente à patente de invenção, tendo em vista a aplicabilidade do Princípio da Dignidade Humana e destaca, com propriedade, as finalidades e o interesse público que deve ser observado com o reconhe-

41 A localização jurisprudencial perante as bases de jurisprudências do E. TRF3, só foi possível a partir da busca, em pesquisa livre, das seguintes expressões: "patente de invenção". Dos julgados apresentados, o significativo no campo da biotecnologia é ora apresentado e aponta uma posição jurisprudencial que leva em consideração os aspectos formais do instituto, aprofundando a análise jurisprudencial e a elaboração da decisão judicial, levando em consideração a contextualização mais ampla que essa modalidade de patente se encontra inserida.

42 O título da patente, conforme busca realizada perante o INPI é "PIRAZOLOPIRIMIDINONAS PARA O TRATAMENTO DA IMPOTÊNCIA."

43 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª Região. Relator: Juiz Federal Ferreira da Rocha. 5ª Turma. Proc.n. 2006.03.00049 987-0. MCI 5243. Requerente: *Pfizer Limited* e Outro. Requerido: *Bayer S/A* e outro. Requerido: Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

cimento de uma patente de invenção, por parte do Estado, além de evidenciar a destinação que o objeto da patente deve alcançar para a sociedade.

E mais adiante, enfatiza o Relator, com relação ao regime jurídico das patentes *pipeline* e leva em consideração em sua decisão o objeto da patente, ou seja, produto farmacológico, mais uma vez fazendo referência expressa ao Princípio da dignidade da pessoa humana e os pressupostos hermenêuticos que devem ser levados em consideração para essa modalidade específica de patente:

59. Ora, dentro destes parâmetros mais gerais a respeito da propriedade industrial e o sistema de privilégios conferidos às patentes, resta examinar, em minúcia, o regime jurídico das pipelines, modalidade de patente conferida especificamente ao registro que ora se busca anular.

[...]

66. No caso em tela, ademais, verifica-se que não se está diante de qualquer produto industrial, mas de medicamento farmacêutico, privilégio industrial que deve ser encarado de forma diverso.

67. De fato, sua vinculação inoxidável à questão das políticas de saúde pública, e, mediatamente, à própria manutenção da dignidade da pessoa humana, impõe severas restrições ao instituto, bem como uma interpretação jurídica que não admita hermenêutica extensiva, mas, ao revés, meramente restritiva.

Além de complexa e divergente, esta questão, encontra-se pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4234 em face dos artigos 230 e 231 da lei 9.279, de 14 de maio de 1996. A Relatora é a Ministra Carmen Lúcia. Portanto, esse desafio referente às patentes *pipeline* ainda será enfrentado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, eis que existem pendentes de julgamento várias ações nesse sentido.

Em caráter definitivo, a questão será apreciada pelo Supre-

mo Tribunal Federal que deverá enfrentar não apenas os aspectos da legalidade e da formalidade previstos na Lei de Propriedade Industrial, mas os interesses que são estabelecidos na Constituição Federal referente à prevalência do interesse público sobre o privado (por certo apresentado sobre a forma transnacionalizada), a soberania nacional, o direito ao acesso aos medicamentos, pois em sua larga maioria a figura do *pipeline* é utilizada pela indústria farmacêutica e em última análise a prevalência do formato e da funcionalidade dos requisitos para concessão de patente estabelecida globalmente. Trata-se de uma questão complexa que ainda demanda pacificação jurisdicional. É, realmente, um grande desafio para os julgadores.

Outro aspecto que merece destaque na apreciação da construção da jurisprudência nacional, refere-se à autorização ou liberação comercial para os produtos que são produzidos ou que contenham Organismos Geneticamente Modificados (OGMs⁴⁴). Conforme verificado anteriormente, em face das disposições constantes na nova Lei de Biossegurança compete à Comissão Técnica Nacional realizar essa apreciação no campo administrativo, mediante “pareceres” de *experts* nesse campo de produção de pesquisa e autorizar a sua comercialização.

Trata-se de outra questão candente que envolve as patentes biotecnológicas e que também possui como ingredientes subjacentes aspectos constitucionais e elementos relacionados aos interesses transnacionais, pois em sua larga maioria os solicitantes, titulares dessas patentes são corporações transnacionais.

A sistemática de liberação estabelecida na Lei de Biossegurança faz referência à aprovação e à liberação por intermédio de pareceres. No entanto, vale recordar que essa Lei disciplina do artigo 225 da Constituição Federal que determina expressamente as seguintes exigências:

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas métodos e substância que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Em termos literais e levando-se em consideração a sistematização adotada pela Constituição Federal, verifica-se expressa e explicitamente a necessidade, mais que isso, a exigibilidade de apresentação de estudo prévio de impacto ambiental e todas as 12 liberações deferidas pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança estão fundamentadas em “pareceres técnicos” em flagrante contradição com a Constituição Federal.

A partir da paulatina, mas ostensiva, liberação comercial realizada pela CTNBio, a questão deságua no Poder Judiciário para decidir o mérito e o formato das referidas liberações. São inúmeras as ações que questionam os procedimentos administrativos, quanto à legalidade adotados pela referida Comissão, bem como o mérito das referidas decisões administrativas que admitem revisão judicial.

Nesse sentido, podem ser evidenciados, de forma meramente exemplificativa a liberação comercial, por parte da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) da soja *Roundup Ready* (RR) tolerante ao herbicida Glifosato. Originariamente a Monsanto Company e a Monsoy que são as titulares, no Brasil, dessas patentes que originaram os produtos em pauta⁴⁵, após o reconhecimento dos mesmos, por parte do INPI, investiram na produção industrial e, sua conseqüente comercialização no território nacional. Essa foi a primeira experiência concreta no campo das atividades biotecnológicas que envolvem a técnica e a tecnologia para produção de transgênicos e que desencadeou um universo de inquietações e de interrogações, por parte da sociedade civil organizada e por parte das atividades e providencias institucionais⁴⁶.

Logo após a promulgação da nova Lei de Biossegurança, o Ministério Público Federal, por intermédio do Procurador Geral da

45 Trata-se, na verdade, de um conjunto tecnológico que envolve a semente geneticamente modificada, além do herbicida tolerante ao glifosato.

46 Essa questão foi levantada e analisada, por esta autora, em *Biotecnologia. Análise Crítica do Marco Jurídico Regulatório*, especialmente no Capítulo 4 pp. 279-309.

República, considerando suas disposições, referentes aos aspectos relacionados aos organismos geneticamente modificados, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴⁷.

Em linhas gerais, os principais aspectos referentes às inconstitucionalidades constantes na nova Lei de Biossegurança, expostos pelo Procurador-Geral da República são os seguintes: afronta à competência comum dos entes federados em proteger o meio ambiente e a combater a poluição em qualquer de suas formas; quebra do Sistema Nacional do Meio Ambiente e da fragmentação do processo de licenciamento ambiental; necessidade de aplicação do princípio da precaução à engenharia genética e exigência de estudo de impacto ambiental; inobservância do princípio democrático (democracia participativa) e violação à coisa julgada (desrespeito ao Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes).

Portanto, conforme se verifica nesse aspecto referente ao questionamento da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, mais uma vez o Poder Judiciário, por intermédio de sua Instância Máxima é convocado para a decisão final da questão. Trata-se, sem dúvida, de uma apreciação complexa e que leva em consideração às questões referentes à sustentabilidade do meio ambiente, as implicações relacionadas com a saúde e o direito à vida, em si. No entanto, em que pese o debate jurídico travado nas barras dos Tribunais, em face dos produtos e dos processos biotecnológicos, no âmbito da produção e da comercialização dos transgênicos, em termos fáticos, verifica-se que os mesmos, descumprindo decisão judicial, já são realidade no Brasil, ou seja, já foram plantados, por diversas safras, colhidos e já se encontram nas prateleiras dos supermercados.

Na realidade, já estamos literalmente “engolindo biotecnologia” sem saber. Sem saber, pois as normas referentes à rotulagem desses produtos nem sempre são cumpridas. Portanto, os grandes

47 ADI 3526, de 20 de junho de 2005, com pedido de concessão de medida cautelar, em face dos seguintes dispositivos legais: Inciso VI do art. 6º, art. 10; incisos IV, VIII, XX e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, e 6º do art. 14, § 1º, inciso III e §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 16; arts. 30, 34, 35 e 36, 37 e 39, todos da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Distribuída ao relator ministro Celso de Melo. Autos conclusos ao Relator, desde 20/06/2005. Despacho de 24 de maio de 2006: “Em 19/05/2006. Ouça-se o Eminentíssimo Procurador-Geral da República, para os fins e efeitos a que se refere o art. 12 da Lei 9.869/99.” Vista ao Procurador-Geral da República, desde 24/05/2006.

produtores de biotecnologia nessa área e detentores de patentes que autorizam sua exploração comercial, mais uma vez fazem prevalecer seus interesses econômicos e da conquista de seus mercados em detrimento, em total descumprimento, do ordenamento jurídico nacional. Além de institucionalizarem – de fato – suas atividades à revelia do Estado Brasileiro.

Com a decisão o Supremo Tribunal Federal que deverá enfrentar mais esse desafio que se instaurou na sociedade brasileira de forma sistemática e irreversível em termos concretos.

5. Considerações Finais

Se por um lado as questões no campo da propriedade intelectual despertam reflexões desde os aspectos intrínsecos da criatividade e da inventividade humana até a sua realização final; por outro lado, no âmbito da biotecnologia, conforme se tentou demonstrar, os pesquisadores enfrentam desafios referentes à cumulatividade do conhecimento científico para produzir suas inovações tecnológicas. Em face da produção desses bens advindos do intelecto humano. A tarefa do pesquisador não é mais solitária. Ao contrário, são formados grupos de pesquisa para realizar experimentos de forma consorciada. Portanto, a realidade dos laboratórios, em face das possibilidades advindas da biotecnologia realinharam também a sua forma de produção.

Ao mesmo tempo, é possível verificar que em face das possibilidades positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, o País se tornou um atraente mercado de reconhecimento de patentes na área da biotecnologia (especialmente no âmbito farmacêutico) e um mercado consequentemente promissor. Nesse sentido, as grandes produtoras e detentoras de patentes nessa área aqui exploram seus direitos advindos do aparato brasileiro de normas no campo da propriedade intelectual.

As questões, conforme se tentou demonstrar nesse artigo, são complexas e envolvem inúmeras variáveis e interesses nem sempre conciliáveis. Desta forma, inevitavelmente uns interesses se sobrepõem ou se justapõem aos outros numa disputa acirrada e, em muitas vezes, desigual e que reproduz consequentemente a desigualdade.

Deve-se refletir, ao mesmo tempo, que as possibilidades de produção inerente à biotecnologia são inesgotáveis e a cada dia se superam e se renovam. Quanto mais produtividade, em tese, mais possibilidade de qualidade de vida, aos destinatários finais: os consumidores. Trata-se de uma evidência empírica visivelmente comprovada no cenário social e que reflete seus efeitos no âmbito econômico. Os avanços nessa área são inegáveis e irreversíveis, pois trata-se de uma trajetória que cumpre e, ao mesmo tempo, evidencia a aceleração tecnológica e sua consequente superação. A partir das condições de conhecimento estabelecidas, sua produção é desafiada diariamente para atingir a superação. Essa é a lógica da produção científica, na qual a biotecnologia se encontra inserida.

É inegável que o Brasil possui Centros de Pesquisa – públicos – respeitáveis e significativamente produtivos e que realizam as suas atividades com brilhantismo e determinação. Mas também é inegável que as condições nacionais de desenvolvimento econômico e de financiamento público de pesquisa por parte das Agência de fomento não atinge, de forma alguma, as mesmas condições estabelecidas pelos laboratórios e corporações transnacionais. Apenas nesse sentido essa atividade produtiva já pode ser considerada desigual, tendo em vista os aspectos econômicos de financiamento das pesquisas e de sua possibilidade de reprodução em larga escala ou sua inserção comercial.

Não obstante esse aspecto anteriormente evidenciado, ganha relevo a possibilidade legal relativa à revalidação dessas patentes reconhecidas perante os escritórios de propriedade industrial espalhados pelo mundo e automaticamente convidadas ou revalidadas pelo Brasil. Nesse sentido, torna-se significativamente fácil estabelecer monopólios patentários e conquistar novos espaços territoriais com acesso receptivo e que asseguram tais direitos. No entanto, essa é a percepção aqui proposta. Conforme evidenciado em caráter de decisão formal, estatal apenas ao Supremo Tribunal Federal compete essa análise.

Inobstante o aspecto anteriormente evidenciado, merece destaque também, considerar, em caráter de análise final as implicações advindas da biotecnologia com relação às questões ambientais e de saúde pública. Conforme destacado nesse texto várias entida-

des estatais participam dessa avaliação para reconhecimento da patente de invenção biotecnológica. No entanto, nenhuma delas cumpre as determinações previstas na Constituição Federal, por força de normas que ingressam na rota de colisão com seu Texto e com sua Plenitude. Desde a aprovação da Lei de Propriedade Industrial as corporações transnacionais já iniciaram suas atividades no País, sob a égide das disposições de duas leis distintas e disciplinadoras da biossegurança que, em momento algum, asseguraram o cumprimento expresso do Princípio da Precaução, ou seja, a regular apresentação de Estudo de Impacto Ambiental.

Realizaram e realizam suas atividades econômicas com hegemonia e êxito, descumprindo ostensivamente o ordenamento jurídico e em tese as disposições constitucionais, conforme destacado. Escreve-se em tese, pois a decisão em caráter definitivo com relação a esse aspecto ainda será enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme se verifica as possibilidades inerentes à produção dos produtos e dos processos biotecnológicos são realmente fantásticas e revolucionárias para a mudança de novos padrões e de novos avanços nesses aspectos, nos mais diversificados segmentos da indústria e conseqüentemente do consumo. No entanto, não se pode simplesmente em homenagem a essas possibilidades revogar o ordenamento jurídico, desprezar e negar os interesses nacionais. Não se pode deixar reféns dos royalties os enfermos, os esqualidos que necessitam de tratamento. Não se pode, nesse sentido, de forma alguma, negar cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser observado, assegurando-se as condições necessárias para todos que por um lado, necessitam desses insumos tenham acesso e, por outro lado, ironicamente, o mesmo princípio constitucional deve ser cumprido e aplicado para todos que adquirirem esses produtos sem saber, sem direito à informação, à opção e à escolha. A referência nessa segunda hipótese é referente ao cumprimento das normas disciplinadoras da rotulagem que infelizmente ocorre na sociedade brasileira.

Em face do exposto, verifica-se que os magistrados que em suas mesas de trabalho encontram as questões forenses concretas referentes ao embates relativos às questões advindas e inerentes às patentes biotecnológicas, despertam para um objeto ainda recente

em termos de decisões e de aplicações concretas do Direito ou no âmbito da interpretação estatal oficial.

A partir da complexidade do tema e de seus tentáculos que envolvem diversos aspectos do Direito, da Economia e da sociedade, os magistrados devem imergir no universo indecifrável das produções intelectuais, enveredando em inquietantes questões e questionamentos que irão desaguar na elaboração de uma decisão judicial oficial. Mais do que conhecimento técnico e científico referente ao ordenamento jurídico devem percorrer a esfera das grandes decisões judiciais. Talvez, no campo do imaginário e do intelecto do julgador, as questões intrínsecas à produção intelectual se demonstram - ou podem aparecer invertidas -, se para os artistas, de um modo geral, uma noite de insônia pode se transformar em poesia ou manifestação artística de um modo geral. Para os magistrados uma decisão judicial pode se transformar em noites e mais noites de insônia, tendo em vista a amplitude da reflexão que deve ser realizada para a mesma. Mais do que domínio do arcabouço jurídico, é preciso ao magistrado, humanidade e percepção, quem sabe, talvez sensibilidade para exarar sua decisão pacificando o conflito concreto que é submetido à apreciação e, ao mesmo tempo, pacificando seus questionamentos e aspectos intrasubjetivos. Trata-se de mais um desafio que ocorre no contexto da produção jurisprudencial.

Enfim, em última análise, é o Poder Judiciário, que de forma pontual enfrentou e enfrenta esses novos desafios advindos da biotecnologia e de suas possibilidades no campo jurídico, tendo em vista a composição dos conflitos. As grandes questões referentes à constitucionalidade desse novo aparato normativo será – e espera-se que em breve – decidida pelo Supremo Tribunal Federal. O desafio está lançado e as ações propostas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução da Diretoria Colegiada* n. 45, de 23 de junho de 2008. Dispõe sobre o procedimento administrativo à prévia anuência da ANVISA para a concessão de patente para produtos e processos farmacêuticos.

BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disciplina os Direitos e obrigações referentes à propriedade industrial.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997*. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 10.196, de 14 de fevereiro de 2001*. Altera e acrescenta dispositivos à Lei 9.679, de 14 de maio de 1996, que regulamenta direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e dá outras providências.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei 10.973, de 2 de novembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação tecnológica e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvem organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A e dá outras providências.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 1.355, de 30 de abril de 1994*. Promulga a Ata final da Rodada Uruguaí das Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONSELHO DE GESTÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO. *Resolução n. 34, de 24 de março de 2008*. Estabelece a forma de comprovação da observância da Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, para fins de concessão de patente de invenção pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, e revoga a Resolução n. 23, de 10 de novembro de 2006.

DEL NERO, Patrícia Aurélio. *Biotecnologia*. Análise crítica do mar-

co jurídico regulatório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade Intelectual de Cultivares no Brasil. PP. 307-346. In.: SANTOS, Manoel F. Pereira dos. Et. Al. *Contratos de Propriedade Industrial e novas tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVLaw).

IANNI, Octávio. *Enigmas da modernidade-mundo*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2000.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Ato Normativo n. 127, de 05 de março de 1997*. Dispõe sobre a aplicação da Lei de Propriedade industrial em relação às patentes e certificados de adição de invenção.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Divisão de Química Orgânica, biotecnologia e áreas correlatas. Diretrizes para o Exame de Patentes nas Áreas de Biotecnologia e Farmacêuticas, depositadas após 31 de dezembro de 1994.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução n. 134, de 13 de dezembro de 2006*. Normaliza os procedimentos relativos ao requerimento de pedido de patentes cujo objeto tenha sido obtido em decorrência de um acesso a amostra de componente do patrimônio genético nacional.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução n. 207, de 24 de abril de 2009*. Normaliza os procedimentos relativos ao requerimento de pedidos de patentes de invenção cujo objeto tenha sido obtido em decorrência de um acesso a amostra de componente do patrimônio genético nacional, revoga a Resolução 134, de 13 de dezembro de 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Resolução n. 208, de 24 de abril de 2009*. Altera o formulário de depósito de pedido de patente ou certificado de adição e o formulário PCT – Entrada na fase nacional, instituído pela Resolução n. 135, de 13 de dezembro de 2006 e revoga a Resolução n. 135.

SANTOS, Boaventura Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.526, de 20 de junho de 2005*. Com pedido de concessão de medida cautelar, em face aos seguintes dispositivos legais: Inciso VI do art. 6º, art. 10, incisos IV, VIII, XX e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 14, § 1º, inciso III e §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 16, arts. 30, 34, 35 e 36, 37 e 39, todos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.234, de 24 de abril de 2009*. Em face dos arts. 230 e 231 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Cível n. 2005. 01500712-8. Relator: André Fontes. Apelante: Pharmacia Corporation e outro. Apelado: Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Origem: Trigésima Sétima Vara Federal do rio de Janeiro (2005 51 015007128).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Cível n. 2006.51.504837-8. Relator: André Fontes. Apelante: Altana Pharma AG e outros. Apelado: Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Origem: Trigésima Sétima Vara Federal do Rio de Janeiro.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª Região. Relator: Juiz Federal Ferreira da Rocha. 5ª Turma. Proc.n. 2006.03.00049 987-0. MCI 5243. Requerente: Pfizer Limited e Outro. Requerido: Bayer S/A e outro. Requerido: Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

Acesso ao conhecimento: Que direito nos reserva o futuro?

PAULA ANDREA FORGIONI

*Professora Titular da Faculdade de Direito da USP -
Largo de São Francisco*

“historically IP regimes have been used by countries to further what they perceive as their own economic interests. Countries have changed their regimes at different stages of economic development as that perception (and their economic status) has changed”.¹

O conhecimento deve ser encarado como uma mercadoria, um objeto de troca? Qual o grau de proteção que há de ser garantido ao “inventor” ou ao “descobridor” do conhecimento e qual o proveito econômico que deve ser a ele assegurado?

1 Final Report produzido, no ano de 2002, pela Commission for Intellectual Property Rights do Reino Unido, disponível em: <<http://www.iprcommission.org/>>.

Essas questões arrastam-se, no mínimo, desde o século XIX.² No entanto, foi nos últimos quinze anos que o processo de “reificação” do conhecimento acentuou-se vertiginosamente, colocando-se como pedra basilar do conflito norte-sul.

Por quê? Quais fatores levaram ao atual cenário, em que a propriedade do conhecimento é relacionada ao estrangulamento da capacidade de desenvolvimento dos países emergentes?

A resposta a todas essas indagações passa, necessariamente, pela consideração dos seguintes fatores: (i) advento da chamada Terceira Revolução Industrial e solidificação da sociedade da informação; (ii) intensificação do processo de transformação do conhecimento em mercadoria apropriável, ou seja, aproximação entre as idéias de conhecimento e de propriedade; (iii) relação entre catalisação do fluxo de relações econômicas, de um lado, e entraves provocados pela proteção do conhecimento, de outro, considerando o argumento da necessidade de atribuição de incentivo à produção de novo conhecimento; e, finalmente, (iv) a relação entre acesso ao conhecimento e condições de desenvolvimento de países como o Brasil.

A Terceira Revolução Industrial e a consolidação da sociedade da informação

De tal forma os computadores pessoais, celulares e mensagens eletrônicas incorporaram-se à vida cotidiana que poucas vezes somos capazes de recordar nossa existência sem algum desses recursos. Ainda que grande parte da população mundial tenha permanecido à margem dessas transformações, elas impactaram profundamente o sistema capitalista.

Hoje, não apenas “a informação vale dinheiro”, como “*não se faz dinheiro sem informação*”. A Economia da Informação afirmou-se de tal maneira que a competitividade das empresas (e também dos países ou blocos econômicos) depende principalmente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar informações de maneira eficiente.³

2 Sobre a intensidade da controvérsia em meados do século XIX, v. Zorina Khan e Kenneth L. Sokoloff, The early development of intellectual property institutions in the United States, *Journal of Economic Perspectives*, v. 15, n. 3, p. 234, 2001.

3 *A Economia da Informação* está ligada ao que se convencionou chamar de *Terceira Revolução Industrial*.

Altera-se a forma de obter lucros. Na economia tradicional, eles provêm de ganhos de escala, com suas fábricas, linhas de montagem e indústrias. Quase que imediatamente lembra-se o velho bordão atribuído a Henry Ford: “você pode ter seu T de qualquer cor, desde que seja preto”.⁴ O importante era a produção em massa e o conseqüente barateamento dos custos. Mesmo com a customização típica dos anos 80, esse quadro não se altera, seguindo a indústria tradicional como a grande fonte de recursos.

Agora, os lucros chegam da velocidade de inovação e da habilidade de atrair e manter consumidores. Antes, os vencedores eram as grandes companhias; hoje, são as que primeiro conseguem oferecer menores preços e maior valor, empregando marcas que amealharam prestígio junto aos consumidores. *A tecnologia transformou-se na maior fonte de vantagem competitiva.*

O ciclo de vida dos bens reduz-se drasticamente.⁵ O intervalo de tempo entre o lançamento de um novo produto eletrônico no mercado e seu esgotamento passa para o incrível intervalo médio de nove meses.⁶ Coisas que eram duráveis tornaram-se perecíveis, descartáveis, rapidamente superadas por outras que se embasam em nova tecnologia. Velozmente lançado, velozmente esgotado. O mercado – esse ente que adquire personalidade, com vida e vontade próprias – devora não só a forma tradicional de organização da sociedade,⁷ mas também os produtos que nele são lançados pelas empresas. A “destruição criativa” de Schumpeter se faz presente de forma cada vez mais intensa;⁸ indubitavelmente, as “inovações schumpeterianas são (...) um dos elementos motores no processo de desenvolvimento”.⁹

4 Sua origem, como todos sabem, repousava no fato de que a tinta preta era mais barata e de secagem mais rápida, daí ter sido adotada como padrão.

5 A respeito do processo da destruição criativa, v. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democracia*, 4. ed. italiana, Etaslibri, p. 77 e s., tradução do original em inglês *Capitalism, socialism and democracy*, de 1954.

6 Yiming Liu. IPR and development in a knowledge economy, fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=ischool>>. Acesso em: 4 out. 2007.

7 “Que ‘moinho satânico’ foi esse que triturou os homens transformando-os em massa?” é a clássica indagação de Polanyi, *A grande transformação. As origens da nossa época*, 3. ed., Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 51, tradução do original em inglês *The great transformation*.

8 V. Schumpeter, ob. cit., p. 78.

9 Observação de Celso Furtado, que, em seguida, adverte que o processo de desenvolvimento tem sua espinha dorsal não na atividade do empresário, mas na acumulação de capital (*Teoria e política do desenvolvimento econômico*, São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 47).

Nesse cenário, conhecimento e informação atingem importância nunca vista. Como salienta Manuel Castells, a tecnologia da informação introduz “um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura”. Uma revolução que incide sobre o processo, além de trazer novos produtos. Note-se bem, contudo: “O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso”.¹⁰

A tecnologia sempre esteve no centro das revoluções industriais. A primeira somente se fez possível porque a nova tecnologia da máquina a vapor foi descoberta e difundida. A segunda, porque o mesmo processo envolveu a energia elétrica. *Mas o papel da tecnologia na Terceira Revolução Industrial é diverso, pois é indispensável para que se possa participar da continuidade do fluxo de relações econômicas, dele auferindo benefícios. Acesso ao conhecimento significa capacidade de produzir novo conhecimento. Ao reverso, sua obstrução implica colmatação da capacidade futura de evolução.*

Eis o ponto do qual deve necessariamente partir qualquer análise sobre a questão do desenvolvimento no século XXI: *o conhecimento somente pode se desenvolver sobre o conhecimento, em um processo de retroalimentação que alija aqueles que a ele não têm acesso.*

A reificação do conhecimento. A técnica jurídica a serviço da criação e funcionamento do mercado da tecnologia

Já se advertiu que a transformação do trabalho, da terra e do dinheiro em mercadorias é uma *ficção* necessária para o desenvolvimento do sistema capitalista. O fluxo de relações econômicas exige que tudo seja posto como mercadoria, que “naturalmente” se destina a ser objeto de troca; para satisfazer sua necessidade, o indivíduo deve adquirir o bem vendido por outrem.

10 *A sociedade em rede*, 7. ed., São Paulo: Paz e Terra, [s.d.], p. 69 (tradução do original em língua inglesa *The rise of the network society*).

Dessa maneira, para que o mercado possa funcionar, toda a produção deve destinar-se à venda e todos os rendimentos hão de vir de tais vendas. Por isso, há mercados (artificialmente criados) para todos os componentes da indústria, e não apenas para os bens.¹¹ Enfim, a sobrevivência do mercado exige que tudo seja transformado em mercadoria, em “objetos produzidos para a venda no mercado”.¹²

As coisas somente fazem sentido se puderem ser consideradas mercadorias, pois estamos em “um sistema econômico controlado, regulado e dirigido apenas por mercados; a ordem na produção e distribuição dos bens é confiada a esse mecanismo auto-regulável”.¹³

Esse processo de *reificação* é implementado pelo direito e por suas ficções.¹⁴ O instrumental jurídico traz à luz satisfação técnica para as necessidades econômicas, colocando-se a serviço do mercado. Sem as ficções não seria possível tornar coisa algo que simplesmente não o é. Um “toque de midas jurídico”, que tudo transforma em mercadoria, em bem destinado à troca e ao consumo, para alimentar as engrenagens da economia de mercado.

O conhecimento não escapa desse processo; de “bem público” torna-se “coisa apropriável”, capaz de gerar lucros ao satisfazer necessidades.¹⁵ Ao reificar o conhecimento, possibilita-se sua apropriação pelos indivíduos (ou agentes econômicos), que se tornam dele “proprietários”. Não é sem razão que aquilo antes chamado “marcas e patentes” passa a denominar-se “propriedade industrial”,

11 “A auto-regulação significa que toda a produção é para venda no mercado, e que todos os rendimentos derivam de tais vendas. Por conseguinte, há mercados para todos os componentes da indústria, não apenas para os bens (...)”. E, mais adiante, “[u]ma economia de mercado deve compreender todos os componentes da indústria” (Manuel Castells, *A sociedade em rede cit.*, 93).

12 Idem, *ibidem*.

13 *ibidem*. Sobre o processo de “commodification”, v. Michael J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, Cambridge: Harvard Press, 1993, p. 23 e s.

14 Nas palavras de Orlando Gomes: “Diz-se que a ficção jurídica é a consagração da mentira, porque tem por verdadeiro o que é falso, a fim de se chegar a um resultado que se reputa conveniente” (*A crise do direito*, São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 249).

15 “[K]nowledge is removed from its theoretical ‘public good’ status and made into a special type of property that ‘belongs’ to its creators” (Yiming Liu, *IRP and development in a knowledge economy cit.*, p. 4).

expressão que denota modernidade, ainda mais se dita em língua inglesa – *Industrial Property Rights* ou, simplesmente, “IRP”.¹⁶ Forte corrente doutrinária, capitaneada por autores norte-americanos, sustenta que “*a person’s freedom is diminished rather than enlarged by limiting his right to sell his property in exchange for money that he can use to buy things he needs or wants more*”.¹⁷

O saber adquire valor somente porque pode ser comprado, vendido, trocado, usado, fruído e disposto. Mais uma mercadoria, como qualquer outra, cujo preço é objetivamente mensurado. Ele não mais se dissipa naturalmente, como bem público que é; ao invés, fica aprisionado na concessão de privilégios que conferem direito de uso e gozo exclusivo, oponível *erga omnes*.

Fluxo de relações econômicas e privilégios. A falácia do equilíbrio

Uma das primeiras contestações de privilégios de que se tem notícia refere-se ao conhecido “Case of Monopolies”, julgado na Inglaterra no ano de 1603.

A rainha havia atribuído a Edward Darcy o monopólio da importação e fabricação de cartas de jogo. Esse seu poder de concessão de privilégios é contestado, alegando-se que a outorga de monopólios somente faziam empobrecer o país, pois tendiam a aumentar o preço, diminuir a qualidade e o nível de atividade econômica da população em geral.¹⁸

Ou seja, já no início do século XVII, o Parlamento inglês, visando a minar o poder real, vale-se de argumentos – hoje diríamos – plenamente liberais: a concessão de privilégios que outorgam exploração exclusiva de determinada atividade avilta o bom fluxo de

16 Distingue-se a propriedade intelectual da propriedade industrial. No Brasil, a primeira abrange as matérias reguladas pelo direito do autor (Lei 9.610, de 1998), Lei do Software (Lei 9.609, de 1998), Lei de Cultivares (Lei 9.456, de 1997), Lei de Topografia de Circuitos Integrados (Lei 11.484, de 2007) e, também, os direitos de propriedade industrial, regidos pela Lei 9.279, de 1996, conhecida como Lei de Propriedade Industrial ou Lei de Patentes. Este diploma, por sua vez, disciplina as patentes de invenção e modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas e repressão à concorrência desleal.

17 Landes e Posner, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge: Harvard Press, 2003, p. 3.

18 “It tends to the impoverishment of divers artificers and others, who before, by the labour of their hands in their art or trade, had maintained themselves and their families, who now will of necessity be constrained to live in idleness and beggary” (transcrito por Fox & Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, St. Paul: West Publishing Co., 1989, p. 13).

relações econômicas, prejudica a população e, conseqüentemente, não deve ser tolerada.

As patentes, em sua origem, sempre foram vistas como a outorga de *privilégios*, de favores que possibilitavam ao inventor a auferição de lucros de monopólio, como uma justa recompensa por seu trabalho.

Entretanto, por ser direito de propriedade, a patente exclui a coletividade da fruição do conhecimento que corporifica, criando incômoda “ilha de proteção” dentro do fluxo de relações econômicas que, em uma economia de mercado, deveria ser o mais livre possível. No limite, portanto, tratar-se-ia de uma contradição no seio do sistema capitalista.

Do ponto de vista teórico, essa objeção é respondida facilmente: longe de encerrar qualquer antinomia, a possibilidade de obtenção de retorno econômico pela criação do conhecimento significa, na verdade, incentivar sua geração. Afinal, somente haverá investimento se o resultado a ser granjeado for compensador. Como esclarece Hovenkamp: “in a private market economy, individuals will not invest sufficiently in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so”.^{19,20} Ou, nas palavras de Landes e Posner: “The dynamic benefit of a property right is the incentive that possession of such a right imparts to invest in the creation or improvement of a resource in period 1 (for example, planting a crop), given that no one else can appropriate the resource in period 2 (harvest time)”.²¹

Na teoria econômica, a informação é tida como *bem público*, ou seja, algo que pode ser utilizado por uma pessoa sem que se exaure ou que seu uso diminua seu valor, de forma que o emprego de tecnologia para a produção de um bem não diminui sua utilidade ou a possibilidade de vir a ser empregada novamente. Ademais, como

19 Herbert Hovenkamp et al., *IP and antitrust. An analysis of antitrust principles applied to intellectual property law*, New York: Aspen, atualização de 2006, § 1.1.

20 Já em 1331, o rei Eduardo III, com o escopo de incentivar o estabelecimento da indústria de tecelagem na Inglaterra, concedeu a um certo John Kempe, tecelão flamengo, o privilégio da exclusividade, i.e., de poder explorar esse mercado sem ter que enfrentar a concorrência de terceiros (Franceschelli, *Tratato di diritto industriale*, Milano: Giuffrè, 1973, v. 1, p. 286).

21 *The economic structure of intellectual property law*, cit, p. 13.

bem público, o custo extra a ser incorrido para sua utilização por mais uma pessoa é bastante reduzido (i.e., o custo marginal da propriedade intelectual costuma ser baixo).

Hoje, ainda que siga intrinsecamente avessa à intervenção estatal, boa parte dos doutrinadores liberais costuma aceitá-la na presença de uma das quatro clássicas *falhas de mercado*,²² dentre as quais está o caso dos bens públicos. Assim, a proteção conferida aos geradores de conhecimento é justificada em termos de *incentivo*: ou a atuação exógena ao mercado torna a construção ou a criação do bem público atraente e compensadora, ou nenhum agente econômico privado se disporá a fazê-lo. Não se trata de dar guarida ao interesse do inventor, mas sim de tutelar o processo inventivo como gerador de conhecimento e de riqueza.²³

Como resultado dessa construção teórica, temos que, *a priori*, não haveria conflito entre a proteção conferida à propriedade intelectual, de um lado, e ao bom fluxo de relações econômicas, de outro, porque tanto a proteção do mercado livre quanto dos privilégios de invenção teriam por escopo “promoting dynamic competition and thereby enhancing consumer welfare”.²⁴

A atribuição de privilégios garantiria o desenvolvimento tecnológico e o bem-estar social, em confortável conúbio que levaria a melhor alocação possível de recursos na sociedade.²⁵ *O raciocínio segue linear: quanto mais forte²⁶ a proteção atribuída à propriedade intelectual, maior o nível de desenvolvimento.*

22 As outras três falhas que, segundo essa linha de pensamento, justificariam a intervenção estatal são a assimetria informacional, o poder econômico e as externalidades negativas.

23 Note-se bem: “the economic justification for intellectual property lies not in rewarding creators for their labor, but in assuring that they [and other creators] have appropriate incentives to engage in creative activities” (Hovenkamp, ob. cit., § 1.2).

24 Idem, *ibidem*.

25 “Protection is therefore a bargain struck by society on the premise that, in its absence, there would be insufficient invention and innovation. The assumption is that in the longer run, consumers will be better off, in spite of the higher costs conferred by monopoly pricing, because the short term losses to consumers are more than offset by the value to them of the new inventions created through additional R&D. Economists take the view that the patent system improves dynamic efficiency (by stimulating technical progress) at the cost of static efficiency (arising from the costs associated with monopoly)” (Final Report produzido pela Commission for Intellectual Property Rights, já referido, disponível em <<http://www.iprcommission.org/>>).

26 Por “proteção forte” costuma-se entender a existência de amparo efetivo à propriedade intelectual (sua garantia é assegurada pelas instituições, entre as quais, principalmente, o Poder Judiciário). A idéia de “proteção forte” também engloba a concessão de período relativamente longo do direito de exploração exclusiva.

Mas, como diria justamente um dos expoentes da escola de Chicago, Robert Bork, precisamos abandonar a crença de que as boas coisas seriam sempre compatíveis. Não o são, assim como não são tão simples como alguns gostariam de fazer crer.

Nem sempre a garantia de um grau mais forte de proteção à propriedade intelectual significa maior desenvolvimento ou respeito ao interesse público, por mais ampla que possa ser essa expressão. *O conhecimento é fonte de bem-estar*, e a propriedade intelectual, de uma forma ou de outra, ao represar esse conhecimento, torna-o acessível apenas aos seus proprietários ou aos que podem pagar pelo acesso.

O interessante é notar como, na maioria das vezes, a possível antinomia entre proteção da propriedade intelectual e do direito de acesso ao conhecimento é posta de forma *neutra*, apresentada na forma de problema meramente técnico: tudo se resumiria a achar o equilíbrio entre essas duas variáveis, de maneira a alocar os recursos da melhor forma possível em sociedade.

Mais uma vez, o discurso é feito de tal maneira a justificar “objetivamente” uma opção que nada tem de neutra ou de apolítica, muito ao contrário. Trata-se de problema *político* que requer, conseqüentemente, ponderação *política* para sua solução.

Seria o desenvolvimento corolário da proteção forte aos direitos de propriedade industrial? Alguns incômodos exemplos

Muitas vezes, alguns fatos são confortavelmente olvidados porque demonstram não ser incontestável a relação entre a atribuição de forte proteção à propriedade intelectual e o maior grau de desenvolvimento econômico.

A *uma*, é historicamente comprovado que o baixo grau de proteção às patentes estrangeiras no início do crescimento econômico dos EUA garantiu-lhes as bases de sua expansão.²⁷ Entre os anos

27 “The majority of developed countries have exempted particular industries from patent protection in accordance with their needs at the particular time” (Zorina Khan et al., Intellectual property and economic development: lessons from American and European history, item 5, disponível em: <http://www.iprcommission.org/papers/word/study_papers/spla_khan_study.doc>).

de 1790 e 1836, porquanto era grande importador de tecnologia, os Estados Unidos restringiram a concessão de patentes apenas a seus cidadãos e aos estrangeiros lá residentes. Ainda em 1836, a concessão de patentes a estrangeiros custava dez vezes mais do que para norte-americanos. Apenas em 1861 foram estabelecidas bases menos discriminatórias.²⁸

Isso porque – incômoda constatação! – a propriedade intelectual cria custos de transação artificiais para os agentes econômicos,²⁹ dificultando a realização de negócios entre eles. A propriedade intelectual, como vimos, é uma criação artificial e não um “direito natural” dos agentes econômicos (“intellectual property is created rather than found”, diria Posner³⁰), de forma que sua imposição, ao impedir o acesso de terceiros a bens que antes estariam disponíveis a custo zero, eleva as barreiras às relações entre os *players* do mercado.

A *duas*, ainda nos EUA, quando a propriedade industrial mostra-se entrave à consecução do interesse público, por exemplo, elevando os gastos dos serviços de saúde, há o concreto risco da quebra do direito de patentes referentes a medicamentos. Ainda estão vivas na memória de todos as tentativas de terrorismo químico mediante o envio de cartas contendo o produto Anthrax, que seria em alguns casos letal. Naquela época, a doutrina especializada registra que os Estados Unidos ameaçaram a Bayer com a quebra da patente do medicamento Cipro, necessário à resistência norte-americana.³¹ Por força dessa pressão, seu preço foi reduzido em cerca de 70%. O Canadá, por sua vez, chegou a quebrar a patente por alguns dias, até que houvesse acordo entre a empresa e o governo.

A *três*, a atribuição de privilégio pode criar artificialmente po-

28 Cf. <http://www.iprcommission.org/papers/text/final_report/chapter1.htm#final.htm>, acesso em: out. 2007.

29 V. a resenha bibliográfica clássica sobre custos de transação em Paula A. Forgioni, *Contrato de distribuição*, São Paulo: RT, 2005, p. 312 e s.

30 The law and economics of intellectual property, 2002, disponível em: <<http://www.amacad.org/publications/spring2002/posner.pdf>>, acesso em: out. 2007.

31 O primeiro ataque terrorista nos Estados Unidos teve início em outubro de 2001. No final daquele mês, quatro pessoas haviam morrido por conta da inalação de Anthrax, quase vinte desenvolveram algum tipo de problema por força do contato desse produto com a pele ou por inalação, dezenas acusaram o contato e milhares começaram a tomar Cipro como medida profilática (cf. David Resnik e Kenteth de Ville, Bioterrorism and patent rights: “compulsory licensure” and the case of Cipro, *The American Journal of Bioethics*, summer 2002, v. 2, n. 3, p. 29).

sição dominante e propiciar o seu abuso em face da população, caso não haja controle de preços. Uma das situações, bastante estudada pela União Européia, diz respeito aos direitos de propriedade intelectual sobre peças de reposição de automóveis. No Brasil, a diferença entre uma peça “oficial” e uma “genérica”, com a mesma qualidade, chega a ser de 381%. Não obstante, por conta da exclusividade garantida pelos direitos de propriedade industrial, os consumidores estão sendo impedidos de ter acesso aos bens mais baratos.³²

A *quatro*, também é fato incontestável a pressão exercida sobre os países do terceiro mundo para que concedam grau de proteção forte a patentes estrangeiras, garantindo o lucro de empresas transnacionais. Considere-se, a esse respeito, que a propriedade intelectual já é o primeiro produto de exportação norte-americano, conforme noticia Richard Posner.³³ O Banco Mundial advoga a proteção firme da propriedade intelectual, entendendo que um “sistema comercial aberto” é indispensável para que se possa adquirir conhecimento. Afinal, os países em desenvolvimento seriam beneficiados porque “ao invés de descobrirem o que já sabem, (...) têm a possibilidade de adquirir e adaptar grande parte dos conhecimentos já disponíveis nos países mais ricos”.³⁴

O Brasil é um bom exemplo dessa pressão. A Lei anterior, n. 5.772, de 1971, declarava que não eram patenteáveis “[a]s substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químicofarmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação”.³⁵⁻³⁶

32 Conforme reportagem do *Jornal da Globo*, veiculada, no Brasil, em rede nacional no mês de março de 2007.

33 “The increase in intellectual property litigation was made inevitable by the rise of the information economy, an economy built on intellectual property—which is now, incidentally, America’s largest export. Recognition of the importance of intellectual property in the current American scene is one of the things that lie behind the seemingly relentless expansion of intellectual property rights in modern law” (The law and economics of intellectual property, cit., p. 5. V. também, do mesmo autor e de Willian Landes, *The economic structure of intellectual property law*, cit., 2).

34 El conocimiento al servicio del desarrollo, 1998-1999, disponível em: <<http://www.amauta-internacional.com/Conocimiento.htm>>.

35 Cf. art. 9.º, c, da Lei 5.772/71.

36 Gama Cerqueira, aplaudindo esse dispositivo, comentava: “Proibindo a concessão de patentes para invenções que tenham por objeto (...) medicamentos, a lei visa a evitar os abusos que poderiam praticar-se à compra dos privilégios, não só no que se refere ao preço desses produtos, que poderiam elevar-se arbitrariamente, como no tocante à sua produção. Entende-se que produtos que podem ser essenciais à subsistência ou à saúde devem ser livremente explorados. Quanto aos medicamentos em particular, como acentuou POUILLET, recebeu-se também que a patente pudesse tornar-se arma poderosa a funesta nas mãos dos charlatães” (*Tratado da propriedade industrial*, Rio de Janeiro: Forense, 1946, v. 2, t. I, p. 114-115).

Além disso, a vigência do Ato Normativo 15, do INPI, de 1975, visava a garantir a efetiva transferência do *know-how* de empresas estrangeiras para empresas brasileiras, estabelecendo cláusulas obrigatórias para os contratos celebrados com os proprietários da tecnologia.

Em 1997, após forte pressão internacional e aquiescência do governo brasileiro, a nova Lei de Patentes entrou em vigor, alterando profundamente esse cenário. Passam a ser patenteáveis produtos nas áreas química, farmacêutica e alimentícia, além dos microorganismos transgênicos. Estabelece-se também o famoso *pipeline*³⁷ (art. 230³⁸), ou seja, a certas patentes, vigentes no exterior, concedeu-se prazo para convalidação no Brasil, pelo tempo restante de vigência que teriam no país de origem.

Para justificar o novo diploma, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, declarava: “o Brasil tinha de ter sua lei regulamentando a propriedade industrial, pois isso atualiza seus compromissos na área internacional, principalmente no sentido de ampliar seu poder de discussão na Organização Mundial de Comércio (OMC), sem que houvesse sempre a pressuposição de que nós estávamos enganando”. O presidente sublinhou ainda que “ninguém cresce na base da rapinagem”, e recomendou “coragem” para que o Brasil criasse seus próprios inventos.³⁹

A história, entretanto, encarregou-se de demonstrar a one-
ração dos cofres públicos trazida por essa nova lei, que longe estava

37 A palavra inglesa pipeline, que significa oleoduto, é empregada no específico jargão jurídico para indicar a ligação entre a patente vigente no exterior e aquela a ser concedida em território nacional.

38 “Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.”

39 Em discurso durante a cerimônia de sanção dessa Lei, o então presidente afirmou ainda que “o governo não pressionou o Congresso pela aprovação do projeto, o qual, na sua avaliação, também não traz nenhum prejuízo ao segmento industrial brasileiro”. No seu entendimento, “[q]uando uma Lei leva cinco anos e é aprovada, ninguém foi enganado. Não houve nenhuma manobra para evitar que as questões fossem postas, de relevo, e que fossem discutidas com muita firmeza, e que a decisão tomada fosse uma decisão negociada, no bom sentido”. Texto disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/integras/96/integra_1405_1.htm>, acesso em: 18 out. 2007.

de ser apenas um problema de inserção do Brasil na “nova ordem mundial”. Custou-nos, e custou-nos muito caro.⁴⁰ Por exemplo, apenas a previsão legal do *pipeline* onerou em milhões de dólares os cofres públicos brasileiros, como hoje registram pesquisas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.⁴¹

A *cinco*, países com proteção mais fraca à propriedade intelectual têm mostrado elevadíssimos índices de desenvolvimento e inovação. Os principais exemplos são os Tigres Asiáticos, Taiwan, Índia, Singapura e, mais recentemente, China.

Quanto aos Tigres Asiáticos, podem seguramente atribuir muito de seu crescimento a políticas públicas estratégicas implementadas por seus governos, focadas na criação de infra-estrutura de conhecimento e em regimes adequados de propriedade intelectual, que permitiram a imitação da tecnologia.⁴²

Taiwan, Coréia do Sul, Índia e Singapura seguiram o mesmo caminho, valendo-se de política de propriedade intelectual que

40 “Os países em desenvolvimento, considerados como um todo, são importadores de tecnologia, da qual a maior parte é fornecida pelos países desenvolvidos. As organizações dos países desenvolvidos detêm uma proporção majoritária dos direitos de patentes em todo o mundo. Os modelos econométricos foram criados para avaliar qual seria o impacto global da aplicação do Acordo Trips (i.e., padrões mínimos globalizantes para proteção à PI). A estimativa mais recente, do Banco Mundial, sugere que os principais beneficiários do Trips em termos de maior valor de suas patentes seriam a maioria dos países desenvolvidos; estima-se que nos Estados Unidos o benefício anual seja de US\$ 19 bilhões. (...) Os países em desenvolvimento e uns poucos países desenvolvidos seriam os perdedores. Segundo o estudo do Banco Mundial, o país que sofreria o maior prejuízo seria a Coréia (US\$ 15 bilhões). Não é possível interpretar com exatidão esses valores, pois dependem de premissas discutíveis, mas podemos afirmar com certeza que o efeito da aplicação mundial dos direitos de patente beneficiará consideravelmente os detentores de tais direitos, sobretudo nos países desenvolvidos, às custas dos usuários de tecnologias e bens protegidos nos países em desenvolvimento. Entre 1991 e 2001, o superávit líquido de royalties e taxas (que se referem principalmente a operações de PI) aumentou de US\$ 14 bilhões para mais de US\$ 22 bilhões. (...) Em 1999, os números do Banco Mundial indicaram um déficit para os países em desenvolvimento, expresso pelo total de US\$ 7,5 bilhões em royalties e taxas de licenciamento” (Final Report produzido pela Commission for Intellectual Property Rights, versão em língua portuguesa, disponível em: <<http://www.iprcommission.org/>>).

41 Cf. palestra proferida pelo Procurador-Geral do INPI, Dr. Mauro Sodré Maia, no âmbito do VIII Encontro Nacional da 3.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, realizado na cidade de Brasília, em outubro de 2007.

42 Na conclusão de LIU, IRP and development in a knowledge economy cit., p. 5.

viabilizava a absorção da tecnologia, inclusive mediante o emprego de engenharia reversa.⁴³

Hoje, é notório que a China possui um sistema “fraco” de proteção à propriedade industrial, possibilitando o emprego de sua população e o incremento de suas taxas de desenvolvimento.⁴⁴

Acesso ao conhecimento e possibilidade de desenvolvimento. Para onde vamos?

Em maio de 2001, Clare Short, Ministra de Estado para o Desenvolvimento Internacional do Reino Unido, criou comissão especial destinada a analisar a relação entre propriedade intelectual e desenvolvimento, cujo relatório final foi entregue em setembro de 2002.

As conclusões desse relatório, como adverte seu texto, são bastante desagradáveis para a maioria dos scholars que se dedicam ao estudo da propriedade intelectual, principalmente àqueles de países desenvolvidos. De certa forma, elas somente deixam entrever as falácias que costumam cercar as discussões neste campo. Por sua importância, vale a pena aqui reproduzir algumas delas:

– não há evidências peremptórias de que os fluxos comerciais para países em desenvolvimento são influenciados pelo nível de proteção atribuído à propriedade intelectual; ou seja, não é comprovado que um nível mais forte de proteção à propriedade industrial

43 “(...) os melhores exemplos da história recente do desenvolvimento são os países do leste asiático, que utilizavam formas fracas de proteção à PI, criadas para suas circunstâncias específicas naquela etapa de seu desenvolvimento. Durante toda a fase crítica do crescimento rápido de Taiwan e da Coreia entre 1960 e 1980, durante a qual ocorreu uma transformação na economia desses países, ambos enfatizaram a importância da imitação e da engenharia reversa como elemento importante do desenvolvimento de sua própria capacidade tecnológica e inovadora. A Coreia adotou uma legislação de patentes em 1961, mas o alcance do patenteamento excluía alimentos, produtos químicos e farmacêuticos. O período da patente era de apenas 12 anos. Foi somente em meados da década de 1980, particularmente em resultado da ação dos Estados Unidos consoante a seção 301 de sua Lei de Comércio de 1974, que as leis de patentes foram revistas, embora ainda não atingissem os padrões que o Trips viria a estabelecer. Taiwan passou por processo semelhante. Na Índia, o enfraquecimento da proteção à PI sobre produtos farmacêuticos decorrente da Lei de Patentes de 1970 é amplamente considerado um fator importante para o crescimento subsequente acelerado do setor farmacêutico no país, como produtor e exportador de medicamentos genéricos de baixo custo e produtos intermediários a granel” (Final Report produzido pela Commission for Intellectual Property Rights, versão em língua portuguesa, disponível em: <<http://www.iprcommission.org/>>).

44 Salienta Marcelo José Braga Nonnenberg que o desrespeito à propriedade intelectual foi uma das medidas de política econômica adotada pelo governo chinês visando ao desenvolvimento daquele país (Estratégia de desenvolvimento da China, disponível em: <http://www.eesp.fgv.br/preview/papers/Marcelo_Nonnenberg.pdf>, acesso em: 24 dez. 2007).

significa melhor fluxo de relações econômicas;

– a atribuição de proteção forte à propriedade industrial pode significar elevados sacrifícios para a população de países pobres, que será obrigada a pagar preços mais elevados pelos bens protegidos: “Os países em desenvolvimento com infra-estrutura tecnológica frágil ou inexistente podem sofrer efeitos adversos causados pela elevação dos preços da importação de produtos protegidos por PI”;

– “[n]ão há evidência de que o investimento estrangeiro esteja positivamente associado à proteção à PI na maioria dos países em desenvolvimento”, ou seja, não é certo que a proteção forte da propriedade intelectual gere maior grau de investimento em países em desenvolvimento.

Considerando o problema do acesso à informação em sua plenitude, a inexorável conclusão a que se chega é que, no atual estágio de evolução da humanidade, a possibilidade de desenvolvimento passa, necessariamente, pelo acesso ao conhecimento (indispensável, inclusive, à sua absorção). Ceifá-lo significa obstruir o desenvolvimento dos países, condenando-os à eterna subserviência econômica.

A disciplina jurídica da proteção à propriedade intelectual não pode ser vista de forma apartada desse quadro. *O direito deve superar a análise privatista da questão para encarar esses problemas sob o prisma do interesse público.*

Ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do art. 5.º, XXIX, da CF: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. Mas para que se dê efetiva concreção a esse preceito constitucional, o equilíbrio entre desenvolvimento e proteção à propriedade intelectual há de ser buscado não nos limites da visão privatista da matéria, mas sim naquela que considera, efetivamente, a proteção do interesse público, que passa muito ao largo do mero servilismo ao mercado.

Para tanto, é necessária intervenção maciça do Estado, lançando mão do direito não para, simplesmente, “eliminar falhas de mercado”, mas para permitir a implementação de *políticas públicas* que visem ao desenvolvimento nacional, tornando efetivas as diretrizes da Constituição.⁴⁵

Em uma economia de mercado, a busca do lucro precisa ser acertada em um contexto jurídico que dê concreção aos princípios constitucionais e não ao mero interesse do mercado e dos países desenvolvidos, como se lhes fosse dado subjugar a dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Laymert Garcia dos Santos, é preciso frear a “loucura”, a “selvageria indomada” do direito subjetivo – que entende prestar-se o direito apenas à satisfação de egoísticos desejos – a fim de preservar a “humanidade do homem”. “[P]ara continuar existindo, o Direito precisa afirmar a sua razão de ser, a sua normatividade, e estancar essa ‘loucura’, traçando limites para o mercado.”⁴⁶

45 A esse propósito, vale lembrar que o art. 1.º da Constituição estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político. Já o art. 3.º determina que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

46 *Polítizar as novas tecnologias*, “Tecnologia, perda do humano e crise do sujeito de direito”, São Paulo: Editora 34, 2003, p. 243 e 245.

Normas para envio de artigos à Revista Acadêmica da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG)

Com o objetivo de promover o debate, a pesquisa, a reflexão e a divulgação de temas relacionados ao Direito, principalmente àqueles que se referem à esfera de competência do Poder Judiciário Federal, a Revista Acadêmica da EMAG, com periodicidade trimestral, é resultado de mais uma iniciativa da EMAG, que se propõe a editá-la, assumindo a publicação de artigos e produções acadêmicas afins que, em alguma medida, possam contribuir para o aprimoramento jurídico e cultural tanto da magistratura federal quanto dos demais operadores do Direito.

1. Normas editoriais para encaminhamento de artigos

1.1. Serão aceitos artigos técnicos e científicos originais, embasados em reflexões teóricas, em relatos de pesquisas (em andamento, com resultados parciais, ou concluídas), ou em experiências profissionais.

1.2. A remessa ou a publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.

1.3. Os artigos aceitos serão publicados de acordo com o juízo de oportunidade da Revista Acadêmica da EMAG, formulado com base em temas polêmicos, relevantes e atuais, afetos, preferencialmente, ao âmbito federal.

1.4. Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação do Conselho Editorial da Revista Acadêmica, ao qual são reservados o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com o respectivo parecer, e o de propor eventuais alterações. Caso aceitas tais alterações, este novo artigo será novamente submetido à avaliação do Conselho Editorial.

1.5. Em formulário anexo ao artigo, o autor deverá encaminhar uma autorização de publicação, cujo modelo será fornecido pela Divisão de Relações Públicas e Publicações Acadêmicas da EMAG. Também como anexo, o autor deverá encaminhar uma folha em que constem os seguintes dados: nome completo, endereço para correspondência (com CEP e telefone), correio eletrônico e resumo do currículo (principais titulações e atuações profissionais). Caso publicado seu artigo, o autor receberá um exemplar impresso da Revista.

1.5.1. Se o artigo fizer referência direta a resultados parciais de pesquisa, a experimento com seres humanos, ou a informações de caráter pessoal que impliquem terceiros, as devidas autorizações deverão acompanhá-lo.

1.6. As opiniões emitidas pelo autor, no seu respectivo trabalho, são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da Revista Acadêmica da EMAG.

1.7. Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos seus autores.

2. Normas para elaboração dos trabalhos

2.1. Os trabalhos devem ser encaminhados com a extensão “.doc” ou

“.rtf”, e com a seguinte formatação: fonte “Arial” ou “Times New Roman”, tamanho 12; paragrafação justificada. Com essas especificações, os artigos deverão ser enviados, por correio eletrônico (emag@trf3.jus.br), constando no campo “assunto” a seguinte informação: “Artigo para a Revista Acadêmica”.

2.2. Observada a ortografia oficial da língua portuguesa, serão aceitos trabalhos com, no mínimo, 30.000 (trinta mil) caracteres e, no máximo, 100.000 (cem mil) caracteres, incluindo-se os espaços.

2.2.1. A folha de rosto do artigo deverá trazer as seguintes informações: título do artigo (caixa alta e centralizado); nome do autor (para publicação e citação e indicação bibliográfica); dados da instituição a que está vinculado e cargo ocupado (se for o caso).

2.2.2. Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.), ou seja decorrente de uma monografia acadêmica (depositada, entregue ou defendida), logo após o título ou o subtítulo do respectivo artigo, o autor deverá colocar um asterisco (*), indicando, em nota de rodapé na primeira página, os dados específicos da fonte originária de divulgação (nome, data, local e instituições realizadora e promotora do evento; se for o caso, além desses, agência de custeio da pesquisa, a titulação obtida e o nome do orientador).

2.3. Citações, notas de rodapé e referências bibliográficas. Além das normas previstas e aplicáveis pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), particularmente a NBR 6023 e a NBR 10520, disponíveis para consulta na Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários, a metodologia do artigo proposto deverá observar as especificações que seguem.

2.3.1. Citações: sistema autor/data (p.ex.: ARRUDA, 1996: 15).

2.3.1.1. Citações diretas: até três linhas, deverão vir entre aspas, no corpo do texto. Citações com mais de três linhas, deverão vir assim destacadas do texto: um espaço após o término do corpo do texto e um espaço antes de reiniciá-lo; recuo à esquerda: 4 cm; tamanho da fonte: 10; espaçamento entre linhas: simples.

2.3.1.2. Citações indiretas: indicar a fonte para conferência (p.ex.: cf. ALENCAR, 1997: 18).

2.3.2. Notas de rodapé: restritas ao necessário, deverão acompanhar a numeração sequencial e constar da página em que indicadas. Tamanho da fonte: 8.

2.3.3. Referências bibliográficas: deverão estar relacionadas todas as obras citadas no artigo. De acordo com a ABNT e além de outras informações úteis à localização da obra, são obrigatórios os seguintes dados: sobrenome (caixa alta) e nome do autor; título da obra (em itálico); edição; local de publicação; editora; ano da publicação.

2.3.3.1. Periódicos: deverão indicar os seguintes dados: autor; título do artigo; título do periódico (em itálico); volume; número; páginas; período (p.ex.: GURGEL, C. Reforma do Estado e segurança pública. Política e administração, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p. 12-15, set. 1997.).

2.4. Tabelas, figuras e quadros inseridos no corpo do texto. As figuras deverão ser enviadas em preto e branco, com legendas e respectivas numerações no rodapé, contendo o título do trabalho e o nome do autor principal. Se encaminhadas em mídia eletrônica, o formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros tipos de formato.

2.5. As revisões gramatical e textual ficarão a cargo dos respectivos autores.

3. Declaração de direito autoral

3.1. Qualquer reprodução, parcial ou total, dos trabalhos publicados na Revista Acadêmica está sujeita à autorização expressa. Caso autorizada, deve ser consignada a fonte de publicação original.

4. Política de privacidade

Os dados informados à Revista Acadêmica serão utilizados, exclusivamente, para a formação de banco de dados referente aos autores-colaboradores e à respectiva produção bibliográfica, não sendo disponibilizado, em nenhuma hipótese, a terceiros.

Dados para correspondência:

ESCOLA DE MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
Avenida Paulista, 1912, Edifício Funcef Center – 3º andar
CEP 01310-200 – São Paulo – SP
fone/ fax: (0xx11)-3012-2050 e 2051
correio eletrônico: emag@trf3.jus.br

