

UNISUL
DE FATO E DE
DIREITO

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina

UNISUL DE FATO E DE DIREITO

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina

ANO VI | Nº 11 | JULHO A DEZEMBRO | 2015



Editora Unisul



Editora Unisul

Laudelino J. Sardá
Diretor

Alessandra Turnes
Assistente Editorial

Larissa de Souza
Assistente de Vendas

Amaline Mussi e
Assistente de Produção

Roseli Maria Sacker
Revisão

Ofício (oficio.com.br)
Editoração eletrônica

Avenida Pedra Branca, 25
Fazenda Universitária Pedra Branca
88137-270 – Palhoça SC
Fone: (48) 3279-1088
Fax: (48) 3279-1170
editora@unisul.br

Unisul De Fato e De Direito

Conselho Editorial

Rosângela Tremel – OAB/SC 13.891
(Editora – DRT/SC 919-JP)

Ana Márcia Marquez Targa
Alex Sandro Sommariva

Baltazar Andrade Guerra
Felipe Asensi

Karla Leonora Dahse Nunes
Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira

Lester Marcantonio Camargo
Maurício Daniel Moncons Zanotelli

Rejane Johansson
Rennan Faria Kruger Thamay

Sidney Eloy Dalabrida
Tatyane Barbosa Phillipi

Virgínia Lopes Rosa
Zacaria Alexandre Nassar

UNA - Ciências Sociais, Direito, Negócio e Serviços.
Coordenação: **Amanda Pizzolo**

CAPA

Foto: Revoada de Trinta Réis.
Fotógrafo: Tycho Brahe Fernandes
(autorretrato-alheio.blogspot.com)

As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista. Os artigos para análise devem ser remetidos via email, pelo endereço direito@unisul.br

U4 Unisul de fato e de direito : revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina / Universidade do Sul de Santa Catarina.
- v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010) – . Palhoça : Ed. Unisul, 2015.

Semestral
ISSN 2177-5303

1. Direito.I. Universidade do Sul de Santa Catarina.

CDDir – 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária da Unisul

DIRETRIZES PARA AUTORES

- 1 – Os trabalhos deverão ser encaminhados via e-mail, para direito@unisul.br, indicando como assunto “Artigo científico”, seguindo as seguintes normas: gravados em Microsoft Word, entrelinhamento 1,5, fonte Arial 12, com margens laterais de 2,5cm e com, no máximo, 20 laudas devendo observar as disposições normativas a seguir relacionadas:
- 2 – O artigo científico constará das seguintes partes: Título; Autor(es); Resumo; Palavras-chaves; Título, Resumo e Palavras-chave em Idioma estrangeiro; Introdução; Conclusões; Referências. Eventuais agradecimentos devem aparecer após as referências bibliográficas. O título de cada seção deve estar escrito em letras maiúsculas e destacado em negrito.
- 3 – O título do artigo deverá ser claro e conciso, devendo facilitar pronta identificação do que o trabalho encerra de original ou fundamental, escrito em letras maiúsculas (o autor deverá informar ao Comitê Editorial se o trabalho foi apresentado em algum evento ou publicado em outro meio ou em fase de análise por outros periódicos). Três espaços abaixo, coloca-se o nome do(s) autor(es), completo e em caixa alta, em seqüência e em ordem direta. No rodapé deverá constar a filiação institucional, a titulação acadêmica e o endereço eletrônico. Três espaços abaixo do título deverá vir o resumo, com até 250 palavras. Três espaços abaixo do resumo deverão ser colocadas as palavras-chaves.
- 4 – A autoria de citações no texto, bem como a lista de referências deverão obedecer a publicação da Unisul: UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. Trabalhos Acadêmicos na Unisul: apresentação gráfica para TCC, monografia, dissertação e tese. Disponível em: www.unisul.br/content/site/biblioteca/apresentacaografica.cfm. Acesso em: 04 fev. 2010.
- 5 – As ilustrações, tabelas, fórmulas e gráficos deverão vir na seqüência mais adequada ao entendimento do texto, com seus respectivos títulos ou legendas. As figuras deverão ter o tamanho igual ao que se deseja na publicação final. Letras e números deverão ser perfeitamente legíveis e as fotografias deverão ser em preto e branco, nítidas e bem contrastadas. No texto, TABELA e FIGURA (em maiúsculas), e na citação, Tabela, Figura (primeira letra maiúscula).
- 6 – A aceitação dos trabalhos dependerá de análise do Conselho Editorial.
- 7 – São de exclusiva responsabilidade dos autores as opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos. A Revista, entretanto, reserva-se o direito de adaptar os originais ao estilo adotado.

Itens de Verificação para Submissão

Como parte do processo, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão com todos os itens listados, indicando se a contribuição é original e inédita, e se não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, justificar em “Comentários ao Editor”.

1. Os arquivos para submissão estão em formato Microsoft Word, OpenOffice ou RTF (desde que não ultrapasse os 2MB)
2. Todos os endereços de páginas na Internet (URLs), incluídas no texto (Ex.: <http://www.ibict.br>) estão ativos e prontos para clicar.
3. O texto está em espaço um e meio; emprega itálico ao invés de sublinhar (exceto em endereços URL); com figuras e tabelas inseridas no texto, e não em seu final.
4. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores.

Declaração de Direito Autoral

Ao encaminhar os originais, o(s) autor(es) cede(m) os direitos de publicação para a Revista, versão impressa e/ou eletrônica.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou para terceiros.

ENDEREÇOS

■ Campus Universitário da Grande Florianópolis

Unidade Pedra Branca

Av. Pedra Branca, 25
Cidade Universitária Pedra Branca
88137-270 - Palhoça - SC
Fone: (48) 3279-1026

direito.pb@unisul.br

Unidade Florianópolis

Rua Trajano, 219 - Centro
88010-010 - Florianópolis - SC
Fone: (48) 3279-1928/3279-1929

direitoic@unisul.br

■ Campus Universitário de Tubarão

Unidade Tubarão

Av. José Acácio Moreira, 787
Bairro Dehon - Cx Postal 370
88704-900 - Tubarão - SC
Fone: (48) 3621-3082 / 3621-3339

direito.tubarao@unisul.br

Unidade de Içara

Rua Linha Três Ribeirões
Loteamento Centenário - Bairro Liri
CEP: 88820-000 - Içara - SC
Fone: (48) 3443-3050

direitoic@unisul.br

Unidade Araranguá

Rodovia Jorge Lacerda Km 35,4 - SC 449
88900-000 - Araranguá - SC
Fone: (48) 3521-3032

direito.ararangua@unisul.br

Unidade de Braço do Norte

Estrada Geral São José nº 10971
88750-000 - Braço do Norte - SC
Fone: (48)3658-7249 / 3621-3925

mauricio.zanotelli@unisul.br

sumário

EDITORIAL	9
DE FATO Direto do Portal Unisul: Publicação jurídica da Unisul recebe selo Qualis	13
DE DIREITO	
HONORÁRIOS DE ADVOGADO JUDICIAIS: ALGUNS PROBLEMAS DA FIXAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO (OMISSÃO DE MOTIVAÇÃO DECISÓRIA) NA PERSPECTIVA NO CPC/15 <i>Rodrigo Mazzei</i>	19
DA COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (L.13.105/2015): CONCEITO E LIMITES OBJETIVOS <i>Luiz Delloro</i>	35
O PROCESSO DO TRABALHO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CRITÉRIOS PARA UMA LEITURA DIALOGADA DOS ARTIGOS 769 DA CLT E 15 DO CPC/2015 <i>João Humberto Cesário</i>	55
O PROCESSO DECISÓRIO NO ÂMBITO DA ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) <i>Katerine da Rosa Scussel Milene Pacheco Kindermann</i>	81
OMC E O DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ANÁLISE DE CASOS <i>Lígia Maura Costa</i>	101
SUSTENTABILIDADE NO PLANEJAMENTO URBANO <i>André Cardoso Vasques</i>	119
RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PELO DANO AMBIENTAL <i>Luís Gustavo dos Santos Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza</i>	125
REFLEXÕES SOBRE A EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO ENSINO SUPERIOR <i>André Luiz Moro Bittencourt</i>	155
LIMITE PARA O ACÚMULO DE PENSÕES POR MORTE NA PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR <i>Bruno Sá Freire Martins</i>	167
DOS BANCOS DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES AO POLÊMICO SCORING DE CRÉDITO <i>Júlio Moraes Oliveira</i>	177
FILOSOFIA DE FATO E DIREITO	
CONSISTENCIA NARRATIVA Y RELATO PROCESAL <i>José Calvo González</i>	195
CARL SCHMITT, TEÓRICO DO “ESTADO TOTAL” E A CATÁSTROFE DO MUNDO CONTEMPORÂNEO <i>João Ricardo Moderno</i>	221
DE FATO E DE DIREITO: O QUE ESTAMOS PESQUISANDO	
O REGISTRO CIVIL DE MÚLTIPLOS GENITORES EM DECORRÊNCIA DA SENTENÇA JUDICIAL DE PROCEDÊNCIA DA FAMÍLIA MULTIPARENTAL <i>Ana Paula Moreira</i>	255
HIPÓTESES DE REDIRECIONAMENTO DO POLO PASSIVO EM AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL CONTRA EMPRESA DE SOCIEDADE LIMITADA <i>Andrezza Cristina Martins</i>	256
O (DES)RESPEITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AOS POLICIAIS MILITARES <i>Antonio Marcos Barreiros</i>	257

INCIDÊNCIA DE ICMS E ISS NO SOFTWARE COMO SERVIÇO (SaaS) DISPONIBILIZADO POR COMPUTAÇÃO EM NUVEM	258
<i>Bruna Helena da Silva Matos</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS EM MANIFESTAÇÕES MULTITUDINÁRIAS	259
<i>Clarissa Stainbach Melo</i>	
O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE FALTA OU CARÊNCIA DE RECURSOS MATERIAIS	260
<i>Fernanda Grangeiro Malty Seixas Busse</i>	
A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO (ART. 28, DA LEI N. 11.343/2006)	261
<i>Gabriel Jose Rodrigues</i>	
DIREITO DE COMUNICAÇÃO X PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA OPINIÃO PÚBLICA	262
<i>Gesiel Cezar de Melo</i>	
AS IMPLICAÇÕES DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM AÇÕES NEGATÓRIAS DE PATERNIDADE E MATERNIDADE	263
<i>Hislaine Tomaz Belmiro</i>	
A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA APLICADA FRENTE À FRAUDE NA PARTILHA DE BENS NA AÇÃO DE DIVÓRCIO	264
<i>Isabella de Souza Nogueira</i>	
A INTERDIÇÃO E A CURATELA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	265
<i>Isis Gonçalves de Castro</i>	
MÉTODO APAC: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	266
<i>Izabella Carabetti Gouvêa</i>	
AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA	267
<i>Jade Preis da Silva</i>	
ACESSO AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE POR ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO BRASIL	268
<i>Jéssica Oliveira Piacentini</i>	
DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI	269
<i>Joseane Noschang Battistella</i>	
O IMPACTO DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO NAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS BRASILEIRAS	270
<i>Juliana Macedo Andrade</i>	
A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES	271
<i>Júlio Strate Bolfe</i>	
A MUDANÇA DE GÊNERO E OS SEUS REFLEXOS JURÍDICOS NA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA	272
<i>Marina David Maria</i>	
OS ALIMENTOS TRANSITÓRIOS COMO REFLEXO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NAS RELAÇÕES FAMILIARES	273
<i>Mariana Pinheiro Ferreira</i>	
DIREITO À MORTE DIGNA: TESTAMENTO VITAL E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA E AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA	274
<i>Mayara Jucemilde Cadornim</i>	
ATIVIDADE JURISDICIONAL NOS TRIBUNAIS DE CONTAS	275
<i>Mateus Ribeiro de Souza</i>	

A ESTABILIZAÇÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO <i>Matheus Maurício Mariath</i>	276
A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL A PARTIR DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO – CPIS NOS ESTADOS DE SANTA CATARINA, PARANÁ E RIO GRANDE DO SUL <i>Maura Maria Paranhos Buzanello</i>	277
ESTADOS EM GUERRA FISCAL E A RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL Nº 13 DE 2012 <i>Melina da Silva</i>	278
A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA DE MICHEL FOUCAULT <i>Natália Domênica E yng Rattin</i>	279
ASPECTOS DESTACÁVEIS SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL <i>Paloma Casagrande Visentin</i>	280
O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A SUA EFETIVIDADE <i>Paulo Martins Ramos Júnior</i>	281
AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Pedro Augusto Raulino</i>	282
(IM) POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DOS AVÓS DEVEDORES DE ALIMENTOS <i>Priscila Pestana Tesch</i>	283
ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS MENORES <i>Simone Pamplona Zacchi</i>	284
O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL NO CASO DO PREFEITO ITINERANTE <i>Tatiane Mariza de Souto</i>	285
INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DO TRIBUTO INSTITUÍDO PELO ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR 110/2001 EM RAZÃO DO EXAURIMENTO DA FINALIDADE E DA TREDESTINAÇÃO DE RECURSOS <i>Thiago Mondo Zappelini</i>	286
A (IN)COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NA MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL <i>Victor da Costa Malheiros</i>	287
A NECESSIDADE DE COMUM ACORDO PARA AJUIZAR DISSÍDIO COLETIVO <i>Vitor Caminha Corrêa</i>	288

EDITORIAL

Prezados leitores,

A edição de número 11 é, de fato, ímpar em todos os aspectos, como comprovam a revoada de ideias simbolizada pelo click perfeito de Tycho Brahe Fernandes (autorretrato-alheio.blogspot.com) e a miríade de assuntos tratados ao longo desta Revista, sob chancela do primeiro selo qualis, outorgado pela Capes.

A leitura começa com estudos sobre o Novo Código de Processo Civil, trazendo a abordagem de Rodrigo Mazzei para a questão dos honorários advocatícios e a necessidade de fundamentar as decisões que os fixam nos processos judiciais; na sequência tem-se a análise do conceito e dos limites objetivos da coisa julgada em artigo assinado por Luiz Dellore que manifesta preocupação com a possibilidade de insegurança jurídica daí decorrente. Todos juntos, alçamos voo para estabelecer correlação com o direito do trabalho, quando João Humberto Cesário diferencia o processo comum do especializado, separa didaticamente as expressões supletivas e subsidiárias, encerrando seu estudo com exemplos práticos do cotidiano trabalhista.

Viramos uma página, e estamos no mundo globalizado em que Milene Kinderman junto com Katerine Scussel descortinam a metódica trajetória do processo de tomada de decisão da ONU em suas assembleias gerais. Sem fronteiras, somos conduzidos pelo texto da lavra de Lígia Maura

Costa que coteja sustentabilidade e suas diversas formas de manifestar-se com a atuação da Organização Mundial do Comércio, para nos alertar, a todos, que emerge nova especialidade jurídica: a do direito internacional do desenvolvimento sustentável. Nesta seara da sustentabilidade, André Vasques aborda a imperatividade do planejamento urbano e Maria Claudia de Souza, em parceria com Luis Gustavo dos Santos, analisa a urgência de atentarmos para a responsabilidade civil das instituições financeiras em relação à degradação ambiental.

No ano em que os advogados pedem a valorização do direito previdenciário e o presidente da OAB Nacional defende a necessidade de fortalecimento deste setor desde os bancos escolares, André Bittencourt indica caminhos de ensino, pesquisa e extensão para promoção de justiça social nesta área e Bruno Martins, na mesma luta pelo direito, analisa as possibilidades de acúmulo de pensões em caso de morte de servidor, esclarecendo em detalhes este legado aos dependentes.

Em meio à revoada consumerista que a todos envolve nesta sociedade calcada na informação, Júlio Oliveira discorre sobre os limites a serem observados no que se refere à proteção de dados, analisa aspectos da Lei do Cadastro positivo e do Score de crédito, recentemente autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dentro da filosofia do direito, que ajuda a todos a ampliar horizontes e revoadas de pensamentos, dois nomes de espectro internacional nesta área dividem com os leitores suas ponderações sobre temas que, neste ano, tem estado em todas as manchetes. Para eles abrimos uma seção específica: Filosofia De Fato e De Direito.

Neste espaço, no qual cuidou-se especialmente de respeitar a formação textual de cada autor, José Calvo Gonzalez nos leva a pensar em coerência, analisando o discurso das narrativas judiciais e lidando com os diferentes papéis que o direito processual impõe. O autor nos mostra como identificar os atores sociais do processo a partir da estratégia de narrativa. O tema foi apresentado no V Congresso Internacional de Direito Processual, que teve lugar em abril deste ano, na cidade de Recife. João Ricardo Moderno reúne filósofos de diferentes vertentes e chama o leitor para decolar a bordo de conceitos, os mais diversos, para que se pense e repense na responsabilidade que é criar rótulos e materializá-los. Registre-se que ele faz este alerta quando se completam 70 anos do início da segunda gran-

de guerra, época em que conceitos carregados de intolerância proliferavam no cenário mundial em voos mal sucedidos e aterrissagens catastróficas similares aos que pululam em muitos países neste momento.

Na Seção De Fato, tem-se o registro do recebimento do selo Qualis, outorgado pela Capes, bem como nossa versão impressa sendo apresentada em diferentes lugares do mundo com expressiva repercussão nas redes sociais.

De Fato e de Direito: o que estamos pesquisando é onde se destacam as ementas, resultado dos primeiros voos dos futuros pesquisadores jurídicos que, na Universidade, são ensaiados sob condução do professor orientador, por eles supervisionados meticulosamente a cada etapa.

Que ao folhear as páginas desta edição os assuntos tratados sob a lupa sistemática dos autores, cujos estudos nos ajudam a conhecer e analisar peculiaridades dos pilares de sustentabilidade sócio-jurídica, inspirem revoadas de ideias plenas de justiça. Boa leitura.

Boa leitura.

Rosangela Tremel
Editora



DE FATO

Direto do Portal Unisul: Publicação jurídica da Unisul recebe selo Qualis

A revista De Fato e de Direito embasou sentenças, alterou Tribunal de Júri e registra monografias de alunos do curso

A Unisul De Fato e de Direito, revista jurídica publicada pela Editora Unisul, com versões impressa e eletrônica, passa a circular sob a chancela do primeiro selo Qualis outorgado pela Capes. Para a equipe, que há cinco anos mantém rigorosa periodicidade e conta com o apoio de autores de renome nacional e internacional, trata-se de especial estímulo aos cuidados editoriais que segue a cada novo número.

Desde a primeira edição, a Revista cumpre o objetivo de contar sempre com inclusão de professor doutor e colaboradores doutorandos, muitos de diferentes Estados da federação. Tal meta tem sido atingida pela credibilidade construída, incluindo nomes oriundos de outras instituições, o que torna este periódico muito festejado a cada edição, estratégia que gera bom feed back, cuja retroalimentação se materializa através de diferentes textos de novos colaboradores que não param de surgir a cada semestre.

Cabe ressaltar que os professores da Unisul tem utilizado, com grande receptividade por parte dos alunos, textos extraídos das páginas De Fato e de Direito, bem como nossos acadêmicos das últimas fases realizam trabalhos de análise dos artigos de maior complexidade como elemento de avaliação e com atribuição de nota específica.

Nestes cinco anos, a Revista De Fato e de Direito teve a honra de servir de embasamento de sentença de juiz da cidade de Uberlândia, com citação expressa de artigo nela publicado. Suas páginas também inspiram

Trabalhos de Conclusão de Curso que já geraram, para citar apenas um exemplo, alteração de lay out de tribunal de júri em cidade de Santa Catarina. Ainda no intuito de integrar o corpo discente, foi criada a sessão “O que estamos pesquisando”, onde registram-se os resumos dos trabalhos monográficos que a banca de examinadores indica para publicação .

A pedido, a versão impressa integra acervo de várias bibliotecas jurídicas do país e exterior. A cada edição o mailing da versão impressa é aprimorado, visto tratar-se de Revista não comercializada, de circulação dirigida para diferentes instâncias do mundo jurídicos sem fronteiras.

Este cenário de ampla divulgação e expressiva participação nacional, bem como a ausência de endogenia na escolha dos autores, a adoção da leitura às cegas por pares, as contribuições postadas na plataforma on line, são procedimentos que permitiram alcançar o primeiro selo Qualis, que, para a professora Virginia Rosa, coordenadora do curso de Direito da Unidade Pedra Branca , “consiste em especial estímulo para prosseguir incansavelmente na missão de divulgar pesquisas, opiniões e debates de diferentes correntes do mundo jurídico”.

Comemorando esta vitória acadêmica, o professor Zacaria Nassar, coordenador do curso de Direito da Unidade Florianópolis, afirma: “O reconhecimento pela Capes de nossa Revista jurídica atesta de forma cristalina a qualidade dos artigos nela veiculados, demonstrando também o compromisso do curso com uma séria e sólida pesquisa científica”.

Detalhe de grande valor é que nossas aplaudidas capas têm a assinatura do Procurador de Justiça de Santa Catarina, Tycho Fernandes, tornando a publicação integralmente jurídica, de fato e de direito. Cabe ainda incluir o detalhe de que a editora-chefe Rosângela Tremel, idealizadora do projeto, traz em seu currículo ampla experiência jornalística, inclusive com obtenção de premiação na área, além de atuar como advogada e escritora.

Mundo Afora

Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, ganhou destaque em diferentes e importantes lugares. Integrou o tradicional Simpósio Nacional de Direito em sua XXIII edição na cidade de Gramado, sendo sorteada dentre os participantes e recebida por Guido Bittencourt, com ampla divulgação nas redes sociais.

Na região do Vale do Itajaí, caracterizada por grande quantidade de universidades, foi destaque na bem conceituada Revista Cultural Sopa de Siri, dirigida pelo advogado Alvaro Castro.

O advogado e articulista Marcio Cruz também democratizou a distribuição sorteando 2 exemplares no II Simpósio de Direito Desportivo e Esporte da Baixada Santista, realizado no Museu Pelé e outras duas Revistas em evento só para mulheres que teve lugar no Museu do Futebol, no Pacaembu, em São Paulo.

A presidente da Comissão da Biblioteca da OAB Uberaba, advogada Elenice Bernardes, uma das administradoras de um grupo on line NOVO CPC (Lei 13.105/2015) que reúne mais de 23 mil membros, todos voltados para o estudo do Código de Processo Civil que vai entrar em vigor ano que vem, promoveu sorteio, de fato e de direito, on line, e o vencedor foi George Ptsica. Ainda no âmbito do grupo de estudos, Elenice entregou exemplar aos Doutores Ney Alves Veras e Lucio Flavio Sunakozawa, nobres colegas que integram o conselho de administração do NOVO CPC (Lei 13.105/2015).



DE DIREITO

HONORÁRIOS DE ADVOGADO JUDICIAIS: ALGUNS PROBLEMAS DA FIXAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO (OMISSÃO DE MOTIVAÇÃO DECISÓRIA) NA PERSPECTIVA NO CPC/15

*FEES FOR COURT ATTORNEY: PROBLEMS OF ESTABLISHMENT
WITHOUT FOUNDATION (OMISSION OF MOTIVE FOR THE
DECISION) FROM THE PERSPECTIVE OF CPC/15*

.....
Rodrigo Mazzei¹
.....

RESUMO

O texto trata da necessidade de fundamentação nas decisões que fixam honorários de advogado nos processos judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: *Honorários de advogado. Motivação. Fundamentação. Constituição Federal. Código de Processo Civil de 1973. Código de Processo Civil de 2015.*

ABSTRACT

This paper addresses the need for reasoning in the decisions to be fixed attorney fees in lawsuits.

KEY WORDS: *Lawyer's fees. Motivation. Judicial decision. Federal Constitution. Code of Civil Procedure, 1973. Code of Civil Procedure 2015.*

1 A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS JUDICIAIS: LIMITE QUANTITATIVO E ENCHIMENTO QUALIFICATIVO

De plano, vale lembrar que o Código de Processo Civil de 1973 foi revogado em 2015 por um 'novo' Código de Processo Civil, com *vacatio legis* de um ano. Assim, a análise efetuada no presente ensaio leva em conta uma situação atemporal, considerando-se os problemas que envolvem o

¹ Pós-doutor (UFES - bolsa CAPES-REUNI); Doutor (FADISP) e Mestre (PUC/SP); Professor (graduação e mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Vice-presidente do Instituto dos Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES); Presidente da Escola Superior da Advocacia (ESA-OAB/ES).

tema não apenas na égide do CPC/73, mas questões que devem ser vista na perspectiva do CPC/15. Assim, a codificação revogada será usada como base da discussão, transportando o debate para o noviço texto codificado.

Com tal norte, tem-se que na codificação revogada os critérios para nor-tear o arbitramento do valor da verba honorária judicial estavam basicamente lastreados em parágrafos do artigo 20 do Código de Processo Civil (1973).

Sem a pretensão de retorno a passado muito longínquo, importante registrar que há boa diferença entre o texto codificado de 1973 em relação ao Código de Processo Civil de 1939 (com as alterações inseridas pela Lei 4.632/65), já que este tratava da questão com vagueza maior. Com efeito, o artigo 64, § 1º do Código de Processo Civil de 1939 apontava que os honorários deveriam ser fixados na própria sentença, devendo o juiz efetuar o arbitramento com “moderação e motivadamente”. Não havia, portanto, critérios previamente fixados para o julgador (que deveria se pautar com moderação, apresentando a motivação correspondente ao arbitramento levado a cabo).

Pois bem, consoante clássica lição de Pontes de Miranda, o Código de Processo Civil de 1973, de forma diferente ao código de 1939, firmou duas balizas importantes na fixação dos honorários. Senão vejamos:

1) Limite quantitativo: a primeira premissa refere-se ao limite quantitativo, já que o § 3º do artigo 20 (salvo outras hipóteses previstas no próprio texto legal) criou um gabarito de limites (20% como teto máximo e 10% como piso mínimo) acerca da fixação dos honorários de sucumbência;

2) Elementos qualitativos: não bastasse o limite quantitativo (que possuía espaço entre os 10% e 20%), firmou-se a concepção de que a fixação dos honorários deveria (sempre) ser preenchida por elementos qualitativos, com o uso obrigatório de critérios legais tratados no próprio artigo 20, quais sejam: (a) o grau de zelo do profissional, (b) o lugar de prestação do serviço, (c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Note-se que em determinadas situações especiais, que estão previstas no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973, o julgador não estaria atrelado ao limite quantitativo, e trabalharia com regra bem flexível, pois nas hipóteses açambarcadas por tal hipótese a decisão não se vincularia às fronteiras demarcadas pelo piso (10%) e pelo teto (20%) do parágrafo anterior. Entretanto, de forma expressa, o § 4º do artigo 20 do mesmo texto legal evidenciou que o julgador estaria sempre atrelado

ao enchimento qualitativo quando fixasse os honorários judiciais já que cravou a submissão à necessidade de análise das alíneas (a), (b) e (c) do § 3º do artigo 20 da codificação processual revogada.

Ainda que com mudanças importantes no que tange aos honorários judiciais, o ‘novo’ Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015, mantém a célula de convivência do limite quantitativo com o enchimento qualitativo, conforme se percebe do seu texto codificado, em praticamente todos os parágrafos do artigo 85.

Na verdade, o que se percebe da codificação de 2015, na verdade, é a busca de refinamento mais técnico para fixação dos honorários, com a veiculação de regras especiais para alguns casos (como é o caso da Fazenda Pública - § 3º do artigo 85 – que possui limites quantitativos específicos). Contudo, a leitura atenta do CPC/15 indica a permanência do sistema adotado pela codificação revogada, que trabalha com o binômio limite quantitativo + elementos objetivos (para o enchimento qualitativo). Sem rebuscos, o § 2º do artigo 85 não só mantém o piso de 10% e o teto de 20% dos honorários, como também dispõe que a variação da fixação entre tal margem quantitativa deverá ser preenchida por elementos objetivos semelhantes aos que se poderia extrair do CPC/73 (grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço).

Igualmente à codificação de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 reconhece que há situações em que o limite quantitativo merece ser afastado (por ser inócuo), cabendo ao julgador fixar os honorários por ‘apreciação equitativa’. Tal medida está regulada no § 8º do artigo 85, e é aplicável nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, “quando o valor da causa for muito baixo”. Entretanto seguindo idêntica fórmula à prevista na legislação processual revogada, a decisão que fixar os honorários com ‘apreciação equitativa’ deverá estar arrimada nos elementos objetivos do § 2º do artigo 85, ou seja, como já dito anteriormente, o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço são os critérios objetivos eleitos para estruturar a decisão judicial.

Pode se dizer, sem medo de errar, que o Código de Processo Civil de 2015 não altera – ao menos em substância - a fórmula do sistema processual anterior, que:

1) Vincula o julgador a um limite quantitativo como regra (mas que admite algumas exceções);

2) Determina que a fixação da verba honorária seja decorrente de aferição obrigatória (e sem qualquer exceção) de elementos objetivos.

Da brevíssima resenha, percebe-se que, segundo a codificação revogada, toda decisão que fixasse a verba honorária deveria o fazer de forma fundamentada, com o enfrentamento no caso concreto dos elementos qualitativos que constavam nas alíneas (a), (b) e (c) do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 [(a) o grau de zelo do profissional, (b) o lugar de prestação do serviço, (c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço], variando meramente na aferição do limite quantitativo (piso-teto de 10%-20%), ou ainda, se haveria aplicação do referido limite. O CPC/15 mantém a mesma linha, criando, tão somente, situações específicas de limite quantitativo, ratificando a vinculação ao julgador (em qualquer hipótese) aos chamados elementos qualitativos.

Portanto, o valor final que é apontado pelo julgador na sua decisão como honorários arbitrados é o resultado do exame no caso particular do preenchimento (ou não) de critérios que são ditados pela lei, que se volta para contornos qualitativos, citados acima. Tais critérios devem sempre ser levados em consideração, não sendo a falta de limite quantitativo uma autorização para que o julgador possa definir honorários de advogado em qualquer valor.

Não resta, assim, dúvida que a decisão judicial que fixar honorários judiciais deverá ser motivada, enfrentando, necessariamente, os elementos qualitativos que constam nos incisos I a IV do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, sob pena de flagrante ilegalidade e, mais ainda, colocando-se como um verdadeiro sacrilégio contra a ordem constitucional. Nota-se que o CPC/15 não abre espaço para uma alteração de postura e, muito pelo contrário, ratifica a fórmula apresentada pelas alíneas (a), (b) e (c) do § 3º do artigo 20 da codificação de 1973.

2 A MOTIVAÇÃO DECISÓRIA NO CONCEITO CONSTITUCIONAL (ARTIGO 93, IX E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

O sistema processual vigente, norteado por um modelo democrático de direito (próprio de um Estado Democrático – artigo 1º da atual Carta

Magna), não admite decisão desprovida de fundamentação (seja no âmbito judicial, seja no espectro administrativo). A base para tal garantia, como é de conhecimento geral, está firmada nos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição Federal de 1988, pois tais dispositivos determinam que as decisões judiciais e administrativas deverão ser motivadas (na sua concepção completa).

O Código de Processo Civil de 2015 se submete a tal assertiva, na medida em que fixa como diretriz (apegando-se aos valores constitucionais, consoante comando do art. 1º da codificação) que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 11). Como vetor de aplicação dos valores constitucionais, vale notar ainda, que o CPC/15 alcança os processos administrativos nas partes em que a legislação processual administrativa for omissa (art. 15), sendo certo que não poderá se admitir nenhum regramento infraconstitucional que tente afastar a aplicação do art. 93, X, da Carta Magna de 1988.

Portanto, é de bom alvitre notar que a pena de nulidade cominada no inciso IX do artigo 93, da Constituição Federal, em relação às decisões sem fundamentação, não tem campo de atuação apenas judicial, sendo, pois, aplicável também às decisões no âmbito administrativo (embora o inciso X do artigo 93 seja omissivo no sentido). Isso porque deve prevalecer interpretação que prestigia os cânones de um Estado Democrático de Direito em descarte a uma hermenêutica puramente literal da Carta Magna, pois a motivação decisória (qualquer que seja o ambiente que for proferida a decisão) faz parte de orquestra mais completa, regida pelo *due process of law*.

Ainda que por breve registro, deve ficar cravado que o dever de fundamentar decorre de feixe de exigências de cunho múltiplo, já que permite verificar no caso concreto a imparcialidade do julgador (que deve decidir de forma objetiva e neutra), assim como permite exercer o controle da legalidade do ato decisório (só com os fundamentos se poderá se perquirir sobre o acerto ou desacerto do julgador) e, finalmente, aferir a efetividade de garantia de defesa (se houve análise por parte do julgador dos fundamentos que foram postos pelas partes). Tal estrutura escora não apenas as decisões judiciais, mas também as decisões administrativas, sendo, assim, inviável interpretação estanque dos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição Federal, já que ambos estão atrelados à mesma diretriz constitucional (tão somente com fixações distintas no plano espacial).

De outro giro, é de bom alvitre reavivar o conceito de decisão fundamentada, pois a absorção de ideia correta evita afastamento do núcleo pretendido pelo legislador constitucional. Segundo Nery Junior, “fundamentar significa o magistrado dar as razões de fato e de direito que o convenceram a decidir da questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão”. As palavras do jurista nos dão apoio para compreender que a fundamentação decisória implica não apenas em constar formalmente motivos no corpo da decisão, mas sim os motivos que justificam a decisão. Parece sutil, mas há diferença gritante.

Observe-se que ao se perquirir os motivos que justificam a decisão, a motivação (fundamentação) utilizada pelo julgador deverá ser apresentada de forma coerente, completa e clara, capaz de permitir a identificação da imparcialidade do julgador, o controle da sua legalidade, assim como aferir se a garantia de defesa foi exercida. Por tal passo, não se pode imaginar que a motivação se esgota na existência de fundamentos decisórios, mas na apresentação destes dentro de um gabarito mais amplo, a saber:

- a) Coerência - os fundamentos necessitam ser coerentes, pois indicam que o julgador decidiu com os versados nos autos e que o resultado poderia ser diferente se fundamentos outros – que não os dos autos - fossem aplicados;
- b) Completude - a fundamentação necessita também ser completa, já que a ausência de análise sobre questões importantes possa levar a resultado diferente;
- c) Clareza - finalmente, a fundamentação há de ser clara, haja vista que deve ser não só compatível, mas também permitir a exata compreensão da decisão e da motivação que a sustenta.

Desse modo, consoante o ligeiro quadro acima apresentado, é engano pensar que a decisão não fundamentada padece exclusivamente do vício da omissão (ou incompletude de motivação), eis que a matriz constitucional em debate, ao reclamar decisão fundamentada, impôs a necessidade de fundamentação clara, coerente (lógica) e completa - Assim, somente observando tal gabarito se poderá dizer que a dicção decisória está – plenamente – fundamentada, decisão motivada, sob o prisma da moldagem constitucional.

Ora, decisão reclama clareza, pois deve propiciar, objetivamente, a compreensão de seus comandos e da motivação que a sustenta. Necessita ser coerente para demonstrar a lógica uniforme de suas premissas, ou seja,

que o resultado é compatível com a linha seguida (que poderia ser outro, acaso a fundamentação fosse diversa). Não suficiente à clareza e a coerência, a decisão precisa ser completa, com fundamentação bastante que indica (e sustenta) os rumos decisórios que, por sua vez, deverão cobrir toda área das postulações (sentido amplo) postos pelas partes. Portanto, mesmo em resumo corrido, conclui-se que motivar as decisões implica em fundamentá-las, ou seja, traçar de forma coerente, completa e clara as razões que implicaram no convencimento do julgador ou órgão decisor.

Merece registro, no sentido, que no ‘novo’ Código de Processo Civil a questão da fundamentação decisória recebe grande relevo, pois o tema é tratado não só de forma fluída no artigo 11 (constante da Parte Geral), como também de forma minudente no artigo 489 (que trata dos elementos essenciais da sentença). O que se percebe da simbiose dos dois dispositivos é, em grande monta, uniforme aos traços que acima lançamos, pois não pode ser considerada com decisão fundamentada, por exemplo, nos termos deste texto legal, a decisão com fundamentação genérica (artigo 489, § 1º, III).

Como já alertamos, o fato do julgador ter lançado “fundamentos” na sua decisão não implica, necessariamente, em ter laborado como motivação sadia, pois esta não é extraída apenas pelo “preenchimento físico” de fundamentação.

3 BREVE ANÁLISE NO FENÔMENO DA “OMISSÃO DECISÓRIA” APLICADA AOS HONORÁRIOS

Com supedâneo no item anterior, percebe-se que as bandejas do artigo 93, incisos IX e X, são maiores do que pode se pensar a partir de uma leitura corrida do texto constitucional, já que decisão não fundamentada não pode ser tida como perfeito sinônimo de decisão omissa, sendo, em verdade, a segunda uma espécie de manifestação da primeira. De toda sorte, para o presente ensaio a omissão (como vício decisório decorrente da falta de fundamentação) é a figura que mais nos interessa, já que o foco do texto está na *falta* (= *carência*) de fundamentação decisória, não se voltando o labor para os problemas de inexistência de *clareza* e de coerência dos atos decisórios, muito embora algumas questões aqui tratadas possam também ser projetadas para tais atropelos.

Com a bússola fixada na forma acima, há omissão toda vez que o ato judicial diz menos do que deveria dizer, ou seja, o ato será omissos sempre

que o julgador deixar de se pronunciar sobre questão que lhe incumbia apreciar ou decidir, em típicos erros *in procedendo*. Nos dizeres de Pontes de Miranda, a decisão omissa é *citra petita*, seja por ter deixado de decidir algum ponto ou por, decidindo, o fez de forma incompleta.

Saliente-se que redação do artigo 535, inciso II, do CPC/73 não restringiu o manejo dos embargos de declaração a um tipo determinado de omissão, entendendo-se, portanto, que qualquer espécie de vício que implique a ausência de pronunciamento judicial é passível de correção via embargos declaratórios. A premissa fica ainda mais evidente se a leitura do dispositivo for feita com enfoque constitucional. O CPC/15 vai mais além, na medida em que prevê no artigo 1.022 (através do inciso II e do parágrafo único) prevê que a decisão judicial pode ser omissa se não se manifestar sobre ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o órgão jurisdicional de ofício ou a requerimento, sendo considerada também omissa a decisão em que faltar fundamentação sadia (com remessa expressa ao disposto no artigo 489, § 1º, do texto codificado).

Assim sendo, seja através de leitura inteligente do CPC/73, seja pela absorção do disposto no texto do CPC/15, diversas são as partes da decisão que podem trazer a omissão, e não apenas um ponto específico. De modo que, o julgamento do pedido sem análise dos fundamentos trazidos ou o exame de toda a fundamentação sem a resolução da questão na parte dispositiva caracterizam omissão, tal qual quando o julgador não analisa um pedido (fundamento e postulação) em sua completude, sem prejuízo das peculiaridades de cada uma das hipóteses.

Enfim, as diversas formas de *errors in procedendo* mencionadas acima conduzem a um mesmo vício: a omissão. Sob tal aspecto (caracterização do vício) pode não se mostrar relevante o local na decisão em que o julgador omitiu-se. Todavia, sob outras perspectivas, a diferenciação das formas de omissão gera interesse como, por exemplo, para a análise das garantias constitucionais que podem ter sido violadas. Por exemplo, o julgador que não decide sobre os pedidos estará se eximindo de prestar jurisdição (artigo 5º, LXXX, da Constituição Federal), e aquele que julga, mas o faz sem lançar fundamentação, estará negando o direito à decisão motivada (artigo 93, IX e X, da Carta Magna). As duas situações postas revelam omissões, ambas referentes às garantias constitucionais, mas que contaminam o ato decisório de forma distinta.

Para a sistematização das espécies de omissão, adotamos aqui os dois grandes grupos realçados por Pontes de Miranda (omissões ontológicas e omissões relacionais), cujo critério de classificação tem fundo geográfico, na medida em que é relevante observar o local, ou a parte, da decisão judicial (fundamento ou dispositivo) que abriga a omissão.

3.1 OMISSÃO ONTOLÓGICA X HONORÁRIOS DE ADVOGADO

A omissão ontológica ocorrerá quando o ato judicial decisório tiver fundamento e dispositivo, mas deixar de abordar ponto(s) relevante(s). Ou seja, quando o vazio decisório estiver na incompletude do corpo da motivação e do dispositivo, pela não análise e deliberação de alguma(s) questão(ões) importante(s).- Há, portanto, nesses casos, mais material para que o julgador examine para proferir o comando. Pensemos, por exemplo, no julgador que examinou fundamentos atrelados à causa, mas não todos aqueles que deveriam ter sido apreciados e decididos. Haverá vazio na fundamentação, merecendo que a decisão seja complementada, de modo que o julgador possa apresentar nova motivação – que, por sua vez, redundará em nova parte dispositiva.

Sem prejuízo do acima dito, também é considerada ontologicamente omissa a decisão que não possui dispositivo, nem motivação sobre determinado tema que necessariamente tinha que ser deliberado. A título ilustrativo, imaginemos um caso concreto em que a sentença fixa indenização, mas deixa de analisar a incidência dos juros e da correção monetária. Tal sentença poderá ser vista como ontologicamente omissa. Isso porque haverá dispositivo e fundamentação sobre a indenização, mas não existirá motivação e comando sobre os juros e a correção, apesar da necessidade de capítulo decisório sobre tais parcelas, consoante § 1º do artigo 322 do Código de Processo Civil de 2015 (que ocupa o espaço do artigo 293 da codificação revogada). A omissão é ontológica, pois não consta na sentença – seja na motivação ou, mesmo, no dispositivo – qualquer abordagem sobre tais pontos (juros e correção) que deveriam ter sido alvo da decisão judicial, dando ensejo ao manejo de embargos de declaração.

No caso da fixação dos honorários de advogado é comum a ocorrência da omissão ontológica em decisões judiciais.

Exemplo clássico está na (absoluta) omissão do julgador em decidir sobre os honorários na sentença, quedando-se silente acerca do capítulo

respectivo nas ações judiciais em que sua fixação é obrigatória. Observe que tal pecado decisório acabava tendo cores de sacrilégio, ao menos para o advogado vencedor da ação, pois a se seguir o entendimento da Súmula 453 do Superior Tribunal de Justiça (aplicável durante a vigência do CPC/73), os honorários (omitidos de fixação ou sem valor definido) não poderiam ser cobrados, nem mesmo por ação própria, restando tão somente a ação rescisória. Diante da gravidade do enleio o CPC/15, através do § 18 do seu art. 85, adotou regramento que supera a posição extratizada na Súmula 453 do STJ, admitindo expressamente a ação autônoma em caso de decisão transitada em julgado com omissão quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor. Seja como for, a remessa para uma ação autônoma é medida custosa (em todos aspectos), devendo ser a via residual, de modo que o interessado deve buscar que a fixação dos honorários e o seu valor se dê na própria ação onde foi aferida a sucumbência (numa acepção ampla da palavra).

De outra banda, ainda que o efeito seja mais brando do que a exemplificação acima, será omissa também a sentença que, embora fixe honorários de forma motivada (com perfeito enchimento qualitativo), deixe deliberar a forma com que os honorários fixados serão corrigidos e a incidência respectiva dos juros moratórios.

Nos casos acima trazidos, a omissão não atingirá apenas uma parte da decisão, já que o saneamento obrigará não só a fixação da parte dispositiva, mas também da motivação. No exemplo primeiro, o julgador terá que analisar os elementos objetivos que norteiam a fixação dos honorários [incisos I a IV do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015] para só após fixar o dispositivo (valor dos honorários). Já na segunda situação, o julgador terá que verificar as peculiaridades da causa (que podem implicar, inclusive, na análise de temas do direito material da questão posta na ação) para firmar, de forma justificada os marcos da e/ou limites, da correção monetária e juros que incidirão sobre os honorários.

3.2 OMISSÃO RELACIONAL X HONORÁRIOS DE ADVOGADO

A omissão relacional estará presente quando a questão é tratada, mas falta-lhe a respectiva correspondência formal à direção adotada. Assim, haverá fundamento, mas não estará presente o dispositivo respectivo, ou vice-versa (se vislumbrará parte dispositiva, mas não se verificará a moti-

vação que dê amparo ao comando judicial cravado). Assim, na omissão relacional, faltará elemento formal de estrutura lógica à saúde do ato judicial.

Retomando o caso mencionado anteriormente (sentença que fixa indenização), mas com abordagem distinta, suponha que o julgador indique, na motivação, que a indenização decorre da prática de ato ilícito, devendo o réu suportar com todos os efeitos de sua atuação contrária à lei, inclusive para a incidência de juros e correção. Nada obstante a fundamentação, contudo, não consta, da parte dispositiva da sentença, nenhuma menção aos juros e à correção monetária, muito menos que estes terão a data do ato ilícito como o marco inicial de sua aplicação (para satisfazer, de forma segura, o preceito dos artigos 395 e 398 do Código Civil).

Pode se pensar também como exemplificação a hipótese em que o juiz indica na motivação que há necessidade de fixação de arbitramento de honorários, chegando a enfrentar elementos vinculados ao arbitramento (p. exemplo, zelo do advogado e/ou tempo de duração da ação judicial). Todavia, na parte dispositiva o juiz deixa de – efetivamente – cravar o valor dos honorários de advogado, ou seja, labora com omissão na fixação do valor dos honorários ditos – na fundamentação – que eram devidos.

Ainda que se tenha alguma noção da trilha decisória, a falta de fixação efetiva causará embaraços graves, notadamente se prevalecer à concepção de que a motivação não pode ser lançada para a parte dispositiva automaticamente (artigo 504, I, do CPC/15). Logo, afigura-se que haverá decisão relacionalmente omissa, já que, apesar de ter examinado questão relevante (ainda que acessória), o julgador deixou de fixar, no dispositivo, a parte relacionada à sua motivação. O ato judicial derivado dos embargos de declaração, por sua vez, irá preencher o espaço da omissão relacional, isto é, aquilo que ficou faltando como consequência decisória da motivação.

Não se discute aqui, fique bem claro, que a interpretação da decisão judicial – tal como as postulações – deve se efetuar no seu conjunto, aplicando-se o princípio da boa-fé (artigos 5º; 322, § 2º; 489; § 3º CPC/15), assim como que o artigo 503 da nova codificação processual permite uma amplificação na coisa julgada em relação à resolução de questão prejudicial. O que estamos a demonstrar é que omissão relacional cria ambiente de insegurança, pois a correlação motivação/dispositivo não fica perfeitamente hígida, abrindo espaço para embaraços quando do cumprimento sentencial.

Nada obstante as exemplificações anteriores, a omissão relacional ocorre com mais frequência em situação invertida da exemplificação, ou seja, em hipóteses em que há dispositivo decisório, mas falta a motivação correspondente à conclusão decisória. Uma das situações de maior vulgaridade, senão a mais comum de todas, está justamente nas decisões que contêm omissão de fundamentação na fixação de honorários de advogado judiciais.

Com efeito, o julgador não deixa de fixar a verba honorária, atribuindo na parte dispositiva o valor respectivo à parcela (seja com ou sem exame de limite quantitativo), mas deixa de enfrentar os critérios objetivos (elementos qualitativos) que enchem (isto é, escoram, motivam) a conclusão decisória. O julgador simplesmente lança no capítulo sucumbencial: ‘Condeno a parte sucumbente ao pagamento de honorários, que arbitro em ‘R\$ XXXXXXXX (xxx reais)’, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC/15’. Como o dispositivo sentencial (atrelado ao artigo 85, § 2º) tem fundamentação vinculada aos elementos objetivos do § 2º do mesmo artigo, a sentença estará racionalmente omissa (ao menos no que tange ao capítulo de sucumbência) se nada tiver motivado acerca do gabarito legal (*rol* de elementos objetivos) que vincula o arbitramento da verba honorária.

No exemplo supra, a parte dispositiva da sentença (que fixou os honorários) estará desamparada de fundamentação exigida por lei para o arbitramento de tais honorários, ou seja, restará omissa. A solução, nessa situação, estará em buscar a explicitação da motivação que ensejou o comando final, ou seja, o preenchimento do espaço que escora o comando decisório, tendo em vista que o julgador deve se ater aos critérios delimitados no art. 85, § 2º, do CPC/15. Em suma, trata-se de decisão omissa, pois esta carece de preenchimento qualitativo que escora o dispositivo (valor dos honorários).

Não se pode pensar, com todo respeito, que o jargão “Fixo os honorários em R\$ XXXXXXXXX, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC/15” seja admitido como fundamentação decisória, pois o sistema atual (artigos 11, 85, § 2º e 489 do CPC/15 iluminados pelo artigo 93, IX, da Carta Magna) exigem que as razões que levaram a fixação sejam explicitadas, sendo, pois, a pedra de estrutura da motivação.

A postura de traçar “fundamentos genéricos” ou de “simples projeção à lei” para fixações de valores equitativos é um ranço do passado, pois era admitida (com críticas da doutrina) no ambiente do Código de Processo Civil de 1939 (com esteio na interpretação literal do artigo 64, §

1º). Inaceitável que num modelo democrático que permeia todo sistema processual, possa se admitir que seja proferida decisão com tal predicado negativo, pois dessa forma estaríamos corroendo as vigas constitucionais que sustentam o Estado de Direito.

A conjugação dos artigos 85, § 2º, 489, § 1º e 1.022 do ‘novo’ Código de Processo Civil, certamente, indicam a impossibilidade de se abonar tal tipo de decisão. Isso porque apesar de serem dispositivos encartados no texto legal com redação diferenciada ao que constava na codificação revogada, em verdade, tratam-se de disposições que plasmam a melhor interpretação constitucional do dever judicial de motivar e do direito do cidadão de receber uma decisão fundamentada, na perfeita harmonia entre a persuasão racional (livre convencimento) vinculada aos valores democráticos do modelo processual que adotamos explicitamente desde a Carta de 1988.

Fazemos questão de consignar que a leitura da ‘nova’ codificação processual não tem apenas efeito prospectivo, eis que suas conclusões podem ser hoje aplicadas, mesmo no decurso da *vacatio legis*, diante da sua forte inspiração constitucional. Ora, se o texto plasmado na ‘nova’ codificação está guiado pela Carta Magna há evidente sinal de que a interpretação da lei processual infraconstitucional de 1973, ainda em vigor em virtude da *vacatio legis*, – cunhada na sua grande maioria antes do texto constitucional de 1988 – não pode se dar de forma diversa ao que está na arquitetura do CPC de 2015.

4 OUTROS DESDOBRAMENTOS ACERCA DA OMISSÃO DE FUNDAMENTAÇÃO (MOTIVAÇÃO) DECISÓRIA EM RELAÇÃO AOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO JUDICIAIS

Note-se que a motivação acerca da fixação dos honorários advocatícios é importante tanto para o vencedor como para o vencido, já que, respeitando a possibilidade de ocorrer arbitramento irrisório ou fixação abusiva, qualquer dos litigantes poderá ver-se prejudicado (pela falta de fundamentação decisória) ao se sujeitar à decisão que reputa injusta, por sequer conhecer os motivos que concretamente a sustentam – situação não admitida em nosso quadro constitucional, que prega a motivação das decisões como ferramenta de garantia ao devido processo legal.

Se não estiverem expostos os fundamentos que sustentam o arbitramento judicial dos honorários, a omissão se mostra deveras prejudicial, até porque é inviável se pensar em recorrer de decisões judiciais desprovidas de motivação – faltará a dialética perfeita entre o recurso e os motivos da decisão, na missão do recorrente em demonstrar a ilegalidade da decisão judicial.

No caso dos honorários arbitrados, sem fundamentação, com base no artigo 85, § 3º do CPC de 2015, o eventual apelo não atacará o conteúdo da decisão propriamente dito, mas, sim, a falha na exposição dos motivos, pedindo-se que o órgão recursal lance a motivação que fora olvidada para, posteriormente, examinar se o valor condiz com a aplicação conjunta dos elementos constantes no § 2º da mesma regra legal. A conclusão é óbvia, pois não há possibilidade de revisão do dispositivo da sentença se os seus fundamentos forem desconhecidos.

Demais disso, se igual omissão decisória ocorrer no âmbito dos Tribunais, a falta de fundamentação poderá importar em obstáculo para o acesso à via especial que busca reformar o arbitramento, eis que o conceito de causa decidida (ponto decidido), para fins de prequestionamento, implica no exame apenas dos fundamentos que foram analisados pelo órgão julgador ordinário. Ora, se verificarmos somente a parte dispositiva (arbitramento de verba), sem fundamentação que demonstre se foram aplicados (ou não) os critérios objetivos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, haverá desvio no recurso especial, uma vez que – sem motivação – não há questão verdadeiramente decidida (ao menos num conceito ortodoxo de prequestionamento).

Observe-se que, mesmo com as restrições que se aplicam na revisão dos honorários em sede excepcional, no sentido de só ocorrer interferência em caso de arbitramento irrisório ou exorbitante, a falta de fundamentos da decisão impende a referida análise. Ora como poderá a Corte Especial dizer que o arbitramento é irrisório ou exorbitante se, pela omissão de fundamentos da decisão recorrida, desconhece os elementos que lhe dão sustento? Por tal passo, até mesmo a análise de arbitramento irrisório ou exorbitante acaba passando por análise de fatos que deveriam estar na fundamentação decisória.

Com todo respeito, não é o valor final do arbitramento da verba honorária, visto de forma isolada, que faz com que os honorários sejam irrisórios ou exorbitantes. O que permite esta aferição são as questões que envolvem a causa e que deveriam estar apreciadas segundo manda o gabarito legal. Por exemplo, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pode ser

ao mesmo considerado adequado para determinada hipótese (ou seja, sem ser irrisório ou exorbitante), mas em outras o mesmo montante pode ser tido como irrisório ou exorbitante.

Note-se que, se a Corte Superior verificar que o capítulo dos honorários não possui fundamentação respectiva, não poderá sequer afirmar que não pode revisar a motivação que foi lançada, já que a motivação não existe. Com outras palavras, o reexame de fatos vedado pelo direito sumular (Súmula 07 do STJ), só ocorre se o fato foi aferido pela instância ordinária, o que não ocorre no caso de omissão relacional envolvendo o fundamento que dá sustento ao pedido.

Nestas condições, a Corte Superior ao verificar que na instância ordinária ocorreu omissão, não estando presente fundamentação acerca da fixação da verba honorária e que o interessado se valeu dos embargos de declaração para suprir o vácuo, sem que houvesse êxito no julgamento destes, não haverá nada de extraordinário se o recurso de índole especial for provido, para o fim de que o órgão ordinário apresente a fundamentação que foi sonegada acerca da fixação da verba honorária.

Assim, até mesmo para a restrita questão colocada em exemplo (análise acerca da fixação de honorários em sede excepcional), os embargos de declaração se tornam peça chave para resgatar a omissão relacional, no intuito de preencher o espaço vazio da motivação que foi cabulada pelo órgão judicial, ainda que involuntariamente.

Percebe-se que os embargos de declaração utilizados para afastar a omissão relacional estarão cumprindo função constitucional de fazer garantir o direito à motivação, conforme previsto no artigo 93, IX e X, da Constituição Federal de 1988, que abomina as decisões desmotivadas.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda Eduardo. **Direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Manual de direito processual civil**. 14. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BERMUDES, Sergio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.V.7.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Embargos de declaração**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMPOS, Antônio Macedo de. **Recursos no processo civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- CARMO, Júlio Bernardo do. **Embargos de declaração: visão geral e prequestionamento**. No âmbito do processo do trabalho. In Embargos de declaração no processo do trabalho. Vitor Salino de Moura Eça (Coord.). São Paulo: LTr, 2010.
- CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CUNHA, J. S. Fagundes. **Recursos e impugnações nos juizados especiais cíveis**. Curitiba; Juruá, 1996.
- DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.v.1.
- FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração**: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: RT, 2003.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Da revogação tácita da regra de compensação dos honorários advocatícios quando havida sucumbência recíproca**. Revista de Processo, v. 210, 2012.
- _____. Implicações da ação rescisória no capítulo de sentença em que fixados os honorários de sucumbência. In: MAZZEI, Rodrigo; LIMA, Marcellus Polastri. (Org.). **Honorários de advogado: aspectos materiais e processuais** (ensaios atualizados com a redação do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Recursos no processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Jurídica, 2007.
- KLIPPEL, Rodrigo. **As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção**. São Paulo: Scortecci, 2005.
- KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Embargos de declaração**: teoria geral e efeitos infringentes. São Paulo: RT, 2004.
- LIMA, Alcides Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **A reforma do processo civil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAZZEI, Rodrigo. **Embargos de declaração**: recurso de saneamento com função constitucional. Tese de Doutorado. Orientador: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012.
- _____. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MIRANDA, Vicente de. **Embargos de Declaração no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SOUZA, Ivan Campos de. **O problema da função processual dos embargos de declaração**. Recife: Imprensa Industrial, 1956.
- SPADONI, Joaquim Felipe. A função constitucional dos embargos de declaração. In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; NERY Jr., Nelson (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.V.8
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos de Declaração. Remédio hábil para introduzir o julgamento o ius superveniens (art. 462 do CPC). In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.
- _____. **Recursos**: direito processual ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1991. v.2.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão Judicial e Embargos de Declaração**. São Paulo: RT, 2005.
- ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional**: o Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DA COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (L.13.105/2015): CONCEITO E LIMITES OBJETIVOS

*RES JURIDICATA IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE
(L. 13.105/2015): CONCEPT AND OBJECTIVE LIMITS*

.....
Luiz Dellore¹
.....

RESUMO

Com o advento da L. 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil - NCPC), há inúmeras alterações no sistema processual brasileiro. Um dos pontos em que a modificação foi mais sensível se refere à coisa julgada. De início, destaca-se que o legislador perdeu uma oportunidade para depurar o conceito de coisa julgada, de modo a afastar divergências e dúvidas que se verificam no cotidiano forense. A mudança mais aguda realizada no NCPC quanto à coisa julgada se refere aos seus limites objetivos. No sistema anterior, apenas o dispositivo era coberto pela coisa julgada; no NCPC, além do dispositivo, a questão prejudicial – desde que observados alguns requisitos. A mudança é positiva? Mesmo antes da vigência do NCPC, já existem manifestações favoráveis e contrárias à inovação. A conclusão é no sentido de a alteração ser nociva, especialmente considerando a insegurança jurídica que isso trará.

PALAVRAS-CHAVE: *Novo Código de Processo Civil. Coisa julgada. Limites objetivos. Questão prejudicial. Ação declaratória incidental. Insegurança jurídica.*

ABSTRACT

With the advent of L. 13.105/15 (The New Civil Procedure Code – NCPC), there are countless changes to the Brazilian procedural system. One of the points in which the modification has greatest impact refers to the res judicata. First, legislators lost an opportunity to clarify the concept of the res judicata, to remove differences and doubts that arise in common forensic practice. The sharpest change realized in the NCPC concerning the res judicata relates to its objective limits. In

1 Mestre e doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Processual do Mackenzie, EPD, IEDI e IOB/Marcatto e professor convidado de outros cursos em todo o Brasil. Advogado concursado da Caixa Econômica Federal. Ex-assessor de Ministro do STJ. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP, do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e diretor do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo).

the previous system, only the provision was covered by the *res judicata*; in the NCPC, in detriment to the provision, the prejudicial issue does recognize some requisites. Is the change positive? Even before the new NCPC, there were manifestations for and against the innovation. The conclusion finds that the alteration is harmful, especially considering the legal insecurity that arises.

KEYWORDS: *New Civil Procedure Code, res judicata, objective limits, prejudicial issue, incidental declaratory action, legal insecurity.*

1 INTRODUÇÃO

Após pouco mais de cinco anos de tramitação², temos um novo Código de Processo Civil (NCPC).

Há pontos positivos e negativos na L. 13.105/2015³. Mas, o momento não é mais de debater o que poderia ser, mas sim de analisar o que é. E de buscamos extrair a melhor interpretação do texto legal, de modo a se lograr obter um sistema processual que seja não só célere e eficaz, mas igualmente seguro.

Um tema que merecerá cuidado de todos aqueles que atuarem no foro ou estudarem com alguma profundidade o processo será a coisa julgada⁴. Isso porque, há respeito do tema, há várias inovações em relação ao sistema anterior, como (i) limites objetivos, (ii) limites subjetivos, (iii) decisão passível de ser coberta pela coisa julgada e mesmo (iv) aspectos da ação rescisória.

Mas, para este artigo, um dos focos será os limites objetivos da coisa julgada – tema que já venho enfrentando à luz do NCPC, desde o início de sua tramitação, em 2010⁵. O outro ponto central será o conceito de coisa julgada, a respeito do qual pouca inovação houve no Novo Código. É o que se fará na sequência.

-
- 2 Neste momento, necessário destacar a atuação democrática e aberta de dois importantes atores na tramitação do novo Código: (i) Professor BRUNO DANTAS que, mesmo sendo membro da Comissão de Juristas que elaborou o projeto enviado ao Senado, debateu, fomentou o debate e ouviu as críticas ao projeto; (ii) Deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO, relator do projeto na Câmara que, acessível, recebeu sugestões e debateu com aqueles que quiseram contribuir para com o projeto. Destaco, ainda, sua entrevista, feita exclusivamente para a internet, explicando as principais alterações do projeto da Câmara: [Http://Atualidadesdodireito.Com.Br/Novocpc/2012/12/14/Entrevista-Com-O-Deputado-Sergio-Barradas-Carneiro/](http://Atualidadesdodireito.Com.Br/Novocpc/2012/12/14/Entrevista-Com-O-Deputado-Sergio-Barradas-Carneiro/).
 - 3 Para uma visão do NCPC, conferir, de minha autora, texto no informativo Jota (jota.info/novo-cpc-5-anos-de-tramitacao-e-20-inovacoes) e (iii) Deputado CARLOS SAMPAIO, sempre disposto a debater, levou algumas propostas co-sugeridas por mim para debate.
 - 4 Assunto que é de minha predileção, sendo objeto de vários estudos, com destaque para meu mestrado e doutorado, sedimentados na obra *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
 - 5 Dentre outros trabalhos, destaco os seguintes:
 - (i) Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: *quieta non movere*. Revista de Informação Legislativa, n. 190, p. 35-43, 2011.
 - (ii) Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010): limites objetivos e conceito. In: Freire, Alexandre; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Didier Jr., Fredie; Medina, José Miguel Garcia; Fux, Luiz; Camargo, Luiz Henrique Volpe; Oliveira, Pedro Miranda de. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 633-646.

2 DO CONCEITO DE COISA JULGADA⁶

Dúvida não há de que a coisa julgada é um dos temas mais complexos do direito processual⁷.

De forma simplificada⁸, a *res judicata* pode ser definida como a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, em virtude do trânsito em julgado da decisão (interpretação a partir do art. 467 do CPC 73).

A imutabilidade tem como conseqüência a impossibilidade de rediscussão da lide já julgada, o que se dá com a proibição de propositura de ação idêntica àquela já decidida anteriormente⁹. Este é o aspecto negativo da coisa julgada.

Já a indiscutibilidade tem o condão de fazer com que, em futuros processos (diferentes do anterior), a conclusão a que anteriormente se chegou seja observada e respeitada.¹⁰ Este, por sua vez, é o aspecto positivo da coisa julgada.

Contudo, tal distinção, elaborada por parcela da doutrina, Botelho de Mesquita à frente, ainda é objeto de dúvidas e não é bem compreendida – seja entre os doutrinadores, seja na jurisprudência.¹¹ Diante disso, certo é que o novo Código poderia trazer luzes para tornar mais clara essas duas características decorrentes da coisa julgada.

Mas não é só.

Costuma-se afirmar que o CPC/73 adotou o conceito de coisa julgada defendido por Liebman¹².

6 Este tópico, em grande parte, retoma o já exposto no artigo (ii) mencionado na nota anterior.

7 Liebman, um dos maiores estudiosos do tema, afirma que a coisa julgada é um "misterioso instituto" (Eficácia e autoridade da sentença, p. 16). Já Barbosa Moreira (Ainda e sempre a coisa julgada. Revista dos Tribunais, p. 9) assim destaca: "Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções".

8 O tema foi desenvolvido, com vagar, na já mencionada obra, de minha autoria, Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade.

9 Estamos aqui diante da clássica figura da "exceção de coisa julgada." (cf. Botelho De Mesquita, no artigo A coisa julgada, p. 11).

10 Segundo Botelho De Mesquita, "O juiz do segundo processo fica obrigado a tomar como premissa de sua decisão a conclusão a que se chegou no processo anterior" (Op. cit., p. 12).

11 Um bom exemplo de aplicação da distinção entre imutabilidade e a indiscutibilidade, ainda que não sejam utilizados esses termos, vê-se na seguinte decisão do STJ: "CIVIL E PROCESSO CIVIL. ATO ILÍCITO. COBRANÇA ABUSIVA. TRANSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO RÉU. COISA JULGADA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO MÉRITO DA QUESTÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. [...] 2. O Tribunal de origem, que antes se manifestara sobre a ilicitude do protesto de cheque decorrente de cobrança de honorários médicos indevidos, com acórdão transitado em julgado, não pode rejudgar o mérito da controvérsia, porquanto acobertado pelo manto da coisa julgada. 3. É devida indenização por danos materiais, no equivalente ao dobro do indevidamente cobrado na ação anteriormente ajuizada pelo réu, e por danos morais, tendo em vista a ofensa a dignidade do autor em face da cobrança ilícita e do protesto indevido. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (REsp 593154/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/03/2010, Dje 22/03/2010)".

12 Dentre outros: Dinamarco, Instituições de direito processual civil, v. 3, p. 301; Ernane Fidélis Dos Santos, Manual de direito processual civil. v. 1, p. 555-556; Humberto Theodoro Junior, Sentença., p. 34 e 92; José Frederico Marques, Instituições de direito processual civil. v. 4, p. 39; Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, v. 1, p. 52.

A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil anterior, de autoria de Buzaid, afirma expressamente que o projeto adotou o “conceito de coisa julgada elaborado por Liebman e seguido por vários autores nacionais”.¹³

Para Liebman, a coisa julgada é a qualidade que adere ao comando emergente da sentença, qualidade essa que torna imutáveis tanto os efeitos como a própria sentença.¹⁴

Contudo, cotejando a definição liebmaniana e o CPC 73¹⁵, percebe-se o seguinte:

- Liebman fala em “qualidade” e “comando emergente da sentença”;
- o CPC 73 traz os termos “eficácia” e “sentença”.

Diante dessa distinção de termos para formular o conceito do instituto, teria o CPC 73 efetivamente adotado a teoria de Liebman?

Parece-me que não.

Contudo, ainda que assim se entenda, deve-se ter em mente a pertinente ressalva de Tesheiner.¹⁶ Para referido autor, apesar do Código não ter expressamente adotado tal doutrina, “[...] o certo é que a teoria de Liebman é dominante entre nós, não podendo, pois, ser ignorada”.

Mas, diante disso, poderia o novo CPC ou (i) ter efetivamente adotado a teoria liebmaniana ou (ii) avançado para uma nova formulação.

E há autores que conceituam a coisa julgada de maneira distinta, evoluindo em relação a Liebman. Nesse rol, merecem destaque Botelho de Mesquita¹⁷ e Barbosa Moreira¹⁸.

13 Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Capítulo III, título III, item 10.

14 Eficácia e autoridade da sentença, *passim*.

15 “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

16 Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil, p. 72.

17 A doutrina de Botelho De Mequita a respeito da coisa julgada pode ser sintetizada da seguinte forma: Afirma que o juiz, ao decidir cada uma das questões do processo (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), chega a uma conclusão, denominada de “declaração”. A declaração principal é aquela na qual o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor (ou seja, que julga o mérito). E essa declaração principal é denominada de “elemento declaratório” (que não se confunde com o efeito declaratório da sentença). Com o trânsito em julgado, verifica-se a indiscutibilidade e a imutabilidade do elemento declaratório da sentença. Assim, coisa julgada é a imutabilidade e indiscutibilidade do elemento declaratório da sentença transitada em julgado (A coisa julgada, *cit.*, p. 11 e ss.).

18 Barbosa Moreira, em apertada síntese, sustenta que a imutabilidade não se refere aos efeitos da sentença. Afirma que o imutável é o próprio conteúdo da sentença, e não seus efeitos, que podem ser modificados. Como exemplo, o fato do efeito executivo da sentença condenatória exaurir-se com a execução ou pagamento. Assim, a coisa julgada não é efeito da sentença nem qualidade dos efeitos da sentença – é, na verdade, uma situação jurídica, que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável (Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, *Temas de Direito Processual*, 3ª Série).

2.1 DO CONCEITO DE COISA JULGADA NO NCPC: OPORTUNIDADE PERDIDA

Considerando o exposto no tópico acima, é de se concluir que seria conveniente alguma adequação no texto legal a respeito da coisa julgada, para minorar os debates quanto ao tema, quando surgem.

Contudo, nesse particular, o NCPC basicamente reproduz o atual sistema. Na verdade, houve pouca evolução:

Nesse sentido, reproduzimos o texto do CPC/73 e do NCPC¹⁹.

CPC/73:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

NCPC²⁰:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Como se percebe, a alteração é mínima (troca de “eficácia” por “autoridade”²¹), sem que haja a superação do problema apontado pela doutrina.

Mas não houve qualquer alteração no sentido de se evitar maiores debates na doutrina e jurisprudência²². Assim, é de se presumir que prosseguirão as discussões a respeito do próprio conceito de coisa julgada.

3 DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA: MODIFICAÇÃO NO NCPC E TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

Desde o anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas em 2010 até a versão final revisada pelo Senado no início de 2015, o texto do NCPC passou por diversas alterações.

E, especificamente quanto aos limites objetivos da coisa julgada, foram diversas as modificações.

19 Dellore, Luiz et. al. Novo CPC anotado e comparado. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2015, p. 254.

20 Toda a remissão ao NCPC neste trabalho, por certo, refere-se à L. 13.105/2015 – salvo quando indicado em sentido inverso.

21 O fato é que, na definição original de Liebman, utiliza-se a palavra autoridade. Assim, a alteração aproxima a definição legal da doutrina liebmaniana.

22 Há quem sustente que não compete à lei lecionar, mas sim à doutrina. Ainda que assim se pense, o fato é que, por vezes, essa opção se mostra adequada para evitar divergências na aplicação do texto. Ademais, o NCPC, em diversos momentos, claramente adota alguma tese ou trabalho produzidos na academia.

O anteprojeto inicial, enviado ao Senado no último trimestre de 2010 (onde recebeu o número PL 166/2010²³) foi acompanhado de Exposição de Motivos – que, frise-se, não foi alterada após as inúmeras modificações que o texto recebeu.

E a Exposição de Motivos, no seu item 4, assim destaca²⁴: “o novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais”.

Essa intenção da Comissão de Juristas acarretou, no NCPC, a modificação de alguns dispositivos em relação ao que existia no CPC/73.

Contudo, a opção não é pacífica na doutrina – como se verá ao longo deste artigo.

Mas, trata-se de uma firme escolha, sem dúvidas ou controvérsias, ao menos para o *legislador*?

Para a comissão de juristas, um dos membros afirma que sim²⁵.

Contudo, no âmbito do Congresso Nacional, não. Isso porque, essa questão relativa aos limites objetivos da coisa julgada foi das mais alteradas ao longo da tramitação do Código. Nesse sentido, vale conferir qual foi a evolução do tema durante o processo legislativo:

(i) no Senado (PL 166/2010): dispositivo e questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada;

(ii) na Câmara dos Deputados (PL 8046/2010), Relatório Barradas: só o dispositivo é coberto pela coisa julgada;

(iii) na Câmara dos Deputados, Relatório Paulo Teixeira: dispositivo e questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada;

23 Para ter acesso aos diversos textos do NCPC, Disponível em: <<http://www.delloro.com/products/textos-do-ncpc/>>.

24 Novo CPC anotado, cit., p. 360.

25 Assim se manifestou Teresa Arruda Alvim Wambier: “Nós propusemos, no Projeto de Lei para o novo Código de Processo Civil brasileiro, entre outras coisas, a mudança do regime da coisa julgada, inspirados pelo desejo de se obter dos procedimentos resultados de longo alcance e mais efetivos. Em resumo: o conflito social subjacente ao processo nunca mais deveria ser trazido ao Judiciário. Não fomos longe o suficiente para dizer que nenhum outro *petitum* (demanda) poderia ser extraído da mesma causa *petendi*. Não. De acordo com o regime proposto, o autor poderia, por exemplo, pedir danos materiais na primeira ação e, anos depois, requerer danos morais, todos decorrentes da mesma causa de pedir. Entretanto, no novo regime, que foi originalmente proposto pela comissão, criamos uma regra determinando que a decisão sobre relação jurídica, cuja existência e validade fosse pressuposto da decisão em si, também ficasse coberta pelo manto da coisa julgada, mesmo no caso de a decisão ser *incidenter tantum*. Não obstante as diferenças entre os membros dessa comissão tão heterogênea, todos nós concordamos no sentido de que não há motivo para restringir a autoridade da coisa julgada ao *decisum* em si, pois o nível de cognição dessas questões antecedentes é profundo o bastante para gerar uma decisão sobre o mérito. Futuras ações seriam obstadas, se baseadas na mesma relação jurídica sobre a qual já havia uma decisão *incidenter tantum*. Assim, a abrangência da coisa julgada seria ampliada.” (O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. Revista de Processo, v. 39, p. 77/78).

(iv) texto base aprovado pela Câmara dos Deputados, no final de 2013: só o dispositivo é coberto pela coisa julgada;

(v) destaques ao NCPC, aprovados pela Câmara dos Deputados, em março de 2014 dispositivo e questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada.

E essa opção, portanto, foi a versão final sancionada.

Isso cabalmente demonstra, inclusive por parte do legislador, a dúvida em relação ao caminho a ser trilhado.

Para facilitar a compreensão, reproduz-se abaixo o texto do CPC/73 e do NCPC²⁶.

CPC/73:

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

NCPC:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida²⁷.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

CPC/73:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

NCPC

Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

26 Novo CPC anotado, cit., p. 254

27 A versão original, do anteprojeto e do PL 166/2010, era a seguinte: Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Do cotejo entre ambos os textos, é fácil perceber que o NCPC, abandonando o sistema vigente, traz, como nova regra, que a coisa julgada também abrangerá a questão prejudicial.

E isso independentemente de pedido das partes, bastando que tenha havido decisão do magistrado a respeito da questão prejudicial.

Em síntese, tem-se a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada: no CPC/73, apenas o dispositivo era coberto pela coisa julgada; no NCPC, o dispositivo e a questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada.

Mas essa não seria uma boa alteração?

O tema é controvertido. Vejamos, então, argumentos nos dois sentidos.

3.1 POSIÇÕES FAVORÁVEIS À INOVAÇÃO

Uma das principais defensoras dessa tese, não por acaso, esteve na Comissão de Juristas.

Teresa Arruda Alvim Wambier, após expor que a escolha foi pacífica no âmbito da Comissão de Juristas²⁸, destaca que a escolha de estender a coisa julgada à prejudicial passa por dois principais argumentos: bom senso e agilidade.

Em relação ao primeiro argumento, a professora assim entende²⁹:

Escolhas feitas pelo legislador devem respeitar o bom senso. O atual regime da coisa julgada no Brasil permite, como dissemos, que a mesma questão (cuja decisão determina o julgamento de mérito) seja decidida de duas maneiras diferentes em duas (ou mais) ações sucessivas. Mesmo se essas decisões forem tomadas como base (passo necessário) para o decisum (= decisão da *Hauptsache*), não se pode negar que elas são logicamente contraditórias. Essa possibilidade não favorece a previsibilidade jurídica, não gera consistência ou promove a uniformidade.

De seu turno, quanto ao segundo argumento (agilidade), a posição é a seguinte³⁰:

O regime da coisa julgada no processo brasileiro não conduz à eficiência. Todas as portas estão abertas para se rediscutir cada uma e todas as questões, exceto a questão principal (o mérito): o divórcio, a anulação do contrato, etc.

²⁸ Vide nota 24 acima.

²⁹ Op. cit., p. 81.

³⁰ Op. cit., p. 82.

Se o novo regime da coisa julgada for realmente aprovado, com o futuro Código de Processo Civil, o que poderá ser discutido em futuras demandas deixa de ser uma lista extensa de questões, e então, me parece, os procedimentos serão naturalmente mais rápidos.

E sintetiza³¹:

O regime da coisa julgada, na nossa opinião, proposto pela primeira versão do Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado em 2010, que agora está sendo discutido pela Câmara dos Deputados, está entre o regime mais amplo da coisa julgada, embora não chegue nem perto, a amplitude que propusemos, àquela existente nas jurisdições de Common Law. Na minha opinião, não há motivo plausível para considerar que passos necessários para a decisão – quando tenha havido debate suficiente entre as partes sobre o tema – possam ser considerados, julgados ou decididos de maneira diversa em ações subsequentes.

Atualmente, o que não pode mais ser questionado e redecidido depois do fim do processo, é somente a decisão (o núcleo da decisão), deixando-se portas abertas a novas discussões sobre todas e quaisquer questões analisadas e decididas como pressupostos lógicos de decisões. Esse sistema nos parece ser, de certo modo, arcaico: não favorece a uniformidade, a previsibilidade, a estabilidade ou a eficiência da justiça civil.

Outro autor que elogia a escolha do NCPC é Bruno Vasconcelos Carriho Lopes. Inicialmente, afirma que há “fundadas razões de interesse público” para se cogitar da extensão da coisa julgada aos fundamentos da decisão, principal por força da economia processual³².

Na sequência, sustenta³³:

O máximo aproveitamento do processo impõe que se atribua força de coisa julgada a todas as decisões ou partes da decisão que respeitem os requisitos para um julgamento definitivo: a existência de cognição prévia e exauriente e o respeito ao contraditório. Estando presentes tais requisitos, o princípio da economia processual tornará incompatível com a ordem constitucional a rediscussão de questões já enfrentadas pelo Poder Judiciário.

E, analisando a proposta de NCPC (antes de sua efetiva aprovação e sanção), assim concluiu o autor³⁴:

31 Op. cit., p. 83/84.

32 A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença. Revista de Processo, v.38. n. 216, p.431.

33 Op. cit., p. 432.

34 Op. cit., p. 434.

Está, portanto, na hora de o legislador brasileiro repensar a opção feita no Código de Processo Civil de 1973, pois a realidade da vida contemporânea exige um processo mais econômico, efetivo e que produza soluções harmônicas. Nesse ponto merece aplausos o Projeto de Novo Código de Processo Civil, que optou em seus arts. 20 e 490³⁵ por estender a coisa julgada às questões prejudiciais decididas na motivação da sentença. Prudentemente, e em respeito às expectativas dos jurisdicionados que figurarem como partes de processos iniciados na vigência do Código de 1973, o art. 1.001³⁶ do Projeto dispõe que a nova disciplina somente será aplicável aos processos instaurados após o início de sua vigência. Em reparo à disciplina traçada no Projeto, deve ser mais uma vez ressaltado que nem todas as questões prejudiciais decididas na motivação da sentença são passíveis de ficarem imunizadas pela coisa julgada material. Para que a novidade seja legítima e haja o respeito ao devido processo legal, a coisa julgada deverá ficar restrita às questões prejudiciais que figurem como fundamentos necessários da sentença, não sendo aplicável, portanto, (a) à fundamentação das decisões submetidas ao regime da cognição sumária e definitiva, (b) às questões decididas desfavoravelmente ao vencedor e (c) aos motivos da sentença que contiver fundamentos alternativos.

Relevante destacar que as ressalvas mencionadas – a, b, e c; absolutamente pertinentes, ressalte-se – não constam do texto final. Assim, resta saber como a jurisprudência tratará do tema.

Por fim, vale trazer à baila breve reflexão de Marcelo Pacheco Machado. Para o autor capixaba, o novo sistema acarreta a existência de duas coisas julgadas distintas: “coisa julgada comum” e “coisa julgada excepcional”.³⁷

A distinção seria a seguinte:

O Novo Código de Processo Civil parece mesmo ter dois regimes distintos e autônomos de coisa julgada. Para fins didáticos, e seguindo a posição verbalmente já manifestada por Fredie Didier, gostaria de adotar a seguinte terminologia (a) (regime de) coisa julgada comum; (b) (regime de) coisa julgada excepcional.

A regra geral, aplicável a todos os casos, não muda. O objeto litigioso do processo, definido pelo pedido e identificado pela causa de pedir, deverá sofrer o seu correspondente reflexo na sentença (correlação ou congruência), tornando-se “questão principal expressamente decidida”. Ocorre que, além disso, em certas condições especiais, a coisa julgada pode excepcionalmente extrapolar os limites do tema principal decidido na sentença, para imutabilizar também as questões prejudiciais.

35 A remissão é a versão anterior do NCPC, sendo a referência atual ao art. 503, caput e § 1º.

36 A remissão ao NCPC aprovado é ao art. 1.054.

37 Que coisa julgada é essa? Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

Esta possibilidade é excepcional. Não basta que existam ou tenham sido decididas questões prejudiciais na sentença, como premissa lógica pra a conclusão e julgamento dos pedidos.

É necessário que outros requisitos estejam devidamente preenchidos. Para se tornar imutável, a questão prejudicial precisa ser decidida (a) após contraditório efetivo; (b) por juiz absolutamente competente para decidi-la, caso esta tivesse sido veiculada como questão principal; (c) em processo com cognição exauriente.

Após expor seu raciocínio, assim conclui o autor: Temos motivos sim para ficarmos preocupados com a coisa julgada sobre questão prejudicial. Trata-se de técnica processual complexa e de difícil identificação no caso concreto. No entanto, esta foi a escolha legislativa

Ou seja, mesmo autores que entendem favorável a inovação fazem ressalvas interpretativas em relação a elas – como se viu em Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes e Marcelo Pacheco Machado. Mas, vejamos quais são as críticas.

3.2 POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS À INOVAÇÃO

Quando da tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, essa casa do Parlamento mostrou-se muito mais sensível às críticas e sugestões do que o Senado.

Nesse contexto, ouvindo os comentários de processualistas em relação ao aumento dos limites objetivos, vale destacar a posição do deputado Sérgio Barradas Carneiro, que apresentou relatório para aprovação.

Quando desse relatório, o sistema da coisa julgada sobre a prejudicial havia recebido a seguinte redação:

Art. 517. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites das questões expressamente decididas.

Art. 518. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Ou seja, o NCPC, no Relatório Barradas, retomava o modelo do CPC/73.

Vale acompanhar trecho da justificativa para alteração do texto, elaborada pelo deputado Barradas:

Embora louvável a intenção da comissão que elaborou o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não têm reclamado do modelo atual, não havendo qualquer problema causado com a limitação da coisa julgada material à parte dispositiva da sentença³⁸.

Crítica bem fundamentada à inovação é de Antonio Gidi, José Maria Tesheiner e Marília Zanella Prates.

Em artigo publicado na Revista de Processo³⁹, os três autores tratam especificamente da proposta de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no PL 166/2010. E o fazem à luz do instituto da *issue preclusion* nos Estados Unidos.

E manifestam-se contrariamente à proposta, afirmando que não traria economia ou efetividade, mas sim maior demora e complexidade aos processos.

Após afirmarem que, “através da *issue preclusion*, tornam-se imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais”, esclarecem que isso não é isento de críticas no modelo americano⁴⁰.

E explicam⁴¹:

A regra para a aplicação da *issue preclusion* é, basicamente, a de que não se pode rediscutir em outro processo a mesma questão que tenha sido efetivamente controvertida e expressamente decidida em processo anterior. Além disso, a questão deve ter sido essencial para o julgamento que encerrou o processo e sua importância para futuros processos deve ter sido previsível pelas partes, à época da primeira demanda. Tais pressupostos são o fruto de uma longa construção jurisprudencial da prática norte-americana e derivam do respeito à garantia constitucional do devido processo legal. Para que sejam aplicados em um caso concreto, tais pressupostos devem ser comprovados pela parte que alegar a *issue preclusion* a seu favor.

Porém, apesar de parecer ser um sistema lógico, pontuam quais são algumas das dificuldades⁴²:

38 Ademais, a justificativa do deputado faz menção expressa ao texto de TESHEINER et al. logo a seguir mencionado e assim expõe: “A intenção da comissão – bastante louvável, reafirme-se – é de alcançar maior economia processual e menos gasto de tempo, mas a experiência norte-americana, tal como revelada pelo trabalho doutrinário acima citado, demonstra que tal ampliação da coisa julgada material tem causado demoras injustificáveis nos processos judiciais”.

39 Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. Revista de Processo, 194, p. 101-138.

40 Op. cit., p. 109-110.

41 Op. cit., p. 111.

42 Op. cit., p. 111-112.

Todavia, na prática, a necessidade de se analisar a presença de cada um desses requisitos torna-se um grande problema, que inviabiliza sua aplicação. Em primeiro lugar, segundo observação dos relatores do *Restatement (second) of judgments*, definir se uma questão surgida em uma demanda é idêntica à outra decidida em demanda anterior é um dos problemas mais difíceis na aplicação da *issue preclusion*.

Estabelecer se uma questão foi efetivamente controvertida entre as partes em um determinado processo tampouco é tarefa simples. E a questão também deve ter sido expressamente decidida pelo juiz na demanda anterior, o que nem sempre ocorre. O autor pode, por exemplo, apresentar dois fundamentos jurídicos alternativos em suporte de sua pretensão, vindo o juiz a decidir com base em apenas um deles, caso em que a questão envolvendo o fundamento não apreciado pelo juiz não terá efeito de *issue preclusion*.

E, considerando os problemas observados na prática jurisdicional norte-americana, traçam o seguinte panorama⁴³: “ao dizer que qualquer questão prejudicial expressamente decidida terá efeito de coisa julgada, o art. 490 do novo CPC parece incluir questões não necessárias, não essenciais e que não foram adequadamente controvertidas pelas partes”.

De seu turno, após a análise das divergências existentes no sistema estadunidense e das dificuldades de eventual compatibilização desse modelo com o nosso sistema, pontificam que o direito brasileiro “não deve adotar a coisa julgada sobre as questões prejudiciais”. E sintetizam da seguinte forma⁴⁴:

Em face das críticas feitas pela doutrina brasileira anterior ao Código de Processo Civil de 1973, diante da experiência prática norte-americana e a incompatibilidade dos requisitos da *issue preclusion* com a nossa realidade, conclui-se que o direito brasileiro não deve adotar a coisa julgada sobre as questões prejudiciais, nos termos da proposta contida no Projeto do Novo Código de Processo Civil. [...]

Da forma como está redigido, o art. 490⁴⁵ da proposta de novo Código de Processo Civil não contém nenhuma diretriz concreta para a sua aplicação prática, o que levará a infindáveis controvérsias por várias décadas, até que a jurisprudência consolide o seu entendimento. [...] Em suma, a solução restritiva adotada atualmente no Brasil com relação aos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais é mais simples, econômica e efetiva, e deve ser mantida. Não nos parece ser boa política legislativa adotar regras complexas, de efetividade duvidosa, para resolver problemas inexistentes.

43 Op. cit., p. 113.

44 Op. cit., p. 132 e 135.

45 Na versão final do NCPC, art. 503, § 1º.

Cumprir destacar que houve réplica de Teresa Arruda Alvim Wambier a esse texto – sem, contudo, menção específica aos autores⁴⁶:

Já se disse, equivocadamente, que a proposta feita pela comissão que redigiu o Projeto de Lei para o novo Código de Processo Civil seria similar ao regime da coisa julgada do *Common Law*, pelo menos em certa medida. Todavia, tal entendimento é inteiramente desacertado, como demonstraremos adiante.

De seu turno, em textos anteriores, publicado na Revista de Informação Legislativa editada com foco no projeto de NCPC, manifestei-me contrariamente à alteração dos limites objetivos da coisa julgada⁴⁷.

Em resumo, nos textos anteriores sustentei o seguinte – que segue sendo válido considerando a redação final do NCPC:

Independentemente da complexidade da causa, muitas vezes há diversos argumentos levantados pelas partes no decorrer do processo que podem ser classificados como questão prejudicial, mas a respeito dos quais pouco ou nenhum debate existe.

Como exemplo, basta imaginar, em uma demanda envolvendo um contrato, a discussão de nulidade de cláusula, nulidade do contrato, objeto ilícito, questões relacionadas aos poderes exercidos por quaisquer das partes, violação de cláusulas etc. Independentemente da profundidade da cognição, tais questões acabam sendo apreciadas pelo juiz na sentença, ainda que de maneira breve.

Mas, pelo CPC, acaso não haja a propositura de declaratória incidental por qualquer das partes, apenas o pedido é que será coberto pela coisa julgada. Assim, ambas as partes estão plenamente cientes a respeito de qual parte da decisão será coberta pela coisa julgada.

Contudo, pela proposta de redação do NCPC, se quaisquer dessas questões forem brevemente mencionadas, seja na inicial seja na contestação, e forem apreciadas pela sentença, poderão ser cobertas pela coisa julgada, ainda que não haja maior discussão no bojo do processo.

Assim, se o pedido for o cumprimento de uma determinada cláusula e houver a alegação de que o contrato foi celebrado por quem não tinha poderes para tanto, é possível que a sentença venha a declarar isso com força de coisa julgada – sem que qualquer das partes tenha formulado pedido nesse sentido. E, talvez, de forma surpreendente para ambas as partes. [...] Trata-se, claramente, de uma situação que causará insegurança jurídica e demandará, por parte do advogado, um extremo cuidado na hora de elaborar a inicial ou a contestação, para que não seja levantada uma

46 Op. cit., p. 5. 80.

47 Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil, cit. e Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010), cit., (o segundo texto, quando elaborado, o NCPC no Congresso limitava a coisa julgada ao dispositivo).

questão que possa ser considerada como prejudicial – a qual ou demandará maior dilação probatória (e maior demora na tramitação do processo) ou eventualmente não seria conveniente para debate naquele momento. Há um claro enfraquecimento do princípio dispositivo. Mas, especialmente, haverá um hercúleo trabalho por parte de quem for interpretar uma sentença: afinal, o que se deve entender por ‘questões prejudiciais expressamente decididas’? É certo que a expressão admite grande variação interpretativa. Caberão embargos declaratórios para que o juiz diga se ‘expressamente decidiu’ alguma questão?

Mas, prossigo, ainda há outros pontos de problemas.

O juiz poderá decidir uma questão prejudicial apenas na fundamentação da sentença, para fins de coisa julgada? Ou seja, o ‘expressamente decidida’ presente na legislação se refere exatamente a qual situação?

Independentemente do mérito (ser favorável ou contrário ao alargamento dos limites objetivos da coisa julgada), parece haver consenso entre os processualistas quanto à necessidade de clareza em relação exatamente a *qual parte da decisão* será coberta pela coisa julgada.

Nesse sentido, manifestação do subgrupo sentença e coisa julgada do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo)⁴⁸:

A conveniência de conferir estabilidade às questões prejudiciais resolvidas pela sentença é assunto controvertido entre os processualistas, mas existe consenso em torno de que os limites da vinculação ao julgado deverão, acima de qualquer outra coisa, ser muito claros para todos os que participam do processo. A ampliação da imutabilidade da sentença deve ser cuidadosamente estruturada, de maneira a assegurar um grau maior de harmonia e pacificação social.

Isso nos leva ao último tópico: da forma como (pouco) regulado no NCPC, o tema suscita uma série de dúvidas. Lançaremos as perguntas na sequência (mas as efetivas respostas, só quando o STJ pacificar a jurisprudência quanto ao NCPC...).

3.3 DÚVIDAS EM RELAÇÃO AO NOVO SISTEMA

Como se viu no tópico anterior, a escolha de alargar os limites não nos parece a melhor. Mas, indubitavelmente, isso não é o principal problema envolvendo o tema.

⁴⁸ Proposta de melhoria da coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-13/proposta-coisa-julgada-questao-prejudicial-cpc>>. Acesso em: 2 abr. 2015. Elaborado por André Luis Cais, Fábio Peixinho Gomes Correa, Guilherme Setoguti J. Pereira, João Francisco Naves da Fonseca, Luiz Dellore, Marco Antonio Perez de Oliveira e Rennan Faria Krüger Thamay.

A maior dificuldade, em nosso entender, está nas dúvidas e dificuldades práticas que surgirão na aplicação do novo diploma, nesse ponto específico do art. 503 § 1º.

Para tanto, apresentaremos algumas das primeiras perguntas que surgem da leitura do texto legislativo.

1) Só o que consta efetivamente do dispositivo ou também o que consta da fundamentação será coberto pela coisa julgada?;

2) Serão cabíveis embargos de declaração para que isso seja esclarecido?;

3) A abrangência da coisa julgada deve ser decidida pelo próprio juiz ou isso ficará a cargo de um próximo juiz, quando esse tema surgir?;

4) Em uma demanda na qual se discuta multa contratual, todo e qualquer debate relacionado à validade da cláusula ou do contrato será coberto pela coisa julgada?;

5) E se o juiz não decidir e o tribunal decidir a questão prejudicial? Há coisa julgada? Teoria da causa madura? E o duplo grau?;

6) O juiz precisa, na fase instrutória, formalizar a fixação da controvérsia sobre a questão prejudicial, de modo a assegurar a efetividade do contraditório?;

7) Se a questão principal for decidida a favor de uma parte, mas a *questão prejudicial* não, será necessário à parte vitoriosa recorrer da sentença que lhe foi favorável, para evitar a formação da coisa julgada? Para facilitar, cabe ilustrar. Autor pede multa por violação a cláusula contratual, réu alega nulidade da cláusula; juiz (i) afirma que a cláusula é válida e (ii) não reconhece ser devida a multa à luz do caso concreto.

De forma breve, as respostas, em nosso entender, seriam as seguintes – reiterando-se que o assunto é polemico, já suscita debates entre os processualistas e depende do STJ para efetivamente ser decidido:

1) Somente se constar expressamente do dispositivo é que a decisão da prejudicial será coberta pela coisa julgada⁴⁹;

2) Se houver dúvida em relação ao que foi decidido com força de coisa julgada, qualquer das partes poderá opor declaratórios requerendo que o magistrado esclareça se a questão prejudicial foi decidida e se foi coberta pela coisa julgada, apontando omissão por isso não ter constado no dispositivo;

⁴⁹ Nesse sentido, Ceapro, enunciado. 1 do Grupo Sentença e coisa julgada (remissões a texto anterior): Na hipótese do art. 500, § 1º do Projeto, deve o julgador enunciar expressamente no dispositivo quais questões prejudiciais serão acobertadas pela coisa julgada material, até por conta do disposto no inciso I do art. 501.

3) Na linha das duas respostas anteriores, compete ao próprio juiz que proferiu a sentença delimitar qual parte da decisão estará coberta pela coisa julgada;

4) A princípio, qualquer discussão de cláusula poderá ter o condão de ser coberta pela coisa julgada, mas isso deverá constar do dispositivo;

5) Se o tribunal decidir a prejudicial, mas não o juiz, observados os requisitos do § 1º e constando do dispositivo, a prejudicial será coberta pela coisa julgada;

6) No momento do saneador, se ocorrer a fixação dos pontos e provas quanto à questão principal, também deverá ocorrer em relação à prejudicial, sob pena de contraditório incompleto, de modo que incapaz a ocorrência de coisa julgada sobre a prejudicial;

7) Questão que já suscita bons debates⁵⁰. Porém, diante do silêncio legislativo, a solução mais segura para a parte (ainda que possa vir a ser mais prejudicial), é entender que (i) há coisa julgada sobre a prejudicial, ainda que decidida de forma oposta à principal e (ii) há, portanto, interesse recursal, de modo que a parte que teve a sentença favorável poderá ter de recorrer por força da prejudicial.

4 CONCLUSÃO

Pelo que se expôs, é possível concluir o quanto segue:

1) O NCPC inova em relação à coisa julgada.

2) Quanto ao conceito de coisa julgada, há pouca inovação – permanecendo em aberto o debate quanto à distinção entre imutabilidade e indiscutibilidade.

3) Em relação aos limites objetivos da coisa julgada, o NCPC optou por seu alargamento, para incluir a questão prejudicial, independentemente de pedido.

4) Mas essa escolha não é pacífica na doutrina e não o foi no Congresso Nacional, sendo que no total forma 5 (cinco) redações distintas, cada uma oposta à anterior.

5) Contudo, o NCPC abandona o sistema do CPC/73, e incluiu a coisa julgada na prejudicial.

50 No âmbito do Ceapro, nos debates iniciais já surgiram três teses distintas.

6) Há defensores e opositores da inovação. Os primeiros falam em bom senso, institutos de direito estrangeiro e economia processual. Os segundos apontam que o sistema passará a ser muito mais complexo, com grandes divergências no cotidiano forense – especialmente instabilidade e insegurança jurídicas e dificuldades interpretativas em relação ao que seria coberto pela *res judicata*.

7) Mais do que um debate quanto à melhor teoria, a principal preocupação se refere a uma série de dúvidas que surgem na aplicação da novidade. E a efetiva decisão somente virá com o STJ.

REFERÊNCIAS

- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. A coisa julgada. In: _____. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 3.
- DELLORE, Luiz. Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: quieti non movere. **Revista de Informação Legislativa**, n. 190, p. 35-43, abr./jun. 2011.
- _____. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010): limites objetivos e conceito. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 633-646.
- _____. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____.; ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando; TOMITA, Ivo et al. **Novo CPC anotado e comparado**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2015.
- _____.; CAIS, André Luis; CORREA, Fabio Peixinho Gomes; SETOGUTI PEREIRA, Guilherme et al. **Proposta de melhoria da coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-13/proposta-coisa-julgada-questao-prejudicial-cpc>>. Acesso em: 2 abr. 2015.
- ESTELLITA, Guilherme. **Da coisa julgada**. Rio de Janeiro: Livro do Vermelho, 1936.
- GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria e PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, 194, p. 101-138, abr. 2011.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo. v.38, n.216, p.431-8, fev. 2013.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. **Que coisa julgada é essa?** Disponível em:<<http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa>>. Acesso em: 17 abr. 2015.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 4.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, n. 416, p. 9-17, jun. 1979.
- _____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: _____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Apontamentos Sobre Duas Relevantes inovações no projeto de um Novo CPC, **Revista jurídica**, ano 58, n. 401, p. 49-61, fev. 2011.
- RODRIGUES, Walter Piva. **Coisa Julgada Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. Evolução do instituto do caso julgado: do processo romano ao processo comum. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 173-200, ago. 1989.

SANTOS, Ermane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. **Revista de Processo**, v. 39, p. 75-89, 2014.

O PROCESSO DO TRABALHO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CRITÉRIOS PARA UMA LEITURA DIALOGADA DOS ARTIGOS 769 DA CLT E 15 DO CPC/2015

*THE WORK PROCESS AND THE NEW CIVIL PROCEDURE
CODE: CRITERIA FOR A DIALOGED READING OF ARTICLE
769 OF THE CLT AND ARTICLE 15 OF THE CPC/2015*

.....
João Humberto Cesário¹
.....

RESUMO

O artigo busca estabelecer as bases dialógicas de convivência do artigo 769 da CLT com o artigo 15 do novo CPC. Para tanto diferencia o processo comum do processo especializado, as-sentando, em síntese, que enquanto o primeiro tende à completude, o segundo possui apenas um núcleo duro que o caracteriza. Cumprida tal tarefa, identifica as características que dão vida à processualística laboral, que tomadas como um mínimo inegociável não poderão ser erodidas visando a preservação da sua autonomia científica. A partir de então, diferencia semanticamente os vocábulos ‘supletivo’ e ‘subsidiário’, para, finalmente, demonstrar com exemplos práticos como o novo CPC será usado supletiva e subsidiariamente para a colmatação das lacunas do Processo do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: *CPC/2015 – Diálogo entre o Processo do Trabalho e o CPC/2015.*

ABSTRACT

This article seeks to establish the dialogical bases of the conviviality of article 769 of the Consolidated Labor Laws (CLT) with article 15 of the new Civil Procedure Code (CPC). To do so it differentiates the common procedure from the specialized procedure, affirming, in synthesis, that while the first is close to being complete, the second has only a central core that characterizes it. The article then identifies the characteristics that give life to labor procedures, which considered as a non-negotiable minimum cannot be eroded to preserve their scientific autonomy. A semantic distinction is drawn between the words “suppletive” and “subsidiary” to demonstrate with practical examples how the new CPC will be used as supplement and subsidiary for sustaining gaps in the Labor Procedure.

KEYWORDS: *CPC/2015 – Dialog between the Labor Procedure and the CPC/2015*

1 Juiz Titular de Vara no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Coordenador da Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso. Professor convidado de Teoria Geral do Processo, Direito Processual do Trabalho e Direito Ambiental do Trabalho na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) e nas Escolas Judiciais dos TRTs da 5ª, 9ª, 18ª e 23ª Regiões. www.ambientallaboral.blogspot.com.br, www.facebook.com/prof.joaohumbertocesario, twitter.com/joaohtcesario.

1 INTRODUÇÃO

A aprovação de um novo código de direito é sempre um momento especial na vida em sociedade. Impõe-se, com ela, a tormentosa tarefa da transição, que implica no estudo e na compreensão dos seus paradigmas, com vistas ao estabelecimento das primeiras balizas que orientarão a comunidade jurídica na aplicação do novo diploma.

A empreitada dos processualistas civis é difícilíssima. Sem que se perca o fio condutor da tradição, essencial à estabilização da vida em sociedade, os estudiosos da matéria devem se debruçar sobre a Lei nº 13.105-2015 (novo Código de Processo Civil, doravante chamado neste estudo de CPC/2015), para extrair dela as técnicas processuais que permitirão a eficiente prestação da jurisdição comum.

Ainda mais hercúlea será a atividade dos processualistas do trabalho, já que além de compreenderem os elementos do CPC/2015, deverão promover o necessário diálogo dele com o Processo de Trabalho, almejando potencializar este último sem subtrair-lhe a essência.

A nossa primeira atribuição, nesse sentido, é a de pesquisar o significado e o alcance do artigo 15 do CPC/2015, redigido nos seguintes termos:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Atentamente lido o antedito preceito, que nitidamente almeja enfrentar o aporético assunto das lacunas processuais, pelo menos duas primeiras indagações vêm de imediato à cabeça dos juristas do mundo do trabalho.

A primeira delas é se o artigo 15 do CPC/2015 revogaria o artigo 769 da CLT. A segunda é qual o sentido que a doutrina e a jurisprudência deverão emprestar às expressões ‘supletiva’ e ‘subsidiariamente’, tendo em conta o apotegma de que a lei não contém (ou pelo menos não deveria conter) palavras inúteis. Serão sobre essas e outras dúvidas que discorreremos adiante.

2 O ARTIGO 15 DO CPC/2015 REVOGA O ARTIGO 769 DA CLT?

Como é por demais sabido, nos termos do artigo 2º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompa-

tível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, sendo certo que a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior.

Deveras, percebe-se sem grande esforço, ainda que respeitado o paradigma positivista antes indicado (que, diga-se de passagem, já não consegue dar resposta a muitos dos imbróglis normativos contemporâneos), que o artigo 15 do CPC/2015 não detém a (des)virtude de revogar o artigo 769 da CLT.

Ocorre que a novel legislação processual civil não revoga expressamente a disposição celetista. Note-se que a inteligência do artigo 1046 do CPC/2015 dispõe que ao entrar em vigor o novo Código (o que ocorrerá decorrido um ano da data de sua publicação oficial - artigo 1045 do CPC/2015), as suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada de um modo geral apenas a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (antigo CPC). Outrossim, nas ocasiões em que o CPC/2015 revoga preceitos legais específicos de outras leis, como o faz ilustrativamente no seu artigo 1.072, em nenhum momento faz menção ao artigo 769 da CLT.

Por outro lado, não é sequer razoável dizer que os artigos 15 do CPC/2015 e 769 da CLT seriam incompatíveis. Antes, eles possuem iniludível potencial dialógico, sendo capazes de coexistirem na perspectiva do mútuo adensamento das suas significações jurídicas, devendo ser descartado, justamente por isso, eventual posicionamento de que o novo preceptivo esgotaria a matéria tratada no antigo.

Sem que se parta desde já para argumentações mais sofisticadas, há de se constatar que o artigo 15 do CPC/2015 é um regramento geral, previsto para a colmatação de lacunas dos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, ao passo o artigo 769 da CLT é um ditame especial do Processo do Trabalho. Só isso basta para se ter a certeza que, nos termos do artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a disposição nova (artigo 15 do CPC/2015) não revoga nem modifica a disposição anterior (artigo 769 da CLT).

3 OS ARTIGOS 769 DA CLT E 15 DO CPC/2015 NA PERSPETIVA JURÍDICA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Como visto anteriormente, ainda que encarado o problema do convívio entre os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015 pelos esquadros da modernidade jurídica, não se revela defensável o posicionamento de que

o primeiro revogaria o segundo. Muito menos correto se mostra tal pensamento quando a aparente antinomia é pensada na perspectiva pós-moderna do diálogo das fontes.

Vale esclarecer que o método do diálogo das fontes foi originalmente construído na Alemanha pelo professor Herik Jayme (Universidade de Heidelberg), tendo sido introduzido no Brasil pelo magistério de Claudia Lima Marques (UFRGS) e desenvolvido no nosso país, entre outros, pelo professor Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), podendo ser sintetizado (se isto é possível) nos termos que adiante seguem, por via das palavras de Claudia Lima Marques:

A bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e autoexplicativa: di-a-lo-gos, duas 'lógicas', duas 'leis' a seguir e a coordenar um só encontro no 'a', uma 'coerência' necessariamente 'a restaurar' os valores deste sistema, desta 'nov-a' ordem das fontes, em que uma não mais 're-vo-ga' a outra (o que seria um mono-logo, pois só uma lei 'fala'), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos. [...]

Em seu Curso Geral de Haia de 1995, Erik Jayme ensinava que diante do 'pluralismo pós-moderno' de fontes legislativas, a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico é exigência de um sistema eficiente e justo. A expressão usada antigamente era a de conflitos de leis no tempo, ou direito intertemporal, a significar que, como havia 'colisão' entre os campos de aplicação dessas leis, por exemplo, uma lei anterior de 1990, como o Código de Defesa do Consumidor, ou de 2002, como o novo Código Civil brasileiro e uma posterior, como a lei sobre consórcio, a solução do 'conflito' seria a prevalência de uma e a conseqüente exclusão (ab-rogação, derrogação, revogação) da outra ou outras do sistema.

Nesta visão 'perfeita' e 'moderna' teríamos a 'tese' (lei antiga), a 'antítese' (lei nova) e a 'síntese' (revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema. Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se a hierarquia. Erik Jayme alerta, porém, que os tempos pós-modernos não mais permitem este tipo de clareza e 'monossolução', sequer a hierarquia dessas leis é clara, mas apenas dos valores constitucionais. Nestes novos tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita e por fim pela convivência de leis com campo de aplicação diferentes, mas convergentes, em um mesmo sistema jurídico, plural, fluido, mutável e complexo. O grande mestre de Heidelberg propõe então uma segunda solução, a coordenação dessas fontes: da

retirada do sistema (revogação) ou 'monólogo' de uma norma só à convivência das normas, ao 'diálogo das fontes'.

Como afirmei, 'diálogo' em virtude das influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação.²

Atualmente é mais que evidente que as relações sociais são complexas e até mesmo caóticas, não podendo ser explicadas e simplificadas esquematicamente. Muito ao contrário, a dinâmica da vida em sociedade é altamente intrincada, exigindo perspicácia e refinamento daqueles que buscam compreendê-la minimamente. Vale dizer que as soluções para os dissensos demandam construções cada vez mais requintadas, criteriosamente elaboradas com o maior número possível de informações e variáveis.

O universo jurídico, naturalmente, não poderia passar imune a tamanha dinamização. Nesta perspectiva, não há como deixar de dizer que no caso brasileiro, a Lei de Introdução, construída à sombra do positivismo estrito, já não consegue dar resposta adequada aos impasses normativos. Pensar as antinomias, tantos as reais quanto as aparentes, pelos critérios estreitos do seu artigo 2º, é o mesmo que emprestar soluções analógicas a problemas digitais.

Abre-se lugar contemporaneamente ao método do diálogo das fontes, que ao rechaçar o monólogo legislativo propicia a aplicação conjunta de duas ou mais normas que se ressignificam mutuamente à luz dos direitos humanos, sem que isso necessariamente subtraia a coerência jurídica sistêmica e a integridade do direito.

Não há como negar, neste contexto, que a combinação dialógica dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015 (e de outras disposições e microsistemas processuais, como adiante se verá), pensados ao encontro e não de encontro, realizada com cuidado e método científico, pode potencializar a instrumentalidade do Processo do Trabalho, sem nem de longe desnaturar a sua essência.

2 MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método na nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27-28.

4 OS ARTIGOS 769 DA CLT E 15 DO CPC/2015: ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DAS CONFLUÊNCIAS E COMPLEMENTARIEDADES

4.1 INTRODUÇÃO

Estatui o artigo 769 da CLT que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título [referindo-se ao título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho]”.

Do seu lado, como já anteriormente visto, o artigo 15 no CPC/2015 estabelece que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Não se pode deixar de notar, de início, que ambos os dispositivos se preocupam com o difícil tema da colmatação das lacunas processuais. Um o faz com os olhos especialmente pousados no Processo do Trabalho (769 da CLT) e o outro genericamente nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos (15 no CPC/2015). Para a adequada compreensão dos dois, com efeito, há que se identificar, primeiramente, o que significa juridicamente uma lacuna e quais são as suas principais espécies.

4.2 LACUNAS NO DIREITO: CONCEITO E ESPÉCIES

Uma advertência se faz necessária ao início do presente tópico. O tema da colmatação das lacunas está situado entre os mais complexos que existem no direito. Não existe para ele uma resposta única, pronta, acabada e muito menos perfeita³. O seu esgotamento, de resto inatingível, não pode de modo algum ser tido como o objetivo da presente exposição. As pala-

3 Para ter-se ideia da profundidade do assunto, é oportuna a transcrição das palavras da professora DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 407- 408: “Sem embargo dessa nossa opinião, que não consideramos um pronunciamento final e definitivo sobre o assunto, entendemos que o termo ‘lacuna’ esconde idéias dispares e antagônicas, sendo bastante nebuloso. Trata-se de uma aporia. Realmente, a lacuna é um *dubium*, uma questão fundamentalmente aporética; densa é a problemática que a envolve. O grande elenco de juristas que abordam o tema, cada qual sob uma perspectiva, dinâmica ou estática, demonstra, cabalmente, que há várias maneiras de conceber uma mesma realidade. A questão recebe várias respostas, segundo a posição ideológica que se adote. As lacunas jurídicas são uma questão sem saída a que não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que deve ser entendido por lacuna, parece-nos que não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, nem tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar mão de um expediente muito simples: expor o tema sob uma forma problemática. Isto porque, no nosso entender, as diversas doutrinas se completam e não se excluem, pois partem de critérios e premissas diversas.”

vas que à frente serão alinhavadas, dessarte, se prestarão quando muito ao lineamento da matéria.

De um modo mais amplo, a doutrina até mesmo divaga sobre a existência ou não de lacunas no direito, já que no mínimo seria lícito supor que todas as possibilidades comportamentais estariam explícita ou implicitamente respaldadas ou repelidas pelo ordenamento jurídico. Sem que se despreze tal discussão (absolutamente pertinente no campo da filosofia jurídica), cuida-se de verdadeiro truísmo a ocorrência de lacunas nos domínios do Processo do Trabalho.

Consoante esclarece a professora Maria Helena Diniz, “a expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema”⁴, assim, as lacunas no direito podem ser vistas, pelo menos em termos pragmáticos, suficientes ao atingimento dos escopos do presente estudo, como a ausência de resposta clara e satisfatória para determinado problema jurídico.

Ainda com estribo no magistério de Maria Helena Diniz, as lacunas podem ser de pelo menos três espécies, denominadas como normativas, ontológicas e axiológicas. Valem citação, por oportunas, as palavras da aludida professora:

É de se ver, portanto, que a teoria das lacunas não deve ser analisada sob uma consideração estática do direito, porque isso traz como consequência uma visão errônea do fenômeno. O direito deve ser considerado sob o prisma dinâmico, em constante mutação, sendo, assim, lacunoso no nosso entendimento.

Três são as principais espécies de lacunas: 1^a) normativa, quando se tiver a ausência de norma sobre determinado caso; 2^a) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretaram o ancilose da norma positiva; axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.⁵

Em termos doutrinários sérios, como se vê, o problema das lacunas é ainda mais amplo do que poderia parecer, já que elas não se caracterizam apenas no plano da anomia. Existem, para além das lacunas normativas, que surgem do vazio normativo, também as ontológicas e as axiológicas, caracterizadas, respectivamente, nas hipóteses de ancilose e iniquidade do texto

4 DINIZ, Maria Helena. *Ibid.* p. 398.

5 DINIZ, Maria Helena. *Ibid.* p. 401.

legal existente. Transportando-se o assunto para o Processo do Trabalho, tais modalidades de lacuna podem ser exemplificadas nos termos que se seguem.

As lacunas normativas, que são as mais evidentes, podem ser visualizadas com maior facilidade, embora, a rigor, ocorram em duas hipóteses um tanto distintas.

Na primeira delas, que chamamos de lacunas normativas totais, nem a CLT ou a legislação processual trabalhista extravagante possuem regramento sobre determinado instituto do processo. Tal se dá, v.g., com a intervenção de terceiros ou a ação rescisória, já que a legislação tipicamente laboral nada ou muito pouco (no caso da rescisória há uma brevíssima remissão à sua existência no artigo 836 da CLT) fala sobre tais fenômenos.

Já na segunda, que chamamos de lacunas normativas parciais, elas ocorrem em um contexto no qual embora a CLT tenha tratado mais cuidadosamente sobre o assunto, ainda assim não o fez de modo exauriente. É o que se dá, por exemplo, com a apelação (*rectius*: recurso ordinário), que embora regrada no artigo 895 da CLT, não oferta resposta adequada para todos os pormenores da matéria. Basta lembrar, nesse caso, que a regra celetista não traz consigo qualquer indicação sobre a extensão e a profundidade da devolutibilidade do apelo.

Por outro lado, as lacunas ontológicas, como visto, exsurtem do anquilosamento da norma positiva existente, que não mais corresponde aos fatos sociais e tecnológicos do seu momento de aplicação. Tal se dá, exemplificativamente, com as regras dos artigos 840 e 847 da CLT, que falam da apresentação oral da petição inicial e da resposta do réu. Embora tais preceptivos ainda possam ser aplicados em homenagem à oralidade que caracteriza o Processo do Trabalho, não se pode perder de vista que de lá para cá passamos pelos adventos da máquina de escrever, dos computadores, da internet, da computação nas nuvens e do e-processo, de modo que tais disposições celetistas, por estarem defasadas no tempo, já não são capazes de enfrentar os fenômenos advindos do peticionamento eletrônico tão comum nos dias atuais.

Temos, finalmente, as lacunas axiológicas, derivadas da incapacidade de a regra existente dar uma resposta justa ao tema tratado. Aqui, preliminarmente, faz-se imprescindível esclarecer que a injustiça da norma não pode ser justificada no voluntarismo e no senso pessoal de justiça do magistrado. Antes, a sua demonstração deve ser precedida de argumentação

jurídica sólida, de modo a que o discurso jurídico evidencie, com arrimo nos fundamentos que sustentam os tratados internacionais de direitos humanos e o bloco de constitucionalidade interno, que a norma existente destoa dos valores preconizados pelo positivismo ético (pós-positivismo).

Cravada esta imprescindível baliza, um excelente exemplo de lacuna axiológica, em que pese o conservadorismo do TST no tratamento da matéria (vide, a propósito, a súmula 417, III, do TST), tem morada no artigo 899 da CLT, quando diz que execução provisória trabalhista só vai até a penhora. Como é palmar contemporaneamente, o artigo 899 da CLT já não mais comporta a restritividade da sua origem, já que a propriedade, principal bem jurídico do pensamento filosófico liberal, não pode ser tutelada a ponto de comprometer a dignidade humana, que é a premissa axiológica central do Estado Democrático de Direito. É certo, assim, que o artigo 899 da CLT deverá ser impregnado da potencialidade dignificante dos artigos 520 e 521 do CPC/2015⁶.

Vencida mais esta etapa do estudo, o nosso próximo passo será o de demonstrar quais são os elementos caracterizadores do Processo do Trabalho, para somente depois tratarmos propriamente do diálogo entre os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015 com vistas à colmatação das lacunas do Processo do Trabalho.

4.3 O NÚCLEO DURO DO PROCESSO DO TRABALHO

O direito processual, como tivemos a oportunidade de assentar no nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais trabalhistas*⁷, antes de ser considerado um utensílio meramente técnico, deve ser considerado como um instrumento ético, cuja essência reside, contemporaneamente, na implementação dos valores preconizados pelo projeto delineado na Carta Constitucional.

Isso importa dizer que a legitimação do processo depende, umbilicalmente, da sua mirada teleológica essencial, pois, para ser digno de credibilidade, ele deve ter objetivos claros, devidamente formatados em conformidade com os fundamentos que inspiram a República, além de possuir, evidentemente, tentáculos suficientes para implementá-los.

6 Para aprofundamento na matéria, vide CESÁRIO, João Humberto. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012, p. 245-248.

7 CESÁRIO, João Humberto. *Ibid.* p. 119 et seq.

Metaforicamente falando, o processo, encarado como método jurídico de resolução justa de conflitos, é um instrumento que trafega por uma estrada única, mas que, a determinada altura, apresenta um trevo capaz de guiá-lo por vários caminhos, que, paradoxalmente, o conduzem a um mesmo destino, situado na realização da justiça. Melhor dizendo, o processo é um só, mas, para imprimir-lhe máxima eficiência o direito o compartimenta em disciplinas autônomas, que num primeiro momento o dividem entre processo comum e processo especial.

No âmbito do processo comum, a preocupação é com a natureza penal ou extrapenal da jurisdição. Tem-se, assim, o Processo Penal, cujo objeto é a tutela da liberdade (e não a promoção da prisão, como se poderia açodadamente imaginar). Tudo o que daí desborda, na sua essência, situa-se nos domínios do Processo Civil.

Mas a questão não se esgota por aí. Para a adequada compreensão do que se deve compreender por processo especial, faz-se necessário realçar a existência de jurisdições extraordinárias, como, entre outras, a trabalhista, que possuem objetivos bastante específicos. Para o atingimento do alvo dessas modalidades jurisdicionais, faz-se imperiosa a pavimentação de caminhos próprios, chamados no direito de processos especiais, como o são, por exemplo, o Processo do Trabalho, o Processo Eleitoral e o Processo Militar. Sintetizando tudo o quanto antes explicado, vale ser colhida a lição de José Frederico Marques:

O melhor critério para a delimitação da área do Direito Processual Civil é o de fixá-la por exclusão: o que não decorrer de uma lide penal, será processo que cai na órbita do Direito Processual Civil.

Temos, todavia, jurisdições especiais, com processo próprio e peculiar, tais como a trabalhista, a eleitoral e a militar. Poderíamos por isso, no Direito Positivo brasileiro, falar em Direito Processual Comum (dividido em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal) e em Direito Processual Especial, que se ramificaria em três disciplinas: Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Eleitoral e Direito Processual Militar.⁸

Importa notar que tais modalidades de processos, ditos especiais, são invariavelmente lacunosos, possuindo apenas um núcleo duro, caracterizador das suas peculiaridades, que não pode ser corrompido, sob pena

8 MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual Civil. V. I. ed. rev., atual. e ampl. por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Campinas: Millennium, 1999, p. 15-16.

da desnaturação das suas essências. Incompletos, eles estão permanentemente abertos ao diálogo com o processo comum visando a colmatação das suas lacunas, sendo ciosos, contudo, da preservação daquele mínimo inegociável que lhes garante a autonomia.

Vê-se, portanto, que autonomia não significa isolamento ou independência absoluta, sendo relevante lembrar, a propósito, o escólio de Campos Batalha, que com os olhos pousados na processualística laboral esclarece que “o direito processual do trabalho está em situação de interdependência com as ciências processuais particulares, notadamente com o direito processual civil, com o qual tem muitíssimos pontos de contato”⁹.

Uma vez construído o breve introito anterior, a nossa missão, agora, é a de apresentar o núcleo duro do Processo do Trabalho, ou seja, aquele mínimo inegociável que lhe garante a autonomia. O bom desvencilhamento da tarefa imposta, naturalmente, é imprescindível para estabelecermos adiante os padrões jurídico-processuais que orientarão o juslaboralista na condução do diálogo entre os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015.

É necessário esclarecer, antes de tudo, que o Processo do Trabalho tem no protecionismo a sua pedra angular, pois, como adverte o professor Wagner Drdla Giglio, “o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho se transmite e vigora também no Direito Processual do Trabalho”¹⁰. Ainda segundo o mencionado professor, a superioridade patronal se revela, entre outros motivos, “pela facilidade na produção da prova, especialmente a testemunhal, colhida entre seus subordinados, e pela maior idoneidade econômica para suportar as delongas e as despesas processuais”¹¹.

Seguindo a mesma linha, Coqueijo Costa realça que no Processo do Trabalho “mitiga-se o princípio teórico da igualdade desde o nascimento da jurisdição especial do trabalho”¹² na medida em que “o desequilíbrio dos sujeitos no processo do trabalho impõe a especialização desse processo, como consequência das peculiaridades do conflito individual de trabalho, para corrigir esse desequilíbrio”¹³, arrematando, logo em seguida, que

9 BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de direito judiciário do trabalho. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1985, p. 139.

10 GIGLIO, Wagner Drdla. Direito Processual do Trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

11 GIGLIO, Wagner Drdla. *Ibid.* p. 67.

12 COSTA, Carlos Coqueijo. Direito Processual do Trabalho. 4 ed. rev., atual. e adap. por TRINDADE, Washington Luiz da. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 19.

13 COSTA, Carlos Coqueijo. *Id.*

na processualística laboral “a relação processual é tutelar, rompendo com o princípio teórico da igualdade jurídica também no processo”¹⁴.

Sublinhando tal raciocínio, finalmente, Délio Maranhão deixa claro que “o direito processual do trabalho é todo ele elaborado com o propósito de impedir que o litigante economicamente mais poderoso possa desviar ou retardar os fins da Justiça”¹⁵.

Assim é que do protecionismo¹⁶ deriva a segunda grande característica do Processo do Trabalho, que é a sua estruturação marcadamente inquisitiva.

Como é por demais sabido, existem tradicionalmente dois modelos processuais, conhecidos como adversarial e inquisitorial. No primeiro as partes são as protagonistas do processo, ficando reservado ao juízo um papel passivo, quase secundário, limitado à prolatação da decisão. Já no segundo o Estado-juiz é o grande reitor do processo, a quem a lei confere amplos poderes para que os fins estratégicos da jurisdição sejam alcançados. Fala-se, atualmente, em um terceiro modelo, chamado cooperativo, calcado no constante diálogo entre todos os sujeitos do processo, que seria, inclusive, aquele adotado pelo novo Código de Processo Civil¹⁷.

É óbvio que o desenvolvimento processual em um Estado Democrático de Direito deve ocorrer em uma perspectiva dialógica e cooperativa. Tal fato, entretantes, não apaga a verdade inescandível de que o magistrado

14 COSTA, Carlos Coqueijo. *Ibid.* p. 20.

15 MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. V. 2. 21 ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1383.

16 Aqui, ainda que em rodapé, talvez seja oportuna a citação de mais algumas palavras do sobre a incidência do princípio protecionista no Processo do Trabalho, colhidas de GIGLIO, Wagner Drdla. *Op. Cit.* p. 67: “Objetam alguns que o Direito Processual não poderia tutelar uma das partes, sob pena de comprometer a própria idéia de justiça, posto que o favorecimento afetaria a isenção de ânimo do julgador. Não lhes assiste razão, pois justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desigualem, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade, sem permitir que as suas tendências pessoais influenciem seu comportamento. Em suma: o trabalhador é protegido pela lei, e não pelo juiz.”

17 Para uma compreensão mais profunda dos três modelos processuais, indicamos DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Disponível em: <<http://migre.me/oIH7a>>, Acesso em: 23 jan. 2015, do qual se extrai, por oportuno, o seguinte excerto: “Fala-se que, no modelo adversarial, prepondera o princípio dispositivo, e, no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. [...] Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de ‘inquisitividade’; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a ‘dispositividade’. [...] Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida”.

é a autoridade do processo, a ele incumbindo a nobilíssima função de evitar o tumulto processual, podendo tal constatação ser sintetizada com as palavras do professor Daniel Mitidiero, para quem “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa”¹⁸, desempenhando, assim, “duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”¹⁹.

O que interessa ficar claro, de tal arte, é que a estruturação do Processo do Trabalho, embora não rechace a perspectiva democrática do diálogo entre os sujeitos processuais, neles incluído o próprio Estado-juiz, é marcadamente inquisitiva, o que nem de longe implica em autoritarismo. São dignas de reprodução, a propósito, as palavras de Fredie Didier Jr:

A doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício do poder, não há relação direta entre aumento dos poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário.²⁰

Apenas para clarificar a inquisitividade de que é dotado o magistrado trabalhista, importa lembrar, por exemplo, o disposto nos artigos 765 e 878 da CLT, que empoderam os Juízos e Tribunais do Trabalho com ampla liberdade na direção do processo, determinando que eles velem pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas, e até mesmo promover a execução das suas decisões *ex officio*.

Tamanhos poderes se justificam no caráter protecionista que impregna o Processo do Trabalho, que sem desprestigiar o direito de defesa do empregador, almeja garantir que os direitos trabalhistas de caráter alimentar sejam satisfeitos a tempo e modo. Acerca da estruturação inquisitiva do

18 MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72 e 73.

19 MITIDIERO, Daniel. Id.

20 DIDIER JR., Fredie. Op. cit.

Processo do Trabalho, tem-se, mais uma vez, a lição de Coqueijo Costa, citando, no reforço do seu pensamento próprio, a doutrina uruguaia:

Poucas urgências podem ultrapassar a que informa o objeto do processo do trabalho: 'como no processo penal, o objeto vai mais além de uma realidade configurada por fatos externos e penetra na personalidade mesma do autor' (Dante Barrios de Angelis, *Los Poderes del Juez Letrado del Trabajo*), in *Nuevo Processo Laboral Uruguayo*, p. 152). Daí, os acen-tuados poderes cautelares reconhecidos ao Juiz do Trabalho, como man-ifestação dessa urgência geral no processo, incluída no objeto deste.²¹

Da inquisitividade deflui a terceira grande característica do Processo do Trabalho, que é a concentração dos atos processuais, cuja influência aparece nitidamente na audiência trabalhista, que consoante já explicamos no livro *Audiência na Justiça do Trabalho: Curso Teórico e Prático*²², deve ser una e principalmente contínua.

Insta asseverar, conseqüentemente, que no Processo do Trabalho prati-camente todos os atos processuais cognitivos, exceção feita à petição inicial e a citação do réu, são concentradamente praticados durante a audiência. É na audiência, com efeito, que se busca a conciliação (artigos 764, 846 e 852-E da CLT), que o réu apresenta a sua resposta (artigo 847 da CLT), que são produzidas a maioria das provas (artigos 848 e 852-H, caput, da CLT), que as partes veiculam as razões finais (artigo 850 da CLT) e que o juiz prolata a sentença (artigo 850, caput, parte final, da CLT).

Da concentração, naturalmente, resulta a quarta característica primor-dial do Processo do Trabalho, que é a imediação ou imediatidade. Imedia-ção, como se sabe, significa contiguidade ou proximidade. Percebe-se, den-tro desta lógica, que a prática concentrada dos atos processuais diminui a distância existente entre os litigantes, as testemunhas e o magistrado, pos-sibilitando que este último conheça melhor aqueles primeiros, de modo a aferir com maior precisão o grau de lealdade com que atuam em juízo.

A esta altura não é sequer necessário enfatizar, já que intuitivo, que da concentração e da imediatidade resultam a oralidade, que é o quinto atri-buto marcante do Processo do Trabalho. Pode-se assentar, nesta perspecti-va, que os atos realizados durante a audiência trabalhista são construídos em perspectiva claramente dialogada.

²¹ COSTA, Carlos Coqueijo. Op. cit. p. 20.

²² CESÁRIO, João Humberto. *Audiência na justiça do trabalho: curso teórico e prático*. Cuiabá: JHC, 2012.

É nesse momento privilegiado, por exemplo, que o magistrado conversa diretamente com os contendores, esclarecendo-lhes as vantagens da conciliação, valendo-se, inclusive, dos meios adequados de persuasão para a solução avençada do litígio (artigos 764, § 1º e 852-E da CLT).

Também é na audiência que o réu apresenta a sua resposta, que na literalidade do artigo 847 da Consolidação das Leis do Trabalho, diga-se de passagem, deve ser produzida de maneira oral no prazo de vinte minutos.

Como se não bastasse, é por verdadeira emanção do princípio da oralidade que o juiz ouve as partes, as testemunhas e os informantes diretamente (artigo 820 da CLT), fazendo com que a audiência seja o momento máximo da proximidade entre o condutor do feito e os elementos de convicção que lhe são dirigidos.

Importa sublinhar, aliás, que é justamente a natureza acentuadamente dialógica do Processo do Trabalho que lhe possibilita ser o mais simples e informal dos ramos do direito processual, sendo a simplicidade procedimental, com efeito, a sexta pilastra da processualística laboral.

Ao revés do que ainda se pensa na estreiteza da cultura bacharelesca, o processo para ser eficiente não precisa necessariamente ser complexo. A burocracia, a bem da verdade, apenas maltrata a celeridade processual, constituindo-se em verdadeiro entrave ao devido processo sem dilações temporais indevidas (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB) e ao acesso substancial à jurisdição (artigo 5º, XXXV, da CRFB).

O problema do jurisdicionado, contemporaneamente, não é mais o de formalmente buscar a tutela jurisdicional. O seu verdadeiro drama, paradoxalmente, é o de sair em tempo razoável e com uma resposta justa de dentro do Poder Judiciário depois de deflagrada a ação. Daí a proeminência da celeridade processual, que é a sétima e última grande característica do Processo do Trabalho.

Tal constatação se revela ainda mais importante quando se rememora que o Processo do Trabalho foi desenhado para a satisfação de verbas imantadas de inquebrantável natureza jurídica alimentícia. Assim, seria irracional se pensar na possibilidade de que um processo desta índole pudesse ser formal, complexo e conseqüentemente lento.

De tudo o quanto antes exposto, importa resumir que são sete as colunas de sustentação que juntas soerguem o edifício do Processo do Trabalho, sendo, assim, consideradas o seu núcleo duro:

- » Protecționismo;
- » Inquisitividade;
- » Concentração dos Atos Processuais;
- » Imediaço;
- » Oralidade;
- » Simplicidade Procedimental;
- » Celeridade Processual.

 é a nutrição destas raízes fundantes que garante ao Processo do Trabalho as mais potentes armas para que ele seja capaz de imprimir concretude ao direito fundamental do cidadão-trabalhador a uma tutela jurisdicional verdadeiramente eficiente. Assim, no diálogo da processualística laboral com o processo comum e mesmo com outros microssistemas processuais, todas as vezes que esse núcleo duro, tomado como um mínimo inegociável, for corrompido, o Processo do Trabalho deixar de existir, aparecendo no seu lugar, conseqüentemente, um procedimento vulgar, sem prestígio suficiente para ser cientificamente considerado como uma disciplina autnoma do direito, com objeto, princípios e fins próprios.

Superada esta parte do estudo, passaremos, doravante, a propor um método para que o diálogo entre os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015 seja feito sem sobressaltos, de modo que, preservada a essência do Processo do Trabalho, possamos enriquecê-lo com tudo aquilo o que há de compatível no Processo Comum.

4.4 CRITÉRIOS PARA O DIÁLOGO ENTRE OS ARTIGOS 769 DA CLT E 15 DO CPC/2015

Como visto ao longo do presente estudo, os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015, que devem ser estudados dialogadamente, tratam da colmatação das lacunas do Processo do Trabalho, que podem ser normativas (totais ou parciais), ontológicas ou axiológicas.

Enquanto o primeiro dos mencionados dispositivos legais (art. 769 da CLT) esclarece que “o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título [referindo-se ao título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho]”, o segundo (art. 15 do CPC/2015)

diz que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código [referindo-se ao CPC/2015] lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Do cotejo entre eles surgem algumas perguntas, que devem ser adequadamente respondidas, para que possamos ter clareza sobre o método de combinação dialógica que permitirá a ambos potencializar a eficiência do Processo do Trabalho. Tais indagações, algumas de resposta óbvia e outras nem tanto, são as seguintes:

- É necessário que a disposição utilizada na colmatação das lacunas do Processo do Trabalho esteja em consonância com as características que lhe garantem autonomia científica?
- São apenas as disposições do CPC/2015 que podem ser usadas na colmatação das lacunas do Processo do Trabalho?
- Qual a diferença entre aplicação supletiva e subsidiária de outras fontes processuais para a colmatação das lacunas do Processo do Trabalho? Serão sobre essas questões que trataremos adiante.

4.4.1 A Colmatação de Lacunas e a Preservação da Autonomia do Processo do Trabalho

Já advertimos anteriormente que o Processo do Trabalho possui um núcleo duro que necessita ser preservado para que a sua autonomia não seja comprometida. Essa preocupação está expressamente consagrada no artigo 769 da CLT, cuja inteligência esclarece que no preenchimento do vazio processual trabalhista as normas utilizadas não poderão seccionar a medula do Processo do Trabalho. Não é por outra razão que o aludido preceptivo aduz, com tintas fortes, que o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, ‘exceto naquilo em que for incompatível com as normas do Processo Judiciário do Trabalho’.

Incompleto, com efeito, o Processo do Trabalho está permanentemente aberto ao diálogo com o processo comum, disposto a receber o influxo de tudo aquilo que aumenta a sua eficiência, mas sem abrir mão daquilo que lhe é mais caro, que é o protecionismo, a inquisitividade, a concentração, a imediação, a oralidade, a simplicidade procedimental e a celeridade processual.

Pode-se dizer, nesta perspectiva, apenas para uma breve ilustração do asseverado, que o artigo 190 do CPC/2015 terá pouquíssimo ou nenhum espaço de incidência no Processo do Trabalho. Ocorre que tal preceito apro-

xima-se nitidamente do modelo processual adversarial ao prever a chamada convenção de procedimento entre os litigantes, malferindo de morte a inquisitividade característica do Processo do Trabalho, quando estabelece que uma vez versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, será lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Somente isso, ou seja, a aproximação do aludido dispositivo ao modelo processual adversarial, já é suficiente para demonstrar o potencial corrosivo do mencionado dispositivo sobre a essência do Direito Processual do Trabalho, calcada, entre outras premissas, na inquisitividade. Mas, ainda assim, não custa lembrar que o próprio parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015 orienta até mesmo o juiz do cível a controlar a validade das convenções, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade²³, como aquela do trabalhador desempregado que litiga em face do seu antigo empregador, situação mais que corriqueira na Justiça do Trabalho.

Percebe-se, em arremate, que o artigo 769 da CLT, no desempenho de uma mesma tarefa, atua de dois modos aparentemente antagônicos (mas que combinados fazem muito sentido), às vezes como uma cláusula aberta e outras como uma barreira de contenção. No primeiro caso, recebendo de outros ramos do direito processual as regras que completam, complementam e nutrem o Processo do Trabalho; no segundo, repelindo tudo aquilo que o burocratiza e sarrupia a sua eficiência.

4.4.2 O Processo do Trabalho, o Processo Comum (Civil e Penal), as Leis Processuais Extravagantes e os Microssistemas Processuais

Muito ao contrário do que possa parecer ao intérprete menos criterioso, o Processo do Trabalho, cujas regras estão estabelecidas basicamente na CLT e na Lei 5.584-70, não dialoga apenas com o Processo Civil. Antes,

23 É importante frisar que tais conclusões, no sentido da incompatibilidade do artigo 190 do CPC/2015 com o Processo do Trabalho, não esmaecem o nosso ponto de vista, firmado em outra obra, de que o próprio Juiz do Trabalho (e não as partes) pode conformar o procedimento trabalhista às necessidades do caso concreto. Para justificar a nossa afirmação, remetemos o leitor ao nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas* (vide as referências anteriores), especialmente às páginas 123 *et seq.*

está aberto à integração com o Processo Penal, leis extravagantes como a 6.830-80 (que trata da execução fiscal), e outros microsistemas processuais como os dos Juizados Especiais Estadual e Federal, bem como o da tutela transindividual de direitos, composto, basicamente, pela da Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Note-se, a propósito do Processo Penal, que o artigo 769 da CLT deixa claro que será o ‘Direito Processual Comum’ e não o ‘Processo Civil’ que será utilizado como fonte complementar do direito processual do trabalho. Vale repisar assim, agora com maior destaque, o escólio de José Frederico Marques, para quem se pode falar em “Direito Processual Comum (dividido em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal) e em Direito Processual Especial, que se ramificaria em três disciplinas: Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Eleitoral e Direito Processual Militar”.²⁴

Nesse sentido, sobreleva notar, por exemplo, que o artigo 1º do Código de Processo do Trabalho português²⁵ enfatiza a ideia de que a processualística laboral deve ter as lacunas preenchidas pelo Processo Comum, entendido, como tal, o Processo Civil ou Penal, sendo certo, ademais, que as normas subsidiárias não se aplicam quando forem incompatíveis com a índole do Processo do Trabalho.

Tal assertiva, aliás, não deveria soar estranha, pois todos aqueles que estudam os autores clássicos sabem muito bem que a doutrina jamais foi refratária à utilização do Processo Penal para a colmatação de lacunas no Processo do Trabalho. Tome-se, como ilustrativo do afirmado, respectivamente, as lições de Coqueijo Costa e Wagner Giglio:

A interpretação do Direito Processual do Trabalho não pode fugir das regras básicas da interpretação do Direito Processual Civil, com alguma ressonância também na interpretação de certos princípios do Direito Processual Penal.²⁶

Levado às últimas consequências, o princípio da extrapetição transformaria a petição inicial da ação trabalhista, nos dissídios individuais, em algo muito semelhante à queixa-crime.

24 MARQUES, José Frederico. Op. cit. p. 16.

25 Importante a reprodução, neste ponto, do mencionado dispositivo legal: “CÓDIGO DE PROCESSO DO TRABALHO - Disposições Fundamentais. Artigo 1º. Âmbito e integração do diploma. 1 - O processo do trabalho é regulado pelo presente Código. 2 - Nos casos omissos recorre-se sucessivamente: a) À legislação processual comum, civil ou penal, que directamente os previna; [...] 3 - As normas subsidiárias não se aplicam quando forem incompatíveis com a índole do processo regulado neste Código.” Obtido via internet: <http://migre.me/ojWRP>, acesso em 24.01.2015.

26 COSTA, Carlos Coqueijo. Op. cit. p. 17.

Na verdade a defesa dessa aproximação do processo do trabalho ao processo penal não deveria causar espécie, pois encontra apoio não apenas no alto teor de inquisitorialidade do procedimento trabalhista, mas até na máxima latina narra mihi factum dabo tibi jus: Idealmente, caberia ao empregado, ignorante dos seus direitos, narrar os fatos – data da admissão e do despedimento, funções, salário e horário de trabalho, em essência – incumbindo-se o juízo de apurar o cumprimento ou o descumprimento das obrigações patrimoniais.²⁷

Não se pode negar que o Processo Penal, assim como o Processo do Trabalho, é mais fortemente influenciado pelo modelo inquisitivo do que o Processo Civil, não devendo causar admiração, portanto, a possibilidade de os dois primeiros em alguma medida dialogarem.

Como exemplo de aplicação de disposições processuais penais no Processo do Trabalho, podemos elencar, entre outros, o artigo 231 do Código de Processo Penal, que ao permitir às partes a apresentação de documentos em qualquer fase do processo, vai muito mais ao encontro do espírito que orienta o Processo do Trabalho que a regra do artigo 434 do CPC/2015, na medida em que esta última estabelece que os litigantes em regra instruirão a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar-lhe as alegações, só podendo a partir de então, nos termos do artigo 435 do CPC/2015, trazer outros documentos ao processo por exceção.

Percebe-se neste aspecto específico, quando combinados os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015, que o primeiro, por ser mais amplo, abarca na sua essência o segundo, permitindo que o Processo do Trabalho dialogue tanto com o Processo Civil (de acordo com o indicativo dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015) como também com o Processo Penal (de acordo com o indicativo mais amplo do artigo 769 da CLT). Por motivos óbvios, o Processo Civil possui maiores pontos de contato com o Processo do Trabalho do que o Processo Penal, o que de modo algum significa, todavia, que a processualística penal não possa ser útil à colmatação das lacunas processuais trabalhistas.

Mas a questão não para por aí. Ocorre que quando levada a sério a doutrina do diálogo das fontes, o imbróglio se torna ainda mais complexo, tomando uma amplitude muito maior que aquela derivada da simples combinação dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015. Ocorre que como

27 GIGLIO, Wagner Drdla. Op. cit. p. 70.

já dito anteriormente, o Processo do Trabalho também interage com algumas leis extravagantes, como, por exemplo, a de execução fiscal, e outros microsistemas processuais como os dos Juizados Especiais, da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Basta ver, no primeiro dos casos, que o artigo 889 da CLT estabelece que “aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título [referindo-se ao título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho], os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

De igual sorte, o Processo do Trabalho não passa imune aos influxos das leis 9.099-95 e 10.259-01, que dispõem sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos âmbitos estadual e federal. Como exemplos mais que conhecidos de disposições destas leis aplicáveis ao Processo do Trabalho, podem ser citados os artigos 10 e 31 da lei 9.099-95 e 17 da lei 10.259-01, que impedem a intervenção de terceiros e a reconvenção no rito sumaríssimo trabalhista, viabilizando, ademais, a requisição de pequenos valores em face da Fazenda Pública independentemente de precatório.

Não custa lembrar, por fim, que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor constituem um poderoso microsistema para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja aplicabilidade nos processos laborais pode ser detalhadamente compreendida no nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas*, ao qual remetemos o leitor²⁸.

4.4.3 A Aplicação Supletiva e Subsidiária do CPC/2015 ao Processo do Trabalho

Demonstrada a amplitude dialógica do Processo do Trabalho, é chegado o momento de concentrarmos esforços na demonstração do que se deve compreender como a aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 ao Processo do Trabalho.

É importante destacar aqui, que enquanto o artigo 769 da CLT fala que o direito processual comum será fonte ‘subsidiária’ do Direito Proces-

28 CESÁRIO, João Humberto. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012, p. 164 et seq.

sual do Trabalho, o artigo 15 do CPC/2015 estabelece que o novo código será aplicado ‘supletiva’ e ‘subsidiariamente’ ao Processo do Trabalho.

De tal arte, considerada a máxima de que a lei não contém (ou pelo menos não deveria conter) palavras inúteis, revela-se imperioso que de agora em diante emprestemos sentido jurídico às expressões ‘supletiva’ e ‘subsidiariamente’, sem que nesta tarefa percamos o significado léxico das aludidas expressões. Antes de nos embrenharmos por tal empreitada, sobreleva advertir que tais vocábulos têm conotação extremamente próxima, sendo comumente usados como sinônimos, razão pela qual é difícil diferenciá-los.

Uma primeira pista para a compreensão de ambos pode ser obtida no parecer da Câmara dos Deputados, exarado durante a tramitação do projeto do CPC/2015 naquela casa legislativa, que a certa altura diz que “aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa”²⁹.

Com todo o respeito, sem que nem de longe queiramos desmerecer o elogiável trabalho realizado pela Câmara dos Deputados na tramitação do CPC/2015, parece-nos que a diferenciação, a par de não oferecer o melhor tratamento vernacular às mencionadas expressões, igualmente claudica nas suas significações jurídicas.

Há de se notar, primeiramente, que o respeitável parecer, ao dizer que a aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna, enquanto a aplicação supletiva colima a complementação normativa, parece sugerir que neste último caso não haveria lacuna a ser colmatada, o que não se revela apropriado.

Foi justamente por isso que alhures dividimos em totais e parciais as lacunas normativas ligadas ao Processo do Trabalho. Na primeira delas, como já explicamos, nem a CLT ou a legislação processual trabalhista extravagante possuem regramento sobre determinado instituto do processo. Já no segundo caso, elas ocorrem em um contexto no qual embora a CLT tenha tratado mais cuidadosamente do assunto, ainda assim não o fez de modo exauriente. Portanto, em quaisquer das hipóteses, seja na aplicação subsidiária ou supletiva do CPC/2015 ao Processo do Trabalho, estaremos

²⁹ Parecer ao projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do ‘Código de Processo Civil’ (revogam a lei nº 5.869, de 1973). p. 196. Dispol em: <<http://migre.me/okvxp>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

sempre trabalhando no plano do preenchimento de lacunas, sejam elas normativas totais, normativas parciais, ontológicas ou axiológicas.

Parece-nos, demais disso, que sem embargo da proximidade linguística das palavras ‘subsidiário’ e ‘supletivo’, a primeira delas seria algo que vem em reforço do que já existe, enquanto a segunda seria aquilo que completa (e não meramente complementa como indica o parecer parlamentar) um espaço totalmente vazio. A prevalecer tal pensamento, o parecer da Câmara, além de maltratar o significado jurídico das lacunas no direito, estaria com os sinais semânticos invertidos ao dizer que a aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna e a aplicação supletiva à complementação normativa.

Mostra-se adequado, nesse momento, valermos-nos do conteúdo dos léxicos. Segundo o dicionário Houaiss³⁰, subsidiário é o que ajuda, socorre, reforça, aumenta, contribui, e supletivo é o que serve para completar [e não complementar]. Na mesma linha, o dicionário Michaelis³¹ esclarece que subsidiário é o que fortalece, que vem em apoio ou reforço, que robustece algo tido como principal, ao passo que supletivo é o que serve de suplemento, que completa [e não meramente complementa].

Ora, se com estribo nos léxicos “subsidiário é algo que vem em apoio ou reforço daquilo que é principal”, enquanto “supletivo é aquilo que completa”, o correto a se fazer, juridicamente falando, é compreender-se que ‘subsidiário’ é o que vem em auxílio de uma regra existente, mas insuficiente para reger plenamente determinada matéria, ao passo que ‘supletivo’ é o que completa um espaço normativo totalmente vazio.

Em resumo: subsidiário é o que complementa; supletivo é o que completa!

Não é inapropriado entender-se, de tal arte, que no plano das lacunas normativas totais o CPC/2015 deve ser usado supletivamente no Processo do Trabalho, sendo certo que no plano das lacunas normativas parciais, ontológicas e axiológicas o CPC/2015 deve ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho³².

30 Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

31 Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

32 Vide, em sentido em oposto ao aqui defendido, filiando-se, portanto, à visão do parecer da Câmara dos Deputados, MEIRELES, Edilton. O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira (dir); ROMAR, Carla Teresa Martins; ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim (coords). Revista de direito do trabalho. v. 40, n. 157. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2014, p. 131: “Em suma, temos que a regra subsidiária visa preencher a lacuna

A questão, delicada por natureza, pode ser melhor compreendida com o auxílio da exemplificação, sem que, por motivos óbvios, nem de longe intentemos esgotar a matéria:

- A CLT e a legislação processual do trabalho extravagante não falam sobre o instituto processual da intervenção de terceiros. No caso, portanto, aplicaremos supletivamente ao Processo do Trabalho os artigos 119 e seguintes do CPC/2015, com as ressalvas necessárias, naturalmente;

- A CLT não fala da ação rescisória, salvo uma brevíssima remissão no seu artigo 836 que remete a matéria justamente ao Código de Processo Civil. Aplicaremos supletivamente à hipótese, com efeito, os artigos 966 e seguintes do CPC/2015 ao Processo do Trabalho;

- A CLT fala basicamente sobre a prova documental, ainda assim com uma laconicidade assustadora, nos seus artigos 787, 830 e 852-H, § 1º. De tal arte, no caso dessa modalidade probatória (documental), as disposições dos artigos 405 e seguintes do CPC/2015 serão supletivamente aplicadas no Processo do Trabalho;

- A CLT fala sobre a apelação (*rectius*: recurso ordinário) no seu artigo 895, mas como ele é insuficiente para compreendermos todos os meandros do tema, como, por exemplo, aqueles ligados ao efeito devolutivo em extensão e em profundidade do apelo, aplicaremos os artigos 1.009 e seguintes do CPC/2015 subsidiariamente ao processo do Trabalho;

- A CLT fala sobre os embargos do devedor no seu artigo 884, mas como ele não possui o elástico necessário à compreensão de todos os aspectos do seu processamento, aplicaremos, com as necessárias ressalvas (como, v.g., aquelas atinentes ao prazo e à garantia do juízo), o artigo 525 do CPC/2015 subsidiariamente ao processo do Trabalho.

- A CLT fala sobre as nulidades processuais de modo bastante satisfatório, mas ainda assim incompleto, nos seus artigos 794 a 798. Logo, há no caso iniludível margem para a utilização subsidiária dos artigos 276 a 283 do CPC/2015 no Processo do Trabalho;

- A CLT, como já indicamos anteriormente, possui uma lacuna axiológica no seu artigo 899, pois, em claro apego aos valores excessivamente patrimonialísticos do modelo liberal de estado, acaba por fazer tábula rasa da

integral (omissão absoluta) do corpo normativo. Já a regra supletiva tem por objeto dar complementação normativa ao que foi regulado de modo incompleto (omissão parcial). Ali falta a regra, aqui a regra é incompleta. Ali, supre-se a ausência da regra; aqui, complementa-se a regra que não esgota a matéria.”

valorização da dignidade humana, tão cara ao Estado Democrático de Direito. Assim, haveremos de aplicar subsidiariamente ao Processo do Trabalho, em que pese o atual conservadorismo jurisprudencial do TST sobre o assunto (S. 417, III, do TST), as regras dos artigos 520 e 521 do CPC/2015, especialmente aquelas que permitem o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos de alienação da propriedade, independentemente de caução, nos casos em que o crédito for de natureza alimentar e o credor demonstrar situação de necessidade ou a sentença estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (no nosso caso do TST) ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (artigo 521 do CPC/2015).

Os exemplos, como é fácil intuir, seriam infinitos. Coube-nos aqui, em uma primeira aproximação do problema, meramente trazer a tona alguns dos seus aspectos, que serão melhor analisados em obras específicas.

5 CONCLUSÃO

Revela-se útil, ao final de um trabalho, condensar as suas principais conclusões, tarefa da qual nos desvencilharemos de agora em diante:

- O artigo 15 do CPC/2015 não revogou o artigo 769 da CLT;
- Os artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015 devem ser lidos combinadamente, na perspectiva jurídica do diálogo das fontes;
- No Processo do Trabalho existem lacunas normativas totais, normativas parciais, ontológicas e axiológicas;
- O Processo do Trabalho possui um núcleo duro, composto por protecionismo, inquisitividade, concentração dos atos processuais, imediação, oralidade, simplicidade procedimental e celeridade processual, que não pode ser corrompido na colmatação das suas lacunas, sob pena do comprometimento da sua autonomia científica;
- No preenchimento das lacunas do Processo do Trabalho podem ser usadas disposições do Processo Civil, do Processo Penal, de leis processuais extravagantes e outros microssistemas processuais, como os dos Juizados Especiais e o da tutela transindividual de direitos;
- No plano das lacunas normativas totais o CPC/2015 deve ser usado supletivamente no Processo do Trabalho, ao passo que no plano das lacunas normativas parciais, ontológicas e axiológicas o CPC/2015 deve ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de direito judiciário do trabalho**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1985.
- CESÁRIO, João Humberto. **Audiência na justiça do trabalho: curso teórico e prático**. Cuiabá: JHC, 2012.
- _____. **Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2012.
- COSTA, Carlos Coqueijo. **Direito Processual do Trabalho**. 4 ed. rev., atual. e adap. por TRINDADE, Washington Luiz da. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DICIONARIO. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 12 mar. 2015
- DICIONARIO. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 12 mar. 2015
- DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Disponível em: <<http://migre.me/oiH7a>>. Acesso em: 23 jan. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIGLIO, Wagner Drdla. **Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- LISBOA. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – Ministério Público. Disponível em: <<http://migre.me/ojWRP>>. Acesso em: jan.2015.
- MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: LTr, 2004. V.4
- MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método na nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (org). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual Civil**. 1. ed. rev., atual. e ampl. Campinas: Millennium, 199.v.1.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira (dir); ROMAR, Carla Teresa Martins; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coords.). **Revista de direito do trabalho**. v. 40, n. 157. São Paulo: Revista v. 2015
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O PROCESSO DECISÓRIO NO ÂMBITO DA ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

*THE DECISION-MAKING PROCESS ON THE GENERAL
ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS (UN)*

.....
Katerine da Rosa Scussel¹
Milene Pacheco Kindermann²
.....

RESUMO

Na busca por soluções de conflitos globais destacam-se as organizações internacionais, em especial a ONU. Esta pesquisa, de caráter descritivo, trata desta OIG, do seu histórico e aspectos gerais, tendo como foco o processo de tomada de decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), por ser a mais representativa no cenário mundial, competente para examinar quaisquer temas e contar com 193 Estados, o que a torna indicada para tomar decisões mais complexas e abrangentes. Os dados foram obtidos principalmente no *site* oficial da organização, em especial na Carta da ONU e no Regulamento da Assembleia Geral (RAG). Conclui-se que o procedimento para tomada de decisão na AGNU possui uma metodologia minuciosa e conta com a participação dos seus órgãos, comissões e subcomissões, pois os temas passam por análises e debates antes de ser examinados pela Assembleia.

PALAVRAS-CHAVE: Assembleia Geral das Nações Unidas. Regulamento. ONU. Tomada de decisão.

ABSTRACT

In search for solutions to global conflicts, international organizations stood out, in particular the UN. This research, with descriptive character, is about this international governmental organization, its historical and general aspects, focused on the process to take decisions of the

1 Graduada do Curso de Relações Internacionais da UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Bolsista do Programa de Bolsas de Pesquisa do Artigo 170. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5920043385782468>. E-mail: katerinescussel@gmail.com.

2 Doutora em Direito e Ciências Sociais, pela Universidad del Museo Argentino. Professora dos Cursos de Direito e de Relações Internacionais da UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Coordena a área institucional da extensão universitária na Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão da UNISUL. Orientadora do Programa de Bolsas de Pesquisa do Artigo 170. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7782539544015738>. E-mail: milene.kindermann@unisul.br.

General Assembly of United Nations, because it is the most representative on world, with competence to look over any subjects and it has the participation of 193 States, making it indicated to take decisions more complex and broad. The dates obtained mainly on organization official's site, especially on the UN Charter and on the Rules of Procedure of General Assembly and other information. Concludes that the procedure takes decisions of the General Assembly has a thorough methodology and contains the participations of its organs, commissions and subcommittees because the subjects were analyze and discuss before to be examining of the Assembly.

KEYWORDS: General Assembly of United Nations. UN. Decision making.

1 INTRODUÇÃO

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional passou a reconhecer como seus sujeitos não somente os Estados, mas também o indivíduo e as Organizações Internacionais Governamentais (OIGs). Herz e Hoffman (2004, p. 17) explicam que as OIGs “são a forma mais institucionalizada de realizar a cooperação institucional”. Elas propiciam relações multilaterais entre os atores da sociedade internacional, debatendo e discutindo agendas que são do interesse de um grupo de Estados ou da coletividade.

Dentre elas destaca-se a Organização das Nações Unidas (ONU), por ser universal e contemplar temas de distintas naturezas. Em seu modo de funcionamento, apresenta um sistema interessante de tomada de decisão, que possibilita aos Estados participantes a expressão de seus posicionamentos. Mazzuoli (2010) esclarece que as decisões em OIGs são geralmente tomadas em Assembleias e representam a vontade conjunta dos membros da organização, passando a ser autônomas e independentes da vontade unilateral destes.

Na ONU, a Assembleia Geral (AGNU), órgão principal, conta com um conjunto de órgãos subsidiários e com um regulamento de funcionamento composto de 163 artigos. De modo geral, estas regras de procedimento são pouco estudadas, não contidas na grande parte da doutrina da área das Organizações Internacionais ou do Direito Internacional Público, nem tampouco em artigos científicos ou monografias. Por esta razão, a pesquisa tratou de conhecer, com profundidade, o funcionamento do processo decisório da AGNU. Para tanto, foram realizados levantamentos bibliográficos e documentais sobre o processo de tomada de decisão nas OIGs, sobre os aspectos gerais da ONU e como os Estados participam dela e dos seus processos de tomada de decisão. Foram feitas pesquisas, ainda, sobre o modo de funcionamento da AGNU e dos órgãos subsidiários que ali atuam, com

a descrição dos procedimentos previstos no Regulamento da Assembleia Geral (RAG) da ONU, no que atine ao processo de tomada de decisão.

Com finalidade descritiva, este estudo teve como método de abordagem o indutivo e a pesquisa o nível exploratório. Foi qualitativa e teve como método de procedimento o estudo de caso. Os dados foram coletados especialmente na Carta da ONU e no RAG, disponibilizados no *site* oficial da organização.

2 AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E A ONU

Com a crescente interdependência entre os Estados no cenário global, aumentou a necessidade dos interesses serem convencionados entre mais de dois países. Na busca pela convivência pacífica entre povos e pela formatação horizontal do sistema internacional, as relações progrediram para a criação das organizações internacionais. Estas nasceram inicialmente em quatro tipos, conforme explica Cretella (2007), sendo as Comissões Fluviais para disciplinar as regras de navegação em rios internacionais, as Uniões Administrativas para determinação de normas técnicas, as Comissões Sanitárias para evitarem-se as epidemias e as Comissões Financeiras para acompanhar a administração de Estados devedores de empréstimos internacionais.

As OIGs alcançaram níveis mais complexos e suas alterações foram capazes de diferenciá-las das conferências internacionais. Cretella (2007) aponta que enquanto as primeiras tentativas para resolução de conflitos aconteciam sem previsão, as organizações apresentam periodicidade e permanência, fator que também as distinguem das conferências internacionais periódicas. As conferências *ad hoc* eram limitadas em relação ao campo de atuação e resultados. Em contrapartida, as OIGs possibilitam maior abrangência e especialidade.

Historicamente, as OIGs foram divididas em três gerações. As de primeira geração (fase da “preparação para as organizações internacionais”, de 1815 a 1914) eram bastante simples, tinham recursos limitados, pouco reconhecimento internacional e atuavam em campos específicos. As de segunda geração (fase do “desenvolvimento das organizações internacionais”, de 1914 a 1945) visavam primeiramente evitar conflitos futuros e têm como principal nome a Sociedade das Nações (SdN), que apresentou importantes destaques técnicos, mas foi limitada no plano político. Por fim, as de terceira geração (fase da “consolidação das organizações interna-

cionais”, a partir de 1945) destacam-se pela aparência complexa e completa, tendo a ONU como grande exemplo (CRETELLA, 2007).

A ONU segue os princípios da SdN, porém sua criação contou com mais compromisso e consciência por parte dos membros, o que a tornou mais viável. Em 1º de janeiro de 1942, durante a II Guerra Mundial, 26 países aprovaram a “Declaração das Nações Unidas” se comprometendo em lutar contra as potências do Eixo. Após discussões em torno da declaração e da necessidade de cessar fogo, foi acordada a preservação da igualdade soberana dos Estados pacíficos, com o propósito da manutenção da paz e segurança internacionais em uma OIG geral. Com seu embrião gerado em 1943, na Conferência de Moscou, foi fundada, oficialmente, com sede em Nova York, em 26 de junho de 1945, por 51 países, por meio da Carta de São Francisco (ou Carta da ONU), que entrou em vigor em 24 de Outubro de 1945. Tem como compromisso manter a paz e a segurança internacionais, por meio de relações amistosas entre os Estados, progresso econômico e social, e garantia de direitos humanos. A ONU cresceu, contando, em 2014, com 193 Estados-membros (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014b).

Para melhor alcançar seus objetivos, as Nações Unidas são organizadas em órgãos. Mazzuoli (p. 129, 2005) descreve que “nos termos do art. 7º da Carta da ONU, os principais são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho de Tutela, o Secretariado e o Conselho Econômico e Social”. A ONU tem papel representativo no sistema internacional, contando com 16 organismos especializados, que formam o “Sistema das Nações Unidas”, o que torna possível tratar com maior compromisso e competência temas relevantes no sistema internacional (CRETELLA, 2007)

Dentre as peculiaridades da Carta da ONU, pode-se citar o art. 103, que trata da supremacia desta em relação a outras obrigações contraídas pelos Estados-membros. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a, tradução nossa).

3 SISTEMA DE TOMADA DE DECISÃO NAS OIGS

Para que sejam decididas medidas sobre os temas debatidos nas reuniões realizadas nas OIGs, é necessário que ocorra um processo de votação, no qual cada membro tem espaço para expressar suas vontades e receios.

Durante a evolução das OIGs, foram obtidas mudanças no sistema de votação, que era feito por meio de unanimidade. A partir da percepção da necessidade de que fossem agilizados os processos e da ideia de proporcionalidade, passou-se a contemplar o sistema de “votação ponderada e contribuições monetárias proporcionais” (CRETELLA, 2007). Além disso, assuntos aparentemente externos às decisões políticas dos Estados passaram a ser discutidos nas OIGs, como territórios dependentes e associações privadas. A escolha por modelos de votação ponderada é vista, por alguns, como perda do princípio da igualdade soberana dos Estados.

As votações, teoricamente, aplicam a regra “um Estado - um voto”, porém na prática, cada Estado-membro tem um peso diferenciado. Cretella (2007, p. 241) aponta que:

Antes de 1939, quatro critérios de votos ponderados podiam ser observados, podendo ser proporcionais: às respectivas contribuições ao orçamento [...]; às populações dos Estados-membros [...]; à importância relativa de cada Estado-membro em relação à matéria regulada [...]; e às considerações e conveniências de ordem política [...].

Dependendo da OIG, os Estados participam das decisões de forma diferenciada. A participação dos Estados em órgãos plenários e restritos, indiretamente, determina o grau de representatividade deles na organização, pois aqueles que participam com maior engajamento nos órgãos restritos apresentam maior importância. Quando a OIG é contemplada com grande número de membros, a representatividade desses fica mais comprometida, pela dificuldade existente na realização de reuniões plenárias constantes. Como alternativa a esse problema prático, as decisões são tomadas nos órgãos restritos. Apesar disso, busca-se atenuar as diferenças de diversas formas, de modo que os órgãos restritos não sejam mais importantes do que as reuniões plenárias.

Além das questões de ordem prática, ainda existem razões de ordem política para que o sistema de votação ponderado seja a alternativa em relação à unanimidade. A relevância do Estado no âmbito internacional é um dos maiores fatores na dinâmica do processo de tomada de decisão, sendo que sua contribuição e poderio no sistema refletem maior capacidade de atuar em prol da decisão e, como consequência, maior destaque nos processos de votação.

Porém, muitas vezes, chega-se a decisões sem a realização de uma votação formal. Por meio de consultas e conversações informais, que ocorrem

fora do âmbito da assembleia, os Estados manifestam o entendimento sobre a matéria discutida, sendo possível saber quando é importante a manutenção do tema em um processo de votação ou quando isso será desgastante, especialmente em razão da negativa de consenso por Estados mais fortes. Cretella (2007) explica que essas assimetrias indissolúveis podem causar desgastes às relações internacionais e ao processo decisório. E complementa que:

A adoção de decisões sem votação não significa, em absoluto, que o peso de todos os membros é idêntico. O órgão que adota determinada decisão [...] leva em conta o número de votos de cada membro, as maiorias exigidas, a relevância de cada membro na comunidade internacional e também em relação à matéria discutida e até mesmo a preparação e talento dos delegados (CRETELLA, 2007, p. 237).

Muitas vezes, ocorre votação quando existe a politização do processo de tomada de decisão, bastante comum em organizações internacionais financeiras, ou ainda, quando se trata de fixação de cotas de exportação ou preços no mercado de matérias primas. O procedimento de tomada de decisão geralmente vem acordado no estatuto das OIGs, com as devidas especificações de cada uma, o que Cretella (2007) assinala como um “fator formal”.

Outro fator citado pelo autor é de natureza funcional:

As organizações internacionais desempenham, principalmente, funções consultivas, regulatórias, de informação e operacionais. Em sua maioria, predominam as funções operacionais, e discussões polarizadas, de cunho político, tenderiam a provocar sua virtual paralisação. Daí a tendência a procurar soluções bem preparadas e negociadas, evitando a todo custo o confronto (CRETELLA, 2007, p. 238).

4 AGNU E O SISTEMA DE VOTAÇÃO

A Assembleia Geral da ONU é definida no capítulo IV da Carta da ONU, que trata dos procedimentos do órgão. É estipulado na Carta (artigo 9, parágrafo 1) que a “Assembleia Geral será integrada por todos os Membros das Nações Unidas” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a, tradução nossa) e estipula o número máximo de cinco representantes para cada Estado (artigo 9, parágrafo 2). A AGNU pode discutir qualquer assunto pertinente à Carta e fazer recomendações sobre eles (artigo 10), além de validar ações dos órgãos restritos, baseando-se nos “princípios gerais da cooperação para manutenção da paz e da segurança internacionais, inclusive

os princípios que regem o desarmamento e a regulação dos armamentos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a, tradução nossa), como é explicado no artigo 11. Há exceção em relação aos assuntos que o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) esteja tratando, de modo que esses não podem ser analisados, no mesmo período, pelos dois órgãos. Desta maneira, a AGNU pode indicar assuntos ao CSNU, porém não deve abordá-los quando o Conselho já o faz (artigo 12). As indicações feitas ao CSNU, como também é especificado no artigo 11 da Carta da ONU, poderão ser consideradas “chamadas de atenção” a alguma situação que poderá por em risco a paz e a segurança internacionais, de modo que a AGNU tem plena capacidade para discutir qualquer tema que possa representar perigo às relações internacionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a).

Outras recomendações, estipuladas no Art. 13, parágrafo 1, podem ser

- a) fomentar a cooperação internacional no campo político e impulsionar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação; b) fomentar a cooperação internacional em matérias de caráter econômico, social, cultural, educativo e sanitário e ajudar a fazer efetivos os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a, tradução nossa).

Anualmente, e em situações especiais, a AGNU recebe relatórios do CSNU e dos outros órgãos da ONU (artigo 15), além de examinar e aprovar propostas administrativas (artigo 17) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a).

O processo de votação na AGNU está regulamentado nos artigos 18 e 19 da Carta, que delimita que “cada Membro terá direito a um voto” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a, tradução nossa). As decisões importantes são tomadas por maioria de 2/3 dos Membros presentes e votantes, como:

As recomendações relativas à manutenção da paz e segurança internacionais, à eleição dos membros não permanentes do Conselho de Segurança, à eleição dos membros do Conselho Econômico e Social, à eleição dos membros do Conselho de Administração Fiduciária de conformidade com o inciso c, parágrafo 1, do Artigo 86, à admissão de novos Membros às Nações Unidas, à suspensão dos direitos e privilégios dos Membros, à expulsão de Membros, às questões relativas ao funcionamento do regime de administração fiduciária e às questões orçamentárias. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a).

Outras questões, inclusive a determinação de outros assuntos que devam ser tratados de forma diferenciada, são decididas por maioria simples.

O artigo 19 afirma que os membros em atraso financeiro, cujo montante “for igual ou superior ao montante das contribuições devidas nos últimos dois anos completos”, não terão voto na AGNU, exceto quando for julgado que o fato “se deve a circunstâncias alheias à vontade dos Estados” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a, tradução nossa).

Esse órgão plenário tem capacidade de eleger seu próprio presidente em casa sessão, que são ordinárias (anuais) ou extraordinárias (quando solicitadas em outro período pelo Secretário Geral, a pedido do CSNU ou da maioria dos Membros das Nações Unidas). A Carta estabelece que a Assembleia apresente seu próprio regulamento e a possibilidade de estabelecer organismos especializados que julgar necessários (artigos 20 a 22). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a).

4.1 O REGULAMENTO DA AGNU

A AGNU conta com um Regulamento próprio, elaborado inicialmente por 15 Estados-membros, que entrou em vigor em janeiro de 1948 e passou por diversas alterações ao longo do tempo, sendo a última (A/520/Rev.16/Corr.1) em setembro de 2007. De maneira geral, o RAG torna as normas previstas na Carta da ONU mais detalhadas, sendo composto por 163 artigos, divididos em 18 capítulos, descritos abaixo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014c).

O *primeiro* deles diz respeito aos períodos de sessões, divididas em ordinárias e extraordinárias. Nas sessões ordinárias, o RAG prevê reuniões anuais, a partir da segunda-feira da terceira semana de setembro, contada desde a primeira semana do mês em que haja pelo menos um dia útil. A sessão deverá ser anunciada por meio de notificação, 60 dias antes de seu início, feita pelo Secretário Geral das Nações Unidas (SGNU) aos Estados-membros. Ao iniciar a sessão, a mesa da AGNU fixará a data para seu término. As sessões acontecerão na sede das Nações Unidas, podendo ocorrer em outro local, mediante decisão anterior da própria AGNU, por petição da maioria de seus membros, ou de um deles, desde que aprovada pela maioria, em prazo hábil (120 dias para o pedido e 30 dias para a manifestação dos membros da AGNU). As sessões poderão ser suspensas por decisão da AGNU, sendo retomadas em data posterior (artigos 1 a 6).

Para convocação das sessões extraordinárias, o SGNU deverá agendar o início das atividades em 15 dias após ter recebido o pedido de reunião proveniente do CSNU ou da maioria dos membros da AGNU. Nos casos de sessões emergenciais, com base na Resolução 377-A, de novembro de 1950 (que prevê a ação da AGNU nos casos em que o CSNU não consiga agir em razão da falta de unanimidade dos membros permanentes), o prazo de 15 dias é reduzido para 24 horas. Um membro da AGNU poderá pedir uma sessão extraordinária e o SGNU tem o prazo de trinta dias para obter a concordância ou não da maioria dos membros da AGNU. Este prazo fica reduzido ao mínimo possível para o caso de sessão emergencial. O prazo de notificação do SGNU para a abertura de uma sessão extraordinária é de pelo menos 14 dias (quando convocado a pedido do CSNU), 10 dias (quando convocado pela maioria ou por um dos membros da AGNU) e 12 horas no caso de sessões emergenciais (artigos 7 a 10). As convocações da AGNU serão remetidas para os demais órgãos da ONU (artigo 11).

O *segundo* capítulo trata do programa a ser trabalhado nas sessões ordinárias da AGNU. O SGNU remeterá o programa provisório das sessões pelo menos 60 dias anteriores da abertura da sessão, que conterà um memorial sobre os trabalhos da ONU, os informes dos órgãos principais e subsidiários e dos organismos especializados, temas definidos pela AGNU em sessões anteriores, temas propostos por outros órgãos principais ou por qualquer membro da ONU, questões orçamentárias e de prestação de contas, e outros assuntos que o SGNU entenda necessários ou propostos por membros da ONU. Poderão ser incluídos temas complementares, a pedido de qualquer membro da AGNU, a ser apresentado aos demais, pelo SGNU, até 30 dias antes do início da sessão. Em prazo inferior a 30 dias ou durante as sessões da AGNU, outros temas poderão ser incluídos, mediante voto da maioria dos presentes na AGNU, para exame imediato ou no intervalo de 7 dias (artigos 12 a 15).

Nas sessões extraordinárias, o programa será remetido pelo SGNU em pelo menos 14 dias (CSNU) ou 10 dias (pedido dos membros da AGNU) antes do início da sessão, ou simultâneo à convocação em casos emergenciais. O tema será aquele solicitado no pedido de reunião extraordinária, mas qualquer membro ou órgão principal da ONU poderá solicitar a inclusão de temas complementares em até quatro dias anteriores ao início da sessão. Durante os trabalhos da sessão poderão ser apresentados temas

suplementares, seguindo-se idêntico procedimento das sessões ordinárias. Nas sessões de emergência, a inclusão fica restrita aos temas relativos à segurança. (artigos 16 a 19).

Em ambos os tipos de sessão os temas de trabalho serão apresentados em memorando explicativo, possivelmente acompanhado de documentos básicos ou projeto de resolução. No início de cada período de sessão, serão apresentados o programa provisório e a lista de temas complementares, junto ao informe da mesa da Assembleia. Esta agenda poderá ser modificada por votação da AGNU. Para tanto, poderão ser abertos debates, limitados a três oradores favoráveis à inclusão/exclusão e três contrários. Fica vetada a inclusão de temas referente a mudanças no orçamento em execução das Nações Unidas, não submetidos com a anterioridade de 90 dias do início da sessão (artigos 20 a 24).

O *terceiro* capítulo trata das delegações de cada membro da AGNU, que serão compostas de até 5 representantes e 5 suplentes (que poderão atuar como representantes mediante designação do chefe da delegação), e de tantos conselheiros e assessores quanto necessário (artigos 25 e 26).

O capítulo *quarto* prevê as regras quanto à apresentação dos poderes dos componentes da delegação. Inicia com a apresentação das credenciais e nomes, emitidas pelo Chefe de Estado ou Ministro de Relações Exteriores para o SGNU, pelo menos uma semana antes da abertura do período de sessões, que serão examinadas por uma Comissão de Verificação, composta por 9 membros, nomeados pela AGNU, no início do período de sessões. No caso de impugnação do nome de um membro de delegação, a Comissão fará a verificação dos poderes e encaminhará um relatório à AGNU, que decidirá a admissão do representante, que exerce suas funções provisoriamente até a decisão (artigos 27a 29).

O capítulo *cinco* traz normas quanto aos papéis de presidente e vice-presidente da AGNU. Esta elege seu Presidente, os Presidentes das seis Comissões Principais e 21 Vice-presidentes três meses antes do início do período de sessões que irão presidir, exceto quando a própria assembleia decide diferente. Caso não haja candidatos eleitos no início do período de sessões, o Presidente do período anterior ou o chefe da delegação a qual ele participava assumirá as funções até nova eleição. Quando o Presidente precisar se retirar de alguma sessão, escolherá um dos Vice-presidentes para assumir interinamente suas atribuições. Quando não puder exercer

suas funções, outro deverá ser eleito para o tempo restante do mandato. O cargo de Presidente será destinado aos representantes dos Estados-Membros, em sistema de rotatividade geográfica equitativa. Os nomeados como Presidentes e Vices de Comissão obedecerão à distribuição de cotas por continente, nos moldes das Resoluções nº 33/138, de 19/12/1978, e nº 48/264, de 29/07/1994 da AGNU (artigos 30 a 34).

O Presidente da AGNU tem por atribuições iniciar as sessões plenárias de cada período, dirigir os debates, decidir questões de ordem, suspensão, adiamento e encerramento dos debates, limitar o tempo de uso da palavra, o número de intervenções de cada representante, o fim da lista de oradores, encaminhar a votação dos assuntos e proclamar as decisões. Submeter-se-á às decisões da AGNU e não participará das votações, designando outro representante de sua delegação para realizar a votação em nome de seu país (artigos 35 a 37).

No capítulo seis estão estabelecidas as regras de funcionamento da mesa de trabalhos, que é composta pelo Presidente, os Presidentes das seis Comissões Principais e os 21 Vice-Presidentes. Podem ter assento à mesa presidentes de outras comissões criadas pela AGNU, mas sem direito a voto. Os presidentes das Comissões poderão ser substituídos por seus vices e estes, por membros de suas delegações. Havendo dois componentes da mesma delegação, um deles não terá direito a voto (artigos 38 e 39).

A mesa apresentará no início de cada sessão os temas a serem debatidos, incluindo os pedidos de inclusão e exclusão. Recomendará à AGNU a data de encerramento do período de sessões, ajudará o Presidente na preparação da organização de cada sessão e na coordenação dos trabalhos das comissões. Reunir-se-á, periodicamente, ao longo do período de sessões, para examinar e fazer recomendações sobre o progresso dos trabalhos, ou, em qualquer tempo, a pedido do Presidente ou de outro membro da mesa. Os membros da AGNU que tenham encaminhado temas para inclusão no programa e que não estejam representados na mesa, poderão ter assento nesta para a discussão de seu pedido, participando apenas com direito a voz. Compete, ainda, à mesa realizar modificações de forma (nunca de fundo) nas resoluções aprovadas na AGNU, comunicando-as a esta, para seu exame (artigos 40 a 44).

O sétimo capítulo prevê a atuação da Secretaria da AGNU, designada ao Secretário Geral (ou alguém por ele indicado), a quem compete secre-

tariar todas as sessões da Assembleia, das suas comissões e subcomissões, prover e dirigir o pessoal necessário a estas atividades. A AGNU estabelece as regras relativas ao pessoal de trabalho. A Secretaria recebe, traduz, imprime e distribui documentos, relatórios e resoluções da AGNU, dos comitês e órgãos; realiza traduções dos discursos; elabora, imprime e distribui as atas das sessões; arquivar documentos e os distribui aos membros das Nações Unidas. O SGNU apresentará, em 45 dias antes da abertura do período de sessões, o relatório anual e os informes complementares sobre os trabalhos da ONU, e, a pedido do CSNU, em cada período de sessões, os assuntos relativos à paz e segurança internacionais que estejam sendo por ele tratados ou que o deixem de sê-lo (artigos 45 a 50).

Os idiomas oficiais de trabalho da AGNU, definidos no capítulo *oito* do RAG, são o árabe, o chinês, o espanhol, o francês, o inglês e o russo, ou outros decididos por ela. As Atas e Resumos das assembleias, Resoluções, publicações no Diário das Nações Unidas e demais documentos serão feitos o mais breve possível e nestes idiomas. Quando da utilização de um dos seis idiomas acima, haverá a tradução para os cinco demais. Na utilização de outros idiomas, é necessária apresentação da tradução para um dos seis idiomas oficiais (artigos 51 a 57).

O capítulo *nove* trata das Atas das reuniões da AGNU e da Comissão de Desarmamento e Segurança Internacional, a serem registradas pela SGNU, de acordo com as formalidades definidas e submetidas à aprovação destes órgãos. A AGNU pode determinar à Secretaria que registre as atas das reuniões de outras Comissões e órgãos. As sessões da AGNU também serão gravadas em áudio, assim como os atos de outros órgãos, mediante sua decisão. Dentro de 15 dias do encerramento do período de sessões, o SGNU comunicará aos membros das Nações Unidas as Resoluções aprovadas pela AGNU (artigos 58 e 59).

No capítulo *dez* define-se que as sessões da AGNU e das comissões e subcomissões serão públicas. Só serão de caráter privado se assim a AGNU e as comissões definirem. As decisões tomadas nas sessões privadas serão divulgadas na sessão pública seguinte ou por comunicado ao SGNU (artigos 60 e 61). O capítulo *onze* prevê que no início e término do período de sessões será reservado um minuto de silêncio para orações ou meditação (artigo 62).

O capítulo *doze* regulamenta o procedimento dos debates e votação dos temas. Nas sessões de emergência, a AGNU reunir-se-á em plenário

e examinará temas da convocação extraordinária, assumindo as funções de Presidente e Vice-Presidentes as delegações (chefe da delegação) que desempenharam estas tarefas em período anterior. Com base no memorial remetido pelo Secretário Geral, a AGNU decidirá, sem remessa à Mesa e sem debates, a respeito das propostas de envio dos temas previstos às Comissões Principais (artigos 63 e 64).

Não serão tomadas decisões definitivas sobre os temas até ser recebido o correspondente informe de uma comissão. Os informes das Comissões Principais podem ser discutidos em sessões plenárias mediante aprovação de 1/3 dos membros presentes e votantes, votada sem debates. O quórum para a abertura da sessão e o desenvolvimento dos debates é de 1/3 dos membros da AGNU. Para a tomada de decisão requer-se a presença da maioria dos membros (artigos 65 a 67).

O uso da palavra nos debates ocorre mediante a inscrição e autorização do Presidente, que pode estabelecer o tempo de manifestação. Este poderá chamar à ordem um orador quando suas observações não forem pertinentes ao tema em debate. A precedência dos debates poderá ser dada ao Presidente e ao relator de uma Comissão, para que exponham as conclusões do trabalho realizado pela Comissão. O Secretário Geral ou pessoa por ele designada poderá se manifestar, de forma oral ou escrita, a qualquer tempo durante a sessão (artigos 68 a 70).

Qualquer representante, durante as discussões, poderá solicitar uma questão de ordem, a ser deferida pelo Presidente. Se indeferida, poderá ser oposto recurso, o que levará à votação da recusa do Presidente pela AGNU, que poderá ser revogada por voto da maioria dos membros presentes e votantes. Na questão de ordem não se poderá tratar do mérito da questão objeto do debate (artigo 71).

A AGNU poderá limitar a duração das intervenções e o número de intervenções de cada representante sobre um mesmo assunto. Antes desta decisão, poderão fazer uso da palavra dois oradores a favor e dois contrários ao tema, para a definição dos limites das intervenções. No caso de um orador ultrapassar o tempo limitado, o Presidente poderá chamá-lo à ordem. Durante os debates, o Presidente poderá ler a lista de inscritos e, com o consentimento da AGNU, declarar encerrada a fase de inscrições. Mesmo encerrada a lista, o Presidente poderá, caso considere aconselhável, conceder a palavra como direito de resposta (artigos 72 e 73).

Qualquer representante poderá propor o adiamento da discussão. Além do autor de uma moção, poderão falar dois oradores a favor e dois contrários, seguindo-se para a votação. Um representante poderá propor, em qualquer momento, o encerramento do debate sobre um tema, mesmo quando outro manifeste o desejo de falar. Esta moção poderá ter a intervenção de até dois oradores que a ela se oponham, seguindo-se para a votação. Se aprovada a moção, encerram-se os debates. Nos pedidos de suspensão ou de adiamento da sessão, as moções são colocadas em votação sem debates. A ordem de precedência entre as moções indica a votação das moções de suspensão da sessão, seguidas da de adiamento da sessão, da de adiamento do debate do tema em discussão, e, por último, da de encerramento do debate de um tema (artigos 74 a 77).

Propostas e emendas deverão ser encaminhadas por escrito ao SGNU, que distribuirá cópias às demais delegações, até a véspera da sessão de votação. Serão aceitas emendas ou moções de procedimento sem prévia distribuição de cópias ou distribuídas no mesmo dia da sessão. Moções sobre a competência da AGNU para exame de um tema serão decididas antes da votação do assunto discutido. As moções poderão ser retiradas de pauta por seu autor antes de sua votação, mas outro delegado poderá reapresentá-la. Um tema não será examinado na mesma sessão após ter sido votado, exceto quando decidido pela maioria de 2/3 dos membros votantes e presentes. A moção de novo exame poderá ser contestada por até dois oradores e submetida imediatamente à votação (artigos 78 a 81).

O sistema de votação da AGNU segue as regras estabelecidas na Carta da ONU, de um membro um voto, com decisões obtidas pela maioria de 2/3 dos membros presentes e votantes nas decisões ou emendas definidas na Carta como importantes e por maioria simples nas demais questões. Para o cômputo dos votos são considerados os membros que se manifestem a favor ou contrários à decisão. Os votos de abstenção não integram as maiorias necessárias (artigos 82 a 86).

O procedimento ordinário de votação far-se-á levantando a mão, pondo-se de pé ou mediante votação mecânica não nominal. Os representantes poderão pedir a votação nominal, por ordem alfabética do nome do país em língua inglesa (sorteado pelo Presidente o país a iniciar a lista), que, ao ser chamado, manifesta-se verbalmente com “sim”, “não” ou “abstenção”, ou utiliza-se o sistema mecânico com identificação de voto. O resultado da

votação é registrado em ata em ordem alfabética dos nomes dos membros. Iniciada a votação, só será interrompida para questões de ordem sobre o sistema adotado. O Presidente permitirá a justificativa de votos, antes ou depois de fazê-los, limitando-se o seu tempo, exceto nas votações secretas e nas explicações sobre a própria proposta ou emenda (artigos 87 e 88).

Pode ser solicitada (por moção) a divisão de uma proposta ou emenda para votação. Se impugnada esta moção, será necessária votação específica do pedido de divisão. É permitida a manifestação de até dois oradores a favor e dois contrários à divisão do tema. Aceita a moção de divisão, passa-se à votação das partes. Estando aprovadas as partes, será feita a votação do conjunto. Apresentada uma emenda a uma proposta, aquela será votada primeiro; mais de uma emenda a uma proposta, estas serão votadas, uma a uma, em ordem decrescente de discrepância do mérito da proposta original. Se uma emenda aprovada implicar na rejeição de outra, esta nem será submetida à votação. Aprovadas uma ou mais emendas, votar-se-á a proposta modificada. Considera-se emenda uma moção que propõe adição, supressão ou modificação do texto proposto. Quando duas ou mais propostas referirem-se à mesma questão, serão votadas na ordem de apresentação à mesa, salvo outra decisão. Votada a primeira proposta, decidir-se-á sobre a necessidade de votação das demais. As decisões que resultem em empate serão reconduzidas à votação, em até 48 horas, como pauta da ordem do dia seguinte. Se ocorrer novo empate, a proposta é considerada rejeitada (artigos 89 a 91 e 95).

As votações para eleições das funções da AGNU serão sempre secretas e sem candidaturas. Não havendo eleição pela maioria requerida em primeira votação, será realizada segunda votação limitada aos dois delegados mais votados. Havendo empate, o Presidente sorteará um deles. Quando requerida a maioria de 2/3, serão realizadas mais três votações. Não obtida a maioria, na votação seguinte será aberta a votação para qualquer membro da Assembleia. Este processo repetir-se-á até que seja obtida a votação pela maioria requerida. Isto não obsta a aplicação dos artigos 143, 144, 146 e 148, que tratam das eleições dos membros do CSNU, do ECOSOC e do Conselho de Tutela. Quando necessária a nomeação para vários cargos, serão eleitos aqueles que obtiverem a maioria requerida na primeira votação, mas se este número for insuficiente para ocupar todos os cargos disponíveis, serão realizadas votações adicionais, limitadas aos candidatos melhor votados

no processo anterior (máximo de dois candidatos por cargo). Não havendo resultado decisivo, aplica-se a regra das três votações (artigos 92 a 94).

O trabalho das Comissões é definido no capítulo *treze* do RAG. A criação das Comissões é definida pela AGNU sempre que considere necessário para o exercício de suas funções, organizando-as e limitando sua atuação por categorias de temas. Novos temas não podem ser incluídos por iniciativa da própria Comissão. As Comissões Principais estão definidas como: Comissão de Desarmamento e Segurança Internacional (Primeira Comissão); Comissão de Assuntos Econômicos e Financeiros (Segunda Comissão); a Comissão de Assuntos Sociais, Humanitários e Culturais (Terceira Comissão); a Comissão Política Especial e de Descolonização (Quarta Comissão); a Comissão de Assuntos Administrativos e de Orçamento (Quinta Comissão); e a Comissão Jurídica (Sexta Comissão) (artigos 96 a 98).

Todas estas Comissões elegerão um Presidente pelo menos três meses antes da abertura do período de sessões, e os demais membros da Mesa no máximo até o final da primeira semana desse período. Os trabalhos das Comissões serão organizados de acordo com a data de encerramento estipulada pela AGNU, de modo que seja possível examinar todos os temas em pauta, adotando a ordem de prioridade, o cronograma de trabalho e o número de sessões. Os membros da AGNU podem estar representados nas Comissões por uma pessoa da delegação, podendo ser designados, também, assessores, para apoio ao delegado ou mesmo nesta função. Quando substituírem o delegado, não poderão atuar nas funções de Presidente, Vice-Presidente ou Relator de Comissão, nem mesmo atuar na AGNU, salvo se designados como representantes suplentes. As Comissões poderão criar Subcomissões de trabalho, que comporão suas próprias mesas (artigos 99 a 102).

As Mesas das Comissões Principais terão um Presidente, três Vice-Presidentes e um Relator. As demais Comissões, um Presidente, um ou vários Vice-Presidentes e um Relator. Serão eleitos conforme a distribuição geográfica equitativa e a experiência e competência pessoal do candidato. Serão apresentadas as candidaturas com a intervenção de um orador por delegação, seguida de votação secreta, salvo definição em contrário ou eleição em que haja apenas um candidato. O delegado que ocupe a função de Presidente não participará da votação, mas outro delegado do mesmo país poderá fazê-lo. Na ausência do Presidente, um dos Vice-Presidentes ocupará a função, com as mesmas atribuições e obrigações. No caso de

afastamento de qualquer membro da mesa, outro membro será eleito para o cumprimento do mandato (artigos 103 a 105).

O Presidente dirigirá as sessões conforme as normas previstas no RAG e exercerá suas funções submetendo-se à Comissão. As sessões iniciam com a presença de 1/4 dos membros, mas é necessária a maioria deles para a tomada de decisão. A manifestação dos membros e do SGNU segue as regras dos artigos 68 a 70, cabendo questões de ordem sobre a exposição do tema e sobre o procedimento dos trabalhos, decididas pelo Presidente. Desta decisão, caberá recurso no âmbito da Comissão, sendo que o voto do Presidente só será revogado mediante a votação da maioria dos membros presentes e votantes (artigos 106 a 113).

O Presidente o guiará os debates nos padrões da AGNU. É possível propor moção de adiamento ou de encerramento de um debate, discutida por até dois oradores a favor e dois contra (adiamento) ou somente por dois contrários (encerramento) e submetida imediatamente à votação. Para o adiamento ou suspensão da sessão, será feita votação sem debates. Havendo múltiplas moções, a ordem de precedência de votação é a de suspensão da sessão, de adiamento da sessão, de adiamento do debate e de encerramento do debate. As propostas e emendas são apresentadas à mesa da Comissão e distribuídas nos mesmos moldes da AGNU. Uma proposta aprovada ou rejeitada só será reexaminada na mesma sessão se observados os procedimentos dos artigos 78 a 81. A votação de propostas e emendas (e sua divisão) e as eleições de membros nas Comissões serão feitas nos moldes das votações da AGNU (artigos 114 a 133).

O capítulo *quatorze* do RAG estabelece regras para a admissão de novos membros nas Nações Unidas. Todo Estado que deseje tornar-se membro da ONU apresentará uma solicitação ao SGNU, acompanhada da declaração formal de que aceita todas as obrigações da Carta da ONU. O Secretário enviará a cópia da solicitação à AGNU ou aos seus membros, quando fora do período de sessões. Após a recomendação da admissão pelo CSNU, a AGNU examinará o pedido e o decidirá. No caso de rejeição do pedido ou de seu adiamento, pelo CSNU, a AGNU fará exame das razões de recusa, reenviando a solicitação ao CSNU com a ata da discussão na Assembleia, para que este formule nova recomendação. O SGNU comunicará o Estado solicitante sobre a decisão da AGNU, considerado como novo membro a partir da data de votação de aprovação (artigos 134 a 138).

As eleições para os órgãos principais da ONU estão no capítulo *quinze*. O mandato dos membros dos Conselhos da ONU inicia-se em 1º de janeiro seguinte à eleição e termina em 31 de dezembro seguinte ao novo período de eleição (exceção do Conselho de Tutela das Nações Unidas - CTNU). Se um membro deixa suas atividades antes do encerramento do mandato são convocadas eleições parciais no período de sessões seguinte da AGNU, para cumprimento do término do mandato. A nomeação do Secretário Geral ocorre por recomendação do CSNU e votação secreta, em sessão privada, da AGNU. O CSNU, o ECOSOC e o CTNU têm processos, critérios e tempos específicos para a escolha de seus membros, sendo o período de sessões da AGNU o foro utilizado para tal. Os membros da CIJ serão eleitos, conforme as regras do Estatuto da Corte, em tantas votações quanto necessárias para o suprimento das vagas, com maioria absoluta (artigos 139 a 151).

O capítulo *dezesseis* estabelece regras para os assuntos administrativos e orçamentários das Nações Unidas, a serem definidas pela AGNU. Os gastos são aprovados por meio de Resoluções, provenientes das comissões de trabalho da ONU e acompanhadas de orçamento preparado e informado a todos pelo SGNU, mediante análise da Quinta Comissão (artigos 152 a 154).

Além da Quinta Comissão, a AGNU nomeará uma Comissão Consultiva em Assuntos Administrativos e Orçamentários, formada por dezesseis membros com nacionalidades diferentes, escolhidos pelos critérios da representação geográfica, capacidades e experiências pessoais, para um mandato de 3 anos, passíveis de reeleição, nomeados no período ordinário de sessões da AGNU para início das funções no ano civil seguinte. Pelo menos três dos membros serão especialistas em finanças e não poderão deixar seus cargos simultaneamente. Compete à Comissão o exame técnico do orçamento dos programas da ONU e a colaboração nas tarefas da Quinta Comissão. No início dos períodos de sessões, a Comissão apresentará as propostas orçamentárias bienais para os programas e informes sobre as contas da ONU e das entidades de responsabilidade administrativa do SGNU. Examinará também os orçamentos dos organismos especializados e seus ajustes, bem como outras funções previstas no Regulamento Financeiro da ONU (artigos 155 a 157).

A AGNU nomeará uma Comissão de Cotas, de caráter técnico, formada por dezoito membros, escolhidos e empossados nos moldes dos mem-

bros da Comissão Consultiva, excetuada a regra de três membros especialistas. Terá por função assessorar a AGNU quanto ao rateio dos gastos da ONU, com base na capacidade de pagamento dos seus membros e em escala de cotas orçamentárias, válida por três anos, pelo menos, exceto quando evidenciadas mudanças drásticas na capacidade de pagamento de um Estado; e quanto ao estabelecimento de cotas para novos membros, às modificações de cotas e às medidas para o cumprimento das normas para os membros em atraso de pagamento (artigos 158 a 160).

A criação de órgãos subsidiários pela AGNU é prevista no capítulo *dezessete*, observados os procedimentos das Comissões da Assembleia e os artigos 45 e 60, a menos que outras regras sejam decididas (artigo 161).

Estão no capítulo *dezoito* as regras finais do RAG, de interpretação, não estabelecendo diferenças de entendimento quando do uso de texto em itálico, e de permissão de emendas, por decisão da AGNU, propostas por uma Comissão e adotadas pela maioria dos membros presentes e votantes (artigos 162 e 163).

Segue ao RAG uma lista de anexos, composta por: Recomendações e sugestões da Comissão Especial para estudo de métodos e procedimentos da AGNU (Resolução 1898 - XVIII); Métodos e procedimentos da AGNU para tratar de questões jurídicas e de redação; Conclusões da Comissão Especial sobre a racionalização dos procedimentos e da organização da AGNU e a Decisão 34/401; Conclusões do Comitê Especial da Carta da ONU e de fortalecimento de seu papel, sobre a racionalização dos procedimentos da AGNU e da ONU; Diretrizes sobre a racionalização do programa da AGNU; Data de abertura e duração do debate geral.

5 CONCLUSÃO

Conhecendo-se a importância das OIGs e, principalmente, da ONU para a formação do sistema internacional, é de extrema importância conhecer também a forma de atuação desse órgão. A AGNU é o órgão máximo e central das Nações Unidas, sendo o fórum que recebe os relatórios produzidos pelos outros Conselhos (CSNU, ECOSOC e CTNU), pelo Secretário Geral e proveniente das Comissões e Subcomissões a ela atreladas, que funcionam de forma restrita, sem a participação de todos os membros das Nações Unidas. Por ser um órgão plenário, a AGNU adota o sistema de votos “um Estado um voto”, tomando decisões por maioria simples ou

de 2/3 dos membros presentes e votantes, conforme os temas a serem votados. Na votação são desconsiderados aqueles Estados que se encontrem impossibilitados de votar por atraso no pagamento das suas cotas e as abstenções. Este procedimento é replicado nos processos das Comissões e Subcomissões. A pesquisa descreveu detalhadamente os procedimentos da AGNU quanto às regras de composição e de funcionamento do processo de tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

- CRETELLA, José Neto. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HERZ, Mônica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. **Organizações internacionais: história e práticas**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional público**. 2.ed rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta de las Naciones Unidas**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/charter/chapter16.shtml>> Acesso em: 01 maio 2014a.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Historia de las Naciones Unidas**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/aboutun/history/index.shtml>> Acesso em: 01 maio 2014b.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Reglamento de la Asamblea General**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/ga/about/ropga/>> Acesso em: 22 ago. 2014c.

OMC E O DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ANÁLISE DE CASOS

WTO AND THE INTERNATIONAL SUSTAINABLE
DEVELOPMENT LAW: CASE ANALYSIS

.....
Ligia Maura Costa¹
.....

RESUMO

A noção de desenvolvimento sustentável inclui justiça social, distribuição da renda, pleno emprego, segurança e saúde no ambiente de trabalho, proteção ambiental e bem estar socioeconômico. Esse artigo traz uma análise comparativa das disputas na OMC e dos aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável. A extensão e a natureza do conceito de desenvolvimento sustentável presente no sistema de solução de controvérsias da OMC pode demonstrar a emergência de um novo ramo do direito internacional. É fato que a OMC enfrentará, num futuro próximo, desafios ligados à noção de desenvolvimento sustentável, como já vem fazendo, aliás. A habilidade da OMC para conciliar a liberalização comercial multilateral com o desenvolvimento sustentável no seu sistema de solução de controvérsias permite corroborar a afirmação de que o direito da OMC traz as bases para a emergência de um novo ramo do direito internacional: o direito internacional do desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: OMC. Sustentabilidade. Desenvolvimento Sustentável. Órgão de Solução de Controvérsias.

ABSTRACT:

The concept of sustainable development includes social justice, equal income distribution, full employment, safe and healthy working environments, environmental protection and socio-economic welfare. This paper intends to provide a comparative analysis of sustainable

¹ Ligia Maura Costa é professora titular na Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP). Desde 2007, é professora na *Sciences Po*, Paris e na *Universität St Gallen*, Suíça. É Livre-Docente em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e Doutora em direito internacional pela *Université de Paris-X* onde também obteve um mestrado em direito do comércio internacional. Fez pós-doutorado em negociações internacionais na *Sciences Po*, Paris. Foi pesquisadora visitante na *University of Michigan Law School*, Ann Arbor. Ela é Bacharel em direito pelo largo do São Francisco (FDUSP). É autora de mais de uma dezena de livros e uma centena de artigos e capítulos de livros publicados não apenas no Brasil mas também no exterior. Ela trabalhou na Organização Mundial do Comércio (OMC) no *Legal Affairs Division*. Ligia Maura Costa foi professora visitante na *HEC*, Paris, na *Tsinghua University School of Economics and Management* – SEM, Beijing e na *St. Petersburg State University* – GSOM (*Graduate School of Management*), além de outras renomadas instituições de ensino no exterior. Proferiu palestras e conferências em vários países, como nos Estados Unidos, no México, na Índia, na Suíça, no Peru, na Coreia do Sul, entre outros.

development issues inside the WTO dispute settlement system. The extent and nature of the incorporation of sustainable development issues into WTO dispute settlement may show the emergence of a new field of international law. It is true that the WTO system will face challenges in the near future related to sustainable development issues, as it has already happening in the past. The WTO's ability to reconcile trade liberalization with sustainable development may corroborate the assumption that the law of the WTO brings basis for the emergency of a new field of international law: the international sustainable development law.

KEYWORDS: WTO. Sustainability. Sustainable Development. Dispute Settlement Body.

1 INTRODUÇÃO

Se é verdade que o direito nasce quase sempre em resposta a fenômenos econômicos e sociais, também é verdade, que ele tenta regulamentar esses fenômenos, criando para tanto instituições novas. A Organização Mundial do Comércio (OMC), resultado das negociações comerciais multilaterais da Rodada Uruguai, tem por valor fundamental a liberalização do comércio de bens, serviços e dos aspectos relacionados à propriedade intelectual. Liberalização comercial: muitos a veneram. Outros a amaldiçoam. Mas, tanto uns como os outros são unânimes em reconhecer que a liberalização comercial e o desenvolvimento sustentável são como irmãos siameses. Não se pode, hoje, avançar de um lado, sem concomitantemente proteger o outro lado. O desenvolvimento sustentável não faz parte dos Acordos da OMC. Entretanto, os Acordos da OMC trazem um total de cento e cinquenta e cinco disposições dirigidas aos países em desenvolvimento e aos seus problemas crônicos de desenvolvimento. Nos dias de hoje, é forçoso admitir que a noção de desenvolvimento sustentável está atrelada à liberalização comercial. É verdade, contudo, que, durante muito tempo, a conexão entre assuntos tão distintos sequer foi mencionada.

Numa perspectiva história, lembramos que somente em 1964, André Philip ressaltou, em seu discurso na Conferência da ONU sobre o Comércio e Desenvolvimento (CNUCD), a importância do direito ao desenvolvimento². Mais tarde, na obra clássica, *Rumo ao Direito Internacional do Desenvolvimento*, podemos ler que “o hiato ora existente entre os países em vias de desenvolvimento e os desenvolvidos, [está] destinado a crescer progressivamente, até que se promova uma transformação completa das

2 PHILIP, A. La Conférence de Genève, amorce d'un mouvement Mondial irréversible. In: *Développement et civilisations, Institut de Recherche et de Formation en Vie du Développement Harmonisé (IRFED); Centre National de la Recherche Scientifique*, Paris, n. 19, p. 23-35, Septembre 1964.

políticas econômicas internacionais”.³ Não tarda a aparecer, a busca por mecanismos jurídicos mais adequados para regulamentar as relações entre países ricos e países pobres⁴. É o que se vê com o *Nosso Futuro Comum*⁵, ao propor uma concepção progressista de desenvolvimento sustentável, para responder às necessidades atuais e presentes da humanidade; sem comprometer, contudo, as necessidades das gerações futuras.

Doutrina recente proclama a emergência de um novo ramo do direito internacional, o direito internacional do desenvolvimento sustentável⁶. O direito internacional do desenvolvimento sustentável busca, no plano internacional, a integração e a adaptação de regras jurídicas para alcançar a justiça social, o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental. Em suma: a melhoria da qualidade de vida da humanidade, para a geração presente e para as futuras gerações. É fato que o conceito de desenvolvimento sustentável é tratado por número cada vez maior de tratados e convenções internacionais (*soft e hard law*). Sem termos a intenção de trazer aqui todos os instrumentos jurídicos existentes, pensamos, particularmente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração de Estocolmo da ONU sobre o Ambiente Humano de 1972, nas Convenções Fundamentais da OIT, no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração do Rio da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, na Declaração de Johannesburg sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002.

No âmbito da OMC, a noção de sustentabilidade se faz presente no Preâmbulo do seu Acordo Constitutivo⁷, que reconhece, expressamente, que

3 VIRALLY, M. Vers un Droit International du Développement. In: *Annuaire Français de Droit International*, vol. XI, Paris, CNRS, p. 3-12, 1965.

4 FLORY, M. *Droit International du Développement*. Paris: PUF, 1977, p. 29; FEUER, G.; CASSAN, H. *Droit International du Développement*. Paris: Dalloz, 1985, p. 1.

5 Report Of The World Commission On Environment And Development: Our Common Future (Relatório Brundtland 1987). Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

6 CORDONIER SEGGER, M.C.; KHALFAN, A. *Sustainable development law: Principles, practices & prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 46 e ss. SCHRIJVER, N.; WEISS, F. *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 13; LOWE, V. *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*. In: *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 36; FRENCH D. *International Law and Policy of Sustainable Development*. Manchester: Manchester University Press, 2005, p. 20 e ss.; GALLAGHER, K.; WERKSMAN, J. (eds.). *The Earthscan Reader on International Trade and Sustainable Development* (Earthscan Readers Series). London: Earthscan Publications Ltd., 2002, p. 23 e ss.; HANDL, G. *Sustainable Development: General Rules Versus Specific Obligations*. In: *Sustainable Development and International Law*. International environmental law and policy series. Londres: Graham and Trotman, 1995, p. 35; COSTA, L.M. *Direito internacional do desenvolvimento sustentável e os códigos de conduta de responsabilidade social. Análise do setor do gás e petróleo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 101 e ss.; do mesmo autor. *OMC e direito internacional do desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 239 e ss.

7 Acordo Constitutivo Da Organização Mundial Do Comércio. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/>>

os Países Membros objetivam “a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e de serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável”.

Em suma, aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável na OMC são corroborados pelo Acordo Constitutivo da OMC, pela Declaração de Cingapura⁸, pela Declaração de Genebra⁹ e pela Declaração de Doha¹⁰, pelo GATT-94¹¹ e pela Cláusula de Habilitação¹², apenas para citar esses. Se os países membros da OMC reconhecem que se deve buscar, com o objetivo de um desenvolvimento sustentável, a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego, o cumprimento de padrões trabalhistas internacionalmente reconhecidos, o crescimento econômico, a utilização ótima dos recursos mundiais, a questão que se coloca é de saber se a OMC pode trazer os fundamentos jurídicos para confirmar a emergência de um novo ramo do direito internacional, o direito internacional do desenvolvimento sustentável. *A priori*, a resposta tende a ser negativa. Isto porque os Acordos da OMC tratam apenas de modo oblíquo a noção de desenvolvimento sustentável.

Entretanto, desde a entrada em vigor da OMC, seus Países Membros vem trazendo em seus argumentos jurídicos noções relacionadas ao desenvolvimento sustentável, perante o Órgão de Solução de Controvérsias

acordos/portugues/02estabelececom.pdf; http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm#article1. Acesso em 8 de maio de 2015.

- 8 Parágrafo 16 da DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE CINGAPURA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/theWTO_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- 9 Parágrafo 4 da DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE GENEBRA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/mindec_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- 10 Parágrafo 6 da DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE DOHA. Op. Cit.
- 11 Acordo Geral Sobre Tarifas E Comércio, 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm>; <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/seceex/omc/acordos/gatt94port.pdf>>. Acesso em: 8 de maio de 2015. Este artigo entrou em vigor em 27 de junho de 1966. Ele não existia em 1947
- 12 DECISÃO L/4903 de 28 de novembro de 1979. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/enabling1979_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015: “1. Não obstante as disposições do Artigo 1 do Acordo Geral, as Partes Contratantes podem acordar um tratamento diferenciado e mais favorável aos países em vias de desenvolvimento, sem acordá-lo a outras partes contratantes. 2 [...] (a) Tratamento tarifário preferencial acordado pelas Partes Contratantes desenvolvidas aos produtos originários dos países em desenvolvimento, de acordo com o Sistema Geral de Preferências; (b) Tratamento diferenciado e mais favorável, com respeito às disposições do Acordo Geral relativas a medidas não-tarifárias, reguladas pelas disposições dos instrumentos multilaterais negociados sob os auspícios do GATT; (c) Acordos regionais ou globais entre países Partes Contratantes menos desenvolvidos, para a redução ou a eliminação mútua de tarifas e, de acordo com critérios ou condições, os quais podem estar previstos pelas Partes Contratantes, para a redução ou eliminação de barreiras não-tarifárias, para os produtos importados de uma para a outra; (d) Tratamento especial para os países menos desenvolvidos dentre os países em desenvolvimento, no contexto de qualquer medida, geral ou específica, em favor de países em desenvolvimento [...]”.

(OSC). Na maior parte dos casos trazidos ao OSC, o principal argumento em prol da noção de desenvolvimento sustentável tem como fundamento as exceções do Artigo XX do Acordo GATT-94, as exceções do Artigo XIV do Acordo GATS e as exceções do Artigo 27 do Acordo TRIPS. Além disso, outros Acordos abrangidos podem ser citados no contencioso da OMC, relativos ao desenvolvimento sustentável, tais como, o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, apenas para mencionar esses. Diante disso, indagamos se o OSC, ao examinar eventuais violações aos Acordos da OMC, pode “impor”, juridicamente, aos países membros o respeito aos conceitos de desenvolvimento sustentável e, dessa forma, dar suporte à emergência de um novo ramo do direito internacional? Para responder a essa indagação, examinaremos, primeiramente, os argumentos relacionados a desenvolvimento sustentável presentes nas disputas que foram trazidas ao OSC pelos países membros. Em seguida, analisaremos o tratamento dado pelo OSC a esses argumentos nas respectivas disputas. Com base nos resultados obtidos, em conclusão, afirmamos que a OMC está, pouco a pouco, construindo um caminho para a emergência de um novo ramo do direito: o direito internacional do desenvolvimento sustentável.

2 METODOLOGIA

A apreciação da noção de desenvolvimento sustentável na OMC é examinada através do estudo de casos do contencioso do OSC. Os critérios relacionados à noção de desenvolvimento sustentável são semelhantes, o que possibilita a utilização do estudo de casos através do método comparativo¹³. E, para identificar os aspectos ligados ao desenvolvimento sustentável na dinâmica do OSC, foi escolhida a metodologia qualitativa, por julgarmos a mais adequada para corroborar a afirmação aqui proposta.

Para alcançar o objetivo aqui proposto, examinamos quatrocentas e setenta e quatro disputas submetidas ao OSC, de 1º de janeiro de 1995 até 1º de janeiro de 2014. Num segundo momento, selecionamos as disputas que traziam em seus argumentos elementos relacionados a desenvolvimen-

13 COLLIER, D. The comparative method. In: FINIFTER, A. W. (Ed.) *Political science: The state of the discipline*. Washington, DC: American Political Science Association, 1993.

to sustentável. Ao final da análise é possível, então, averiguar a extensão da presença de elementos relacionados ao desenvolvimento sustentável no âmbito do OSC, bem como, corroborar a afirmação de que o contencioso da OMC, ou o “direito” da OMC, pode servir de base para fortalecer a emergência de um novo ramo do direito internacional.

3 DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL REFLETIDO NAS DISPUTAS TRAZIDAS AO OSC

A liberalização do comércio internacional de bens, serviços e propriedade intelectual somente pode funcionar de modo eficaz diante de um mecanismo de resolução de disputas eficiente. O OSC, criado para exercer este papel, tem respondido de modo adequado às expectativas dos Países Membros da OMC e da comunidade internacional como um todo. A jurisdição obrigatória de todos os Países Membros outorgada ao OSC, aliada à possibilidade de sanção foi um avanço considerável na história do direito internacional, como bem lembra a pena ilustre do Professor Luiz Olavo Baptista¹⁴.

Para averiguar a presença da noção de desenvolvimento sustentável no contencioso da OMC, analisamos as quatrocentas e setenta e quatro disputas submetidas ao OSC, de 1º de janeiro de 1995 até 1º de janeiro de 2014. As disputas que foram objeto de exame foram somente aquelas que já tiveram uma decisão de um painel ou do Órgão de Apelação. As disputas que foram trazidas ao OSC mas que permanecem pendentes, ou seja, no estágio de consultas, nomeação dos panelistas ou sem a publicação de um relatório do painel, não foram consideradas, posto que não há como examinar se as partes utilizaram argumentos relacionados ao desenvolvimento sustentável ainda nesse estágio. Do total dos quatrocentos e setenta e quatro casos examinados resultaram duzentos e noventa e quatro casos que já foram objeto de recomendação pelo OSC. Desse total de duzentos e noventa e quatro casos foram encontradas quarenta e seis disputas com argumentos envolvendo noções relacionadas ao desenvolvimento sustentável.

14 BAPTISTA, L.O. O direito é história: Alocação de abertura da conferência do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento, em São Paulo. In: *10 Anos de OMC. Uma Análise do Sistema de Solução de Controvérsias e Perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 17.

FIGURA 1 – Relação de disputas relacionadas com desenvolvimento sustentável

DS 2	United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline
DS 18	Australia — Measures Affecting Importation of Salmon
DS 26	European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products
DS 27	European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas
DS 31	Canada — Certain Measures Concerning Periodicals
DS 44	Japan — Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper
DS 46	Brazil — Export Financing Programme for Aircraft
DS 50	India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products
DS 58	United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products
DS 60	Guatemala — Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico
DS 70	Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft
DS 76	Japan — Measures Affecting Agricultural Products
DS 79	India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products
DS 89	United States — Anti-Dumping Duties on Imports of Colour Television Receivers from Korea
DS 90	India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products
DS 103	Canada — Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products
DS 113	Canada — Measures Affecting Dairy Exports
DS 114	Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products
DS 132	Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States
DS 135	European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos
DS 174	European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs
DS 176	United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998
DS 193	Chile — Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish
DS 236	United States — Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada
DS 245	Japan — Measures Affecting the Importation of Apples
DS 246	European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries
DS 247	United States — Provisional Anti-Dumping Measure on Imports of Certain Softwood Lumber from Canada
DS 257	United States — Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada
DS 267	United States — Subsidies on Upland Cotton
DS 290	European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs
DS 291	European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products
DS 292	European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products
DS 293	European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products
DS 308	Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages
DS 315	European Communities — Selected Customs Matters
DS 320	United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute
DS 321	Canada — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute
DS 332	Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres
DS 362	China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights
DS 381	United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products
DS 386	United States of America — Certain Country of Origin Labelling Requirements
DS 391	Korea, Republic of — Measures Affecting the Importation of Bovine Meat and Meat Products from Canada
DS 398	China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials
DS 401	European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products
DS 406	United States of America — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes
DS 430	India — Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products from the United States

3.1 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E OS ACORDOS DA OMC

Ao examinarmos o contencioso da OMC sobre desenvolvimento sustentável, sob o prisma dos grandes Acordos da OMC, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, 1994 (GATT)¹⁵, o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), resta claro que o Acordo GATT é aquele em que o maior número de disputas relacionadas com a noção de desenvolvimento sustentável são encontradas. Após o GATT, é o Acordo GATS e, por fim, o TRIPS em número de disputas relacionadas a desenvolvimento sustentável. Sendo o GATT o acordo mais abrangente não é de causar surpresa que seja esse o acordo que apresenta o maior número de casos com menções relacionadas ao desenvolvimento sustentável.

FIGURA 2 – Disputas relativas a desenvolvimento sustentável e os Acordos da OMC

C A S O	GATT	GATS	TRIPS
DS 2 United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline	X		
DS 18 Australia — Measures Affecting Importation of Salmon	X		
DS 26 European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products	X		
DS 27 European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas	X	X	
DS 31 Canada — Certain Measures Concerning Periodicals	X		
DS 44 Japan — Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper	X		
DS 46 Brazil — Export Financing Programme for Aircraft	X		
DS 50 India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products			X
DS 58 United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products	X		
DS 60 Guatemala — Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico	X		
DS 70 Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft	X		
DS 76 Japan — Measures Affecting Agricultural Products	X		
DS 79 India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products			X
DS 89 United States — Anti-Dumping Duties on Imports of Colour Television Receivers from Korea	X		

15 Neste exame são considerados como GATT, os seguintes acordos multilaterais sobre o comércio de bens: o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994; o Acordo sobre Agricultura; o Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias; o Acordo sobre Têxteis e Vestuário; o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio; o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio; o Acordo sobre a Implementação do Art. VI do GATT-94; o Acordo sobre a Implementação do Art. VII do GATT-94; o Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque; o Acordo sobre Regras de Origem; o Acordo sobre Procedimentos ao Licenciamento de Importações; o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias; e, o Acordo sobre Salvaguarda.

C A S O	GATT	GATS	TRIPS
DS 90 India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products	X		
DS 103 Canada — Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products	X		
DS 113 Canada — Measures Affecting Dairy Exports	X		
DS 114 Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products			X
DS 132 Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States	X		
DS 135 European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos	X		
DS 174 European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs			X
DS 176 United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998			X
DS 193 Chile — Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish	X		
DS 236 United States — Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada	X		
DS 245 Japan — Measures Affecting the Importation of Apples	X		
DS 246 European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries	X		
DS 247 United States — Provisional Anti-Dumping Measure on Imports of Certain Softwood Lumber from Canada	X		
DS 257 United States — Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada	X		
DS 267 United States — Subsidies on Upland Cotton	X		
DS 290 European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs	X		X
DS 291 European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products	X		
DS 292 European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products	X		
DS 293 European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products	X		
DS 308 Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages	X		
DS 315 European Communities — Selected Customs Matters	X		
DS 320 United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute	X		
DS 321 Canada — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute	X		
DS 332 Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres	X		
DS 362 China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights			X
DS 381 United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products	X		

CASO	GATT	GATS	TRIPS
DS 386 United States of America — Certain Country of Origin Labelling Requirements	X		X
DS 391 Korea, Republic of — Measures Affecting the Importation of Bovine Meat and Meat Products from Canada	X		
DS 398 China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials	X		
DS 401 European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products	X		
DS 406 United States of America — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes	X		
DS 430 India — Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products from the United States	X		

3.2 CONTENCIOSO SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E OS PAÍSES MEMBROS DA OMC

A OMC é uma organização internacional com vocação universal e, portanto, composta por Países Desenvolvidos (PD), Países Em Desenvolvimento (PED) e Países de Menor Desenvolvimento Relativo (PMDR). Para averiguar o nível de desenvolvimento dos Países Membros da OMC envolvidos nas disputas relacionadas com desenvolvimento sustentável, as quarenta e seis disputas identificadas foram, então, classificadas de acordo com o nível de desenvolvimento dos Países Membros envolvidos nas disputas. Os Países Membros foram divididos em países Reclamantes e países Reclamados. Nessa análise não foram levados em consideração os terceiros interessados nas disputas selecionadas. Além disso, as disputas foram divididas em períodos, para facilitar a visualização.

Do total de vinte e duas disputas propostas entre 1995 e 1999, são em número de dezessete os reclamantes PD presentes nas disputas e em número de treze os reclamantes PED. Como reclamados, os PD estão presentes em dezesseis disputas e os PED compreendem o número de seis. Os Países Membros PMDR não estão presentes como reclamantes nem como reclamados, no período em exame, apenas como terceiros interessados.

FIGURA 3 – Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: 1995 – 1999

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamante	Reclamado
DS 2	US – Gasoline	1995 – 1996	Venezuela, Brasil	Estados Unidos
DS18	Australia — Salmon	1995 – 2000	Canadá	Austrália

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamante	Reclamado
DS26	<i>EC — Hormones</i>	1996 – 1999	Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS27	<i>EC — Bananas III</i>	1996 – 2008	Equador, Guatemala, Honduras, México, Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS31	<i>Canada — Periodicals</i>	1996 – 1997	Estados Unidos	Canadá
DS44	<i>Japan — Film</i>	1996 – 1998	Estados Unidos	Japão
DS46	<i>Brazil — Aircraft</i>	1996 – 2000	Canadá	Brasil
DS50	<i>India — Patents (US)</i>	1996 – 1997	Estados Unidos	Índia
DS58	<i>US — Shrimp</i>	1996 – 2001	Índia, Malásia, Paquistão, Tailândia	Estados Unidos
DS60	<i>Guatemala — Cement I</i>	1996 – 1998	México	Guatemala
DS70	<i>Canada — Aircraft</i>	1997 – 2000	Brasil	Canadá
DS76	<i>Japan — Agricultural Products II</i>	1997 – 1999	Estados Unidos	Japão
DS79	<i>India — Patents (EC)</i>	1997 – 1998	Comunidades Europeias	Índia
DS89	<i>United States— Anti-Dumping Duties on Imports of Colour Television Receivers from Korea</i>	1997 –	Coréia	Estados Unidos
DS90	<i>India — Quantitative Restrictions</i>	1997 – 1999	Estados Unidos	Índia
DS103	<i>Canada — Dairy</i>	1997 – 2003	Estados Unidos	Canadá
DS113	<i>Canada — Dairy</i>	1997 – 2003	Nova Zelândia	Canadá
DS114	<i>Canada — Pharmaceutical Patents</i>	1997- 2000	Comunidades Europeias	Canadá
DS132	<i>Mexico — Corn Syrup</i>	1998 – 2001	Estados Unidos	México
DS135	<i>EC — Asbestos</i>	1998 – 2001	Canadá	Comunidades Europeias
DS174	<i>EC — Trademarks and Geographical Indications</i>	1999 – 2005	Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS176	<i>US — Section 211 Appropriations Act</i>	1999 – 2002	Comunidades Europeias	Estados Unidos

Do total de quinze disputas propostas entre 2000 e 2004, são doze os PD e em número de três os PED reclamantes. Como reclamados, os PD representam o número de treze e os PED compreendem apenas dois. Os PMDR não estão presentes como reclamantes nem como reclamados, no período em exame, apenas como terceiros interessados.

FIGURA 4 – Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: 2000 – 2004

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS193	Chile — <i>Swordfish</i>	2000 – 2007	Comunidades Europeias	Chile
DS236	US — <i>Softwood Lumber III</i>	2001 – 2006	Canadá	Estados Unidos
DS245	Japan — <i>Apples</i>	2002 – 2005	Estados Unidos	Japão
DS246	EC — <i>Tariff Preferences</i>	2002 – 2004	Índia	Comunidades Europeias
DS247	US — <i>Provisional Anti-Dumping Measure on Imports of Certain Softwood Lumber from Canada</i>	2002 – 2006	Canadá	Estados Unidos
DS257	US — <i>Softwood Lumber IV</i>	2002 – 2006	Canadá	Estados Unidos
DS267	US — <i>Upland Cotton</i>	2002 – 2008	Brasil	Estados Unidos
DS290	EC — <i>Trademarks and Geographical Indications</i>	2003 – 2005	Austrália	Comunidades Europeias
DS291	EC — <i>Approval and Marketing of Biotech Products</i>	2003 – 2006	Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS292	EC — <i>Approval and Marketing of Biotech Products</i>	2003 – 2006	Canadá	Comunidades Europeias
DS293	EC — <i>Approval and Marketing of Biotech Products</i>	2003 – 2006	Argentina	Comunidades Europeias
DS308	Mexico — <i>Taxes on Soft Drinks</i>	2004 – 2006	Estados Unidos	México
DS315	EC — <i>Selected Customs Matters</i>	2004 – 2006	Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS320	US — <i>Continued Suspension</i>	2004 – 2008	Comunidades Europeias	Estados Unidos
DS321	Canada — <i>Continued Suspension</i>	2004 – 2008	Comunidades Europeias	Canadá

Do total de oito disputas propostas entre 2005 e 2010, como reclamantes, os PD estão presentes em cinco disputas, e os PED estão presentes em três disputas. *Mutatis mutandis*, como reclamados, os PD estão em quatro disputas e os PED em quatro disputas. Os Países Membro PMDR estão presentes como terceiros interessados, apenas.

FIGURA 5 – Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: 2005 – 2010

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS332	Brazil — <i>Retreaded Tyres</i>	2005 – 2008	Comunidades Europeias	Brasil
DS362	China — <i>Intellectual Property Rights</i>	2007 – 2009	Estados Unidos	China
DS381	US — <i>Tuna II</i>	2008 – 2012	México	Estados Unidos
DS 386	US — <i>Cool</i>	2008 – 2012	México	Estados Unidos
DS 391	Korea — <i>Bovine Meat (Canada)</i>	2009 – 2012	Canadá	Coréia

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS 398	<i>China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials</i>	2009 – 2012	China	México
DS 401	<i>European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products</i>	2009 – 2014	Noruega	Comunidades Europeias
DS 406	<i>US — Clove Cigarettes</i>	2010 – 2012	Indonésia	Estados Unidos

Apenas uma disputa relacionada com desenvolvimento sustentável está presente no período de 2011 a 2014. Isto porque a maior parte das disputas levadas ao OSC ainda estão pendentes de recomendação. Na sua maioria, estão em procedimento de consulta ou na fase de instalação do painel, mais ainda sem uma decisão do painel. Como Reclamante, um país PD e como Reclamada um país PED. Os Países Membros PMDR não estão presentes como reclamantes nem como reclamados, no período em exame, nem mesmo como terceiros interessados.

FIGURA 6 – Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: 2011 – 2014

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS 430	<i>India — Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products from the United States</i>	2012 – 2014	Estados Unidos	Índia

Do exame dos resultados acima, em relação ao período de 1º de janeiro de 1995 até 1º de janeiro de 2014, se verifica, claramente, a dificuldade de participação no mecanismo da OMC pelos PMDR, em relação a temas relacionados com desenvolvimento sustentável. Resta claro que esses países não participaram do mecanismo como reclamantes nem como reclamados, mas apenas como terceiros interessados. A razão dessa ausência pode e, provavelmente está, relacionada ao nível de desenvolvimento desses países que não permite a eles acesso pleno ao mecanismo do OSC, por razões de limitações econômicas e de desenvolvimento mesmo.

3.3 CONTENCIOSO SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E OS PAÍSES MEMBROS BRIC

Os Países BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) têm disputas no contencioso da OMC sobre aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável. Como Brasil e Índia são membros originários na OMC, sua par-

ticipação é maior e, praticamente equivalente (o Brasil presente em cinco disputas e a Índia em seis disputas). A China passou a integrar a OMC em 2001, o que resulta num participação inferior comparada com a participação do Brasil e da Índia. Quanto à Rússia, dada a sua recente ascensão, ela não está presente em nenhuma disputa das quarenta e seis que foram selecionadas.

FIGURA 7 – Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: Países BRIC

País	Nome Abreviado	Reclamantes	Reclamados
Brasil	<i>US – Gasoline</i>	X	
	<i>Brazil — Aircraft</i>		X
	<i>Canada — Aircraft</i>	X	
	<i>US — Upland Cotton</i>	X	
	<i>Brazil — Retreaded Tyres</i>		X
Índia	<i>India — Patents (US)</i>		X
	<i>US — Shrimp</i>	X	
	<i>India — Patents (EC)</i>		X
	<i>India — Quantitative Restrictions</i>		X
	<i>EC — Tariff Preferences</i>	X	
China	<i>India — Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products from the United States</i>		X
	<i>China — Intellectual Property Rights</i>		X
	<i>China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials</i>	X	

5 CONCLUSÃO

A noção de desenvolvimento sustentável é reconhecida por inúmeros instrumentos internacionais obrigatórios, mas, também, pelos de *soft law*. Essa noção abrange os mais diversos aspectos da vida humana. Ela está presente em inúmeros tratados e convenções internacionais, inclusive no âmbito da OMC, com um total de cento e cinquenta e cinco disposições específicas, constantes de seus Acordos, dirigidas aos problemas crônicos de desenvolvimento da maior parte de seus Países Membros. É fato que a noção de desenvolvimento sustentável é tratada pela OMC apenas obliquamente. Ela não é objeto de seus Acordos. Levando em consideração esta limitação, mas com o intuito de averiguar a relação entre a OMC e a emergência de um novo ramo do direito internacional, o direito inter-

nacional do desenvolvimento sustentável, examinamos o contencioso da OMC, para averiguar se aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável eram mencionados pelos Países Membros nas duas disputas.

No futuro, dada a necessidade de melhoria das condições de vida para a geração presente como para as gerações futuras, o desenvolvimento sustentável poderá passar a fazer parte integrante dos Acordos da OMC. Comércio internacional e desenvolvimento sustentável são como irmãos siameses. A conciliação das regras do sistema multilateral de comércio com a proteção da noção de direito internacional do desenvolvimento sustentável, é necessária no mundo de hoje. Por fim, este trabalho de pesquisa é útil, como forma de apoio à emergência de um novo ramo do direito internacional, através da presença de elementos do direito internacional do desenvolvimento sustentável no contencioso de uma organização internacional com o peso da OMC. É fato, porém, que as menções ao desenvolvimento sustentável encontradas no presente trabalho tenham sido feitas pelos Países Membros da OMC, na grande maioria dos casos, como um obstáculo “legítimo” ao comércio mundial e não como forma de proteção a nível global do conceito de desenvolvimento sustentável visando a melhoria da qualidade de vida para as gerações presente e futuras. Essa é uma limitação encontrada nos resultados aqui trazidos.

O exame do contencioso da OMC sobre os aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável merece ainda outras análises. Outros aspectos podem ser levados em conta, com base na pesquisa já realizada. Como por exemplo, (1) averiguar a participação dos países Latino-Americanos relacionados ao desenvolvimento sustentável no contencioso da OMC, ou (2) verificar, dentro de alguns anos, a participação dos países BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) no contencioso da OMC, posto que hoje o contencioso da Rússia é praticamente inexistente, em razão de sua recente ascensão à OMC.

REFERÊNCIAS

ACORDO CONSTITUTIVO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/portugues/02estabeleceomc.pdf>>; <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm#articleI>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO, 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm>; <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/gatt94port.pdf>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **OMC e o Comércio Internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. O Direito é História: Alocução de Abertura da Conferência do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento, em São Paulo. In: **10 Anos de OMC. Uma Análise do Sistema de Solução de Controvérsias e Perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 13-22.
- CESAR, Susan Elizabeth Martins; SATO, Eiiti. A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira. 2004. In: **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 55, n. 1, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 8 de maio 2015.
- CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; KHALFAN, Ashfaq. **Sustainable Development Law: Principles, Practices & Prospects**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- COSTA, Lígia Maura. **Direito Internacional do Desenvolvimento Sustentável e os Códigos de Conduta de Responsabilidade Social**. Análise do Setor do Gás e Petróleo. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. **OMC e Direito Internacional do Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- _____. **Direito Internacional do Desenvolvimento Sustentável e os Códigos de Conduta de Responsabilidade Social**. Análise do Setor do Gás e Petróleo. Curitiba: Juruá, 2009.
- DECISÃO L/4903 de 28 de novembro de 1979. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/enabling1979_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE CINGAPURA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/theWTO_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE DOHA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE GENEBRA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/mindec_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- ENTENDIMENTO RELATIVO ÀS NORMAS E PROCEDIMENTOS QUE REGEM A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- EISENHARDT, Kathleen M. Building Theories from Case Study Research. In: **The Academy of Management Review**, vol. 14, n. 4, Oct., 1989, p. 532-550.
- FAINI, Riccardo; GRILLI, Enzo R. (eds.). **Multilateralism and Regionalism after the Uruguay Round**. New York: St. Martin's Press; London: Macmillan Press, 1997.
- FEUER, Guy; CASSAN, Hervé. **Droit International du Développement**. Paris: Dalloz, 1985.
- FLORY, Thiébaud. **L'Organisation Mondiale du Commerce: Droit Institutionnel et Substantiel**. Bruxelles: Bruylant, 1999.
- FLORY, Maurice. **Droit International du Développement**. Paris: PUF, 1977.
- FRENCH, Duncan. **International Law and Policy of Sustainable Development**. Manchester: Manchester University Press, 2005.
- GALLAGHER, Kevin; WERKSMAN, Jacob (eds.). **The Earthscan Reader on International Trade and Sustainable Development (Earthscan Readers Series)**. London: Earthscan Publications Ltd, 2002.
- HANDL, Günther. Sustainable Development: General Rules Versus Specific Obligations. In: **Sustainable Development and International Law**. International environmental law and policy series. Londres: Graham and Trotman, 1995.
- HUDEC, Robert E. The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies. In: **Development, Trade and the WTO. A Handbook**. Washington: The World Bank, p. 81-91, 2002.
- JACKSON, John H. **The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations**. Cambridge; New York, Melbourne: Cambridge University Press, 2000.
- KOGAN, Lawrence A. REACH Revisited: A Framework for Evaluating Whether a Non-Tariff Measure Has Matured into an Actionable Non-Tariff Barrier to Trade. In: **American University International Law Review**, Vol. 28, No. 2, 2013, p. 489-668.

- LOWE, Vaughan. Sustainable Development and Unsustainable Arguments. In: *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*. New York: Oxford University Press, 2001.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.). *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- RAMANZINI JUNIOR, Haroldo; VIANA, Manuela Trindade. Países em desenvolvimento em uma ordem internacional em transformação: coalizões e soluções de disputas na OMC. In: *Rev. bras. polit. int.*, Brasília, v. 55, n. 2, dez. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 8 maio 2015.
- REPORT OF THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT: OUR COMMON FUTURE (Relatório Brundtland 1987). Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- PHILIP, Andre. La Conférence de Genève, amorce d'un mouvement Mondial irréversible. In: *Développement et Civilisations, Institut de Recherche et de Formation en Vie du Développement Harmonisé (IRFED); Centre National de la Recherche Scientifique*, Paris, n. 19, p. 23-35, Septembre 1964.
- REPORT OF THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT: OUR COMMON FUTURE (Relatório Brundtland 1987). Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.
- SHAFFER, Gregory. The WTO Tuna-Dolphin II Case: United States: Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. In: *Minnesota Legal Studies Research Paper N. 12-62*. 2012.
- SCHRIJVER, Nico; WEISS, Friedl. *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*. *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- THORSTENSEN, Vera. OMC. **Organização Mundial do Comércio**. As Regras do Comércio Internacional e a Rodada de Negociações Multilaterais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- VIRALLY, Michel. Vers un Droit International du Développement. In: *Annuaire Français de Droit International*, v. 11, Paris, CNRS, p. 3-12. 1965.
- YIN, Robert K. *Case Study Research: Design and Methods*. London: Sage, 1989

SUSTENTABILIDADE NO PLANEJAMENTO URBANO

SUSTAINABILITY IN URBAN PLANNING

.....
André Cardoso Vasques¹
.....

RESUMO

A população mundial cresceu de forma impressionante no último século. Já somos sete bilhões de habitantes no planeta. O agravante é que essa população tem se concentrado cada vez mais nas cidades, o que gera inúmeros problemas, pois não houve um planejamento adequado para receber um número tão grande de habitantes. A consequência são cidades caóticas. Surge, portanto, a necessidade do fator sustentabilidade no planejamento urbano, como forma de permitir a viabilidade dos aglomerados urbanos. As questões a serem enfrentadas são conscientização e mudanças que afetam o atual sistema econômico e de produção.

PALAVRAS-CHAVE: *População. Cidades. Concentração. Planejamento Urbano. Sustentabilidade.*

ABSTRACT

The world population grew dramatically in the last century. We are already seven billion people on the planet. The aggravating factor is that this population has been concentrating increasingly in cities, which creates many problems, as there was no appropriate planning to receive a large number of inhabitants. The result is chaotic cities. Therefore arises the necessity of the factor sustainability in urban planning, in order to allow the viability of urban agglomeration. The issues to be approached are awareness and changes that affect the current economic and production systems.

KEYWORDS: *Population. Cities. Concentration. Urban Planning. Sustainability.*

¹ Advogado, Bacharel em Direito pela PUCRS, Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera, Membro da Comissão de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano da OAB/RS e do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico - IBDU, Sócio da Xavier Vasques Advogados Associados. E-mail: andre@xaviervasques.com.br

1 INTRODUÇÃO

No último século assistimos a mudanças impressionantes no mundo, mudanças essas que permeiam todas as áreas do conhecimento e das atividades do homem, bem como valores e sistemas produtivos.

Se nos detivermos a examinar as últimas décadas, a sensação é a de que o mundo ficou menor, as transformações são muito rápidas, quase instantâneas. O que é verdade na manhã de um dia, pode, ao final desse mesmo dia, ser um fato superado. Tudo é tão rápido que quando vamos procurar entender as mudanças essas já fazem parte do passado e existem novas realidades para desvendar.

O mundo pós-moderno ou contemporâneo possui muitas características. Poderia se escrever muito sobre essas transformações sem a mínima possibilidade de esgotar o tema.

2 AUMENTO POPULACIONAL

Comentarei, então, duas características desse mundo pós-moderno em que vivemos: (1) o impressionante aumento da população mundial; e, (2) a concentração dessa população nas cidades ou, para se utilizar uma expressão mais apropriada, em espaços urbanos.

Hoje, somos sete bilhões de pessoas no planeta, com uma concentração impressionante nas cidades. No Brasil, já superamos o número de 200 milhões de habitantes, sendo que mais de 83% das pessoas vivem em áreas urbanas.

O resultado dessa realidade é sentido negativamente pelas pessoas que hoje vivem em cidades médias e grandes, é a sensação de que vivemos num tempo de caos.

Muito se tem refletido sobre a função das cidades. Tomo como ponto de partida o ano de 1933, com a Carta de Atenas, que inaugura o chamado urbanismo moderno, quando se afirma que as cidades têm que servir para os seus habitantes cumprindo as funções de moradia, trabalho, lazer e serem funcionais sob o aspecto da mobilidade. Esse momento foi inspirado pela preocupação com o rápido crescimento dos espaços urbanos.

Aliás, os movimentos acontecem, em regra, frente às situações de crise. Da mesma forma ocorreu quando lançada a Carta do Novo Urbanismo norte-americano, em 1996, fruto da preocupação com o crescimento desordenado dos subúrbios nas cidades norte-americanas.

Esse crescimento desordenado das cidades afeta negativamente a vida dos seus habitantes. Em termos urbanísticos destacam-se diversos problemas, como, por exemplo, a questão da mobilidade das pessoas que vivem nessas áreas, com esgotos a céu aberto, falta de saneamento, isto é, espaços sem nenhuma sustentabilidade, especialmente ambiental.

Talvez não sofra maiores contestações quando afirmo que as nossas cidades estão doentes e as grandes cidades brasileiras vivem uma situação de caos. Basta acessar diariamente os meios de comunicação para constatar essa realidade.

Por favor, não tenho a pretensão de falar de algo novo e que não foi objeto de estudos e intensos debates dos estudiosos, inclusive na área do Direito. Como disse essa preocupação talvez exista desde os primeiros aglomerados urbanos. Ocorre que essa questão tomou contornos de extrema gravidade, em razão do altíssimo crescimento da população mundial e da sua definitiva e absoluta concentração nos espaços urbanos, um fenômeno do último século e que ainda não está resolvido.

Aqui registro o meu profundo respeito aos ambientalistas, que há décadas vem alertando sobre a importância da criação da consciência ambiental, sobre a importância de coleta seletiva dos resíduos sólidos, sobre um consumo responsável, sobre o uso racional da água, sobre a qualidade do ar que respiramos, enfim, são tantas questões e inúmeras lutas.

Muitas atitudes foram tomadas na questão do Direito Urbanístico. Foram as lutas pelos planos diretores, pelo Estatuto da Cidade, pelo instituto da regularização fundiária, por um planejamento urbano sustentável, enfim, aqui também são tantos temas e inúmeras batalhas.

Não se tem a pretensão nesse artigo de discutir a definição de Direito Urbanístico. Se essa não é uma pacífica entre os doutos, não serei eu a me aventurar nessa missão. Apenas registro que esse ramo do Direito certamente vai além das questões das cidades, que é o nosso objeto nesse momento.

O Direito Urbanístico, como um ramo autônomo do Direito Público, vem ganhando importância e se tornando mais conhecido, inclusive entre os operadores do Direito e na academia, especialmente últimas décadas quando tomamos consciência de que os nossos espaços urbanos estão doentes e que vivemos num ambiente caótico.

É nesse contexto de caos que o Direito Urbanístico e o Direito Ambiental, juntamente com inúmeras outras áreas do conhecimento, são cha-

mados para um planejamento urbano sustentável. A cidade tornou-se um espaço complexo, múltiplo, plural e as suas funções não são mais apenas as descritas na Carta de Atenas. Novos e importantes problemas precisam ser enfrentados.

O Direito Urbanístico possui diversos instrumentos e institutos para esse enfrentamento, por exemplo, a regularização fundiária. Porém, o momento exige coragem e vontade política. No Brasil, a necessidade de cidades planejadas com sustentabilidade é uma exigência que tem partido da base da sociedade, ou seja, do próprio povo que está cansado de viver em cidades caóticas e passou a exigir soluções.

Aliás, simultaneamente ao planejamento, precisamos organizar inúmeros espaços urbanos, conhecidos em nosso país, variando a localização geográfica, como vilas ou favelas.

É fundamental referir que o problema que se apresenta é tão grande, complexo e grave, que seria impensável ser enfrentado por apenas um profissional. Nessa realidade, os advogados urbanistas têm que estar de mãos dadas e trabalhar juntamente como os mais diversos profissionais, como arquitetos, engenheiros, biólogos, ambientalistas, professores, enfim, em equipes multidisciplinares.

Em todo esse contexto a questão ambiental é vital. Parece desnecessário, mas é imprescindível repetir que é de vital importância expandir a consciência ambiental, porque se está cuidando do bem mais precioso que existe, a vida da presente e das futuras gerações de todos os seres vivos do planeta. Os ambientalistas já perceberam que me filio à teoria Biocêntrica.

Não existe jogar lixo fora, pois todo lixo é jogado no planeta. Temos que reduzir a pegada ecológica. A questão da água é um problema seríssimo. De igual gravidade é vivermos numa sociedade que do ponto de vista econômico incentiva e se alimenta do consumismo desenfreado, que está destruindo o planeta. Esse nível de consumo não pode mais ser tolerado, ainda mais quando há milhões de pessoas que ainda vão consumir, pois precisam ser retiradas da linha da miséria. A qualidade do ar que respiramos nas grandes cidades, cada vez pior, é um problema sério de saúde pública. É inconcebível que tenhamos o incentivo do transporte individual das pessoas em veículos automotores em detrimento de um transporte público de qualidade ou de meios alternativos. Enfim, são muitas questões!

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao encerrar esse artigo, é fácil perceber que os tempos são de crise, ocasionada pelo aumento desenfreado da população mundial, que se concentra em espaços urbanos sem as condições necessárias para uma vida saudável.

A mensagem que procuro deixar é de otimismo, porque as soluções existem. A evolução do conhecimento permitiu que os estudiosos encontrassem as medidas para se alcançar cidades planejadas e sustentáveis. Porém, é preciso coragem, pois os interesses a serem contrariados são extremamente poderosos. Teremos, no quadro que se apresenta, que contrariar o próprio sistema produtivo e econômico, sedimentado no consumo crescente.

Em matéria de planejamento urbano não se pode mais aceitar o transporte individual das pessoas em veículos automotores, um sistema absolutamente esgotado, quando se pode optar por um transporte público de qualidade ou meios alternativos, como as ciclovias.

Hoje existe toda tecnologia disponível para as construções utilizarem a água da chuva e a energia solar, que é limpa e, num país como o Brasil, abundante.

Enfim, a sustentabilidade no planejamento urbano é uma realidade absolutamente viável.

O problema está detectado e não pode persistir por muito tempo, suas consequências são graves a ponto de comprometer a própria existência da vida na Terra. As soluções existem. Agora a questão é conscientização e coragem para fazer as mudanças necessárias.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10/07/2001. **Estatuto da Cidade**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 25 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 07/07/2009. **Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a Regularização Fundiária de Assentamentos Localizados em Áreas Urbanas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

CARTA de Atenas. Wikipédia: A enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_de_Atenas>. Acesso em: 23 maio 2014.

MACEDO, Adilson Costa. **A carta do Novo Urbanismo norte-americano**. 2007.

Disponível em: <ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/11_48.pdf>. Acesso em: 22 maio 2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em foco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POPULAÇÃO brasileira ultrapassa marca de 200 milhões, diz IBGE. Portal de Notícias G. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/08/populacao-brasileira-ultrapassa-marca-de-200-milhoes-diz-ibge.html>>. Acesso em: 25 maio 2014.

TRIGUEIRO, André. **Mundo Sustentável 2: Novos Rumos para um Planeta em Crise**. São Paulo: Globo, 2012.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PELO DANO AMBIENTAL

CIVIL LIABILITY OF FINANCIAL INSTITUTIONS
FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

Luís Gustavo dos Santos¹
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza²

RESUMO

Um modelo de Meio Ambiente antropocêntrico que faz do homem o Centro do Universo e, por conseguinte ator principal no cenário ambiental em que não se considere a interação humana não é cabível no atual estágio da humanidade. A interação entre os sujeitos e o ambiente são muitas e elevam consideravelmente os riscos de degradação ambiental. O instituto da responsabilidade civil tem o condão de obrigar o agente degradador a indenizar os danos causados, devendo ainda responsabilizar-se pela reparação integral. Neste cenário, urge a necessária análise da responsabilidade civil do poluidor indireto, neste trabalho escorado na figura da instituição financeira concedente de crédito para atividades suscetíveis de causar dano ambiental, sendo este o objeto da presente pesquisa. A responsabilização civil de tais instituições é indiscutível e assim como se dá com o poluidor direto, também ao indireto se aplica a responsabilidade civil objetiva, celeuma há, contudo, quanto à análise do nexo de causalidade e consequente aplicação da responsabilidade objetiva alicerçada na teoria do risco integral ou do risco criado. Diante deste cenário, o presente artigo elaborado através do método indutivo, fundado na consulta à doutrina, legislação e jurisprudência pátrias, tem por objetivo analisar o instituto da responsabilidade civil das instituições financeiras pelo dano ambiental ocasionado de forma direta pelo financiado, identificar de forma clara que a sua responsabilização se dá de forma objetiva e discutir qual das teorias do risco vem sendo aplicada a tais instituições, se a do risco integral ou a do risco criado.

PALAVRAS-CHAVE: *Meio Ambiente. Responsabilidade Civil Ambiental. Instituições Financeiras. Dano Ambiental.*

1 Mestre em Ciência Jurídica/UNIVALI. Professor da disciplina de Direito Civil no Curso de Direito da UNIVALI e integrante do Grupo de Pesquisa Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Advogado atuante na Comarca de Itajaí – SC.

2 Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/ UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária”. Advogada. E-mail: mclaudia@univali.br.

ABSTRACT

An anthropocentric environment model that makes man the Center of the Universe and therefore lead actor in the environmental scenario in which not consider human interaction is not appropriate at this stage of humanity. The interaction between the subjects and the environment are many and considerably increase the risks of environmental degradation. The liability institute has the power to compel the degrading agent to compensate the damage caused, and shall also be responsible for full compensation. In this scenario, there is an urgent need analysis of the liability of indirect polluter, anchored in this work in the figure of financial credit grantor to activities that can cause environmental damage, which is the subject of this research. The civil accountability of such institutions is indisputable and just as it is with the direct polluter, also applies to the indirect objective liability, stir there, however, as the analysis of causation and the consequent imposition of strict liability founded on the theory of full risk or created risk. Against this background, this article written by inductive method, based on consultation with the doctrine, legislation and jurisprudence homelands, aims to analyze the institute of liability of financial institutions for environmental damage caused directly by the financed, clearly identify that their accountability is given objectively and discuss which of the theories of risk has been applied to such institutions, whether the full risk or the risk created.

KEYWORDS: *Environment. Environmental Liability. Financial Institutions. Environmental damage.*

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil em matéria ambiental, atualmente, é um importante instrumento de proteção ambiental, não apenas quando da ocorrência do dano, o que seria paradoxal, mas como instrumento inibidor de práticas que possam deturpar o ambiente em todas as suas formas, posto que ciente da possibilidade de condenação é razoável que o degradador opte por práticas que minimizem ou inviabilizem o cometimento do dano.

Com este pensamento, principia-se com breve reflexão sobre o estágio atual do meio ambiente, a necessária compreensão de que há efetivamente uma interação do ser humano com o meio, e consequente resposta do ambiente às ações humanas. Assim sendo, faz-se breve ilação acerca da exploração ambiental e os riscos inerentes a tal ação, naquilo tratado doutrinariamente como sociedade de risco, bem como a judicialização do tema, a forma como o direito ambiental atua na chancela protecionista ao ambiente com o destaque claro à ideia preservacionista, objetivando com princípios como o da prevenção e precaução evitar o dano ambiental, tendo neste sentido a própria responsabilização civil um papel inibidor do cometimento do dano.

Assim, ganha destaque o paradigma da sustentabilidade, ideia contemporânea recepcionada de modo efetivo a partir do ano de 2002 na Rio

+ 10³. Tal modelo procura equilibrar o desenvolvimento à tutela ambiental de modo que seja capaz de dar qualidade de vida às presentes gerações e possa garantir às futuras gerações a possibilidade de viver num ambiente que lhes proporcione também uma boa qualidade de vida.

Assim, neste cenário explica-se o papel das instituições financeiras no que tange a sua responsabilidade civil por danos causados por tomadores de financiamento que causam dano ambiental. Discute-se qual espécie de concessão de crédito gera a responsabilidade civil, o papel ativo que deve assumir a instituição que libera recursos financeiros a empreendimentos potencialmente nocivos, analisa-se decisões judiciais em especial do STJ em que figuram no polo passivo tais instituições. Por fim se discute quando da aplicação da responsabilização civil objetiva qual a teoria aplicada a estes agentes, se a do risco integral ou a do risco criado.

A metodologia empregada na presente pesquisa compreende o método indutivo sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

2 MEIO AMBIENTE: UM NOVO MODELO AMBIENTAL

A sinecologia é o ramo da ecologia que estuda as relações entre os organismos e ecossistemas. Sua análise demonstra que houve a ampliação do conceito outrora estático de meio ambiente. Percebeu-se que tal tema não serve para designar um objeto específico, mas, de fato, uma relação de interdependência. Esta interdependência é verificada de maneira inconteste pela relação do ser humano com o meio, sendo indissociável um do outro, posto que o ser humano depende da natureza para viver.⁴

A doutrina vem apontando que estão superadas as conceituações demasiadamente ecológicas ou antropocêntricas, e sugere a adoção de um conceito holístico de meio ambiente como faz Capra⁵ em sua obra:

O novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. Pode também ser denominada visão ecológica, se o termo “ecológico” for empregado num sentido mui-

3 STAFFEN, Márcio. *Hermenêutica e Sustentabilidade*. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise, Schimitt Siqueira. *Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 154.

4 VIEIRA, Paulo Freire. *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 49.

5 CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 25.

to mais amplo e mais profundo que o usual. A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos).

Nota-se claramente que a ideia do autor se agrega à ruptura de uma visão antropocêntrica para uma visão holística, em que ser humano e natureza interagem, onde toda ação trará um resultado físico, químico, biológico que posteriormente terá as suas consequências, daí, portanto, a necessidade de uma relação harmônica entre todos estes atores.

A lição de Beck⁶ pode ser empregada neste cenário quando afirma que “a natureza não pode mais ser concebida sem a sociedade, a sociedade não mais sem a natureza”. Há, portanto, uma dependência do ser humano em relação aos recursos extraídos da natureza.

O estreitamento da relação do ser humano com o meio ambiente sugere importantes reflexões ao tratamento dispensado por este agente às questões ambientais, o modo exploratório dos recursos, a judicialização da matéria e o fortalecimento da sustentabilidade como modelo ideal em matéria ambiental.

2.1 SOCIEDADE DE RISCO: A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

A figura da sociedade de risco aparece com relevância por conta do sistema exploratório do meio ambiente e seu potencial nocivo excessivo. A ideia de risco sempre existiu, mas na atualidade recebe mais importância tendo em vista a disseminação de atividades potencialmente degradadoras e seus muitos reflexos no cenário social.

Peralta⁷ assim leciona acerca da sociedade de risco:

A expressão sociedade de risco surge no âmbito da sociologia ao serem analisadas as características que marcam a sociedade da segunda modernidade. Essa sociedade, desenhada para ampliar o conforto e a qualidade de vida dos seres humanos, paradoxalmente está marcada pela insegurança constante e pela produção de riscos globais que comprometem a nossa existência no planeta.

6 BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 98.

7 MONTEIRO, Carlos Eduardo Peralta. Extrafiscalidade e meio ambiente: o tributo como instrumento de proteção ambiental. Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2011/31004016015P4/ITES.PDF>>. Acesso em: 13. abr. 2014, p. 28.

Os diversos riscos inerentes a atividades praticadas na atualidade apresentam efeitos diretos na degradação ambiental, principalmente devido à forma como o ser humano se apropria de recursos naturais para satisfazer suas necessidades. Para Beck⁸ “a autêntica força social do argumento risco reside na projeção de ameaças para o futuro”.

Para que haja efetiva proteção a tal potencial nocivo é necessário um Direito Ambiental capaz de antever o dano, capaz de responsabilizar os agentes poluidores e de exigir a efetiva reparação ambiental.

Apesar das possíveis críticas, especialmente no que diz respeito a sua aplicabilidade prática o Direito Ambiental parece adequado à sociedade de risco, pois, tem como escopo a prevenção e preservação do meio ambiente, o que está diretamente relacionado à responsabilidade civil ambiental, tendo em vista serem passíveis de punição tanto o dano consumado, como o dano futuro.⁹

Atrelada a esta visão está a ideia de Granziera¹⁰ que assim se manifesta acerca do Direito Ambiental:

Cabe salientar que o direito ambiental, além de constituir um conjunto de normas que disciplinam as atividades humanas, possui, em sua essência, um objetivo que lhe dá sentido e fundamento: garantir o máximo de proteção possível ao meio ambiente. É certo que qualquer atividade humana causa impactos ambientais. A própria respiração dos seres vivos enquadra-se nessa afirmação. O objetivo do direito ambiental, desta forma, não é que se retorne aos tempos em que o homem não existia no planeta: é garantir níveis de qualidade ambiental que permitam que o homem possa se perpetuar, assim como as demais espécies.

A visão da autora aponta para um Direito Ambiental atual, atento sim aos precedentes históricos, mas muito mais ocupado com o que está por vir, com a perspectiva de que a interação ser humano e ambiente é insuperável e que tal convivência deve ser a mais harmônica possível. Tal visão coaduna-se com o paradigma da sustentabilidade que será mais bem explorado adiante.

8 BECK, Ulrich. O que é Globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.16.

9 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.125.

10 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 2009. p. 6.

Tal visão é moderna, emblemática e capaz de fazer a diferença em matéria ambiental. A ideia é fugir do pragmatismo da letra da lei, ou seja, a lei por si só é insuficiente para solucionar a mazela ambiental, sendo necessário atuar num novo horizonte como o do paradigma da sustentabilidade como também pensam Leite e Barros Filho¹¹:

A princípio, é necessário destacar que a proteção e defesa do meio ambiente deve ser visualizada na perspectiva da sustentabilidade [...] que deve vir balizar a pretendida sociedade sustentável; em que o objetivo de proteção ambiental seja almejado ao lado da justiça social e do desenvolvimento econômico.

Como reflexo da sociedade de risco, um dos papéis a serem assumidos pelo direito ambiental é instrumentalizar a prevenção e a precaução dos danos ambientais, uma vez que o direito deve decidir também as situações que levem em consideração o futuro, aliando-se de modo efetivo ao ideal de sustentabilidade.

2.2 SUSTENTABILIDADE: O EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES HUMANAS E O DIREITO FUTURO AO MEIO AMBIENTE SADIO

A maior intensidade do consumo, que tende a aumentar cada vez mais, contribui para a degradação do ambiente. Sendo assim, é fundamental que se consiga alcançar um modelo mais saudável de utilização dos recursos ambientais, sobretudo quando estiverem envolvidos recursos naturais. Nesta mudança de paradigma, a sustentabilidade deve ser o viés propulsor deste ideal de utilização consciente e minimizadora do desgaste ambiental.

Percebe-se que o desenvolvimento global e qualitativo, aliado à proteção efetiva do meio ambiente, constitui um dos grandes desafios para as sociedades contemporâneas. Estabelecer as diretrizes sustentáveis para um futuro com mais prudência ambiental e com a gestão adequada dos riscos é uma das principais tarefas do Direito Ambiental.¹²

Historicamente a apreensão com os limites do crescimento integra a própria história da tutela ambiental. Já na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de Estocolmo, realizado no ano de 1972, a

11 LEITE, José Rubens Morato; BARROS FILHO, Ney de Barros. Direito Ambiental Contemporâneo. Barueri: Manole, 2004. p. 506.

12 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade. 2012, p. 107.

preocupação compartilhada foi a necessidade de aliar o desenvolvimento com a preservação dos recursos naturais. Em 1987, foi apresentado pelo informe de Brundtland o conceito de desenvolvimento sustentável nos seguintes termos: “o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades”. Na sequência, a Declaração da ECO-92, baseada também no relatório Brundtland, foi construída tendo como foco central a necessidade de se estabelecerem diretrizes objetivando compatibilizar o desenvolvimento com a imprescindibilidade da tutela dos bens ambientais. Um conceito integral de sustentabilidade somente surgiria em 2002, na Rio+10, realizada em Johannesburgo, quando restaram reunidas, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla para as presentes e futuras gerações.¹³

Dessa forma, só a partir de 2002 é que passa a ser adequado utilizar a expressão ‘sustentabilidade’, ao invés de desenvolvimento com o qualificativo ‘sustentável’. Isso porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor. Na Rio+20, esta concepção ganha uma preocupação prática, ou seja, de implementação em escala global, sendo o tema da governança transnacional o assunto de destaque e o grande desafio a ser implementado nesta quadratura da história.¹⁴

Não há dúvidas de que a implementação da concepção sustentável mostra-se difícil tanto no âmbito nacional quanto internacional, ainda que haja exemplos satisfatórios de práticas ambientais sustentáveis. As dificuldades se devem por óbvio a questões financeiras e de mercado. Os empreendedores visam e objetivam o lucro, algumas vezes a qualquer preço, assim, o implemento de práticas sustentáveis acaba perdendo espaço

13 STAFFEN, Márcio. *Hermenêutica e Sustentabilidade*. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise, Schimitt Siqueira. *Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 154.

14 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. p. 110.

para que possam adotar reduções de custos em seus bens, produtos e serviços e mostrarem-se mais competitivos no mercado de consumo.

Apesar disso, há esperança e necessidade de que se implemente um modelo de desenvolvimento sustentável, que seja capaz de dar qualidade de vida às presentes gerações, mas que seja capaz de garantir às futuras gerações a possibilidade de viver num ambiente que lhes proporcione também uma boa qualidade de vida.

Esta preocupação traz um fortalecimento para a Teoria da Sustentabilidade, em especial a esperança do retardamento da sobrevivência do ser humano na Terra. A degradação do meio ambiente, atualmente, ocorre de forma acelerada, o que traz divergências de posicionamentos: para alguns a prioridade é o desenvolvimento econômico enquanto, para outros, a preservação ambiental é ordem do dia. Registra-se que há um terceiro posicionamento, que une os interesses econômicos e a preservação do meio ambiente, através de um planejamento sustentável.¹⁵

Acerca da sustentabilidade, Gabriel Ferrer¹⁶ leciona:

*La sostenibilidad se encuentra más bien relacionada con los Objetivos del Milenio, que son la guía de acción de la humanidad. El objetivo de lo ambiental es asegurar las condiciones que hacen posible la vida humana en el planeta. En cambio, los otros dos aspectos de la sostenibilidad, los sociales que tienen que ver con La inclusión, con evitar la marginalidad, con incorporar nuevos modelos del gobernanza, etcétera, y los aspectos económicos, que tienen que ver con el crecimiento y la distribución de la riqueza. Tienen que ver con dignificar la vida. La sostenibilidad nos dice que no basta con asegurar la subsistencia, sino que la condición humana exige asegurar unas las condiciones dignas de vida.*¹⁷

O desafio, como ressaltado pelo autor é de toda a humanidade, do mesmo modo seus eventuais benefícios, urge, no entanto, uma mudança de postura global para que se garanta a existência futura das gerações.

15 SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. 20 anos de sustentabilidade. Revista da UNIFEBE (on line), 2012. p. 242. Disponível em: <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/2012/artigo023.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2013.

16 FERRER, Gabriel Real. El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad. In: PNUMA. Programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. [S.l.], [2008?]. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

17 Sustentabilidade está mais relacionado com as Metas do Milênio, que ação guia da humanidade. O objetivo é assegurar as condições ambientais que tornam possível a vida humana no planeta. Em contraste, os outros dois aspectos da sustentabilidade, são sociais e têm a ver com a inclusão, com evitar a marginalização, a incorporar novos modelos de governança, etc, e aspectos econômicos que estão relacionados com o crescimento e distribuição da riqueza. Eles tratam de dignificar a vida. Sustentabilidade diz que não é suficiente para garantir a sobrevivência, mas a condição humana que requer garantir dignas condições de vida. (Tradução livre do autor)

Conceitualmente Canotilho¹⁸ preconiza a ideia de que a sustentabilidade é “princípio da responsabilidade de longa duração”, demonstrando a necessidade de adotarem-se (Estado) políticas aceitas pela sociedade que sejam precavidas em relação ao desgaste do meio ambiente natural com elevado nível de proteção para que se possa usufruir no mais longínquo futuro de um ambiente sadio.

Freitas¹⁹ também conceitua o instituto:

[...] é o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem estar.

Percebe-se que algumas medidas sustentáveis têm sido adotadas por corporações em geral, contudo, não se conhece ao certo o alcance de tais medidas, muitas parecem apenas paliativas, outras, produto de marketing e algumas inócuas. Por parte do ente estatal também há certa preocupação com a temática, especialmente no que diz respeito à lei que fundamentalmente acaba por exigir em seus ditames, seja, por exemplo, para concessão de licenças ambientais, a adequação do potencial agressor para que evite o dano, no entanto, sabe-se que há muito a evoluir socialmente para que se encontre de fato o modelo doutrinariamente apregoadado de sustentabilidade.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO FINANCIADOR

A responsabilidade civil ambiental tem como norma central o artigo 225, §3º da CRFB. Quando se trata da responsabilidade civil ambiental de instituição financeira, além das normas do C.C. utilizadas na teoria geral da responsabilidade civil, terão relevância o artigo 3º, inciso IV, e artigo 12 da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Tais normas fomentam interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que demonstram que é possível responsabilizar a instituição financeira por dano ambiental causado pelo financiado.²⁰

18 SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise, Schmitt Siqueira. Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade. 2013, p. 154.

19 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 50.

20 SÂMPIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 04.

O artigo 3º, inciso IV conceitua a figura do poluidor, nos seguintes termos.

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.²¹

Pode-se notar da interpretação do dispositivo legal citado que uma empresa que tem um projeto financiado por uma instituição financeira, e venha a causar dano ambiental em atividade relacionada com este empreendimento, será considerada poluidora direta, enquanto o financiador poderá ser enquadrado como poluidor indireto.

O artigo 12, por sua vez, indica que:

Art 12 - As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA.

Parágrafo único - As entidades e órgãos referidos no “caput” deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.²²

O artigo 12 determina condições relacionadas a variáveis ambientais que devem ser exigidas pelo financiador para a aprovação do financiamento, como a exigência de comprovação de licenciamento da obra, o atendimento aos critérios e padrões exigidos pelo CONAMA, além da fiscalização que garanta a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental. Destes dois dispositivos citados surgem diversas correntes teóricas com potencial de influenciar a prática.

Deve-se advertir que a responsabilidade civil ambiental se enquadra na modalidade de responsabilidade civil extracontratual e tem como fundamento fomentar a internalização das externalidades ambientais. Isto que significa que a finalidade do instituto da responsabilidade civil do financiador é que o mesmo tome iniciativas preventivas na concessão de crédito com o fito de diminuir a incidência de danos ambientais causados por seus financiados.²³

21 BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 15 julh. 2014.

22 BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

23 SÂMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. p. 04.

Ressalta-se ainda que se trata de responsabilidade civil objetiva, que, portanto, dispensa o elemento culpa, mas valoriza o elemento risco. Grandes celeumas doutrinárias são travadas em relação às teorias do risco a serem aplicadas na responsabilidade civil ambiental do financiador, se a teoria do risco integral ou do risco criado. Deve-se mencionar que a tendência atual, seja da jurisprudência ou da doutrina é adotar a teoria do risco integral, referencial teórico que flexibiliza o nexo causal, e com isso, acessa um universo muito maior de casos e poluidores.²⁴

Sampaio²⁵ afirma que a adoção da teoria do risco integral é um reflexo do desejo de promover a justiça, responsabilizando o maior numero possível de degradadores do meio ambiente, mas a adoção desta teoria pode se mostrar tecnicamente falha e capaz de alcançar o inverso do que se propõe, ou seja, uma menor proteção ambiental, tendo em vista que trata de maneira igual às diferentes formas de risco. Este tratamento desestimula o empreendedor a pesquisar as várias formas de risco, e tomar medidas preventivas.

Para que se tenha a exata compreensão do alcance desta pesquisa, se faz necessário saber quais instituições se enquadram na expressão “instituições financeiras” aqui empregadas. Para esta delimitação deve-se amparar em conceitos previstos em dispositivos legais, o artigo 17 da Lei 4.595/64 traz o seguinte conceito:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.²⁶

Para o tema de responsabilidade civil do financiador, o termo instituição financeira tem abrangência que vai além do que expressa o citado artigo 17 da Lei 4.595/1964, pois abrange também instituições de crédito estrangeiras e internacionais. As instituições financeiras de capital estran-

24 Idem. p. 04.

25 Ibidem.

26 BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

geiro devem receber autorização do Banco Central do Brasil para poderem funcionar no país, ou por decreto do Poder Executivo, conforme prevê o artigo 18, §1º e §3º da Lei 4.595/1964.²⁷ Necessário mencionar ainda o artigo 2º da Lei 4.131/1962, que prevê:

Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.²⁸

Sendo assim, as instituições financeiras estrangeiras e internacionais devem receber o mesmo tratamento das nacionais, devendo ser submetidas aos princípios da ordem econômica e da função social do sistema financeiro nacional, institutos previstos nos artigos 170 e 192 da CRFB respectivamente.

Deve-se mencionar ainda que as instituições financeiras que compõem o sistema financeiro nacional são fiscalizadas, e podem vir a ser penalizadas pelo Banco Central,

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:
VI - Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;
IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;
X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

O Sistema Financeiro Nacional é instituído pela Lei 4.595/1964, e é composto pelo Banco Central do Brasil, pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco do Brasil S/A, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e as demais instituições públicas e privadas.²⁹

Sendo assim, o Banco Central tem o encargo de controlar e fiscalizar a atuação das instituições financeiras. Este órgão publicou a resolução 4.327/2014³⁰ que dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas

27 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147.

28 BRASIL. Lei n. 4.131, de 03 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

29 ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38.

30 BRASIL. Resolução 4.327, de 25 de abril de 2014. Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.

a funcionar pelo Banco Central do Brasil, norteadas as ações de natureza socioambiental nos negócios e nas relações com as partes interessadas, o que demonstra a preocupação atual com o meio ambiente e os riscos do negócio.

Além de direcionar as atividades das instituições financeiras é responsabilidade deste órgão fiscalizar se as instituições financeiras estão cumprindo seu dever legal previsto no artigo 12, parágrafo único da Lei 6.938/1981, podendo abrir apuração administrativa e aplicar penalidades. Portanto, em tese, se o Banco Central faltar com sua obrigação de fiscalizar poderá ser incluso no elenco de responsáveis pela reparação ambiental em razão da solidariedade.³¹

Diante do exposto, conclui-se que a abrangência do termo instituições financeiras, para matéria de responsabilidade civil ambiental do financiador engloba as instituições financeiras públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras ou internacionais. Estas estão aptas a serem responsabilizadas em decorrência de danos ambientais relacionados com financiamentos concedidos a projetos e obras que utilizem de recursos ambientais.

3.1 PONDERAÇÕES SOBRE FINANCIAMENTO E MEIO AMBIENTE

A ampliação do consumo interno, assim como a maior intensidade das transações comerciais internacionais dependem de acesso a recursos financeiros, que são representados pelo acesso ao crédito. A disponibilidade do acesso ao crédito contribui tanto para subsidiar a produção quanto para facilitar o acesso a bens de consumo.³²

O crédito tem a capacidade de regular o ritmo da atividade produtiva na perspectiva quantitativa, o que por consequência afeta diretamente os estoques de recursos naturais. Por outro lado, a qualidade da produção também é influenciada pelo crédito, pois o acesso ao mesmo facilita a aquisição de novas tecnologias produtivas mais modernas, que otimizam a atividade, tornando possível o máximo aproveitamento dos insumos e resíduos. Esta modernização da produção representa um aumento da produção com menor quantidade de matéria prima.³³

31 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 221.

32 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 139.

33 Idem. p. 139.

Nota-se com esta dinâmica que a prosperidade de uma população passa pelo setor empresarial e pela atividade financeira. Tendo em vista que as empresas são vistas como as principais responsáveis pela degradação ambiental, e que as mesmas têm uma dependência do setor financeiro para ampliar suas atividades, as instituições financeiras podem ser utilizadas como instrumento de controle ambiental.

O sistema financeiro não só pode como deve contribuir para o controle ambiental, visto que os bancos também lucram com as atividades que causam dano ambiental, e, por conseguinte, devem ser chamados a contribuir com a prevenção ou com a despoluição.

Raslan³⁴ aponta que existem perspectivas positivas e negativas do crescimento econômico, e indica que uma atividade econômica muito intensa, ou inexpressiva trazem prejuízos ao meio ambiente, portanto, o que se objetiva é um meio termo.

A positiva é que com a desaceleração do consumo a produção diminui proporcionalmente o ritmo, o que implica a extração de quantidades inferiores de matéria-prima e a menor quantidade de descarga de resíduos. A negativa é que os investimentos na realização de obras ou instalação de equipamentos para o controle e melhoria da qualidade ambiental são afetados, além do aumento do desemprego e da extinção de postos de trabalho que também afetam a dignidade da pessoa humana.

Este meio termo pode ser alcançado com o auxílio das instituições financeiras no controle preventivo do dano ambiental. No entanto, cabe questionar de que forma as instituições financeiras poderão contribuir para a prevenção do dano ambiental. Deve-se destacar que existem várias serviços financeiros, diversas modalidades de contratos bancários em que hora as instituições financeiras são credoras, ohora devedoras. Deste modo, é necessário pensar em quais ocasiões que se poderá atribuir responsabilidade ambiental à instituição bancária.

3.1.1 Contratos bancários e a variável da informação como forma de atribuição da responsabilidade

Os efeitos jurídicos na responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras não podem ser tratados da mesma forma em todas as ope-

34 Idem. p. 156.

rações de crédito. Conforme ficará esclarecido posteriormente, é o nível da informação que a instituição financeira possui ou deve possuir na transação que determinará a responsabilidade.³⁵

Dependendo do tipo de operação bancária, serão diferentes as consequências jurídicas na aplicação da teoria da responsabilidade civil ambiental. Duas das mais destacadas concessões de crédito se dão pelo empréstimo e pelo financiamento, sendo que neste último a instituição financeira terá a informação exata da aplicação dos recursos concedidos.

No financiamento os recursos saem da instituição financeira e podem ser rastreados a um fim específico, que pode ser um projeto, enquanto no empréstimo o dinheiro não é rastreado, podendo o mutuário empregá-lo da forma que bem entender.

Outra marcante diferença entre o empréstimo e o financiamento é o grau de informação que a instituição financeira possui sobre a aplicabilidade do crédito. No financiamento a quantidade de informações acerca do emprego do recurso é muito maior do que no caso do empréstimo.³⁶

Sampaio³⁷ afirma que

[...] a responsabilidade ambiental indireta da instituição pelo empréstimo só faz sentido se a informação sobre a utilização do recurso estiver disponível ou desde que o custo para obtê-la seja razoável. No caso do empréstimo, essa não é a regra, pela sua própria característica de não estar vinculado a um fim específico, ou a um projeto.

Deste modo, pode-se concluir que é o nível de informação da instituição financeira sobre a destinação do recurso que determinará sua responsabilidade de zelar pela preservação do meio ambiente, de forma a dar efetividade aos princípios da ordem econômica e a função social do Sistema Financeiro Nacional, previstas no artigo 170, inciso VI e 192 da CRFB.³⁸

De modo geral, é no contrato de financiamento que a instituição financeira pode monitorar a aplicação do dinheiro de forma eficiente, sendo assim, é neste caso que surge o nexo de causalidade entre o risco da operação de crédito com o projeto financiado.

35 SÂMPIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 2013, p. 120.

36 Idem. p. 133.

37 Idem. p. 125.

38 SÂMPIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 2013, p. 125.

Tosini³⁹ destaca a importância da informação para se delimitar o risco ambiental do procedimento.

O que torna mais difícil a análise do risco ambiental é a falta de informação. Se na análise do risco de crédito busca-se questionar as informações, na avaliação ambiental normalmente o analista deve buscar a própria informação. Devido a falta de conhecimento das questões relacionadas ao meio ambiente, as empresas sequer sabem prestar as informações necessárias.

Deste modo, conclui-se que quanto menor o nível de informação, menos se pode exigir da instituição financeira. Conforme visto, entre as operações de mútuo, no empréstimo stricto sensu a empresa tem pouca informação disponível sobre a destinação do dinheiro, enquanto no financiamento a instituição financeira tem muita informação sobre como o recurso será empregado. Sendo assim, é possível exigir maiores deveres da instituição financeira nas operações de financiamento, como é devidamente previsto em lei.⁴⁰

O financiamento, portanto, passa a contribuir para o aumento do risco ambiental das instituições financeiras. Diversos são os tipos de riscos que uma empresa e especificamente uma instituição financeira precisam identificar e controlar, de modo que gestão do risco é procedimento indispensável para a sobrevivência de uma empresa no mercado.

3.2 CONTRATO DE FINANCIAMENTO: MOMENTOS

Preliminarmente deve-se advertir que só existe relevância jurídica para fins de responsabilidade civil ambiental do financiador caso ocorra a formalização do contrato de financiamento. Portanto, o período de negociação não apresenta conseqüências jurídicas, podendo ensejar eventualmente a hipótese de quebra de confiança.⁴¹

Embora as tratativas anteriores à formalização do contrato não apresentem repercussões jurídicas para a matéria de responsabilidade civil ambiental, este é o momento para a instituição financeira assegurar que pressupostos legais, que obrigatoriamente deverão ser observados, este-

39 TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. Risco Ambiental para as instituições financeiras. 2006. p.125.

40 SÂMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 2013, p. 125.

41 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 242.

jam sendo cumpridos. Os principais pressupostos legais estão presentes no texto do artigo 12, caput e parágrafo único da Lei 6.938/1981.

Raslan⁴² elenca tais requisitos legais:

[...] a) o licenciamento ambiental, que deve ser prévio; b) o cumprimento das normas, critérios e padrões expedidos pelo CONAMA, devidamente comprovado; c) o dever de constar nos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente, devidamente comprovado.

O licenciamento ambiental, que caracteriza o primeiro pressuposto legal, deve anteceder a contratação do financiamento, visto que o artigo 12 determina que a aprovação dos projetos de financiamento está condicionada à apresentação do licenciamento.

Mas é necessário salientar que este primeiro pressuposto, relativo à exigência do licenciamento ambiental não está presente somente na fase anterior à celebração do contrato, mas durante toda a realização do empreendimento. Esta assertiva deve-se ao fato de que existem três momentos distintos da licença ambiental, nos termos do artigo 8º, incisos I, II e III da Resolução nº 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Cada licença é concedida em fases diferentes do empreendimento, de modo que as instituições financeiras devem conhecer quais atividades

42 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 243.

estão sujeitas a prévio licenciamento ambiental e qual licença ambiental é exigida para cada uma das fases do empreendimento financiado. Portanto, a instituição financeira precisa contar com especialistas em seus quadros ou contratá-los.⁴³

Além da licença ambiental, a instituição financeira deve requerer previamente à celebração do contrato, e que seja comprovado o cumprimento das normas, critérios e padrões exigidos pelo CONAMA, além de exigir que conste nos projetos a realização de obras de aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e a melhoria da qualidade do meio ambiente, conforme prevê o artigo 12, caput e parágrafo primeiro da Lei 6.938/1981.

Se estes pressupostos não forem observados antes da formalização do negócio, o contrato de financiamento poderá ser invalidado. Sabe-se que de acordo com as regras do Direito Civil três elementos dão validade ao negócio jurídico: capacidade das partes contratantes, forma prescrita ou não defesa em lei e objeto lícito e possível, nos termos do artigo 104 do CC e seus incisos. A concessão de financiamento sem a observância dos pressupostos legais implica na ilicitude do objeto do contrato de financiamento. O contrato com objeto ilícito é inválido e nulo de pleno direito.⁴⁴

Sendo assim, se o contrato for considerado inexistente devido a seu objeto ilícito, pode-se entender que o financiador injetou recursos diretamente no empreendimento, exercendo papel de sócio investidor, podendo ser encarado como poluidor direto. Tal caso autorizaria que o financiador fosse responsabilizado pelo negócio.⁴⁵

Os pressupostos legais previstos no artigo 12 da Lei 6.938/1981, elencados no item anterior representarão uma preocupação constante para o agente financiador. A instituição financeira não poderá se satisfazer com promessas do empreendedor de que irá atender aos pressupostos do artigo 12, mas deve haver garantia de que efetivamente está sendo cumprida permanentemente os compromissos traçados.

É indispensável que as instituições financeiras acompanhem a execução do projeto em todas as suas fases, de modo a monitorar a aplicação do crédito concedido, devendo exigir que o cronograma do projeto e as cláus-

43 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 246-257.

44 GRIZZI, Ana Luci Esteves. Responsabilidade ambiental dos financiadores. 2003, p. 58.

45 Idem. p. 58.

sulas contratuais sejam cumpridas, sobretudo aquelas cláusulas referentes ao cumprimento dos critérios, normas e padrões do CONAMA, assim como o controle e a melhoria da qualidade ambiental.⁴⁶

Se o financiador identificar indícios ou provas reais de que o financiado não vem cumprindo com as exigências do CONAMA, e/ou não vem realizando obras que garantam a melhoria do meio ambiente, deve notificar o mesmo e suspender o crédito ou a liberação de parcelas do financiamento até que as inadequações sejam corrigidas.⁴⁷

A instituição financeira não terá um vínculo perpétuo com o financiado, sobre a limitação temporal da responsabilidade daquela. Existem dois entendimentos principais, aquele que entende que as responsabilidades do financiador acabam com a quitação do débito, enquanto outra corrente defende que a responsabilidade acaba quando não houver mais o dever de fiscalização.

Grizzi⁴⁸ afirma que:

Além da limitação quantitativa, entendemos que a limitação temporal também é importante fator para que se determine até quando, é ou será, o financiador considerado responsável pelos danos ambientais decorrentes da atividade financiada. Essa limitação temporal deve ser vinculada ao período de vigência do contrato de financiamento, sendo o dever de reparação dos financiadores passível de prescrição, o que não implica na possibilidade de prescrição do dano ambiental [...].

Existem correntes doutrinárias que entendem que a responsabilidade da instituição financeira deve cessar com a quitação das prestações do contrato de mútuo. No entanto, existem correntes a defender que existem espécies de danos ambientais que apresentam seus efeitos tardiamente, as vezes após expirada a vigência do contrato de financiamento. Neste sentido Raslan afirma que “[...] revela-se admissível a responsabilização civil das instituições financeiras, como poluidores indiretos, por danos ambientais relacionados com obras ou atividades financiadas que eclodam, sejam constatados ou suportados depois de expirado o período de vigência do contrato de financiamento.”⁴⁹

46 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 248.

47 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 249.

48 GRIZZI, Ana Luci Esteves. Responsabilidade ambiental dos financiadores. 200, p. 56.

49 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 249.

3.3 SOLIDARIEDADE PASSIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

É pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da solidariedade entre a instituição financeira e o poluidor direto. O fundamento legal deste entendimento está no artigo 942 do CC que prevê que “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Além disso, a solidariedade neste caso é derivada da indivisibilidade do dano e da unidade do meio ambiente. A degradação ambiental é considerada “como fato danoso único e indivisível, pressuposto que, em consequência da impossibilidade de fragmentação do dano, o nexos causal é comum”.⁵⁰

Grizzi⁵¹ corrobora neste sentido:

Destarte, a responsabilidade ambiental brasileira é solidária, concorrendo para ela todos aqueles que de alguma forma colaboraram com a atividade que causou a degradação ambiental, como a própria lei diz, de forma direta ou indireta.

Na jurisprudência do STJ pode-se verificar que é pacífica a solidariedade entre poluidor direto e indireto.

A ação civil pública por danos ambientais dá ensejo a Litisconsórcio facultativo entre os vários degradadores, diretos e indiretos, por se tratar de responsabilidade civil objetiva e solidária, podendo ser proposta contra o poluidor, responsável direta ou indiretamente pela atividade causadora de degradação ambiental e contra os co-obrigados solidariamente à indenização. A ausência de formação do litisconsórcio facultativo não tem a faculdade de acarretar a nulidade do processo.⁵²

Ainda na jurisprudência do STJ:

A tese recursal não prospera, tendo em vista que a responsabilidade por danos ambientais é solidária entre o poluidor direto e o indireto, o que permite que a ação seja ajuizada contra qualquer um deles, sendo facultativo o litisconsórcio. Precedentes do STJ.⁵³

50 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 224.

51 GRIZZI, Ana Luci Esteves. Responsabilidade ambiental dos financiadores. 2003, p. 39.

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 224.572/MS, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Sessão de 18/06/2013, DJe 11/10/2013.

53 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1079713/SC. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Sessão de 18/08/2009. Diário de Justiça Eletrônico de 31/08/2009.

Deste modo, se ficar configurado que o financiador deixou de monitorar o financiado que causou diretamente o dano ambiental, no caso da aplicação da teoria do risco criado, ou se o mesmo tiver simplesmente aprovado a concessão do crédito, no caso da aplicação da teoria do risco integral, o mesmo poderá ser demandado por toda a indenização decorrente do dano.

Mazzili⁵⁴ afirma neste sentido:

- a) há solidariedade nas obrigações resultantes de ato ilícito (art. 942, do Código Civil Brasileiro);
- b) os co-responsáveis, por via de regresso, poderão discutir posteriormente, entre si, distribuição mais equitativa da responsabilidade;
- c) nas obrigações indivisíveis de vários devedores, cada um deles tem responsabilidade sobre a dívida toda (CC, arts. 259 e 260 CDC, Arts. 7º, § único e 22, § 1º).

Se não resta dúvida acerca da solidariedade entre os poluidores, existe divergência acerca de qual teoria relativa ao nexo causal aplicar ao caso concreto da responsabilidade civil ambiental do financiador, se a teoria do risco integral ou a teoria do risco criado.

3.4 APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL OU TEORIA DO RISCO CRIADO

Existem cinco teorias na responsabilidade civil objetiva que trazem definições diferenciadas acerca das atividades de risco, mas somente duas delas têm aplicabilidade na jurisprudência brasileira, a teoria do risco criado e a teoria do risco integral.

Cada uma das teorias tem seus respectivos adeptos, mas a doutrina majoritária, assim como a jurisprudência do STJ é unânime em defender que a responsabilidade civil ambiental deve-se aplicar a teoria do risco integral. Essa é a regra para o poluidor direto. Todavia, existem julgados que não deixam claro qual teoria adotam para a responsabilização do poluidor indireto, mas pela análise da argumentação tudo indica que é aplicada a teoria do risco criado, não existindo, contudo, unanimidade.

Sampaio⁵⁵ advoga a tese de que a teoria do risco criado é a ideal a ser aplicada tanto para o poluidor direto quanto para o indireto. Mas consta-

54 MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo Saraiva, 2003. p. 140.

55 SÂMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 2013, p. 107.

tando que o STJ de forma homogênea aplica a teoria do risco integral ao poluidor direto, advoga que ao indireto, seara que ainda pairam indefinições de entendimento, deve ser aplicada a teoria do risco criado.

[...] mesmo na responsabilidade objetiva e solidária do indireto, esta figura somente poderá ser responsabilizada na modalidade risco criado e jamais na modalidade risco integral, como no caso do direto. E isso, muitas vezes, está implícito na fundamentação dos julgados analisados. O indireto é chamado à responsabilidade, em regra, quando deixa de cumprir com algum dever legal de diligência que acaba atraindo-o para a relação. É um ato geralmente omissivo de observância de deveres de cuidado que criam o risco que leva ao dano ambiental.

Ao se aplicar a teoria do risco criado, devem ser considerados três fatores no caso concreto, o risco causado, o dano, e o nexo de causalidade. Nesta teoria, para que haja causa de risco, é necessário que exista norma que determine um dever de agir de forma precavida pelo poluidor, com o intuito de prevenir a ocorrência do dano ambiental. Conforme já abordado, existem diversas normas jurídicas que evidenciam o dever do financiador de prevenção, seja ao exigir a licença ambiental, ou por monitorar a compra de equipamentos que contribuam com a preservação ambiental, entre outros. Desta forma, para a teoria do risco criado, somente quando o financiador se omitisse, faltando com seu dever preventivo previsto em lei, que o mesmo poderia ser responsabilizado.⁵⁶

Também defensora da corrente que advoga que o financiador deve ter sua conduta avaliada sob a luz da teoria do risco criado, Grizi⁵⁷ aponta efeitos prejudiciais que a adoção da teoria do risco integral podem gerar no mercado:

[...] merece destaque nosso posicionamento acerca da não vinculação da responsabilidade objetiva à teoria do risco integral. Entendemos que caso adotássemos a teoria do risco integral da atividade exercida pelas instituições financeiras associada à responsabilidade objetiva ambiental, a aplicabilidade da responsabilidade ambiental aos financiadores seria de difícil implementação, causando transtornos ao sistema financeiro, com conseqüente retração da oferta de créditos.

Ao se aplicar a teoria do risco integral ao financiador, seria flexibilizado o nexo causal, no sentido de diminuição de requisitos para sua configuração, bastando demonstrar que foi autorizada a concessão de crédito para

56 SÂMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 2013, p. 107.

57 GRIZZI, Ana Luci Esteves. Responsabilidade ambiental dos financiadores. 2003, p. 24.

o financiamento da atividade danosa ao meio ambiente para caracterizar o dever de indenizar, o que aumentaria os riscos da atividade, causando uma retração da concessão de crédito para atividades com potencial de degradarem o meio ambiente.⁵⁸

As principais críticas à aplicação da teoria do risco integral são no sentido de que a mesma equipara a natureza de riscos, tratando de modo igual os riscos de alta probabilidade e baixo impacto com os de baixa probabilidade e alto impacto. Desta forma, é consequência da adoção da teoria do risco integral, um desinteresse por parte do empreendedor na busca das causas que levaram ao dano, visto que todas as causas recebem o mesmo tratamento.⁵⁹

No entanto, a doutrina majoritária advoga a aplicação da teoria do risco integral, o que é acolhido pela jurisprudência. Um dos representantes desta corrente é Raslan,⁶⁰ que afirma que:

[...] cabe reafirmar a predileção deste estudo pela teoria do risco integral e pela teoria do *conditio sine qua non* ou da equivalência das condições, o que, juntamente com a indivisibilidade do bem jurídico ambiental e a obrigação da prestação integral de sua defesa e proteção, acrescentam subsídios relevantes para a conclusão de que as instituições financeiras são solidariamente responsáveis com os demais poluidores, diretos ou indiretos, pela preservação, conservação, recuperação, restauração, compensação e indenização em caso de degradação ambiental [...].

Ao se analisar a jurisprudência do STJ nota-se que no tratamento do poluidor indireto, pode-se deduzir das argumentações das decisões tomadas no caso concreto, pois nas mesmas não existe manifestação expressa, que é adotada a teoria do risco criado, diferentemente do que ocorre com o poluidor direto.

No aresto selecionado a seguir, o Estado do Paraná foi responsabilizado por acórdão do Tribunal Regional da 4^o região a arcar com indenização de forma solidária com o município de Foz do Iguaçu, pois aquele foi o financiador de uma avenida construída por este em área de preservação permanente. O Estado do Paraná recorreu da decisão com recurso especial pedindo ilegitimidade para figurar no pólo passivo, pois foi mero financiador da obra.

58 SÂMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 2013, p. 108.

59 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 227.

60 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 227.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF (Omissis)

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).⁶¹

Nota-se neste caso que o município de Foz do Iguaçu ignorou Termo de Compromisso firmado com o IBAMA. O Estado do Paraná foi considerado poluidor indireto, e incluído no pólo passivo da ação, pois faltou com o seu dever de fiscalizar a obra de seu financiado. Com isso, nota-se que neste caso foi aplicada a teoria do risco criado sobre o financiador, pois lhe foi atribuída à responsabilidade por sua falta no dever de fiscalizar, e não somente porque aprovou o financiamento.

No julgado selecionado a seguir, uma ação civil pública para a reparação de danos foi proposta contra Golden Star Administradora Ltda, pois a mesma construiu empreendimento em área de proteção ambiental. A recorrente alegava que empreendimento estava devidamente licenciado pelo órgão ambien-

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 604.725/PR. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Sessão de 21/06/2005. Diário de Justiça de 22/08/2005, p. 202.

tal de Santa Catarina, a Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente – FATMA. Sendo assim, pleiteava a recorrente a inclusão da FATMA no pólo passivo da demanda, formando um litisconcórcio necessário. Demandou ainda a recorrente que o fato da FATMA ter concedido licenciamento irregular a tornaria poluidora indireta pelos danos causados pela recorrida.

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITIS-
CONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.
COMPROVAÇÃO DOS DANOS.

(Omissis)

3. A tese recursal não prospera, tendo em vista que a responsabilidade por danos ambientais é solidária entre o poluidor direto e o indireto, o que permite que a ação seja ajuizada contra qualquer um deles, sendo facultativo o litisconcórcio. Precedentes do STJ. 4. No caso, figuram no pólo passivo da lide o ente municipal e os particulares responsáveis pelo empreendimento. Embora a fundação estatal que concedeu indevida licença de instalação também pudesse ter sido acionada, a sua ausência não conduz à nulidade processual.⁶²

Da análise da jurisprudência do STJ pode-se chegar algumas conclusões: 1) a responsabilidade objetiva tem sido aplicada ao poluidor direto e indireto; 2) existe a solidariedade entre o poluidor direto e o indireto, o que caracteriza um litisconcórcio facultativo; 3) não existe manifestação expressa acerca da aplicação da teoria do risco integral ao poluidor indireto; 4) da mesma forma, não existe manifestação expressa sobre a aplicação da teoria do risco criado ao poluidor indireto; 5) quando houve a condenação do poluidor indireto por responsabilidade civil por dano ambiental, embora não tenha sido manifesto expressamente, a argumentação dos julgados dão a entender que a teoria adotada é a do risco criado.⁶³

O próximo item tratará sobre o nexo de causalidade.

3.5 FINANCIAMENTO E NEXO DE CAUSALIDADE

A comprovação do nexo de causalidade entre o risco gerado pelo financiador, na condição de poluidor indireto e o dano passa por alterações de acordo com a teoria do risco adotada.

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1079713/SC. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. Sessão de 18/08/2009. Diário de Justiça Eletrônico 31/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801696780&dt_publicacao=31/08/2009>. Acesso em: 12 ago. 2014.

63 SÂMPIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 2013, p. 114.

Existem duas correntes principais de entendimento. Se aplicada à teoria do risco integral ao poluidor indireto, bastará a apresentação do contrato de financiamento ou mútuo para provar o nexo causal; por outro lado, se aplicada a teoria do risco criado, será necessário comprovar que o financiador faltou com seu dever de fiscalizar a obra do financiado na forma da lei.

Tosini⁶⁴ resume que as duas formas de entendimento, nos seguintes termos:

Existem duas linhas de entendimento: (i) uma que defende a posição da legislação norte-americana (Lei de Conservação de Ativos, Responsabilidade do Financiador e Proteção de Seguro de Depósitos, ou Asset Conservation, Lender Liability and Deposit Insurance Protection Act), em que o nexo causal é estabelecido quando o financiador tem ingerência, ou seja, poder de decisão sobre o projeto que está sendo financiado ou sobre o gerenciamento ambiental da empresa tomadora de crédito; (ii) a outra linha defende que o nexo causal se estabelece em a liberação dos recursos, pois sem este não haveria dano, argumento defendido especialmente no caso de financiamento de projetos de investimento.

Conforme coloca a autora, a teoria do risco criado se assemelha ao modo de agir adotado pelo direito norte americano, quando o financiador somente poderia ser responsabilizado se fosse comprovado que tinha poder de gerenciamento sobre a obra que causou o dano ambiental. Por outro lado, existe corrente que defende que pode haver responsabilização do financiador com a comprovação da liberação do recurso.

Sampaio,⁶⁵ adepto da aplicação da teoria do risco criado, na análise da responsabilidade do financiador afirma que o nexo de causalidade do mesmo pode ser comprovado pela demonstração da conduta omissiva ou comissiva que negligencia os preceitos legais.

A instituição financeira cria o risco que pode levar ao dano ambiental quando não observa os comandos normativos de exigência da licença ambiental ou da Certidão de Qualidade em Biossegurança (arts. 12 da Lei nº 6.938/1981 e 2º, §4º da Lei 11.105/2005), ou das exigências contidas na Resolução CMN Bacen nº 3.545/2008 para projetos no bioma Amazonico.

Por outro lado, Raslan⁶⁶ defende a adoção da teoria do risco integral, manifestando que a comprovação do nexo de causalidade pode ser feita com a apresentação do contrato de financiamento.

64 TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. Risco ambiental para as instituições financeiras. 2006, p. 90.

65 SÂMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 2013, p. 144.

66 RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade civil ambiental do financiador. 2012, p. 227-228.

A afirmação do nexo de causalidade entre a atividade financeira, consubstanciada na concessão do crédito por meio de financiamento, e a degradação da qualidade ambiental se fundamenta, dentre outras, na existência de contrato de empréstimo, de mútuo, de financiamento, entre outros [...].

Embora sejam escassos os casos na jurisprudência que expressem diretamente como deve ser encarado o nexo de causalidade, pode-se citar o caso do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que está sofrendo processo como co-responsável por dano ambiental causado por um de seus financiados. Parte da decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal (TRF4), tem o seguinte conteúdo:

6. Quanto ao BNDES, o simples fato de ser ele a instituição financeira incumbida de financiar a atividade mineradora da CMM, em princípio, por si só, não o legitima para figurar no pólo passivo da demanda. Todavia, se vier a ficar comprovado, no curso da ação ordinária, que a referida empresa pública, mesmo ciente da ocorrência dos danos ambientais que se mostram sérios e graves e que refletem significativa degradação do meio ambiente, ou ciente do início da ocorrência deles, houver liberado parcelas intermediárias ou finais dos recursos para o projeto de exploração minerária da dita empresa, aí, sim, caber-lhe-á responder solidariamente com as demais entidades-rés pelos danos ocasionados no imóvel de que se trata, por força da norma inscrita no art. 225, caput, § 1º, e respectivos incisos, notadamente os incisos IV, V e VII, da Lei Maior. 7. Agravo de instrumento provido.⁶⁷

O acórdão citado é uma decisão de agravo de instrumento que revogou a decisão de juíza da 3º Vara Federal da Comarca de Uberlândia, que excluía da lide algumas entidades públicas, o IBAMA, BNDES, a FEAM, o IGAM, o DNPM e o Estado de Minas Gerais, que faziam parte do pólo passivo da demanda. A decisão do Tribunal Federal foi no sentido de manter as entidades públicas no pólo passivo, todavia, deixou a decisão definitiva a cargo do juízo de primeiro grau, mas estabelecendo a diretiva de que, se ficar comprovado que a agência financiadora ignorou seu dever fiscalizatório estabelecido por lei, a mesma deve continuar no pólo passivo da demanda.

Cabe salientar ainda que a teoria do risco integral não admite excludentes de nexo causal, portanto, se esta for a teoria aplicada ao financiador, o mesmo não poderá alegar em sua defesa as tradicionais excludentes.

67 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento 0042027-62.2002.4.01.0000 / MG. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS. Diário de Justiça, p.185 de 19/12/2003.

No entanto, se aplicada a teoria do risco criado ao financiador, o mesmo pode alegar, para se eximir da responsabilidade, que não concorreu para a criação do risco, pois cumpriu com as exigências legais, sobretudo aquelas previstas no artigo 12 da Lei 6.938/1981.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil em matéria ambiental é indiscutivelmente um importante instrumento de proteção ambiental, não apenas quando da ocorrência do dano, o que seria paradoxal, mas como instrumento inibidor de práticas que possam deturpar o ambiente em todas as suas formas, posto que ciente da possibilidade de condenação é razoável que o degradador opte por práticas que minimizem ou inviabilizem o cometimento do dano.

Assim sendo, numa sociedade de risco como a que se apresenta, o instituto da responsabilidade civil ambiental está integrado como mais um dos vetores da sustentabilidade, viabilizando o desenvolvimento, procurando, apesar disso, minimizar os riscos e evitar a prática do dano ambiental que quando cometido deverá ser indenizado sem prejuízo da reparação do meio ambiente.

Aplica-se por força de lei à responsabilidade civil ambiental sua forma objetiva, ou seja, independentemente de culpa do agente degradador, bastando, portanto, a configuração dos pressupostos da responsabilidade civil que são a conduta do agente, o nexo de causalidade e o dano.

No tocante à responsabilidade do poluidor direto é pacífico o entendimento de que a sua responsabilidade se dará com base na teoria do risco integral, relativizando-se o papel do nexo de causalidade, bastando a comprovação de que o dano se deu por conduta daquele agente.

Quanto à instituição financeira aplica-se do mesmo modo a responsabilidade civil objetiva, contudo, há divergência doutrinária quanto à teoria a ser aplicada, se a do risco integral ou do risco criado. A jurisprudência, em especial as decisões do STJ não têm se mostrado claras quanto à adoção de uma ou de outra teoria. A interpretação jurisprudencial denota, entretanto, uma tendência à aplicação da teoria do risco criado que é aquela em que só haverá responsabilização da instituição se houver por parte dela omissão no seu dever de obter a documentação necessária a concessão do

crédito, bem como quanto à fiscalização junto ao empreendimento que se faz necessária durante todo o processo.

Conclui-se que as instituições financeiras têm responsabilidade civil pelo dano ambiental ocasionados por projetos por elas financiados; que tal responsabilidade é objetiva (dispensa-se o elemento culpa); há divergências quanto a aplicação da teoria do risco integral ou criado com a tendência de aplicação desta última.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e da outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 15 jul.2014.
- _____. **Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm>. Acesso em: 15 jul.2014.
- _____. **Lei n. 4.131, de 03 de setembro de 1962**. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4131.htm>. Acesso em: 15 jul.2014.
- _____. **Resolução 4.327, de 25 de abril de 2014**. Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 224.572/MS, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Sessão de 18/06/2013, DJe 11/10/2013.2013.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 604.725/PR. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Sessão de 21/06/2005. Diário de Justiça de 22/08/2005, p. 202.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1079713/SC**. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. Sessão de 18/08/2009. Diário de Justiça Eletrônico 31/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801696780&rdi_publicacao=31/08/2009>. Acesso em: <12.ago.2014>.
- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 0042027-62.2002.4.01.0000 / MG**. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS. Diário de Justiça, p.185 de 19/12/2003.
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí. UNIVALI. 2012.
- FERRER, Gabriel Real. El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad. In: PNUMA. **Programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales**. [S.l.], [2008?]. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>. Acesso em: 27 dez. 2013.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo. Atlas. 2009.
- GRIZZI, Ana Lucia Esteves. **Responsabilidade civil ambiental dos financiadores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LEITE, José Rubens Morato. FILHO, Ney de Barros. **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004. p. 506.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Carlos Eduardo Peralta. **Extrafiscalidade e meio ambiente: o tributo como instrumento de proteção ambiental. Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://pct.capes.gov.br/teses/2011/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: <13. Abr.2014>.

RASLAN, Alexandre Lima. **Responsabilidade civil ambiental do financiador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SÂMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. 20 anos de sustentabilidade. **Revista da UNIFEFE** (on line), 2012. Disponível em: <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo023.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2013.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise, Schimitt Siqueira. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STAFFEN, Márcio. Hermenêutica e Sustentabilidade. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise, Schimitt Siqueira. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 154.

STAFFEN, Márcio. Hermenêutica e Sustentabilidade. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise, Schimitt Siqueira. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. **Risco Ambiental para as instituições financeiras**. São Paulo: Annablume, 2006.

VIEIRA, Paulo Freire. **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania**. São Paulo: Cortez, 1995.

REFLEXÕES SOBRE A EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO ENSINO SUPERIOR

REFLEXIONES SOBRE EDUCACIÓN EN SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD

André Luiz Moro Bittencourt¹

RESUMO

A formação acadêmica não pode ser vista só como aquisição do conhecimento relacionada à necessidade laboral, deve ser um processo unificador da evolução humana, pelo que deve estar atenta ao que acontece no mundo e no ambiente que lhe cerca para construir mentes capazes de solucionar os atuais problemas e ainda fornecer avanços ao atual estado de coisas.

Muito embora se perceba no Brasil um aumento no número de afastamentos laborais, bem como um amplo envelhecimento da população e a conseqüente majoração de demandas envolvendo o estado e os cidadãos em sede de matéria previdenciária, assistenciais e de saúde, verifica-se ainda um enfrentamento tímido por parte da instituição de ensino superior em tais questões. A inexistência de matérias obrigatórias nas grades curriculares que tenham como característica o conhecimento do problema e a defesa de direitos sociais vêm trazendo severo prejuízo social. O presente ensaio tem como objetivo demonstrar a necessidade de investigação completa sobre esse problema, e por fim, demonstrando os prejuízos na vida do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Universidade. Extensão Universitária. Grade Curricular. Direitos Sociais.

RESUMEN

La formación académica no puede ser visto sólo como la adquisición de conocimientos relacionados con la mano de obra tiene por qué ser un proceso de unificación de la evolución humana, por lo que debe estar atento a lo que sucede en el mundo y el entorno que rodea a construir mentes capaces de resolver hoy problemas y todavía proporcionan anticipos al actual estado de cosas. Aunque em Brasil se percibe un aumento en el número de ausentismo laboral, y una gran población de envejecimiento y el consiguiente aumento de reclamaciones por el Estado y la sed de los ciudadanos en materia de seguridad social, el bienestar y la salud, todavía hay poco afrontamiento por la institución de educación superior en la materia. La ausencia de asignaturas

1 Advogado e Professor de Extensão e Pós-Graduação. Pós Graduado em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná. Pós Graduado em Direito Previdenciário pela Faculdade Inesp em parceria com o Instituto Nacional de Formação Continuada. Professor de Pós-Graduação no Instituto Nacional de Formação Continuada. Coordenador Acadêmico e Professor do Instituto Multiplus. Palestrante nas áreas de Educação e Previdência. Mestrando em Gestão de Políticas Universitárias para o Mercosul pela UNLZ - Universidade Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires - Argentina

obligatorias en los planes de estudios que tienen el conocimiento característico del problema y la defensa de los derechos sociales han traído deterioro social grave. Este ensayo pretende demostrar la necesidad de una plena investigación sobre este tema, y por último, que muestra las pérdidas en la vida de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: *Educación. Universidad. Extensión de la Universidad. Currículo. Los Derechos Sociales.*

I INTRODUÇÃO

No presente trabalho far-se-á uma abordagem da extensão e transferência sob o enfoque trazido por Souto M. (1999), segundo a qual formação seria não só aquisição do conhecimento relacionada à necessidade laboral, como ainda, e além, um processo unificador da evolução humana.

Mais especificamente, quando se fala em formação universitária, uma questão que sempre se coloca é sobre o papel da universidade na sociedade moderna².

No Segundo Congresso de Educação para Integração da América Latina, realizado no Brasil, na cidade de Maringá no ano de 1994, concluiu-se que a universidade “tem um papel transformador na sociedade. O capital da universidade é o cérebro. O papel da universidade é desenvolvê-lo. As universidades devem desenvolver mentes criativas para resolver os problemas do futuro das sociedades e da humanidade”³.

Se as afirmações acima forem verdadeiras, e parece não haver dúvidas a esse respeito, faz-se necessário que aquele que recebe o conhecimento e também quem o transmite tenha amplo saber do que acontece ao seu redor, seja em nível macro, como também e mais especificamente, no corpo social em que está situada aquela instituição de ensino.

Como haverá resolução de problemas se as peças que estão inseridas nesse contexto não apresentam um conhecimento satisfatório do processo evolutivo do meio social que lhe cerca e também dos processos sociais que estão além de suas fronteiras geográficas?

2 Por lo menos en Latinoamérica, existe consenso en el discurso universitario actual respecto a que se debe fundar su identidad sobre tres grandes funciones-pilares: investigación, docencia y extensión u otros equivalentes. Esta última también la referiré como tercera función, en la línea de lo que otros autores han definido como tercera misión (BUENO CAMPOS, 2007) porque es la que más tardíamente se incorpora a la educación superior y para sortear el obstáculo de la diversidad de denominaciones que remiten a diferentes concepciones (algo de lo que igual me ocupo enseñada). Tiene como común denominador estar concebida sobre la necesidad de una articulación, más o menos inmediata y directa, entre este nivel educativo y la comunidad (intra y/o extrauniversitaria) con concepciones que varían respecto a la sociedad, la universidad, el papel que debe jugar esta última en el desarrollo social y los contenidos y las formas que median en esta articulación. LÓPEZ, Marcelo Luis. Extensión universitaria. Problematicación y orientaciones para gestionar el área. Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento, v. 7, n. 2, jul., 2010, p. 1-8 Universitat Oberta de Catalunya Catalunya, España

3 Disponível em: <<http://www.sefidvash.net/publications/78%20%20O%20papel%20Da%20Universidade%20.pdf>>. Acesso em: 20 de abr. 2014.

2 DO PAPEL DA UNIVERSIDADE

Como resultado de tal desconhecimento, se nota um fenômeno que ocorreu nas mais diversas sociedades, qual seja, a má delimitação e importância sobre a questão social. Ao longo dos anos se percebe, sobretudo quando se estuda processos evolutivos e conquistas constitucionais sob a denominação de “direitos fundamentais” que questões sociais perderam espaço sempre para direitos políticos e individuais.

Ao se verificar as primeiras cartas políticas, tais como o “Bill of Rights” em 1776, na América do Norte, se percebe que restou expressado no texto, direitos como o de liberdade, igualdade, propriedade, autonomia, liberdade de crença, etc.

Mesmo em constituições tidas como inovadoras e conseqüentes de um denominado “estado social”, como é por exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos sociais elencados nos artigos 6º e 7º, embora tidos como direitos fundamentais, no princípio não recebiam interpretação no sentido de que, em igualdade aos direitos acima elencados, não necessitariam de regulamentação ordinária para que tivessem validade e efetividade naquele corpo social. Dizia-se, num primeiro momento (momento esse que não ficou longe em termos temporais) que traziam uma caricatura ou um modelo a ser desenvolvido e que careciam até então de efetividade⁴.

Voltando os olhos para o ensino, e mais especificamente para o ensino superior de direito, percebe-se claramente que ao longo dos anos, matérias que garantem direitos patrimoniais sempre tiveram mais espaço e atenção nas grades curriculares, em detrimento de matérias que visam à garantia e efetividade de direitos humanos e sociais.

Teria a universidade cumprido seu papel de investigação, pesquisa e transferência para melhor conhecimento e aplicação de direitos?

Estaria ela atenta aos anseios sociais atuais?

Justamente por observar tais situações é que se tem defendido que a extensão e transferência universitária buscam a realização de intercâmbio socio-cultural. Um professor deve ter conhecimento claro do que está se passando, por exemplo, no bairro em que está inserida sua instituição de ensino para que investigue os problemas existentes, suas origens e logicamente, as pos-

4 DIMOULIS, Dimitri. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

síveis respostas para resolução deles. Ao fazer tal investigação pode atuar de maneira interdisciplinar para que cada parte aprofunde o objeto de estudo e apresente não só aos docentes, como aos discentes, um objeto de investigação para que se busque uma resposta mais satisfatória e que ampare toda gama de situações vivenciadas por aquele corpo social, pois ele apresenta uma trama de relações e por consequência, situações peculiares e particulares.

Pessoas das mais diferentes culturas, camadas sociais, áreas do conhecimento estarão debruçadas ante o mesmo problema tendo como missão o conhecimento das situações e a busca por soluções efetivas. Mesmo que não ocorra a desejada solução, haverá certamente o mencionado intercâmbio sociocultural e todos sairão mais fortalecidos do processo, pois tiveram acesso a situações de vida nunca antes vivenciadas. Seria uma forma de crescimento pessoal do investigador (estudante ou docente) e também dos terceiros envolvidos no processo, sobretudo aqueles que se poderia denominar como objetos do estudo⁵ (sociedade envolvida).

Esse processo se torna, então, uma forma de aquisição de conhecimento e forjará os envolvidos que passarão a entender realidades e pontos de vista diversos, como também receberão uma série de informações importantes para a evolução pessoal.

Embora pareça, percebe-se que a extensão não tem como qualidade principal a formação e transformação do saber⁶. Para Coscarelli (2010), extensão transforma a personalidade, coloca educação social e traz o enfrentamento acadêmico *versus* experiência.

A experiência é algo de que não se pode fugir, pois a sociedade só acontece e decorre como resultados das múltiplas facetas que se apresentam e do confronto de realidades e interesses nela inseridos pelas pessoas que nela figuram.

Das situações reais, ou seja, da experiência é que surgiu a necessidade, por exemplo, de regras cotidianas e sociais, sejam elas escritas ou não.

A questão agora é verificar se a universidade tem conseguido entender tal fenômeno e trazer respostas satisfatórias ao corpo social que está inserida.

Duncan Kennedy já alertou em vários ensaios e estudos que, no que toca ao ensino do direito na América do Norte, o número de matérias que

5 COSCARELLI, María Raquel. Formación en el campo de la extensión universitária. Revista Eletrónica sobre Extención Universitária. Ejemplar N. 1. Jul. de 2010.

6 Idem, p. 2.

tratam de questões patrimoniais é amplamente maior do que os que se voltam ao estudo do indivíduo.

Ao analisar uma grade curricular de direito não é difícil perceber tal situação também aqui em solo nacional. Vários anos são dedicados aos direitos civil, tributário, empresarial, financeiro, enquanto algumas sequer tratam de filosofia, direitos humanos, direitos de saúde, previdência, etc.

Segundo Kennedy (2014),

*Nosotros podemos crear una nueva clase de grupo académico: un grupo que afirme El pensamiento creativo em vez de reprimirlo y que subvierta la jerarquía académica em lugar de someterse a ella o de reproducirla. Si triunfamos em el esfuerzo, incluso el izquierdismo abstracto universal tendrá que reconocer, desde las profundidades de la desesperación, que tenemos algo entre manos.*⁷

Para o autor (2014)⁸ tal verificação demonstra que nas grades curriculares atuais se reforça a desigualdade de classes, raças e gêneros. Tal política educacional reproduzida em grande escala por universidades do mundo ocidental traz como consequência o desconhecimento e a dificuldade de implementação das políticas sociais.

Já Costa (2011)⁹ defende que o pleno exercício da democracia se alcança apenas quando o Estado possuir cidadãos aptos e capazes de tomar decisões próprias assumindo o risco pelas escolhas realizadas, pelo que, quanto maior o nível de escolaridade e conhecimento do corpo social mais condição tem seus componentes de formar juízos de valor e personalidade para construção de soluções efetivas em sede de justiça social.

2.1 DA REALIDADE ATUALMENTE ENFRENTADA

Estudos vêm demonstrando o envelhecimento da população brasileira e um grande aumento de afastamentos do trabalho em virtude de problemas físicos, psicológicos e sociais.

Consequência disso se traduz no enorme número de ações judiciais em face do Instituto Nacional do Seguro Social, órgão governamental encarregado de cobrir situações de risco social, tais como aposentadoria por idade, invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente, etc.

7 KENNEDY, Duncan. La enseñanza Del derecho como forma de acción política. 1. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 60.

8 Idem.

9 COSTA, Denise Souza. Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável. Belo horizonte: Fórum, 2011.

Em que pese o envelhecimento¹⁰, aumento de causas de afastamento e, conseqüentemente, de demandas envolvendo o tema, percebe-se que a universidade ainda não reconheceu o problema e enxergou seu papel na construção de uma melhor aplicação das matérias que o envolvem.

No Brasil o tema é estudado mais profundamente pela faculdade de direito, na matéria denominada “direito previdenciário”.

Pois bem, verificando o currículo da quase totalidade das universidades e faculdades, percebe-se que a matéria, embora de grande importância, não faz parte da grade obrigatória, sendo apenas uma matéria eletiva que é ministrada em um ou dois semestres no último ano do curso de direito.

Não há na legislação, qualquer determinação no sentido de torná-la obrigatória, havendo, contudo, requerimento formulado junto ao Ministério da Educação em 2013 visando tal fim¹¹.

10 “Segundo as projeções estatísticas da Organização Mundial de Saúde o Brasil deverá ser o sexto país do mundo em contingente de idosos até o ano 2025. Hoje os idosos representam 8,6% da população brasileira, um contingente de quase 15 milhões de pessoas com 60 anos ou mais de idade. Em 2025 esse número será de 15%, ou seja, o Brasil contará com 32 milhões de idosos.” Disponível em: <<http://toledoprudente.edu.br/anexos/paginas/106-envelhecimento%20populacional.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2014.

11 Requerimento 317/2013, com a seguinte justificativa: Há muito se admite o valor estratégico do direito previdenciário na formulação de políticas do governo federal, inclusive sob o aspecto financeiro. Sabe-se, para esse efeito, que as receitas públicas originadas de contribuições previdenciárias praticamente equivalem ao somatório dos outros tributos e encargos inseridos nos cofres da União, circunstância que chegou a justificar a unificação das estruturas voltadas a fiscalizar o recolhimento das referidas contribuições com a que se destina à arrecadação de tributos em geral. Ao mesmo tempo, o alcance social dos benefícios previdenciários adquire maior relevo de forma exponencial e sem dúvida irreversível. O crescimento da expectativa de vida dos brasileiros, motivo de orgulho nacional, amplia em idêntica medida o número de aposentados e faz com que a rede de contemplados pelo sistema previdenciário público alcance proporções cada vez mais expressivas. Essas variáveis, de veracidade incontestável, tornam as questões ligadas ao regime previdenciário uma das mais discutidas temáticas em ações judiciais. Processos movidos pela União contra empresas e contribuintes individuais inadimplentes, contribuintes pretendendo desonerar-se de encargos e pessoas reclamando sobre o valor ou o alcance de benefícios tumultuam varas federais e respondem por boa parte do congestionamento que prejudica o acesso ao Judiciário por parte expressiva da população. Apesar disso grave e angustiante cenário, não se adotou ainda, por motivos difíceis de explicar, uma medida simples: a inclusão de disciplinas voltadas ao direito previdenciário na grade de cursos voltados ao ensino da ciência jurídica. Os operadores do Direito, apesar de amplamente envolvidos pelo assunto, tendo em vista o contexto antes descrito, são obrigados a enfrentá-lo sem que disponham de uma estrutura acadêmica apta a lhes dar o suporte necessário, no momento em que se veem obrigados a equacionar casos concretos e responder a demandas específicas. É uma situação que definitivamente não pode perdurar. Cumpre iniciar sua superação, Senhor Ministro, pela adoção imediata da providência aqui demandada. Uma vez inserido o direito previdenciário entre as diretrizes a serem observadas por instituições que ofereçam cursos voltados ao ensino da ciência jurídica, o tema passará a ser enfrentado com maior desenvoltura por juízes, promotores e advogados, conferindo-se aos alcançados pelo menos a certeza de decisões mais justas e fundadas em argumentos mais sólidos. Cumpre destacar que a presente indicação resulta de uma oportuna sugestão apresentada pela prestigiada Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP, entidade de grande tradição no enfrentamento de questões ligadas ao sistema previdenciário público. A adoção desta iniciativa representa, em última análise, desdobramento de decisão plenária adotada no curso da XXIII Convenção Nacional realizado no âmbito daquela importante instituição. Espera-se, por tudo que foi exposto, a reprodução da habitual sensibilidade de Vossa Excelência em relação a questões dessa natureza, para que se obtenha resposta à presente indicação com a celeridade exigida pela relevância do tema. Assim, em face dos argumentos anteriormente arrolados, pedimos a Vossa Excelência que, com a maior celeridade possível, apresente à Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação proposta de inclusão obrigatória de disciplina voltada ao direito previdenciário em cursos de direito oferecidos por instituições de ensino superior entre as diretrizes a serem observadas na efetivação desses cursos. Não há, Senhor Ministro, meio mais eficaz para que se veja atendido o interesse coletivo. Este colegiado trabalha com a convicção de que a medida acarretará em significativo e inadiável desenvolvimento do estudo da matéria, hoje indevidamente relegado a segundo plano”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 08 out. 2014.

O exame da Ordem dos Advogados do Brasil, prova que confere ao bacharel em direito a possibilidade de trabalhar como advogado e patrocinar causas na justiça não traz uma questão sequer envolvendo a matéria¹².

Os concursos públicos em sua grande maioria, até mesmo para o cargo de juiz federal (servidor público que passará a julgar causas desta natureza) apresenta apenas na primeira fase do concurso (o total de fases chega a cinco) não mais do que 5 (cinco) perguntas da matéria num universo de 100 (cem) questões.

O reflexo dessa política educacional se traduz no baixo nível de conhecimento de todos os envolvidos, ou seja, juizes, defensores, servidores do Instituto Nacional de Seguro Social e até mesmo na legislação editada pelo parlamento.

Vale ressaltar que tais direitos visam resguardar os mais caros bens de uma pessoa e justamente por tal fato é que recebem especial proteção do Estado, tendo geralmente a característica de cláusula pétrea em um texto constitucional.

Quando se faz uma investigação sobre as formas de interpretação da Constituição se percebe que de maneira quase unânime a afirmação é no sentido de que, mesmo sem ocorrência de modificação do texto de uma determinada carta fundamental de um estado, ele deve ser interpretado de forma a responder os anseios atuais daquela sociedade, pois é ressabido que toda sociedade evolui e se transforma com o passar do tempo, pelo que, o texto constitucional só garantirá a força daquele corpo social se der ao texto a interpretação que responda todos ou a maior parte de seus problemas e disputas internas¹³.

Percebe-se, assim, que a experiência é processo inerente e inafastável de qualquer processo social.

A título de exemplo, iniciamos a investigação sob a perspectiva de que educação no Brasil é direito fundamental consagrado pela Carta Constitucional de 1988, como também o é o devido processo legal e o direito ao contraditório e a todos os meios legais de defesa, devendo o estado fornecer profissional habilitado ao cidadão nos casos em que ele deva ir a juízo,

12 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/ellarquivos/edital-do-xi-exame-de-ordem-unificado-958586693.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2014.

13 "Esta – a constituição escrita – só é boa e durável quando corresponde à constituição real, àquela que tem suas raízes nos fatores de poder que regem no país. Onde a constituição escrita não corresponde à real, estala inevitavelmente um conflito que não há maneira de eludir e, cedo ou tarde, a constituição escrita, a "folha de papel", tem necessariamente que sucumbir ante o empuxo da constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país." SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 23.

havendo ainda situações em que pode realizar sua defesa independentemente da presença de advogado.

Na Argentina não é diferente, pois a educação se encontra garantida na Constituição de 1994, tendo o cidadão daquele país o direito inclusive a uma formação em instituição pública. No artigo dezoito também se encontra a inviolabilidade do direito de defesa em juízo, além da defesa dos direitos humanos em seu artigo oitenta e seis.

Verifica-se, então, que a educação e a defesa de direitos são tidas por ambas as cartas constitucionais como algo caro e objeto de garantia aos cidadãos de ambos os países.

As perguntas que surgem vem em avalanche: Uma instituição de ensino que se proponha a ofertar um curso de direito, levando em consideração que o aluno de tal curso deverá - regra geral - ser um operador desse sistema, seja na qualidade de advogado, juiz, promotor, etc. e terá por missão tratar de questões de mais alta relevância na vida de outros membros da sociedade, cumpre sua missão quando apenas se apoia na investigação dos institutos e instituições jurídicas com especial atenção aos direitos patrimoniais e ainda sem primar pelo conhecimento prático e experiência? Poderá um juiz trazer determinada conclusão sobre uma lide colocada sob sua guarda apenas com os conhecimentos teóricos trazidos pelos manuais que ensinam os conceitos e natureza dos institutos jurídicos? Um advogado cumprirá sua missão de defender uma parte quando apenas apresenta conhecimentos adquiridos pelos livros e pelos docentes? Como trazer a melhor solução para uma questão que envolva famílias miseráveis ou a necessidade de recebimento de uma prestação social ofertada pelo governo quando se cumprem determinados requisitos, como o de comprovação de miserabilidade, quando quem está envolvido na causa, seja como juiz ou advogado nunca passou por tal situação ou não tem conhecimento de como vivem tais pessoas?.

Ao fazer tal enfrentamento de situações ou tais questionamentos pode-se chegar à conclusão de que a extensão universitária é uma determinação constitucional, sendo dever dos agentes políticos envolvidos garantir e efetivar políticas voltadas a concretização da extensão universitária sob pena de omissão. Note-se que não é qualquer omissão! É omissão de determinação trazida na Constituição da República.

Trazendo esse pensamento para realidade vivenciada pelos estudantes de direito, percebe-se, primeiro, que a matéria que envolve a defesa de in-

teresses ligados aos estados de miserabilidade, saúde (ou falta dela) e previdência, como dito acima, sequer faz parte das grades curriculares, o que reflete total falta de investigação do tema em sede de graduação. E mais, que em instituições onde existe a extensão e transferência, que na prática se traduz com escritórios de advocacia bancados pela faculdade ou universidade e os alunos fazem o atendimento dos destinatários, estudam o caso, desenvolvem teses, participam de audiências em juízo, sempre orientados e supervisionados por docentes designados, também não se faz presente a defesa de tais interesses. Não se pode perder de vista que quando se efetiva tal política há uma evolução de todo o corpo social, pois os destinatários se sentem prestigiados e amparados. Os alunos se sentem mais dispostos a estudar e entender as necessidades do envolvido, passam a ter conhecimento de uma realidade social quase sempre muito distante da que ele tinha até aquele momento, além da universidade passar a cumprir o seu papel de forjar pessoas melhores e mais consciente de seu papel em sociedade.

Vale a ressalva de que a extensão deve ser no mínimo essa acima detalhada e não aquela em que a instituição apenas solicita que o aluno assista audiências como ouvinte e comprove essa presença para garantir a aprovação.

A diferença se faz justamente no momento em que o aluno e o professor mergulham no corpo social e buscam entender aquela realidade, identificam suas carências e buscam a efetivação de situações de melhoria para os envolvidos, independentemente de o resultado ser ou não alcançado.

Assim se faz academia de qualidade com integração social, que nos dizerem de Camilloni (2010) ocorre quando a universidade

Forma profesionales creativos, capacita a graduados en la misma universidad y en sus lugares de trabajo, produce bienes y proporciona servicios, desarrolla trabajos de consultoría para sectores públicos y privados, y produce sistemáticamente conocimiento a través de la investigación, lo cual la distingue de las otras instituciones de educación superior, una actividad que desarrolla no sólo en el campo de las ciencias básicas sino también en las ciencias aplicadas, en desarrollo y tecnología, en artes y humanidades. Todo esto en un contexto en el que el factor humano es el más importante de los medios de producción y en el que es necesario crear y recrear constantemente redes de innovación en las que todos deben ganar en mayor conocimiento y velocidad de actualización tanto en los programas de formación inicial y continua cuanto en los de investigación.¹⁴

14 CAMILLONI, Alicia R. W. de. Calidad académica e integración social.

A velocidade de atualização, principalmente no caso da educação universitária no campo do direito, que é o objetivo desse trabalho, deve se dar ainda no sentido de perceber quais as situações de conflitos estão crescendo dentro de uma sociedade para que se possa realizar estudos direcionados a essas situações, dando assim aos operadores bases sólidas para edificar a discussão.

No Brasil atualmente se percebe uma grande lacuna nas universidades de direito e que poderiam, ou melhor, deveriam ser supridas pela universidade dentro dos três pilares elencados por Lópes.

O envelhecimento da população brasileira e o aumento das doenças que impossibilitam temporária ou definitivamente o cidadão para o trabalho é fenômeno conhecido.

Pois bem, sabe-se que o maior litigante atual no Brasil é justamente o Instituto Nacional do Seguro Social que deveria amparar e garantir pessoas em situação de risco social envolvendo previdência e assistência social. Quem milita na área entende rapidamente o motivo pelo qual o número de demandas judiciais nesta área ocorre, muito embora o pedido inicial seja feito em esfera administrativa e não judicial.

Entre os elementos causadores se podem apontar de início a não obrigatoriedade da matéria nos cursos de direito. Note que as demandas que mais aumentam em uma nação passam por uma área importantíssima que está elencada na Constituição como direito fundamental e que sendo desprezada pela universidade.

Assim, os agentes públicos que trabalham na autarquia não tiveram bases teóricas ou práticas sobre o assunto e o pouco conhecimento que tem da matéria decorre do estudo realizado para aprovação em concurso público.

O cidadão destinatário do sistema de previdência nem sequer conhece seus direitos e quando se destina ao órgão gestor conta com a falta de conhecimento dos agentes públicos que lhe atendem, fato que gera a judicialização dos conflitos, muitos deles, diga-se de passagem, de fácil resolução.

O problema aumenta ainda mais quando se nota que o juiz que julgará esse tipo de demanda também não teve o contato com o tema quando da realização do curso universitário e em seu concurso para ingresso na carreira foi obrigado a enfrentar questões de múltipla escolha em número não superior a cinco questões dentro de um universo de cem que lhe são destinadas.

Para completar o quadro, o advogado que defende o estado e o que defende o cidadão também muitas vezes não tiveram a matéria na universidade, ou seja, todos os envolvidos não enfrentaram nenhum dos pilares trazidos por Lópes (investigação, docência e extensão).

Há aqui um claro desprezo com direitos consagrados na Constituição da República, pois de uma só vez estão sendo deixados de lado o direito a educação, a previdência e assistência social, ao devido processo legal com direito a uma sentença de mérito que, diga-se de passagem, tem o dever de ser justa.

Percebe-se que nesse contexto não está ocorrendo à denominada “qualidade acadêmica e integração social”, e mais, não se está dando aos cidadãos a interpretação constitucional ótima, ou seja, àquela capaz de responder aos anseios atuais.

Aqui ainda resta claro que a falta de políticas de extensão traz como resultado o emparedamento do conhecimento dentro dos “muros” da universidade e o total desconhecimento e/ou desprezo do que ocorre na sociedade que lhe cerca e que dela espera ansiosamente uma resposta.

Somente a experiência poderá demonstrar para a instituição universitária que ela não está preparando e não está investigando o contexto social de maneira satisfatória, logo, não está cumprindo a missão de ter “um papel transformador na sociedade. O capital da universidade é o cérebro. O papel da universidade é desenvolvê-lo. As universidades devem desenvolver mentes criativas para resolver os problemas do futuro das sociedades e da humanidade”.¹⁵

A relevância do debate se faz na medida em que a sociedade brasileira apresenta novas demandas e a universidade, no que diz respeito ao tema investigado, não apresentou respostas condizentes no sentido de suplantar as novas necessidades, seja preparando profissionais, seja preparando pessoas que possam auxiliar no crescimento de todo o corpo social.

Percebe-se que, sobretudo nos países periféricos, há ainda uma dificuldade em realizar a implementação de políticas sociais. Os estados tem o dever de prestações que garantam a existência de um mínimo existencial que traga dignidade, autorrealização e autodeterminação a seus destinatários, porém, parece não haver sequer realização de políticas educacionais que possibilitem a criação de uma massa de pessoas com senso crítico e conhecimento de direitos, podendo assim ser manipulada e excluída.

15 Disponível em: <[http://www.sefidvash.net/publications/78%20\)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf](http://www.sefidvash.net/publications/78%20)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf)>. Acesso em: 20 de abr. 2.014.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a Universidade mesmo tendo o dever de estimular mentes criativas que, além do conhecimento teórico, devem receber conhecimento prático, tendo para isso que conhecer o que se passa na sociedade que lhe cerca, frequentemente peca em sua tarefa, pois não vem preparando profissionais capazes de responder às necessidades atuais da sociedade.

Mais especificamente no que diz respeito a muitos cursos de direito, se faz necessária uma readequação da grade curricular para que a investigação do fenômeno previdenciário, assistencial e de saúde da população venha a fazer parte da rotina educacional, o que certamente trará como resultado evolução e justiça social realmente efetivas.

REFERÊNCIAS

- CAMILLONI, Alicia R. W. de. **Calidad académica e integración social**. UNCU, 10 de noviembre de 2010.
- COSCARELLI, María Raquel. Formación en el campo de la extensión universitaria. **Revista Electrónica sobre Extensión Universitaria**. N. 1. Jul. de 2010.
- COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo horizonte: Fórum, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- KENNEDY, Duncan. **La enseñanza Del derecho como forma de acción política**. 1. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- LÓPES, Marcelo Luis. Extensión universitaria. Problematicación y orientaciones para gestionar el área. **Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento**, v. 7, n. 2, jul., p. 1-8, 2010
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

LIMITE PARA O ACÚMULO DE PENSÕES POR MORTE NA PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR

*LIMIT FOR THE ACCUMULATED PAYMENT OF PENSION BENEFITS
FOR DEATH IN PUBLIC EMPLOYEE SOCIAL SECURITY*

.....
Bruno Sá Freire Martins¹
.....

RESUMO

A pensão por morte é benefício que tem por objetivo garantir o sustento dos dependentes do servidor falecido, cabendo à legislação regular seus aspectos principais, dentre os quais figura o recebimento cumulado. Ocorre que a norma reguladora tem limitado o quantitativo que pode ser recebido, situação que contraria a Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: Previdência. Servidor. Pensão. Morte. Acúmulo.

ABSTRACT

Pension for death is a benefit whose objective is to guarantee support for dependents of the deceased public employee, with its main principals regulated by law including the cumulative payment. The regulatory norm has limited the amount that can be received, which is contrary to the federal constitution.

KEYWORDS: *Social security. Public employee. Death. Accumulative.*

1 INTRODUÇÃO

A pensão por morte, na condição de benefício previdenciário, tem o condão de substituir a renda familiar decorrente das remunerações recebidas pelo servidor falecido, constituindo-se em instituto de suma importância tan-

1 Servidor público efetivo do Estado de Mato Grosso; advogado; pós-graduado em Direito Público e em Direito Previdenciário; professor da LacConcursos e de pós-graduação na Universidade Federal de Mato Grosso, no ICAP – Instituto de Capacitação e Pós-graduação (Mato Grosso), no Instituto Infoc - Instituto Nacional de Formação Continuada (São Paulo), no Complexo Educacional Damásio de Jesus - curso de Regime Próprio de Previdência Social (São Paulo); fundador do site Previdência do Servidor (www.previdenciadoservidor.com.br); membro do Comitê Técnico da Revista SÍNTESE Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, publicação do Grupo IOB; autor dos livros Direito Constitucional Previdenciário do Servidor Público, a Pensão Por Morte e Regime Próprio – Impactos da MP n.º 664/14 ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS, todos da editora LTr e do livro Manual Prático das Aposentadorias do Servidor Público da editora Rede Previdência/Clube dos Autores e de diversos artigos nas áreas de Direito Previdenciário e Direito Administrativo.

to para o Regime Próprio, já que pode ser considerado em números como o segundo benefício mais concedido, quanto para os dependentes do segurado falecido, já que se caracteriza como fonte parcial ou total de seu sustento.

Em razão de sua finalidade e de sua importância tornou-se, ao longo do tempo, objeto de uma série de discussões e controvérsias constitucionais e legais.

Uma delas reside na quantidade de benefícios que podem ser recebidos cumulativamente, ante a ausência de regulamentação no Texto Maior, situação que permite sua disciplina pelas legislações infraconstitucionais. E, nesse particular, os Regimes Próprios, quando tratam do tema, tem optado por fixar 2 (duas) pensões por morte como o limite máximo de benefícios a serem recebidos de forma cumulada pelos dependentes do segurado falecido. Ocorre que tal previsão reveste-se de inconstitucionalidade e não pode ser aplicada em sua literalidade, conforme será demonstrada ao longo do presente ensaio.

2 A PENSÃO POR MORTE

Conforme dito anteriormente, a pensão por morte constitui-se em benefício pago aos dependentes economicamente do segurado falecido, com o objetivo de assegurar a manutenção da contribuição ou mesmo a integralidade do sustento do grupo familiar do qual aquele provedor foi excluído pela morte.

A definição daqueles que integrarão o rol de beneficiários considera dois aspectos, o primeiro consistente na necessidade de previsão legal quanto à possibilidade de o familiar ser tido como dependente do servidor falecido, ou seja, somente poderão fazer jus à pensão por morte aqueles que constarem na lei como dependentes do servidor.

O segundo reside na necessidade ou não de comprovação da existência de dependência econômica entre o falecido e aqueles que pleiteiam o benefício.

A dependência econômica, em que pese à existência de entendimentos em sentido contrário, é sempre presumida, sendo que em algumas situações essa presunção é relativa e em outras absoluta.

A Lei também se constitui em instrumento da definição das hipóteses e situações em que o dependente será compelido a demonstrar ou não que o *de cuius* contribuía efetivamente para o sustento daquela pessoa.

Nas situações em que se faz necessária a sua comprovação, há presunção relativa, enquanto que naquelas hipóteses em que não haja essa necessidade, a presunção é absoluta.

O fato é que a pensão por morte, em que pese não possuir os contornos jurídicos de alimentos, possui natureza alimentar, pois, conforme já ressaltado, tem o condão de garantir o sustento da família. E muitas vezes é a única fonte de receita daquele grupo que se encontra abalado emocionalmente pela perda de um ente querido.

Nessa condição, a interpretação das normas que a regulam deve observar os contornos afetos aos direitos sociais e ao intento maior da previdência social que é o de socorrer os dependentes dos segurados nas situações consideradas como de contingência social.

3 DELEGAÇÃO CONSTITUCIONAL

No âmbito da Previdência do Servidor Público, a Constituição Federal, desde sua redação original até a hoje vigente, optou por delegar para a legislação ordinária a regulamentação de diversos aspectos relacionados ao benefício. Tanto que a redação atual do Texto Maior, restringe-se apenas a definir a metodologia de cálculo dos proventos, conforme se depreende do § 7º do artigo 40, senão vejamos:

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou
II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

Constate-se que a Constituição remete à Lei de cada pessoa jurídica política da Federação, a disciplina da concessão de pensão por morte. É a interpretação que melhor se coaduna com o princípio federativo e com a autonomia dos entes estatais. O Poder Reformador, porém, entendeu de já fixar critérios rijos para definição do valor das pensões, como visto, tanto decorrentes da morte de aposentado, quanto de servidor na atividade, bem

em correspondência com o ideal centralizado da União que vem permeando toda a reforma previdenciária. Ao definir as balizas postas nos incisos I e II, deixou-se aos Estados e Municípios apenas a competência para dispor sobre os aspectos operacionais relacionados ao instituto, tais como o rol de dependentes, a perda do direito à pensão, o rateio de cotas, o procedimento para obtenção do benefício e assuntos correlatos.²

O fato de a redação constitucional atribuir à Lei os regramentos e contornos atinentes à concessão do benefício, bem como as regras relativas aos proventos, salvo sua metodologia de cálculo, não se constitui em permissivo para a inobservância de outras normas e princípios que integram a Carta Magna, vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da hierarquia das Leis, submetendo-as sempre à verificação de sua conformidade perante o Texto Maior. Na percepção jurídica a Constituição se apresenta enquanto norma superior, de obediência obrigatória e que fundamenta e dá validade a todo o restante do ordenamento jurídico.³

Assim, a legislação reguladora do benefício em questão deve estar atenta para os ditames constitucionais e observá-los em sua integralidade, sob pena de ter sua vigência extirpada do mundo jurídico.

4 CUMULAÇÕES REMUNERATÓRIAS E/OU DE PROVENTOS AUTORIZADOS PELA CONSTITUIÇÃO

E a Constituição Federal, ao regular a possibilidade de cumulação de remunerações e/ou proventos, isolada ou conjuntamente, estabeleceu que:

Art. 37 ...

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

[...]

2 TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. O Controle das Aposentadorias Pelos Tribunais de Contas. Fórum, 2004, p. 92-93.

3 MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 2. Ed. Jus PODIVM, 2015, p.27.

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Art. 40 ...

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

Outras situações de permissividade referem-se à possibilidade de juiz e de membro do Ministério Público acumularem seus cargos com outro de magistério (art. 95, parágrafo único, e art. 128, § 5º, II, “d”, da CF). O que se deve ter como certo é que, tratando-se de hipóteses que refletem exceções ao sistema geral de vedação à acumulabilidade, devem elas ser interpretadas restritivamente, sendo incabível estendê-las a outras situações que não se enquadrem naquelas expressamente permitidas.⁴

Evidencia-se, assim, que a Carta Maior autorizou a cumulação de remunerações e proventos nos casos de cargos acumuláveis, ou ainda quando o aposentado receba também remuneração decorrente do exercício de cargo efetivo cumulável, eletivo ou comissionado.

A possibilidade de recebimento de remunerações cumuladas na ativa é que autoriza sua continuidade na aposentadoria, conforme se depreende do disposto no § 6º do artigo 40 da Constituição Federal, acima mencionado.

5 A CUMULAÇÃO DAS PENSÕES

As legislações editadas pelos Entes Federados com o objetivo de regular os Regimes Próprios, entretanto, tem introduzido em seu texto, dispositivos que limitam o alcance das normas constitucionais autorizativas da cumulação remuneratória ou de proventos de aposentadoria. Isso porque permitem a cumulação máxima de 2 (dois) benefícios de pensão por morte, ainda que os mesmos tenham se originado do falecimento de dois segurados que cumulavam remunerações e/ou proventos.

A título de exemplo, basta imaginar um filho menor de um professor e de uma professora que possuam, cada um com dois vínculos com o Ente Federado. Nesse caso a família é sustentada pela renda obtida em decor-

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 665.

rência do exercício de 4 (quatro) cargos públicos. Ainda assim, a pensão por força da previsão legal, será restringida à somente 2 (dois) benefícios em razão da previsão contida na Lei local, como acontece, por exemplo, com os dependentes dos servidores federais, em razão da previsão contida na Lei n.º 8.112/90 que assim estabelece: “Art. 225. Ressalvado o direito de opção, é vedada a percepção cumulativa de mais de duas pensões”.

Ressalte-se que, com o advento da Medida Provisória n.º 664/14, a redação do dispositivo passou a ser: “Art. 225. Ressalvado o direito de opção, é vedada a percepção cumulativa de pensão deixada por mais de um cônjuge, companheiro ou companheira, e de mais de duas pensões”.

O fato de a pensão por morte constituir-se em benefício diverso da aposentadoria ou mesmo da remuneração recebida em atividade não tem o condão de afastar a sua natureza alimentar, até porque sua existência pressupõe o recebimento prévio de um salário ou de proventos por parte do segurado falecido. Por isso que se afirma que a pensão por morte é o benefício previdenciário pago aos dependentes do segurado em razão de seu falecimento. Trata-se de um benefício derivado, pois depende da existência de proventos de aposentadoria ao inativo ou remuneração/subsídio ao servidor ativo.⁵ Nesta condição de benefício derivado, pressupõe-se que a legislação infraconstitucional, ao definir as possibilidades e limites de sua cumulação, observe os regramentos constitucionais relativos à cumulação de cargos para definir o número de benefícios que poderá ser recebido pelo dependente. Até porque a delegação constitucional contida no § 7º do artigo 40 deve ser interpretada dentro do conjunto normativo contido na Lei Maior, ou seja, não se pode desconsiderar o permissivo para a cumulação de remunerações e pensões.

Já que as normas constitucionais não podem ser restringidas por Lei, devendo sempre possuir o maior alcance interpretativo possível, de forma a ter garantida sua eficácia plena e, principalmente, a unidade do seu Texto.

A unidade da Constituição postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste em

5 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos. 4. Ed. Juruá, 2014, p. 302.

que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”, acrescentando que “a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete ser alfabetizado”. Esse princípio concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário.⁶

Os Tribunais também adotam esse entendimento, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO - MÉDICO DO TRABALHO -. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CONSTITUCIONAL Nº 19/98. NÃO EXCLUSÃO DO DIREITO AO ADICIONAL NA FORMA PREVISTA NAS LEIS 8.112/90 E 8.270/91. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO EM ATIVIDADE PERIGOSA. DIREITO AO ADICIONAL.

1. Cuida-se de apelação da sentença que julgou procedente o pedido para condenar a União no pagamento ao autor, do adicional de 10% (dez por cento) sobre o vencimento de seu cargo efetivo no período de 01.06.1998 a 09.01.2003, acrescido de juros e correção monetária.

2. Pelo princípio da unidade da **Constituição** os textos não devem ser analisados isoladamente, senão em sua globalidade e inteireza, levando-se em consideração o conjunto de normas constitucionalmente previstas, o que se justifica, inclusive, em razão da unidade do poder constituinte.

3. Ainda que se considere a alteração procedida pela EC nº 19/98, não se pode excluir a periculosidade como direito do servidor público que preencher os requisitos para o seu recebimento, em razão do próprio parágrafo 3º, do art. 39, deixar patente que a lei poderá estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. A Lei 8.112/90, em seu art 68, prevê a possibilidade do servidor público fazer jus aos adicionais de periculosidade e insalubridade e a Lei 8.270/91 especifica seus percentuais.

4. Da documentação acostada aos autos, inclusive laudos periciais realizados na via administrativa pelo Ministério do Trabalho e pela Universidade Federal do Ceará, restou perfeitamente demonstrado o exercício e exposição perigosa do trabalho, a exsurgir o direito ao adicional de periculosidade requerido.

5. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 5. 1ª T. AC 394288 CE 0015350-4.2003.4.05.8100. Rel. Des. Rogério Fialho Moreira DJe 06/05/2010).

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso De Direito Constitucional. 10. ED. Saraiva, 2006, p. 95.

Motivo pelo qual a pensão por morte como benefício destinado a garantir o sustento dos integrantes da família que permaneceram vivos deve observar e atender aos preceitos constitucionais, considerando que o sustento do grupo familiar, antes do óbito, baseava-se nos valores recebidos pelos supérstites e pelo segurado quando em vida.

Não se discute aqui a sua redução parcial, principalmente, porque prevista no Texto Maior, mas permitir que a legislação ordinária funcione como fator de restrição, em especial, quando essa decorre da negativa de direito outorgado pela Carta Magna, como é o caso das cumulações, implica em flagrante afronta aos seus ditames.⁷

A única forma de não se reconhecer a inconstitucionalidade dessa vedação é afirmar-se que a intelecção do artigo de lei citado deve ser feita em conjunto com a possibilidade constitucional de acumulação lícita de cargos. Assim, se o instituidor do benefício pensional acumulava dois cargos lícitamente, seus beneficiários terão direito à pensão de ambos os cargos, mesmo que estes já recebam outra pensão. Ocorre que, de acordo com esse entendimento, a vedação ao acúmulo de pensões dar-se-ia por instituidor, não em relação ao conjunto das pensões recebidas.⁸

Outro bom parâmetro para definição do alcance da legislação limitadora encontra-se no posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o limite remuneratório dos servidores previsto na Carta Magna deve ser aplicado de forma isolada quando se tratarem de cargos cuja cumulação esteja autorizada no Texto Maior, nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS PÚBLICOS CONSTITUCIONALMENTE ADMITIDOS. CARGOS CONSIDERADOS ISOLADAMENTE PARA A INCIDÊNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL REMUNERATÓRIO. JULGADO PARADIGMA: RMS 33.134/DF, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 27.08.2013. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Primeira Seção desta egrégia Corte Superior firmou entendimento de que em se tratando de cumulação legítima de cargos, a remuneração do servidor público não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos, para este fim, ser considerados isoladamente.

7 MARTINS, Bruno Sá Freire; AGOSTINHO, Theodor Vicente. Regime Próprio – Impactos da MP N. 664/2014 Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Ltr, 2014, p. 90- 91.

8 MAGALHAES FILHO, Inácio. Lições de Direito Previdenciário e Administrativo no Serviço Público. 2. Ed. Fórum, 2014, p. 214.

2. Agravo Regimental desprovido. (STJ. AgRg no RMS 32.917/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, Dje 30/03/2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA SUBMETIDA AO CRIVO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE CARGOS PERMITIDA CONSTITUCIONALMENTE. CARGOS CONSIDERADOS, ISOLADAMENTE, PARA APLICAÇÃO DO TETO REMUNERATÓRIO.

1. “Tratando-se de cumulação legítima de cargos, a remuneração do servidor público não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos, para este fim, ser considerados isoladamente”.

(Precedentes: AgRg no RMS 33.100/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Dje 15/05/2013 e RMS 38.682/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Dje 05/11/2012).

2. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido. (STJ. RMS 33.134/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, Dje 27/08/2013)

Isso porque se no âmbito do conflito aparente de normas constitucionais a conclusão é a de que a sua harmonização deve ser feita de forma a garantir a aplicabilidade plena do regramento atinente à cumulação de cargos, jamais se poderá admitir que a norma infraconstitucional limite seu alcance, ainda que a restrição no momento da concessão de um benefício derivado.

6 CONCLUSÃO

Assim, há de prevalecer o entendimento de que o beneficiário só pode receber no máximo duas pensões encontra-se eivado de inconstitucionalidade quando servidores falecidos responsáveis pela geração dos benefícios recebiam remunerações ou proventos cumulativamente na forma autorizada constitucionalmente, ressalvada a aplicação do entendimento de que a limitação de recebimento cumulado de pensões deve ser aplicada a um único instituidor.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 4. ed. Juruá, 2014.

FILHO, Inácio Magalhães. **Lições de Direito Previdenciário e Administrativo no Serviço Público**. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Bruno Sá Freire; AGOSTINHO, Theodor Vicente. **Regime Próprio**: Impactos da Mp N. 664/2014 Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Ltr, 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 2. Ed. Jus PODIVM, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. São Paulo: Fórum, 2004.

DOS BANCOS DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES AO POLÊMICO SCORING DE CRÉDITO

FROM CONSUMER DATA BASE AND RECORDS
TO THE CREDIT SCORING POLEMIC

.....
Júlio Moraes Oliveira¹
.....

RESUMO

O presente artigo realiza uma análise da proteção dos dados dos consumidores no mercado de consumo. Para tanto, percorre-se a conceituação dos bancos de dados, dos cadastros de consumidores, da nova Lei do Cadastro Positivo e do denominado *Score* de Crédito que foi atualmente autorizado pelo STJ.

PALAVRAS-CHAVE: Bancos de Dados. Cadastro de Consumidores. Scoring de Crédito.

ABSTRACT

This article provides an analysis of the data protection of consumers in the consumer market. Therefore, travels up the concept of databases, consumer entries, the new Law of Positive Credit and called *Score* Credit that was currently authorized by the Supreme Court.

KEYWORDS: Databases. Consumers register. Credit Scoring.

1 INTRODUÇÃO

Muitos dizem que o mundo está vivendo a era da informação. Nos dias atuais, a informação tem uma importância primordial para todos os setores da economia. Governos e empresas travam uma interminável batalha sobre

¹ Advogado - Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia, pela Universidade FUMEC - Especialista em Advocacia Civil pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - FGV-EDESP - Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Professor da FAPAM - Faculdade de Pará de Minas e da Faculdade Asa de Brumadinho. Email: juliomoliveira@hotmail.com.

o domínio da informação disponível. Com a digitalização dos meios de comunicação o acesso à informação passou a ser muito mais democrático e também mais sensível. Um exemplo bastante midiático da discussão sobre o controle da informação é o caso Edward Snowden. Edward é um ex-técnico da C.I.A. (*Central Intelligence Agency*) com 29 anos de idade que foi acusado de vazar informações sigilosas de segurança dos Estados Unidos. Segundo ele, o governo americano utiliza dados de servidores de empresas como Google, Apple e Facebook em vários países da Europa e da América Latina, entre eles o Brasil, inclusive fazendo o monitoramento de conversas da presidente Dilma Rousseff com seus principais assessores. Snowden teve acesso às informações que vazou para a imprensa quando prestava serviços terceirizados para a Agência de Segurança Nacional NSA (*National Security Agency*) no Havaí. E hoje é procurado no mundo inteiro pelo Governo Americano.

No direito do consumidor não é diferente. A informação compõe um dos aspectos mais importantes das empresas no mercado de consumo. Com as informações sobre os consumidores as empresas podem agir estrategicamente em setores específicos da sociedade de consumo. Por ser um setor estratégico de governos e empresas o acesso e controle à informação é um dos principais problemas do direito na atualidade. O direito do consumidor disciplina a utilização da informação no mercado de consumo.

2 BANCOS DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMIDORES

A lei consumerista disciplina a matéria no art. 43 que estabelece: “o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

A lei claramente impõe limites a esses dados já que eles afetam aspectos importantes do ser humano, como sua privacidade, direito fundamental expresso no art. 5, X, da Carta Magna, ao estipular que 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.

A doutrina especializada tem dificuldade em definir o conceito de vida privada e intimidade.² “Em linhas gerais, então, a vida privada é o refúgio

2 FERNANDES, Milton. *Proteção Civil da Intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 88.

impenetrável pela coletividade, merecendo proteção. Ou seja, é o direito de viver sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou”.³ É claro que no ponto que interessa a este trabalho, os dados pessoais são o aspecto relevante da proteção à privacidade.

A privacidade de dados pessoais passou a ser determinada de direito à autodeterminação informativa a partir da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1983, que declarou parcialmente inconstitucional a lei que disciplinava o censo populacional. Os avanços tecnológicos influenciam diretamente em uma maior preocupação com o direito à privacidade e intimidade.

Já a honra, é a soma dos conceitos positivos que a pessoa goza na vida em sociedade. Pode-se destacar dois aspectos principais: a honra objetiva e a honra subjetiva.

A honra objetiva refere-se à reputação que a pessoa obtém no seu meio social, é o conceito de que fazem a seu respeito. A honra subjetiva, pelo contrário, é o conceito que a própria pessoa faz de si mesma, a autoestima.

É importante documentar que os bancos de dados e cadastros de consumidores estarão de certa forma atingindo esses aspectos relevantes da personalidade do consumidor. Todavia, não há inconstitucionalidade na utilização de banco de dados e cadastros de consumidores, pois outros valores constitucionais podem ser sopesados na análise do caso.

Inicialmente é importante realizar a distinção entre bancos de dados e cadastro de consumo. A diferenciação foi realizada a partir de um critério doutrinário formulado por Herman Benjamin. Dois aspectos devem ser levados em consideração: a origem da informação e o seu destino. “Em estrito rigor terminológico, a expressão arquivo de consumo é gênero do qual fazem parte duas grandes famílias de registro: Os bancos de dados e os cadastros de consumidores, denominação dobrada utilizada pela Seção VI, do Capítulo V (Das práticas comerciais), do CDC”.⁴

Nos bancos de dados, a informação advém dos fornecedores (SPC, Serasa Experian) e seu destino é mercado. Os bancos de dados podem ter diversas funções como: obtenção de informações para fins históricos, estatísticos, mercadológicos etc.⁵

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 2013. p. 258.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Código de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do anteprojeto. 2007. p. 431.

5 OLIVEIRA, Júlio Moraes. Curso: Direito do Consumidor Completo, 2014. p. 240.

Já nos cadastros de consumidores, é o próprio consumidor que oferece seus dados ao fornecedor, visando estabelecer uma comunicação maior entre fornecedor e consumidor. A fonte de informação é consumidor e o destino é um específico fornecedor. Tal prática muito comum nos estabelecimentos que atendem em domicílio. Para se evitar a coleta de dados todas as vezes que o consumidor solicitar um produto ou serviço, os dados já são armazenados e assim que o consumidor entra em contato o fornecedor já o encontra em seu cadastro.

A concessão de crédito depende dos bancos de dados que fornecem informações sobre os riscos dos clientes.

Os bancos de dados surgiram na década de 50, de forma complexa e demorada coletando dados dos consumidores. Com o aperfeiçoamento, a atividade da coleta de dados foi transferida para as associações de classe dos lojistas. Em julho de 1955, a Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre fundou o primeiro serviço de proteção ao crédito. Também, em outubro de 1955, São Paulo. Hoje são mais de 1600 Câmaras de Dirigentes Lojistas em todo o território nacional, formando o SPC-Brasil.

O SPC-Brasil é um órgão da CNDL – Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas, tendo sido instituído em agosto de 2002 pela reunião de quatro grandes associações: A Confederação Nacional de Lojistas, Associação Comercial de São Paulo, Clube de Diretores Lojistas do Rio de Janeiro e Associação Comercial do Paraná. Em 2005 a rede passou a se denominar (Renic) Rede Nacional de Informações Comerciais.

Ao lado dessas associações existem as empresas que exploram o setor como a Serasa-Experian. No setor público existe o Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF) vinculado ao BC, mas administrado pelo Banco do Brasil.

Na Europa, a proteção de dados pessoais é regulada pela Diretiva 95/46, que regula tanto o setor público como o privado.

Nos Estados Unidos, a proteção de dados é bem diferente. Existe a prevalência de leis setoriais e a ausência de uma autoridade específica para o controle dessas informações. Também existe legislação específica para o setor público. No setor privado, existem várias leis, destacando-se o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), principal influência da lei brasileira.

“Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter

público”, art. 43, § 1º. Tal dispositivo dá ao consumidor a possibilidade de ajuizamento de *habeas data* em desfavor das instituições de dados.

O *habeas data* está previsto no art. 5º, LXXII da Constituição da República, que dispõe: “conceder-se-á ‘*habeas-data*’: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. A Lei nº 9.507/97, regulamenta o procedimento do *habeas data*.”

O art. 43, § 1º, do CDC estabelece que “os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

Os bancos de dados e cadastros de consumidores só poderão utilizar-se de informações verdadeiras. Entende-se por informação verdadeira aquela que diga respeito exatamente à situação do consumidor de forma atualizada. A jurisprudência é firme no sentido de que, em caso de registro negativo com informações falsas cabe indenização por danos morais e materiais.

Assim que regulariza a sua situação o consumidor tem o direito de ter o cancelamento do registro, imediatamente, nos termos no art. 43, § 3º, sob pena, de incorrer no crime previsto no art. 73 do CDC. Em julgado recente, o STJ entendeu que o fornecedor tem o prazo de 5 dias para corrigir o registro negativo.⁶

Ademais, a responsabilidade de baixar a inscrição relativa ao consumidor é do fornecedor, conforme já decidiu o STJ no REsp. nº 1.373.920/SP.

O prazo para retificação do registro era de 10 dias, por aplicação do § 1º, do art. 4º da Lei nº 9.507/97 (Lei do *Habeas Data*), todavia, a Lei do Cadastro Positivo, reduziu o aludido prazo para sete dias (art. 5º, III): “solicitar

6 Consumidor. Inscrição em Cadastro de Inadimplentes. Quitação da Dívida. Cancelamento do Registro. Obrigação do Credor. Prazo. Negligência. Dano Moral. Presunção. 1. Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento da dívida, devem providenciar o cancelamento do registro negativo do devedor. Precedentes. 2. Quitada a dívida pelo devedor, a exclusão do seu nome deverá ser requerida pelo credor no prazo de 05 dias, contados da data em que houver o pagamento efetivo, sendo certo que as quitações realizadas mediante cheque, boleto bancário, transferência interbancária ou outro meio sujeito a confirmação, dependerão do efetivo ingresso do numerário na esfera de disponibilidade do credor. 3. Nada impede que as partes, atentas às peculiaridades de cada caso, estipulem prazo diverso do ora estabelecido, desde que não se configure uma prorrogação abusiva desse termo pelo fornecedor em detrimento do consumidor, sobretudo em se tratando de contratos de adesão. 4. A inércia do credor em promover a atualização dos dados cadastrais, apontando o pagamento, e consequentemente, o cancelamento do registro indevido, gera o dever de indenizar, independentemente da prova do abalo sofrido pelo autor, sob forma de dano presumido. Precedentes. 5. Recurso especial provido. (STJ – REsp. 1.14998/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – Dje 15.08.2012).

impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até 7 (sete) dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados com os quais ele compartilhou a informação.” Todavia, o STJ adotou o prazo de 5 dias, conforme afirmado.

O art. 43, § 1º, também exige que a informação seja de fácil compreensão. Nesse sentido, o art. 3º, § 2º, da Lei nº 12.414/11 dispõe que são informações de fácil compreensão “aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados”. Não podem ser utilizadas linguagem codificada, técnica ou em idioma estrangeiro.

Exige-se também o referido parágrafo do art. 43, que a informações sejam claras. Os dados devem ser corretos, devem indicar o valor da dívida, a data do vencimento, quantos registros negativos o consumidor possui. O requisito da clareza, portanto, exige que o registro seja um relato fiel e completo da situação do consumidor.

Para a Lei nº 12.414/11, a informação clara é aquela que possibilita o imediato entendimento do cadastrado independente de anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica, art. 3º, § 2º, II.

A informação também deve ser objetiva, ou seja, não deve conter juízo de valores (art. 3º, § 2º, I da Lei nº 12.414/11).⁷

O CDC determina explicitamente a impossibilidade de informações excessivas, mas tal impedimento pode ser tirado do contexto constitucional bem como da Lei nº 12.414/11, ao estabelecer que são “informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor”.

O Código também garante direito de acesso do consumidor às informações, de modo imediato.

Com relação à cobrança, o CDC foi silente. A doutrina diverge acerca do assunto. Entende Leonardo Roscoe Bessa que “de fato, não é lícita a cobrança de qualquer valor pelo exercício do direito de acesso aos bancos de dados de

7 Interessante situação foi noticiada pela imprensa. Após pedir desconto à Claro, homem tem conta em nome de ‘Otário Chorão’ Cliente, de MS, desconfia que atendente da empresa alterou seu cadastro. Empresa diz que esse tipo de conduta não faz parte de seus princípios A conta do mês de novembro da televisão por assinatura do empresário de Campo Grande César de Medeiros, 42 anos, veio com uma surpresa que ele considerou desagradável. A fatura, gerada pela Claro TV, estava em nome de “Otário Chorão”. O cliente desconfia que um atendente da empresa alterou o cadastro depois que ele ligou pedindo desconto no plano. Por meio da assessoria, a empresa disse que esse tipo de conduta não está de acordo com os princípios e valores da companhia e por esse motivo adota todas as providências para solucionar a questão. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/11/apos-pedir-desconto-claro-homem-tem-conta-em-nome-de-otario-chorao.html> Acesso em 22.11.2013.

proteção ao crédito, ainda que se deseje documento escrito retratando a situação.”⁸ Há que se ressaltar, que as pessoas que geralmente mais necessitam dessas informações são pessoas que estão com dificuldades financeiras.

De acordo com o art. 43, § 1º, o prazo máximo para negativação é de cinco anos. Esse é o entendimento exposto na Súmula 323 do STJ: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independente da prescrição da execução. O STJ entende que a prescrição é da pretensão da ação de cobrança e não da ação executiva (REsp. nº 472.203/RS).

O consumidor deve ser comunicado por escrito quando houver abertura de cadastro ou ficha com seu nome. O dispositivo dispensa comunicação quando houver solicitação do próprio consumidor. A ausência de comunicação dá ensejo ao dever de indenizar (AgRg no REsp 1182290/RS).

Com relação à comunicação, o STJ editou a Súmula 404 que dispensa que mesma seja feita por AR: “É dispensável o Aviso de Recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação do seu nome em bancos de dados e cadastros”.

Com relação ao prazo de antecedência e o responsável pela comunicação a doutrina e a jurisprudência já possuem entendimento. O prazo mínimo para de antecedência para a comunicação é de 5 dias úteis, usando-se uma interpretação analógica do art. 43, § 3º. O responsável pela comunicação é o órgão mantenedor do Cadastro de acordo com a Súmula 359 do STJ ao dispor: “Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.”

Leonrado Roscoe Bessa entende que a indenização civil por registro irregular, decorrente de ausência de comunicação deve ser suportada tanto pela entidade arquivista como pelo fornecedor, que poderá ajuizar, num segundo momento, ação regressiva.⁹

Com relação ao devedor contumaz algumas observações merecem ser feitas. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 385 que tem a seguinte redação: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima

8 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2013. p. 333.

9 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, Manual de Direito do Consumidor. 2013. p. 340.

inscrição, ressalvado o direito de cancelamento.” Parte da doutrina não concorda com esse posicionamento que vem sendo bastante questionado nas instâncias inferiores. Todavia, o STJ sem mantém firme nessa linha.¹⁰

Apesar do teor dessa súmula, concordamos com o posicionamento de que a indenização é devida mesmo que existam negativas anteriores, pois esta última decorreu de uma atividade irregular do fornecedor que por si só já geraria a responsabilidade de indenizar.¹¹

O art. 84 do CDC dispõe que “na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Desse modo, o consumidor pode requerer ao judiciário a imposição de obrigação de fazer para corrigir ou excluir o nome do consumidor inscrito de forma indevida, ou mesmo impedir a inclusão. Também, o fornecedor que efetivar a inscrição indevida pode sofrer as penalidades dos art. 72 e 73 do CDC:

Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa. Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata: Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

O fornecedor também pode sofrer penalidades administrativas no âmbito do Decreto nº 2.181/97, como a multa, prevista no art. 56, I do CDC e art. 18, I, do referido Decreto.

10 Reclamação. Ação de Indenização Por Danos Morais. Inscrição do Nome do Consumidor no Cadastro de Inadimplentes Sem Prévia Notificação. ART. 43, § 2º, DO CDC. 1. É assente nesta Corte o entendimento de que a “ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto” (REsp 1.061.134/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 1º/4/2009 - submetido ao rito do art. 543-C do CPC). 2. Reclamação precedente. (STJ – Rcl 4.417/MS – Segunda seção – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Dje 01.06.2012)

11 Inscrições anteriores em órgão de proteção ao crédito não autorizam inclusão sem notificação Lançamentos em órgãos de proteção ao crédito sem a devida notificação são inválidos. Mesmo que haja outras restrições em nome do consumidor, a inscrição não comunicada deve ser cancelada. O entendimento é do ministro Raul Araújo, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recurso especial interposto por consumidor que, por já estar negativado, teve seu nome incluído na Serasa e no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos sem comunicação prévia. Segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), devido à quantidade de anotações, entre cheques sem fundos e restrições creditícias, não seria possível dar credibilidade à alegação de desconhecimento sobre a situação econômica e os cheques devolvidos. Em sua decisão, o ministro Raul Araújo citou, além do Código de Defesa do Consumidor, a Súmula 359 do STJ, que prevê expressamente a notificação do devedor antes da inclusão do nome. Citou ainda a decisão em recurso repetitivo que determina o cancelamento de inscrições efetuadas sem observar a exigência. Reconhecendo a divergência entre a decisão do TJRS e a jurisprudência do STJ, o ministro aceitou o recurso para julgar procedente o pedido de cancelamento dos lançamentos efetuados sem notificação. (STJ – REsp nº 1.373.470 – Rel. Min. Raul Araújo – Quarta Turma) Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112247 acesso em 21.11.2013.

E por fim, dispõe o art. 44 do CDC que “os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor”. Os PROCON’s estaduais e municipais têm cumprido essa função com divulgação de listas dos maus fornecedores.

2.1 A LEI DO CADASTRO POSITIVO (LEI Nº 12.414/2011)

Com o objetivo de se criar uma lista de bons pagadores, para que o mesmo tenham benefícios em função de seu comportamento no mercado de consumo, em 09 de junho de 2011, entrou em vigor a Lei nº 12.414, chamada Lei do Cadastro Positivo. Esses benefícios podem ser juros menores, melhor avaliação de risco, análise mais célere de crédito, acesso a linhas de créditos especiais etc.

A referida lei, já mencionada no capítulo anterior, em diversos aspectos, trouxe a previsão da formação de histórico de crédito positivo. O art. 2 considera banco de dados o conjunto de dados relativo à pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro.

As informações nos bancos de dados deverão ser claras, objetivas, verdadeiras, e de fácil compreensão.

No Cadastro positivo não podem haver informações excessivas que são aquelas não vinculadas à análise de risco, nem podem conter informações sensíveis que são aquelas pertinentes à origem social, étnica, à saúde, orientação sexual, convicções políticas, religiosas ou filosóficas (art. 3º, § 3º), ou seja, as informações devem ser objetivas.

A inclusão do consumidor no cadastro positivo requer autorização prévia mediante consentimento informado por meio de assinatura em documento específico ou em cláusula apartada (art. 4º). São direitos do cadastrado:

I - obter o cancelamento do cadastro quando solicitado; II - acessar gratuitamente as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar as informações de adimplemento; III - solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até 7 (sete) dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos

bancos de dados com os quais ele compartilhou a informação; IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial; V - ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento; VI - solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para a realização de análise de risco de crédito do cadastrado e para subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações que impliquem risco financeiro.

Respondem de forma objetiva e solidária os bancos de dados por danos causados aos consumidores.

Essa lei do cadastro positivo trouxe regulamentação para todos os tipos de cadastros e serve de base para a interpretação do judiciário.

2.2 SCORING DE CRÉDITO

Ganhou destaque nos últimos meses a discussão sobre o denominado *Scoring* de crédito. A palavra “*score*” ou “*scoring*” significa pontuação. Esse sistema, consiste na atribuição de pontos aos consumidores para obtenção de crédito, trata-se, na verdade, de um cálculo matemático que analisa o risco de crédito a partir de dados do consumidor retirados de bancos de dados disponíveis no mercado ou informações fornecidas pelo próprio consumidor. Com esses dados, a partir de fórmulas matemáticas, a empresa que faz a avaliação e chega a uma pontuação de risco que é resumida em uma nota final ou pontuação. A análise passa por dados pessoais do consumidor e inclui eventuais inadimplências, ainda que sem registro de débitos ou protestos.

Dessa forma, torna-se possível a um banco, seguradora, emissor de cartões de crédito ou qualquer outra empresa de concessão de crédito, estimar a probabilidade de um determinado consumidor cumprir integralmente a dívida que se propõe a contrair. Para a análise dessa pontuação, várias informações são levadas em consideração como, por exemplo: a renda comprovada, estabilidade profissional, estado civil, profissão, patrimônio, outras dívidas assumidas dentre outras.

O assunto chegou aos tribunais brasileiros e no dia 25 de agosto de 2014, o Superior Tribunal de Justiça convocou audiência pública para debater o assunto. Proposta pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a audiência contou ainda com a participação dos ministros Raul Araújo, Isabel Gallotti, Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi.

O STJ com base no artigo 543-c do CPC entendeu que o Recurso Especial 1.419.697 era representativo da controvérsia sobre a possibilidade de indenização por dano moral ao consumidor prejudicado por esse sistema.

Segundo a página de notícias do Superior Tribunal de Justiça, “as apresentações foram divididas em quatro painéis, com expositores a favor e contra o sistema *scoring*. Para aqueles que são contra o sistema, a falta de transparência e clareza da ferramenta é o maior problema atual desse modelo de avaliação de crédito”.

“Há diversas ilicitudes. A principal delas é que o consumidor não tem acesso irrestrito aos dados que são usados a favor ou contra ele, dificultando dessa forma o direito de correção”, afirmou o representante da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no Distrito Federal, Fernando Martins.

Segundo Martins, não existe hoje a obrigatoriedade de notificação prévia, uma vez que o mecanismo não encontra respaldo em nenhuma norma. “O sistema de *scoring* não tem harmonia com o princípio da transparência. A qualidade de seus dados é questionável, não existe o livre acesso a eles e, mais, fere o marco civil da internet”, analisou o advogado.

A argumentação da OAB/DF foi ratificada pelos demais expositores do primeiro painel, para os quais o sistema sigiloso afronta direitos e garantias constitucionais do cidadão. “As empresas têm todo o direito de se proteger. Mas acreditamos que este sistema afronta vários princípios, sem nenhum tipo de controle. Nele, várias injustiças acontecem”, acrescentou Larissa Davidovich, da Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

A segunda parte da audiência pública reuniu cinco oradores favoráveis à utilização do sistema. Segundo o ministro, a audiência está contribuindo para esclarecer todas as dúvidas existentes sobre o tema.

O primeiro orador foi o representante da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, José Levi Mello do Amaral Júnior. Ele sustentou que a exemplo dos grandes atores econômicos, que utilizam estatísticas próprias do *scoring*, os pequenos lojistas precisam contar com a possibilidade de contratar uma ferramenta desse tipo.

Avaliar de modo seguro a qualidade do tomador é uma forma de tornar o crédito mais barato – disse ele –, sobretudo nas modalidades mais populares, como o crédito direto por meio de carnês ou cheques pré-datados.

Em sua opinião, marginalizar o *scoring* significaria dificultar o crédito direto e favorecer as administradoras de cartões de crédito. Isso limitaria a livre iniciativa, a liberdade de contratar e a autonomia da vontade”.¹²

Posteriormente, seguindo o voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça definiu que a simples existência de nota desfavorável ao consumidor não dá margem a indenização por dano moral. No entanto, havendo utilização de informações sensíveis e excessivas, ou no caso de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados, é cabível a indenização ao consumidor. Esse foi o entendimento do STJ sobre o *Scoring* de crédito. Tal entendimento passa a orientar os tribunais de segunda instância em recursos que discutem a mesma questão, já que se trata de recurso repetitivo. Atualmente, existem cerca de 250 mil ações judiciais no Brasil sobre o tema nas quais os consumidores buscam ser indenizados em razão do sistema *scoring*. Com o julgamento da Segunda Seção do dia 12.11.2014, as ações sobre o sistema *scoring*, que haviam sido suspensas em todas as instâncias por ordem do Ministro Sanseverino, voltam a tramitar normalmente. Os recursos especiais sobrestados em razão do julgamento do repetitivo serão tratados de acordo com o artigo 543-C do Código de Processo Civil, e não mais serão admitidos recursos para o STJ quando o tribunal de segunda instância adotar a tese fixada pela corte superior.

Esse é o entendimento que ficou solidificado no REsp n. 1.457.199-RS, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cuja a ementa se segue:

Recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-c do cp). Tema 710/STJ. Direito do consumidor. Arquivos de crédito. Sistema “*Credit Scoring*”. Compatibilidae com o Direito brasileiro. Limites. Dano moral.

I – TESE: 1) O sistema “*credit scoring*” é um método desenvolvido par avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao con-

12 Especialistas discutem prós e contras do *scoring* de crédito. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/Destaques/Especialistas-discutem-prós-e-contras-do-scoring-de-crédito> Acesso em: 18 de dez. de 2014.

sumidor avaliado (nota do risco de crédito) 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I da Lei n.12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n.12.414/2011. 4) Apesar desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem com as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “*credit scoring*”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte do consulente (art. 16 da Lei n.12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n.12.414/2011), bem com nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

I – CASO CONCRETO:

A) Recurso especial do CDL:

1) Violação ao art. 53 do CPC. Deficiência na fundamentação.

Aplicação analógica do óbice da Súmula 284/STF

2) Seguindo recurso rito do art. 543-C do CPC, ampliação objetiva (territorial) e subjetiva (efeitos “*erga omnes*”) da eficácia do acórdão decorre da própria natureza da decisão proferida nos recursos especiais representativos de controvérsia, atingindo todos processos em que se discuta a mesma questão de direito em todo o território nacional. 3) Parcial provimento do recurso especial do CDL para declarar que “o sistema “*credit scoring*” é um método de avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversa variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito)” e para afastar a necessidade de consentimento prévio do consumidor consultado.

B) Recursos especiais dos consumidores interessados:

1) Inviabilidade de imediata extinção das ações individuais englobadas pela presente macro-lide (art. 104 do CD), devendo permanecer suspensas até o trânsito em julgado da presente ação coletiva de consumo, quando serão tomadas as providências previstas no art. 543-C do CP (Recurso

Especial n.10.549-RS). 2) Necessidade de demonstração de uma indevida recusa de crédito para a caracterização de dano moral, salvo as hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, §3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011). 3) Parcial provimento dos recursos especiais dos consumidores interessados apenas par afastar determinação de extinção das ações individuais, que deverão permanecer suspensas até o trânsito em julgado do presente acórdão.

I – RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes acima indicadas, decide a Egrégia SEGUNDA Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento as recurso especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Para os efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil foram definidas seguintes teses: “1) O sistema “*credit scoring*” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I da Lei n.12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3)Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n.12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem com as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito as limites legais na utilização do sistema “*credit scoring*”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode enseja responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º,§ 3º,I e II, da Lei n.12.414/2011), bem com nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados”. Os Srs. Ministros Maria Isabel Galloti, Antonio Carlos Faria, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Raul Araújo votaram com o Sr. Minis-

tro Relator. Sustentaram oralmente os Drs. Fernando Smith Fabris, pela Recorrente Câmara De Dirigentes Lojistas de Porto Alegre - CDL, e Deivti Dmitrios Porto dos Santos, pelo Recorrente Acivaldo Roger Perira Ferreira. (STJ – Segunda Seção – REsp n. 1.457.199-RS – Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – Julgamento 12.11.2014 DJ de 17.12.2014.

Desse modo, o relator do referido recurso entendeu que o *scoring* de crédito não ofende o CDC e que a simples existência de nota desfavorável ao consumidor não dá margem a indenização por dano moral, tal posicionamento evitará uma série de ações judiciais em que os consumidores pleiteavam a indenização, pelo simples fato de existir a pontuação. Todavia, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados, bem com as informações pessoais valoradas. A violação a uma dessas prerrogativas pode ensejar responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores. Também pode se responsabilizar os fornecedores, nos casos em que as informações sejam excessivas, incorretas, sensíveis ou desatualizadas. Ou seja, o consumidor, só poderá obter uma reparação financeira caso consiga mostrar que as informações do banco de dados estão incorretas, desatualizadas, ou são informações que não poderiam estar disponíveis.

A Lei n. 12.414/2011, considera informações excessivas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor e a informações sensíveis, por outro lado, aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

3 CONCLUSÃO

Percebe-se que a informação é um ponto bastante sensível da pós-modernidade. O acesso à informação atinge pontos importantes da personalidade humana como sua privacidade e honra.

É importante concluir que os bancos de dados e cadastros de consumidores estarão de certa forma atingindo esses aspectos relevantes da personalidade do consumidor, mas, todavia, não há inconstitucionalidade na utilização de banco de dados e cadastros de consumidores, pois outros valores constitucionais podem ser sopesados na análise do caso. O grande problema que se coloca para o judiciário é exatamente este.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma regulamentação do uso da informação que foi atualmente reforçada pela lei do cadastro positivo.

Nota-se que o assunto ainda estará na pauta do judiciário por muitos anos. Apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter admitido o uso do chamado *Scoring* de crédito, os critérios para a sua utilização bem como a delimitação do seu alcance ainda não estão muito bem definidos.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, **Manual de Direito do Consumidor**. 5 ed. Rev., Atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB**. 11 ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. v 1.
- FERNANDES, Milton. **Proteção Civil da Intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do anteprojeto**. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.
- OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso: Direito do Consumidor Completo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

FILOSOFIA DE FATO E DE DIREITO

**Dois momentos, dois fatos,
dois autores que incitam
o leitor a pensar**

CONSISTENCIA NARRATIVA Y RELATO PROCESAL

(ESTÁNDARES DE DISCURSIVIDAD EN LAS NARRACIONES JUDICIALES)¹

.....
José Calvo González²
.....

“There is a story by Franz Kafka –perhaps you know it– in which an ape, dressed up for the occasion, makes a speech to a learned society. It is a speech, but a test too, an examination, a viva voce. The ape has to show not only that he can speak his audience’s language but that he has mastered their manners and conventions, is fit to enter their society.

Why am I reminding you of Kafka’s story? Am I going to pretend I am the ape, torn away from my natural surroundings, forced to perform in front of a gathering of critical strangers?

I hope not. I am one of you, I am not of a different species.”³

J. M. Coetzee, Elizabeth Costello (2003)

“Im ganzen habe ich jedenfalls erreicht, was ich erreichen wollte. Man sage nicht, es wäre der Mühe nicht wert gewesen. Im übrigen will ich keines Menschen Urteil; ich will nur Kenntnisse verbreiten; ich berichte nur; auch Ihnen, hohe Herren von der Akademie, habe ich nur berichtet.”⁴

Franz Kafka, Ein Bericht für eine Akademie (1917)

-
- 1 Ponencia presentada en el V Congreso Internacional de Direito Processual (23-25 abril de 2015), Instituto Brasileiro de Estudos de Direito da Universidade Mauricio Nassau (Recife. Pernambuco. Brasil).
 - 2 Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga. España (jcalvo@uma.es).
 - 3 J. M. Coetzee, *Elizabeth Costello* (2003), Vintage, London, 2004, p. 18. “Hay un relato de Franz Kafka, tal vez lo conozcan, en el que un simio, vestido para la ocasión, pronuncia un discurso ante una asociación de gente erudita. Se trata de un discurso pero también de un test, un examen, una defensa de tesis. El simio no solamente tiene que demostrar que puede hablar el idioma de su público, sino que ha aprendido a dominar sus modales y convenciones y es apto para entrar en su asociación. ¿Por qué les estoy recordando el relato de Kafka? ¿Acaso voy a fingir que soy el simio, arrancado de mi entorno natural y obligado a actuar ante una reunión de desconocidos enjuiciadores? Espero que no. Soy una de ustedes, no soy de una especie distinta.” J. M. Coetzee, *Elizabeth Costello*, trad. de Javier Calvo Perales, Random House Mondadori, Barcelona, 2004, p. 26.
 - 4 Franz Kafka, *Ein Bericht für eine Akademie* (1917). “En general he conseguido todo lo que quería. No se puede decir que no haya valido la pena. Por lo demás, no quiero que me juzguen los hombres; sólo quiero difundir conocimientos; me limito a informar, también a ustedes, honorables miembros de la Academia, también a ustedes sólo les he informado.” Franz Kafka, “Informe para una Academia”, en Id., *Cuentos completos*, trad. de José Rafael Hernández Arias, Valdemar, Madrid, 2000, p. 282.

I INTRODUCCIÓN

Los tratados clásicos de Retórica no contienen referencias a la idea de *consistencia narrativa*. Sólo es posible hallarlas en la moderna Teoría de la Argumentación jurídica, aunque siempre de manera parca y muy limitada. La atención que allí recibe resulta, además, menor y subsidiaria respecto de la concedida al *test de coherencia narrativa*, sin recabar otro mérito que el apenas servirle de preámbulo. Así pues, la noción de coherencia narrativa, diversamente enfocada por los autores que de ella se ocuparon al abordar cuestiones de argumentación en materia de hechos (y también de normas como *coherencia normativa*),⁵ ha venido constituyendo el núcleo principal de su interés –con abundancia de la literatura crítica –⁶ mientras que la de consistencia narrativa parecía exenta

-
- 5 Ronald Dworkin, “No Right Answer?”, en *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, P.M.S. [Peter Michael Stephan] Hacker and Joseph Raz (eds.), Oxford UP, Oxford, 1977, pp. 58-84, *Taking Rights Seriously*. Harvard UP, Cambridge, MA, 1977, caps. 4 y 13, *A Matter of Principle*. Harvard UP, Cambridge, MA, 1985, caps. 5 y 7, *Law's Empire*, Fontana, London, 1986, cap.7, y “Objectivity and Truth. You'd Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs* 25 (1996), pp. 87-139; Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory* (1978), Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 90 y 91; “The coherence of a case and the reasonableness of doubt”, *Liverpool Law Review* 2 (1980), pp. 45-50; “Coherence in legal justification”, en *Theorie der Normen. Festsgabe für Otta Weinberger zum 65. Geburtstag*, Werner Krawietz, Helmut Schelsky, Günter Winkler und Alfred Schramm (Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 37-53 [asimismo en *Theory of legal science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*, Aleksander Peczenik, Lars Lindahl and Bernard van Roermund (dir.), Reidel, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984, pp. 235-251]; “Notes on narrativity and the narrative syllogism”, en *International Journal for the Semiotics of Law* [en adelante *IJSL*] 11, 1991, pp. 163-174, y *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2005, pp. 224 y 227; Bernard S. Jackson, *Law, Fact, and Narrative Coherence*, Deborah and Charles Publications, Mersyaside, 1988, pp. 61 ss., 151 ss. y 166 ss., “Narrative models in legal semiotics”, en *Narrative in culture. The uses of storytelling in the sciences, philosophy and literature*, Christopher Nash (ed.) Routledge & Kegan Paul, Londres, 1990, pp. 23-52, “Narrative Models in Legal Proof”, *IJSL* 1, 1 (1998), pp. 225-246 y *Making Sense in Jurisprudence*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1996, pp. 263-277; Patrick Nerhot, “Interpretation en sciences juridiques. La notion de cohérence narrative”, en *Revue de Synthèse* CXI, 1990, pp. 299-329 [asimismo como “Interpretation in Legal Science: The Notion of Narrative Coherence”, en *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Patrick Nerhot (ed.), Kulwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, 1990, pp. 193-225]; Bert C. van Roermund, “Narrative Coherence in Legal Context”, en *Reason in Law*, Vlandia Faralli e Enrico Pattaro (eds.), Giuffrè, Milano, 1988, v. III, pp. 159-170, “Narrative Coherence and the Guises of Legalism”, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 310-345, y “Narrative Coherence and the System of Legal Norms”, en *Law, Narrative and Reality: An Essay in Intercepting Politics*, Id. (ed.), Springer, New York, 1997, pp. 49-73; Joseph Raz, “The Relevance of Coherence”, *Boston University Law Review* 72 (1992), pp. 273-320 [asimismo en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Id. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 276-325]; Aleksander Peczenik, “Coherence Theory of Juristic Knowledge”, en *On Coherence Theory of Law*, Aulis Aarnio et al. (eds.), Juristförlaget, Lund, 1998, pp. 7-15; Robert Alexy, “Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion”, en *On Coherence Theory of Law*, cit., pp. 41-49, y Robert Alexy and Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris* 3 (1990), pp. 130-147.
- 6 Barbara Levenbook, “Coherence in Legal Reasoning”, *Law and Philosophy* 3 (1984), pp. 355-374; Paolo Comanducci, “Osservazioni in margine a N. MacCormick's ‘La congruenza nella giustificazione giuridica’”, en *L'analisi del ragionamento giuridico*, Paolo Comanducci e Guastini, Ricardo (eds.), Giappichelli, Torino, 1987, pp. 265-275; Giuseppe Zaccaria, “Ermeneutica e comprensione narrativa”, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 18 (1988), pp. 189-211 [asimismo en Id., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, pp. 121-150]; Letizia Gianformaggio, “Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick”, *Materiali per una storia della cultura giuridica* XVIII, 2 (1988), pp. 459-487; Vittorio Villa, “La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione”, *RIFD* 65, 3 (1988), pp. 567-597; Jacques Lenoble, “La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick”, *Archives de philosophie du droit* 33 (1988): 121-139, y “Narrative Coherence and the Limits of the Hermeneutic Paradigm” en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 127-168; Monica Den Boer, “Two in one trolley: Reflections on the relation between MacCormick's institutional and narrative theory of law”, *IJSL* IV, 12 (1991), pp. 255-266; José Calvo González, “Coherencia narrativa y razonamiento judicial”, en *Revista del Poder Judicial*, 25 (1992), pp. 97-102 y *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Edit.

de mayor problematicidad luego de verificar satisfecho un mínimo de estándares de discursividad. Para superar el *test de consistencia narrativa* bastaba, en efecto, con evidenciar la continuidad del relato y comprobar la existencia de inferencias lógicas convencionales – deductivas o inductivas – o algo menos habituales – de tipo abductivo – en el encañamiento entre los elementos fácticos – fueran patentes, o dispados a través de indicios – como condiciones suficientes de firmeza y conexión exigibles en la construcción del curso ordenado, secuencial y sucesivo de la narración de los hechos. La consistencia narrativa se mantuvo así, por tanto, ausente de desarrollos jurídico-teóricos, sin que tampoco obtuviera excesiva presencia en la lingüística aplicada al Derecho.⁷ Creo, no obstante, que en absoluto se la debería tener por un asunto desatendible en el estudio de las estructuras narrativas del proceso judicial, ni como una cuestión de valor inapreciable. La *consistencia narrativa* y sus múltiples alcances –teóricos y prácticos– constituyen un ámbito de la interpretación operativa en materia de hechos prácticamente inexplorado, pero del todo necesario para comprenderla.

Tecnos, Madrid, 1993 (1998²); Baldassare Pastore, "Coerenza e integrità nella teoria del ragionamento giuridico di Ronald Dworkin", *Rivista di diritto civile* 70 (1992), pp. 423-445; Luc J. Wintgens, "Coherence of the Law", *ARSP* 79, 4 (1993), pp. 483-519; Christina Hellman, "The Notion of Coherence in Discourse. In *Focus and Coherence in Discourse Processing*, Gert Rickheit and Christopher Habel (eds.), Walter de Gruyter, Berlin, 1995, pp. 190-202; Giorgio Pino, "Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni", *RIFD* 1 (1998), pp. 84-126; Daniel González Lagier, "Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial", en Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.) *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 69-87, "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal" (I y II), *Jueces para la Democracia*, 46 y 47 (2003), respect. pp. 17-26 y 35-51, y *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Lima-Bogotá, 2005; Juan Igartua Salaverria, "La coherencia narrativa en la valoración judicial de las pruebas", en Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, vol. I, p. 795-804; Aldo Schiavello, "On 'coherence' and 'law': an analysis of different models", *Ratio Juris* 14, 2 (2001), pp. 233-243; Mario Ruiz Sanz, "Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. a propósito del modelo cognocitvista de la prueba", *AFD XIX* (2002), pp. 475-488 y *La construcción coherente del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2009, en esp. caps. III, IV y V. "Los hechos y la coherencia narrativa" 1. Narración, relatos y mundos posibles; Leonor Moral, "A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning: A Model for the European Court of Justice", *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 296-323; Amalia Amaya, "Formal Models of Coherence and Legal Epistemology", *Artificial Intelligence and Law* 15 (2007), pp. 429-447. "Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding", *Episteme: A Journal of Social Epistemology* 5 (2008), pp. 306-320, "Inference to the Best Legal Explanation", en *Proof: Statistics, Stories, Logic*, Hendrik Kaptein et al. (eds.), Ashgate, Farnham, 2009, pp. 135-159, "Legal Justification by Optimal Coherence", *Ratio Juris* 24, 3 (2011), pp. 304-329, "Coherence, evidence, and legal proof", *Legal Theory* 19, 1 (2013), pp. 1-43 y *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*. Hart Publishing, Oxford, 2015, y Sylvie André, "Droit et semiotique: la coherence narrative", *Victoria University of Wellington Law Review*, 42, 2 (2011), pp. 163-175.

- 7 Robert Nofsinger, "Tactical coherence in courtroom conversation", en *Conversational coherence: form, structure and strategy*, Robert Craig and Karen Tracy (eds.), Sage, Beverly Hills, 1983, pp. 243-258; Guadalupe Valés "Analyzing the demands that courtroom interaction makes upon speakers of ordinary English: towards the development of a coherent descriptive framework", *Discourse Processes* 9, 3 (1986), pp. 269-303; Robyn Penman (1987): "Discourse in court: cooperation, coercion and coherence", *Discourse Processes* 10, 3 (1987), pp. 201-218; Monica Den Boer, "A linguistic analysis of narrative coherence in the court-room", en Patrick Nerhot (ed.) *Law, interpretation and reality*, cit., pp. 346-378, y Raquel Taranilla, *La justicia narrante. Un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor. Pamplona, 2012.

Varias consideraciones, que aquí desarrollaré, intentarán poner de manifiesto aspectos en los que la idea de consistencia narrativa se convierte en una pieza clave en la fábrica discursiva de los diversos relatos originados en un proceso judicial, cuya configuración es asimismo relevante para comprender la *promesa de sentido* que, como coherencia narrativa, cada uno de ellos elabora y formula al plantear su *apuesta narrativa* a la *instancia de triunfo*, procesalmente diferida ésta al *otorgamiento* que el juez establecerá como *judicium facti* en su narración sobre la ocurrencia histórica del hecho.⁸

A este respecto he seleccionado tres estándares de discursividad; dos en fase alegatoria, correspondientes al relato de hechos en la narrativa del Ministerio Fiscal y de la Defensa, y un tercero, ubicado en la fase probatoria, concretamente relativo a la práctica del medio probatorio de la declaración testifical en la que a preguntas de la parte que le hubiera propuesto el testigo expresará ‘la razón de ciencia de lo que diga’, conocida también como ‘prueba narrativa’, pues – en principio – el declarante narra acerca de los hechos sobre los que atestigua. El análisis de la construcción discursiva de las dos primeras narraciones judiciales revela, ciertamente, la presencia de estereotipos en la operativa del *usus fori* por quienes los construyen, que también constituyen expresión del desempeño de sus respectivos roles procesales. El valor y la utilidad de su conocimiento no se limita, sin embargo, a la identificación de tales ‘modelos’ operacionales y a la simplificación de la dinámica ‘comunicacional’ de y entre esos actores,⁹ sino que sirve igualmente para esclarecer el tipo de función mediante la cual esos artefactos narrativos actúan durante el Proceso con carácter de *maior* o *minor* ventaja estratégica, que es asimismo ideológico-jurídica, en cada caso. Desde este punto de vista, y a efectos tanto teóricos como prácticos, la consistencia narrativa resulta allí un dispositivo fundamental que, al cabo, también pone al descubierto la índole meramente didáctica de su diferenciación conceptual con la noción de coherencia narrativa. Consistencia y coherencia

8 Me he ocupado con anterioridad de la estructura discursiva del *judicium facti* en la narración de los ‘hechos probados’ en “Modelo narrativo del juicio de hecho: *invento* y *ratiocinatio*”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Virgilio Zapatero (ed.), Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102 [también en *Contrapuntos y entrelíneas sobre cultura, comunicación y discurso*, Carlos F. del Valle Rojas et al. (eds.), Universidad de La Frontera, Temuco (Chile), 2008, pp. 333-343.

9 William Twining, *Rethinking evidence. Exploratory Essays*, Northwestern UP, Evanston, 1994, p. 254. [2. ed. Cambridge UP, Cambridge, 2006].

narrativas ciertamente se hallan imbricadas en los relatos procesales del Ministerio Fiscal y de la Defensa. Por último, la distinción entre consistencia y coherencia narrativa tampoco sería efectiva tratándose de la narración de los hechos sobre los cuales el testigo declare al momento de practicar la prueba testifical. Y no únicamente por la simplicidad que aquella asignación distributiva demasiado a menudo comporta, sino debido a los problemas generales de conectividad de la información fáctica para formar – no sólo en contigüidad lógico-causal – el *continuum* de discurso narrativo, como también a resultas de la influencia de las específicas condiciones discursivas derivadas del formato en que el relato del testigo produce la recuperación episódica de la ocurrencia del suceso sobre el que se testimonia. Por tanto, no menos que la aparente consecutividad de toda narración, igualmente la variable fórmula – narrativa, interpelativa o mixta – en la conformación del interrogatorio, junto a la propia dinámica del contradictorio, afectan al estándar discursivo de esa narrativa generando discontinuidades que habrán de ser resueltas por el narratario – el juez (de la instrucción o del juicio oral) – que presencia y recibe la declaración testifical. En la medida en que así, efectivamente, la autoridad judicial actúa sobre la consistencia narrativa del testimonio implantando en aquellos espacios de discurso ‘inaudito’ una proyectiva de sentido narrativamente coherente no tanto dirigida a suplir ‘lo que no está dicho’ en el discurso del declarante como más bien a activar ‘lo que está suspenso’, consistencia y coherencia narrativa también allí aparecen uncidas.

A estos tres relatos procesales se ciñe la contribución que ahora presentaré, orientada al estudio de los estándares de discurso en sus respectivas estructuras narrativas. Confío, sin embargo, que la metodología utilizada y los resultados obtenidos – aun si modestos – reviertan en otros como sugestión bastante para emprender un proyecto más ambicioso, destinado a profundizar en la sistemática de otros relatos integrantes de la narrativa procesal en su conjunto,¹⁰ si no tal

10 Las narrativas que, abarcando los distintos órdenes jurisdiccionales, presentan estructuras discursivas relativas al ‘relato de hechos’ son numerosas. En la jurisdicción penal, quizá la más expresiva, ya desde las diligencias de denuncia recogidas en el atestado policial, prolongándose con intervención judicial en las actuaciones instructoras y en el dictado auto de procesamiento. Seguidamente, una vez acordada la apertura de juicio oral, aparecen de nuevo en diferentes estadios del procedimiento, y según cada tipo, incluida la modalidad de juicio ante Tribunal del Jurado.

Por fortuna, va acumulándose literatura sobre gran parte de ellas. Véase Jenny Cubells Serra, “Navegando entre narraciones: voces que construyen y socavan la credibilidad en el ámbito jurídico”, *Athena Digital*, 8 (2005), pp. 109-128; Jenny Cubells Serra &

vez tan emblemáticos como los aquí examinados, en nada carentes de interés.¹¹

2 ESTÁNDARES DE DISCURSIVIDAD EN LA NARRACIÓN DE HECHOS DEL MINISTERIO FISCAL

Partiendo de que los hechos en un proceso son propiamente sólo *efecto de discurso*, el primero en producirse tiene lugar con la narrativa promotora de la *quaestio facti disputata* que va contenida en el relato de hechos del escrito de acusación. Se sigue de aquí, a mi parecer, la posibilidad de formular dos proposiciones.

Lupicino Iníguez-Rueda, "La construcción de hechos en el discurso jurídico: Análisis del caso de los 'robos en cajeros automáticos en la ciudad de Barcelona'", *Revista Española de Investigación Criminológica* 4, 6 (2008), pp. 1-24; Raquel Taranilla, "Consideraciones sobre la polifonía en el escrito de declaración del atestado policial", en *Actas de V Congreso Internacional AELFE*, Claus-Peter Neumann et al. (eds.), Publics. de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2006, pp. 70-76, "Con cuentos a la policía: las secuencias narrativas en el acta de declaración del atestado policial", *Revista de Lengua i Dret* 47 (2007), pp. 79-112, y "Análisis lingüístico de la transcripción del relato de los hechos en el interrogatorio policial", *Estudios de Lingüística* (Universidad de Alicante) 25 (2011), pp. 101-134; Carlos Del Valle et al., "Sentencia penal y actos de discurso", en *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, José Calvo González (dir.), Edit. Comares, Granada, 2008, pp. 431-450; Rodrigo Coloma Correa, "Vamos a contar mentiras, tralará..., o de los límites a los dichos de los abogados", *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) XIX, 2 (2006), pp. 27-52; José Calvo González, "El modelo de controversia fáctica en la audiencia preliminar. (Una visión narrativista acerca de qué y cómo conocemos sobre los hechos en litigio)", *Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (Buenos Aires), Año VI, núm. 6, 2008, pp. 191-222 [asimismo en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, Chile), 26 (2008), pp. 221-256, y con título de "La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde una perspectiva narrativista del Derecho", en *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, cit., pp. 363-389 (por donde citare)]; Flora Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel 'processo'*, FrancoAngeli, Milano, 2008, y Claudio Agüero San Juan y Juan P. Zambrano Tiznado, "La narración en las sentencias penales", *Universum* (Talca, Chile) 24, 2 (2009), pp. 28-41.

No menos importante la aportación ofrecida por estudios de carácter histórico. Así Maximiliano Soler Bistué, "Derecho, narración y racionalidad jurídica. El caso de la *fazaña* bajomedieval", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 22 (2011), pp. 162-189, y Cuauhtémoc Banderas Martínez, "Pragmática del discurso jurídico. Análisis de la estructura argumentativa en un texto de los papeles de derecho de la real audiencia de la Nueva Galicia", *Sincronía* (Universidad de Guadalajara, Jalisco, México) 2 (2012), pp. 1-38.

- 11 Interés ya anticipado, sin pérdida de actualidad, en el área anglosajona. Véase Ruth Wodak "Discourse analysis and courtroom interaction", *Discourse Processes* 3, 4 (1980), pp. 369-380; Robert L. Kidder, "The End of the Road? Problems in the Analysis of Disputes", *Law & Society Review* 15, 3-4 (1980/1981), pp. 717-725; Dennis Kurzon, "How lawyers tell their tales. Narratives aspects of a lawyer's brief", *Poetics* 14 (1985), pp. 467-481, "Linguistics and legal discourse: An introduction", *IJSL* 7, 1 (1994), pp. 5-12 y *Discourse of silence*, Jonn Benjamins, Amsterdam and Philadelphia, 1998; Laura Gardner Webster, "Telling Stories: The Spoken Narrative Tradition in Criminal Defense Discourse", *Mercer Law Review* 42 (1990), pp. 553-558; Nancy Pennington and Reid Hastie, "A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model", *Cardozo Law Review* 13 (1991), pp. 519-557 y "Explaining the evidence: The Story Model for juror decision making", *Journal of Personality and Social Psychology* 62, 2 (1992), pp. 189-206; Sandra Harris, "Fragmented narratives and multiple tellers: witness and defendant accounts in trials", *Discourse studies* 3, 1 (2001), pp. 53-74; Janet Cottrell, *Language and power in court. A linguistic analysis of the O.J. Simpson trial*, Palgrave, Basingstone, 2003; Isolda Carranza, "Genre and institution: narrative temporality in final arguments", *Narrative Inquiry* 13, 1 (2003), pp. 41-69; Greig Henderson, "The Cost of Persuasion: Figure, Story, and Eloquence in the Rhetoric of Judicial Discourse", *University of Toronto Quarterly* 75 (2006), pp. 905- 924; Chris Heffer, *The language of jury trial: a corpus-aided analysis of legal-lay-discourse*, Palgrave, Basingstoke, 2005, Chris Heffer, "Judgement in court: evaluating participants in courtroom discourse", en *Language and the Law: International Outlooks*, Krzysztof Kredens (ed.), Peter Lang, Frankfurt am Mein, 2007, p. 145-79 y "Narrative in trial. Constructing crime stories in court", en *The Routledge handbook of forensic linguistics*, Malcolm Coulthard and Alison Johnson (eds.), Routledge, London, 2010, pp. 199-217, y Don Winecki, "The expert witnesses and courtroom discourse: applying micro and macro forms of discourse analysis to study process and the 'doings of doings' for individuals and for society", *Discourse & Society* 19, 6 (2008), p. 765-781.

La primera, que como narrativa inaugural produce un *efecto de discurso* invasivo capaz de penetrar todo el proceso. La segunda, que desde ocupar ese *locus* genera, a su vez, efectos discursivos de reubicación en las restantes narrativas judiciales.

Una interpretación *garantista* del proceso nos presentará la narrativa de la acusación, necesariamente, con el carácter de *hipótesis*, en tanto que la condición de *tesis* narrativa pertenecería al del escrito de defensa. Observada, sin embargo, con enfoque discursivo a aquella compete en realidad el papel de *tesis*. Este estatus va a influir además, sobremanera, en la configuración discursiva del resto de las narrativas judiciales que la sucedan; es decir, la narrativa de la acusación irrumpe y, asimismo, predetermina la posición – o lo que es igual, la disposición constructiva – que habrán de adoptar los discursos narrativos en materia fáctica y normativa de la defensa y del juez.

El estándar discursivo presente en la narrativa de la acusación impone, ciertamente, el canon narrativo del proceso sobre el que la defensa – y ya se verá cómo (fenómeno, en todo caso, típicamente asociado con las variantes estratégicas del *modus operandi* defensivo) – habrá de postular sobre hechos (y derecho), por lo que desde entonces su régimen consistencia y coherencia narrativa será ya ‘dependiente’ respecto de aquél, e igualmente en el relato de hechos (y derecho) pendiente de establecer por el juez, que estará – en tanto que vinculado por el principio acusatorio y sujeto a restricciones sobre *qué* y hasta *cómo* relata en torno a hechos y derechos (incongruencia *extra petita* y *ultra petita*, e incongruencia interna) – igualmente ‘condicionado’ por aquél.

El *efecto de discurso* de la narrativa de la acusación es, por consiguiente, doble: de *colonización*¹² y de *irradiación*. Ambos, al propio tiempo, *efectúan*

12 Aprovecho aquí la expresión empleada por Sara Cobb al presentar su ‘modelo circular-narrativo’ de mediación. Cobb busca la ‘desestabilizar’ las historias a fin de evitar la colonización de la primera historia narrada, pues la historia contada en segundo lugar quedaría “colonizada” por la narrativa primaria, siendo altamente probable que el mediador también lo sea por ese primer relato y se abstenga de ingeniar alternativas narrativas. Es claro, no obstante, que esa alternativa no es factible en el funcionamiento del modelo jurisdiccional de litigación convencional, aunque lo pueda ser en aquellos procesos que alberguen formas de mediación intra-procesal. Sobre el modelo de Cobb véase: Sara Cobb and Janet Rifkin, “Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation”, *Law & Social Inquiry* 16, 1 (Winter, 1991), pp. 35-62; Sara Cobb, “Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective”, *Negotiation Journal* 9, 3 (July 1993), pp. 245-255, “A Narrative Perspective on Mediation: Toward the Materialization of the Storytelling Metaphor”, en *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives*, Joseph P. Folger and Tricia S. Jones (eds.), SAGE Publications, Thousand Oaks, Ca., 1994, pp 48-63. Véase sobre la posición de Cobb los trabajos de Toran Hansen, “The Narrative Approach to Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 4, 2 [‘Collaborative Law’] (2004), pp. 297-308; Hilary Astor, “Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice”, *Social & Legal Studies* 16 (June 2007), pp. 221-239; Stephan Markas, “Hidden Stories, Toxic Stories, Healing Stories: the Power of Narrative in Peace and Reconciliation”, disponible en: <http://journals.hil.unb.ca>. Asimismo, entre nosotros,

consecuencias discursivas específicas sobre la narrativa de la defensa y del juzgador que, a partir de entonces, cabrá enunciar bajo el rasgo de *sub-modelos*, determinándolas así respectivamente como *secundaria* y *subalterna*. Desde otra perspectiva, el efecto discursivo puede también ser designado como *interactivo* y *aglutinante*. Esta denominación, menos provocadora y más arreglada quizá al rol que el rito procesal tradicionalmente ha atribuido a las narrativas de la defensa y del juez, no esconderá sin embargo el efectivo predominio *discursivo* de la narrativa de la acusación.

La prueba de esa determinante posición creo que resulta al desambiguar la relación entre la narrativa de la acusación y de la defensa, que en general venía asumida como de equipolencia, por lo que asimismo reubicará la del juzgador. Es fundamental para ello el examen del estándar discursivo con que se configura el relato de hechos por la parte acusadora. En él aparece, con claridad, una conjunción constructiva entre consistencia y coherencia narrativas que, igualmente, pone de manifiesto el contexto ideológico-jurídico desde el que opera la que llamaré ‘retórica de la imparcialidad’. Previo, no obstante, a entrar en su detalle conviene el recordatorio sobre la inexistencia de antecedentes jurídicos (desde luego en Derecho histórico español) durante la Alta y Plena Edad Media en torno a la idea equipolencia; acusar y defender no estaban en razón de equicontendencia, o lo que es igual, los términos de la relación fueron disimétricos. Es así que se ha propuesto para representación de la geometría procesal de las posiciones entre acusación, defensa y juzgador en ese período antes mejor la forma del triángulo escaleno que la del isósceles.¹³

Es cierto que los avances técnico-jurídicos de los que el Proceso se dota a lo largo de las etapas bajomedieval y moderna, además de la progresiva especialización profesional que ello habrá de requerir,¹⁴ serán luego responsables del afianzamiento de la figura del abogado y de la articulación del derecho a la defensa. No es esto, sin embargo, lo que aquí me más interesa destacar sino, sobre todo si, una vez ya en la modernidad y bajo

Pilar Munuera Gómez, “El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas”, *Portularia* VII, 1-2 (2007), pp. 85-106, y Salvador Garrido Soler y Pilar Munuera Gómez, “Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular-narrativo de mediación de conflictos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 17 (2014), p. 139-166.

13 Alberto Montaner, “Acusar y defender en la Edad Media: Una aproximación conceptual”, en *Historia de la abogacía española*, Santiago Muñoz Machado (dir.), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor. Pamplona, 2015, v. I, pp. 245-296.

14 Así lo estudiado para el *Dominio veneciano* por Cristina Setti, “Avocats, procureurs, juges. Rhétorique et praxis dans le procès pénal vénétien”, en *Récit et justice (France, Italie, Espagne, XIVe-XIXe siècles)*, Lucien Faggion et Christophe Regina (dir.), Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2014, pp. 105-119.

la universal constitucionalización contemporánea de aquel derecho, cabe constatar que se haya modificado verdadera y sustantivamente aquella geometría que el espacio procesal tuvo en origen. Que el Proceso hoy se halle triangulado en tres, dos o ningún lados/ángulos iguales no parece cuestión sin importancia e irrelevante, y así tampoco falta de significado que la geometría procesal se represente a la manera de un triángulo isósceles rectángulo o en forma triángulo rectángulo escaleno.

A despejar la respuesta en este interrogante colabora también el análisis que vengo anunciando, especialmente si basado en corpus (*corpus-based*). Orientados al estudio del escrito de acusación penal (art. 650 LECrim.), recientes trabajos interdisciplinarios –que son todavía entre nosotros práctica metodológica muy infrecuente –¹⁵ han detectado la presencia de ‘convenciones genéricas’ en la configuración del relato de hechos. Se comprueba en él lo que, respecto a la posibilidad de aislar su estándar de discursividad, revela la presencia de un tipo de composición del discurso narrativo donde la historia del suceso justiciable viene integrada por elementos fácticos naturales y jurídico-institucionales. El escrito de acusación penal se presenta, pues, discursivamente conformado a la par que por los elementos constructivos de la consistencia narrativa con los que se asegura la firmeza y conexión exigibles en la fábrica narrativa de un curso ocurencial ordenado, secuencial y sucesivo de los hechos naturales, también mediante la inserción, en absoluto disimulada, de efectos de discurso que directamente se extraen de, o remiten a, circunstancias fáctico-normativas de cuya coherencia narrativa también se nutre. Por tanto, hechos brutos –no calificados jurídicamente – conviven en él junto a hechos precalificados por la norma, actuando de ese modo una *unidad de sentido narrativo* en la que consistencia y coherencia (narrativa y normativa) se hayan reunidas, y ambas fusionadas.

La derivada, en adelante, para con el discernimiento de la múltiple organización narrativa en el proceso judicial pienso que rebasa el límite de lo lingüístico (gramatical y sintáctico)¹⁶ y, por supuesto, va más allá, clara-

15 Raquel Taranilla, *La justicia narrante*, cit., pp. 91-132 y “El escrito de acusación penal: convenciones genéricas en la configuración del relato de los hechos”, *I VARDANDE Revista Electrónica de Semiótica y Fenomenología Jurídicas* 2, 2 (marzo 2013 - febrero 2014), pp. 64-94.

16 Se observa sin dificultad el empleo de fraseo largo presentando su interior compactación alineada de la totalidad de elementos objetivos y subjetivos del tipo (Raquel Taranilla, “El escrito de acusación penal”, cit., pp. 76-77). En su sintaxis abunda, asimismo, la presencia de conectores subordinantes o coordinantes destinados a la elaboración de oraciones adverbiales consecutivas mediante las que se cuenta y se da cuenta de “la consecuencia de una acción, circunstancia o cualidad indicada en la oración

mente, de las apreciaciones de carácter para-lingüístico (figuras de estilo). Así, creo que cabe señalar dos: la racionalidad lógica de la subsunción y el irracionalismo de la superstición legal. El primero, porque el escrito de acusación esboza el mecanismo de subsunción al mostrar en su relato un ejemplo real y efectivo de inclusión de caso concreto bajo una regla; el supuesto de hecho aparece como un caso particular de la clase (supuesto de hecho abstracto considerado en la ley). En cuanto al segundo, introduce a una materia, en realidad, mucho más estructural. Me parece que lo interesante de este fenómeno discursivo legal-fetichista es que, desde una perspectiva ideológico-jurídica, presta argumentos a la discusión sobre el rol narrativo del relato procesal en quien acusa – relato del Ministerio Fiscal, o Ministerio Público – ya que provoca una percepción y comprensión de la historia sobre la ocurrencia de los hechos rodeada de un ‘nimbo de neutralidad’ en tanto que *discurso de la Ley* o *defensa de la Legalidad*. Se activa entonces una *retórica de imparcialidad* que deshace y borra la posición ‘parcial’ del Ministerio Fiscal, una más, no obstante, entre las varias partes del Proceso penal (y del civil,¹⁷ interviniendo a llamada de la *protección del interés público tutelado por la Ley*, o *interés superior de la Ley*); esa ‘parte’ ya no parece partidaria o parcial, sino que está enteramente ‘de parte’ de la *Ley* y con ella se cofunde y confunde. La consistencia y coherencia narrativa de su discurso, conformado por piezas explícitamente extraídas del discurso legal-normativo, convierte a su narrador en el *Ministerio de la Ley*, locución a la que no faltan ocasiones de visibilidad, incluso como *nomen* categórico, en las sentencias. El análisis político (-procesal) –ideológico-institucional

principal” (RAE). En las oraciones compuestas los conectores de subordinación aparecen identificables, morfológica pero también semánticamente, por la utilización de expresiones que sirven para establecer ‘consecutivas de intensidad’ entre una oración subordinada por *que* y un antecedente de valor intensivo {*tan/to*}, *tal*, *cada*, *un*, *así*, <*de + adjetivo*>, <*de un + adjetivo*>, <*una de + sustantivo*>, ‘consecutivas de modo’ (entre alguna de las frases adverbiales *de modo*, *de manera*, *de forma* o *de suerte* y una oración subordinada por el relativo *que*) y ‘consecutivo-comparativas’ (entre cuantificadores como *tanto*, *bastante* o *suficiente* y una frase introducida por *como para*). Respecto a los conectores de coordinación, donde la prelación no es sólo oracional sino además discursiva, se las identifica por el manejo de ya sea ‘conjunciones coordinantes consecutivas’ (*luego*, *conque*, *de [modo, manera, suerte] que* y *así (es) que*), ya sea ‘adverbios o frases adverbiales de función cohesiva’ (*por lo tanto*, *en consecuencia*, *por consiguiente*, *entonces*, *pues*, *así [pues]*, *de [este/ese] modo*, *de [esta/esa] manera*, *de [esta/esa] forma*, *de [esta/esa] suerte*). Véase Alfredo Ignacio Álvarez Menéndez, “Las construcciones consecutivas”, en *Gramática descriptiva de la lengua española*, Ignacio del Bosque y Violeta Demonte (coord.), Espasa, Madrid, v. 3 (‘Entre la oración y el discurso. Morfología’), 1999, pp. 3739-3804. A esta última variante de conectores –la adverbial– corresponde en mi opinión una importante función textual dentro relato, pues marcan la lógica de causalidad y consecutividad con el hecho precedente y semánticamente la explicativa discursiva al *por qué* o *entonces* y el *para qué*. En tal sentido no resulta de menos provecho atender a los conectores de realización de las oraciones adverbiales finales, ocupados de manifestar una relación causa-efecto en la que éste se interpreta como posterior –propósito virtual– frente a la anterioridad –motivo realizado– que hubieren designado las causales. Por ejemplo, acudiendo a conectores finales tales como, de ordinario, <*para + infinitivo*>. Véase por extenso y con detalle de variantes Carmen Galán Rodríguez, “La subordinación causal y final”, en *Gramática descriptiva de la lengua española*, cit., v. 3, pp. 3597-3642, en esp. p. 3621.

17 En materia de derecho de familia a fin de velar por el ‘interés superior’ del menor como interés tutelado por la Ley.

– con relación a la plausibilidad de la ‘verdad de los hechos’ narrada con ese estándar discursivo – al margen de desciframientos analíticos sobre la ‘verdad en el discurso normativo’¹⁸ no podrá omitir, por tanto, ese ‘peso del sentido’, a menudo extenuante, ni el que efectivamente *desequilibra* – pautemos el vocablo: *des-equi-libra* – la lucha (*litis*) formalmente dispuesta como equipolencia.

3 ESTÁNDARES DE DISCURSIVIDAD EN LA NARRACIÓN DE HECHOS DE LA DEFENSA

Un principio preside y conduce la estrategia narrativa en el relato de los hechos del escrito de la Defensa: presentar *la mejor defensa posible* al relato contenido en el escrito de la acusación. Dicha estrategia se despliega a partir de tres posibilidades defensivas, igualmente combinadas o combinables entre sí: refutarlo simple y directa y plenamente; refutarlo mediante una historia alternativa o disyuntiva,¹⁹ y – por último – admitirlo, si bien yuxtaponiendo una diferente calificación jurídica. En los supuestos de refutación, ésta no necesariamente se produce en términos de negación, por más que a veces, y cierto que hasta con frecuencia, el escrito de defensa incorpore una negativa manifiesta en uso de la partícula lingüística [*no*], que es sin embargo utilizada como *acto de habla* invariablemente impugnatorio u objetante, de propósito devolutivo, en calidad de oposición,²⁰ rechazo o rebate que aparta, desecha o repudia la historia narrada en el relato de acusación. En cuanto a la eventual defensa basada en la admisión – total o parcial – del relato acusatorio, se ha de precisar que tiene lugar siempre con carácter subsidiario a la *petitio* principal – la opción primaria de defensa es fundamentalmente de refutación radical. En los tres supuestos lo que se produce son, por tanto, *afirmaciones* frente a lo afirmado por la acusación.²¹ Es este estado concurrente de afirmaciones el que, a la postre, genera la controversia fáctica, pues se afirman versiones contradictorias en torno a unos mismos (o similares) los hechos, de donde rivalizan entre sí como incompatibles o mutuamente excluyentes. La fórmula empleada por

18 Eugenio Bulgin, “El papel de la verdad en el discurso normativo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26 (2003), pp. 79-86.

19 En el orden jurisdiccional civil la reconvencción como disyuntiva a la demanda.

20 Oposición que se produce por imperativo legal

21 Véase José Calvo González, “La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde una perspectiva narrativista del Derecho”, *cit.*, pp. 368 y ss.

el escrito de defensa es, en tal sentido, sólo de una aparente ambigüedad semántica; la discrepancia o divergencia se expresa como ‘disconformidad’: la defensa afirma su disconformidad.²² Con ello el estándar discursivo del escrito de Defensa que *cuenta y da cuenta* de los hechos adopta la brevedad como fórmula expresiva de su contenido narrativo; es un micro-relato, y aún más, un *sudden fiction* o relato súbito: “disconforme”. Sin embargo, observada esta ‘disconformidad’ pragmáticamente, su calado y fuerza procesal son extraordinarios. El *acto de habla* que como un contra-relato dice ‘disconforme’ posee – una vez su dicente ha quedado investido de las facultades procesales necesarias para proferirlo – toda la intensidad de un acto perlocutivo capaz de originar irritación – en el sentido luhmaniano –²³ al sistema; a partir de ahí, el proceso pone en marcha el mecanismo de enjuiciamiento de los hechos.²⁴ Y, además, esa dicción de disconfor-

-
- 22 Para el Procedimiento Abreviado y tanto sea en trámite de preparación del Juicio Oral como en la de Apertura del mismo, en lo prevenido por el art. 800.2, párrafo 1.º de la LECrim. se indica sólo que “en otro caso” a no prestar el acusado ‘conformidad’ “presentará inmediatamente escrito de defensa, o formulará ésta oralmente”, sin precisar forma. La práctica de trámite previsto aporta un estándar discursivo de escrito de defensa en el que figura lo siguiente: PRIMERA.- Disconformidad con la correlativa del Ministerio Fiscal... (en ocasiones, pero no con carácter imperativo pues podría ‘descubrir’ el guión de defensa, redacción de los hechos desde el punto de vista de la defensa) SEGUNDA.- Disconformidad con la correlativa del Ministerio Fiscal. Los hechos relatados no son constitutivos de delito/son constitutivos de (calificación jurídica de la defensa) TERCERA a SEXTA.- Disconformidad con las correlativas del Ministerio Fiscal. Es responsable del delito de ... D..., en concepto de (autor, inductor, cooperador necesario, cómplice -calificación de la defensa-)/Procede en consecuencia la libre absolución de mi representado. O con más detalle: PRIMERA.- Disconforme con la correlativa del Ministerio Fiscal [por cuanto que los hechos relatados no se corresponden con ilícito alguno (enfático) contra (...) y las afirmaciones del Ministerio Fiscal sobre la actuación de mi representado carecen de base probatoria/eventual redacción de los hechos desde el punto de vista de la defensa]. SEGUNDA.- Disconforme con la correlativa del Ministerio Fiscal [por cuanto los hechos no hechos así relatados no constituyen delito alguno/son constitutivos de (calificación jurídica de la defensa)]. TERCERA.- Disconforme con la correlativa del Ministerio Fiscal [por no ser responsable del delito a él imputado, ya que no ha tenido participación alguna (enfático) en los hechos. Sin delito no hay autor]. CUARTA.- Disconforme con la correlativa del Ministerio Fiscal [por no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal/ no obstante, habrá de tenerse en cuenta que en los informes que en este momento se aportan se aprecia que mi representado tiene limitada su capacidad de querer y entender (*por su consumo habitual de drogas tóxicas*), por lo que, en su caso y en su momento, podría ser de aplicación lo establecido en los artículos 20.2 o 21.2 del Código Penal.]. QUINTA.- Disconforme con la correlativa del Ministerio Fiscal [No procede imponer pena alguna y sí acordar la libre absolución del demandado con las consecuencias legales inherentes al pronunciamiento invocado/ con carácter subsidiario y/ o complementario de la anterior, caso de ser desestimada la pretensión principal, se interesa que los hechos sean constitutivos de un delito de [...], por el que se le imponga la pena de [...]]. SEXTA.- Disconforme con la correlativa del Ministerio Fiscal [No puede haber responsabilidad civil derivada del delito cuando éste no se ha cometido].
- 23 El sistema judicial responde a las irritaciones comunicativas del entorno y le conduce a autodeterminarse en su función. Las irritaciones pueden ser positivas o negativas, o sea, no tipificables. En ambos casos debe ‘pronunciarse’ (principio de *non liquet*). “El sistema tiene, entonces, la posibilidad de encontrar en sí mismo la causa de la irritación y aprender de ella, o bien de atribuir la irritación al entorno y así tratarla como casualidad, o bien de buscarle su origen en el entorno para aprovecharla o desecharla”, Cf. Niklas Luhmann, *La sociedad de la sociedad* (1997), trad. de Javier Torres Nafarrete, Herder/Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 87.
- 24 Art. 784.5 LECrm. De contrario, la conformidad en la calificación acusadora ya sea al momento del escrito inicial (art. 787 LECrim.), en uno nuevo o en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral –según lo previsto en el art. 784. 3 LECrim.– dará lugar a un *proceso sin controversia* y, por tanto, al ‘cracked trial’ o, como sería preferible denominarlo, ‘juicio penal truncado’; véase Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano”, en Id., *Ensayos de Derecho Procesal (Civil, Penal y Constitucional)*, Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 411-500, reimpresso como *El allanamiento en el Proceso penal*, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

midad simboliza, asimismo, una respuesta contendiente, de *litis*, al reto fáctico-normativo de la acusación; significa recoger el guante arrojado por el Ministerio de la Ley; o lo que es igual, responder a la provocación ritual del retador planteando en todo su potencial dramático el *desafío*. Y desafiar – *des-afiar* – es aquí no otra cosa que disputar la garantía, fianza, fiabilidad, confianza, *Fe en la Ley*; rechazar, rehusar, luego descreerlo. Es así como también la defensa incluye en el estándar discursivo de su relato, no por motivos de conmiseración pietista o clemente, sino de combate desde *la mejor defensa posible*, un ardid narrativo claramente estratégico: cuando en la narrativa de su escrito yuxtapone una diferente calificación jurídica está ejercitando la retorsión del *topos* de coherencia narrativa en la Legalidad –dada la consignada intertextualidad del relato de la acusación con el prototipo legal proporcionado en la norma – apropiándose, pues, de ese arma del acusador – *Ministerio de la Ley* – para enmendarlo; corrige a la *Ley con la propia Ley*, al objeto de dar mejor ejemplo *retórico* de ‘imparcialidad’, por lo que genera un *conflicto interno de Ley* en el que impugna con argumentos o razones legales discordantes lo que el representante de la Ley, concorde a ésta, hubo afirmado en su relato. Al introducir esa divergencia trata de crear un estado de dis-armonía entre aquél y *la Ley*, como haciendo ver que no estaba ‘de parte de la Ley’ y, por tanto, ‘apartándolo’ de ella, mientras que sería ahora la Defensa, a través de ese movimiento de proximidad y acercamiento hacia ella, quien la ‘participa’ y, en tal caso, la ‘comparte’.

Por lo demás, es igualmente claro que aquí existe convergencia entre consistencia y coherencia narrativa. Y hasta diría que el *ars narrandi* – o, de otro modo expresado, la destreza en la fábrica discursiva del *storytelling* de su disconformidad – con que la defensa rentabilizará en su favor el impacto comunicativo de los hechos afirmados de contrario, reside, precisamente, en saber inducir la segunda de la primera.

4 ESTÁNDARES DE DISCURSIVIDAD EN LA NARRACIÓN DE HECHOS DEL TESTIGO

El panorama narrativo compuesto por el estándar discursivo de la acusación en su relato de hechos (y de derecho) y las incitaciones que a intervención disconforme de la Defensa desencadenan en el sistema judicial la interposición del juez como sujeto procesal *intra* aquellas partes (pública y privada) y, en diferido, una acción constructiva de fijación y

dación de sentido, se hace más complejo con la entrada al Proceso de quienes son terceros con relación a él. La concurrencia de éstos, sea de *motu proprio* o a petición de las partes,²⁵ aportará al juez conocimiento sobre la controversia ya planteada; entre esas figuras se encuentra la del testigo. Su estatus procesal ha de ser ‘extraño’ a la relación jurídica orgánica entre las partes y respecto del juez, así como no ‘acordada’ al interés de la causa que allí se ventila. Su presencia en el Proceso será transitoria, retirándose una vez hayan cumplido con el motivo para el que fue convocado, en lo fundamental relativo al subsidio de elementos probatorios en la controversia fáctica que las partes han entablado con vista a obtener del juez el otorgamiento de ‘triumfo narrativo’ a su versión de lo ocurrido.

La prueba testifical admite de este modo una lectura ‘narrativista’; frente al juez que otorgue triunfo narrativo a una de las ‘apuestas narrativas’ – relatos de hechos donde se cuenta qué ocurrió y, de haber ocurrido, cómo – la prueba testifical se formaliza en calidad de ‘postura’ al lance que con los escritos de acusación o defensa quedó entablado acerca de si todo o algo de lo afirmado en cada uno ellos será o no será lo que finalmente cuente el juez. La propuesta de prueba testifical representa, por tanto, la asunción del riesgo potencial inherente a la persistencia del *dilema narrativo de igual incredulidad*, o de *pareja credibilidad*, sustanciado ante el juez imparcial, y que llegado el tiempo de su práctica cada parte probará frente a la adversa bien a enervar o robustecer, bien a conservar o destruir, con el fin de atraer hacia sí la decisión judicial que otorgará rango de triunfo por vencimiento objetivo (*victus, victori*) de una sobre otra razón narrativa, o en ‘duda razonable’ de triunfo –que también es aquí triunfo de la Razón – *pro reo*, censando en cualquiera de ambos casos, definitivamente, la dualidad narrativa de partida.

De la práctica de las diligencias de prueba testifical resulta elemento probatorio el aportado en la declaración del testigo – conducida a través de preguntas dirigidas a ‘depurar’ los hechos sobre los que atestigüen (art. 708 párrafo 2º LECrim.) – con expresión de la *razón de su dicho* (art. 710 LECrim.).²⁶ La mecánica propia del medio – el interrogatorio – y los enunciados de manifestación – las *razones del dicho* – comportan, no obstante,

25 Art. 656 LECrim.: “El Ministerio Fiscal y las partes manifestarán en sus respectivos escritos de calificación las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia.” Como puede observarse el legislador se produce con vaguedad expresiva al parecer distinguir entre Ministerio Fiscal y partes.

26 O “razón de ciencia de lo que diga” (art. 370.3 LECv.).

efectos sobre la narratividad del discurso (consistencia narrativa) que permanecen ayunos de adecuado análisis. La prueba testifical, procesalmente diseñada con miras a que el narratario (juez) reciba en ella información fáctica (historia o suceso) de un modo discursivo (relato del hecho), no parece sin embargo gobernada por la idea constructiva de curso ordenado, secuencial y sucesivo en la narración de los hechos – esto es, de *discurso narrativo* – sino más bien sometida a un estado narrativo desestructurado, episódico y disgregado. Ello, obviamente, produce quiebras – o, cuanto menos, fragilidades – e interrupciones –segmentaciones más profundas – de metódica, período y adherencia discursiva de lo narrado.

Con tal morfología, ¿se puede seguir considerando la prueba testigos en Plenario como prueba *narrativa*? Me inclino a entender que no, pero con matizaciones que resultan del todo imprescindibles. Mi opinión – madurada también desde la experiencia jurisdiccional – es que el testigo, si bien acude a la práctica de la prueba testifical llamado a prestar declaración que contribuya a depurar (memorísticamente)²⁷ los hechos, raramente encuentra oportunidad – *prima facie* – a que el contenido de esa manifestación discurra en forma narrativa. La *razón de su dicho* sólo en muy escasas oportunidades se reviste de *razón narrativa*. Serían aquellas en que se le formulan preguntas del tipo *recuerdo libre* (MF/D: — *Cuente a este Tribunal qué recuerda de los hechos*) y por ello mismo de respuesta abierta,²⁸ cuyo formato memorioso es de recuperación narrativa.²⁹ En el resto de ocasiones, la inmensa mayoría, al testigo –por la dinámica misma de la prueba en la que interviene como ‘postura’– le cumple la función de producir un efecto de *sobreabundancia* o *mengua* en la credibilidad de las ‘apuestas narrativas’ preexistentes. No se le requiere para relatar, sino para redundar en el relato de la parte que lo propuso. Y ese es el motivo por el cual, esencialmente, se le formulan interrogaciones claras y precisas de respuesta cerrada y escueta.³⁰ Así, su testifical tendrá *efecto* de sobreañadido o de descuento para certificación o des-refrendo, y, por tanto, igualmente de validación o desautorización – homodiegética –³¹ hacia quien hasta entonces

27 En el doble sentido de ofrecer una rememoración y de acudir sólo a su memoria, es decir, “sin valerse de ningún borrador de respuestas”, salvo cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, permitiéndosele su consulta antes de responder (art. Artículo 370.2 LECv).

28 Sobre forma y función de las ‘preguntas abiertas’ en el interrogatorio véase Raquel Taranilla, *La justicia narrante*, cit. pp. 184-188.

29 Véase Antonio L. Manzanero, *Memoria de testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical*, Eds. Pirámide, Madrid, 2010.

30 Sobre forma y función de las ‘preguntas cerradas’ en el interrogatorio, *ibid.*, pp. 188-194.

31 El *dicho* del testigo ha de provenir de una experiencia directa del hecho. Sobre el ‘testimonio de referencia’, si bien admisible

ha contado de los hechos como narrador sólo heterodiegético. De aquí – y no pretendo parecer incrédulo, pero tampoco ingenuo – que los testimonios sean comúnmente tan inequívocos como previsibles. El ‘juramento de verdad’ que al testigo se le toma o bien lo es sobre una verdad ya prometida en el relato de su proponente, pues se hace difícil imaginar la propuesta de un testigo que la comprometa, es decir, que la ponga en peligro, o bien si así fuera, será propuesto de contrario para que su ‘juramento de verdad’ produzca efecto de inveracidad sobre la versión de la contraparte. Este cúmulo de contingencias al que la prueba testifical se encuentra sometida conduce a considerar que la verdad sobre los hechos obtenida en ella es, también en este caso, una *verdad construida*. Con esta toma de posición³² – a la que no pretendo dar aire de manifiesto, aunque comprenda bien su polémico alcance – procuro sólo y exclusivamente llamar la atención sobre la falibilidad de las técnicas probatorias del interrogatorio para con el afán ‘metafísico’ de búsqueda de la verdad.

Fuera de ello, la única lectura posible en términos de estándar discursivo del testimonio para con las narrativas judiciales concierne, como he señalado, a su función de acrecimiento narrativo o de des-narración de otras previas, incluida asimismo la aportada por el propio testigo en fase sumarial (de comprobación del delito y averiguación del delincuente), que entonces sí, ciertamente, se configuró con carácter de recuperación narrativa. Resulta en este sentido del todo pertinente subrayar lo dispuesto al efecto de que el Juez instructor le deje “narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare”.³³ Esta misma narración, además, podrá reentrar a fase de plenario, por vía de lectura y a petición “de cualquiera de las partes” cuando la declaración “no sea conforme en lo sustancial con la prestada en sumario”,³⁴ produciendo excepción de *sobreabundancia* – desde la ratificación que de aquella hubiere dado – y, por tanto, *mengua* de su actual

–excepto en “causas por injuria o calumnia vertidas de palabra” (art. 813 LECrim.)– igualmente “poco recomendable” (STS de 21 de diciembre de 1989) y nunca incondicional, véase por extenso Antonio Pablo Rives Seva, *La prueba de testigos en la jurisprudencia penal*, Edijusa, Madrid, 2003.

32 Remito a mis trabajos “La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* LXXVI, 1 (1999), pp. 27-54 y Ponencia: “Decidir la verdad de los hechos. Narrativismo y verdad judicial constitucionalizada”, en *Actas del Primer Congreso Iberoamericano de Filosofía Jurídica y Social- XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, ‘La decisión y el rol de los tribunales en el Estado democrático de Derecho’, Buenos Aires, 15-17 de octubre de 2014 (en prensa).

33 “El Juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.” (art. 436 párrafo 2 LECrim.). Le permitirá igualmente “consultar algún apunte que contenga datos difíciles de recordar.” (art. 437 párrafo 2º LECrim.).

34 Art. 714 LECrim.

y/o pasada credibilidad, de lo que a su vez le podrán parar a ese testigo, con solicitud de que sea librado testimonio por falso testimonio, las consecuencias que en la infidelidad de cuanto hubiere manifestado durante el juicio oral se califican de perjurio.³⁵

El contexto de la prueba testifical es, por tanto, el de un *κόσμος narrativo*. Aquí, sin embargo, me interesa incidir, en específico, sobre la modalidad de testifical en la fase de diligencias sumariales, última a la que he hecho referencia. Su carácter de narración ‘libre’ en el sentido de inmediata, no obvia *per se* la posibilidad de plantear algunos problemas en torno a la organización consistente y coherente de su discurso que además, según entiendo, creo que comportan especial complejidad.

Para comenzar, conviene que se la sitúe como la narrativa oral que efectivamente es. De aquí se trae, por ejemplo, la necesidad de tomar conciencia de que su expresión oral no siempre ha tenido equivalente modo de asiento y archivo de constancia, como sí sucede hoy tras la introducción en las actuaciones procesales de técnicas videográficas de reproducción, empleadas también en la práctica de algunas diligencias de investigación sumarial relacionadas con la comprobación de los hechos. Hasta hace bien poco lo que permanecía de aquella narrativa oral era sólo el residuo e insuficiencia de su elaboración en el texto escrito –medio documental– que el escribano producía en el acta de la diligencia o del juicio. Pero aún al margen de la cuestión sobre la *ficción de la fe* en la escritura del actuario – incluso si empleaba estenotipia – que estas innovaciones tecnológicas (para conservación de imagen –incluyendo comunicación no verbal –³⁶ y sonido) puedan haber zanjado, subsistirá ahora – y aún con mayor intensidad – el particular de su oralidad. Así, por tanto, tratándose de una narrativa oral se debe tener muy presente que la estructura discursiva en la que fijar su estándar concierta características de consistencia donde la historia – esto es, el material informativo fáctico de que se compone la narración – no se modela y concreta en un relato de lógica siempre cau-so-temporalmente estructurada, lineal y en desplazamiento sin solución de continuidad. Toda narrativa oral es movediza, gira sobre sí misma, im-

35 Arts. 715 LECrim. y 458.I CP.

36 Se abre aquí, muy sugestiva y pendiente de abordaje, una dimensión a la *semionarrativa* del gesto en la prueba testifical de enorme interés en orden a su valoración. He dedicado algunas páginas a explorar *qué cuenta la semiótica del gesto* de los jueces en “Justicia y Semionarrativa: Imagen, Gesto y Relato. Preliminar a una historia que no abre capítulo”, nota a la 2. ed. de *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Editorial Ágora, Málaga, 2002, p. 13-45.

planta digresiones varias, recalca determinadas partes, comprime o resume otras, retorna a una etapa anterior, regresa al punto de avance y torna de nuevo a alejarse, etc... Ello condiciona, y a veces limita seriamente, el grado de coherencia de lo contado en la narración. La variación del orden discursivo (*ordo artificialis* frente a la convencionidad del *ordo naturalis*), la retroalimentación (*feed-back*) y otros comportamientos narrativos alteran las proyecciones de sentido. Las expectativas ligadas a la promesa de sentido pueden verse así afectadas por la consistencia. Pero es más; incluso si la evocación del acontecimiento (hecho pasado) que el relato trae a presente, y de ese modo propicia hacia futuro en encadenadas predicciones de sentido, se articulara satisfaciendo la totalidad de requisitos constructivos de consistencia discursiva, tampoco entonces lograríamos que desaparecería por completo la tensión problemática que relaciona la consistencia narrativa con la coherencia narrativa. La coherencia de un relato es una proyección del discurso donde los saltos y los lazos narrativos se impulsan y anudan por contigüidad, pero sin que sea posible colmar plenamente todos los espacios intersticiales que se producen en la discursividad – en la marcha discursiva – del relato mediante la sola apelación a su recorrido narrativo. El agarre discursivo de la historia a su relato durante la narración – esto es, durante el acto de contar – nunca es total y perfecto.

Lo que con ello intento sugerir es que el ‘proyecto de sentido’ al narrar (acto de contar) la historia (facticidad) *confabula* (interacciona) narrativamente desde el exterior del recorrido de su discurso; o lo que es igual, que el discurso podría contar sin sentido, pese a discurrir en forma convencionalmente consistente, y que si el *efecto sentido* sin duda tiene lugar en su relato, es decir durante el recorrido en el que la concomitancia y compatibilidad lógicas trasladan narrativamente de un acontecimiento con otro, éste ‘trans-curre’ a pesar de las imponderables discontinuidades discursivas merced, en realidad, a intermediaciones (intervenciones, entremetimientos, interposiciones) que proceden *del afuera* discursivo del relato. La receta genettiana es: “Le discours peut « raconter » sans cesser d’être discours, le récit ne peut « discourir » sans sortir de lui-même.”³⁷

37 Gérard Genette, “Les frontières du récit”, *Communications* 8, 8 (1966), pp. 152-163, cit. p. 162. “El discurso puede « contar » sin dejar de ser discurso, el relato no puede « discurrir » sin salir de sí mismo”. Gérard Genette, “Las fronteras del relato”, en VV. AA., *Análisis estructural del relato*, Silvia Niccolini (comp.), trad. de Beatriz Dorriots, Tiempo Contemporáneo. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1970, pp. 193-208, cit. a p. 206.

Para asimilar correctamente este fragmento es necesario no olvidar el modo particular en que Genette emplea las categorías

La clave será, a partir de aquí, averiguar de qué se integran esas mediaciones exógenas al relato y cómo se gestiona con ellas la sutura (*continuum*) de los espaciados discursivos (pérdida de consecutividad presente en todo discurso) entre los acontecimientos que forman parte de la historia, y que así el avance de la narración – esto es, del acto de narrar el relato– mantenga proactiva la promesa de sentido en contar – armar narrativamente – la ocurrencia histórica de lo acontecido. Es claro que la clase de elementos adhesivos a que me refiero son invisibles al discurso, o sea, no dejan marcas o huellas sobre su superficie. La principal razón reside en que no es el discurso proferido quien los recibe, sino el relato, y es su narratario quien desde el exterior a éste instala en él una *elástica creativa* de expansión y/o contracción sobre la facticidad de la historia. Esa recreación de la historia, que permite al discurso seguir contando, obedece a que su relato no resuena en el vacío mientras se narra. La historia, organizada en un discurso cuyo relato es la narración que cuenta y da cuenta de la acción de los hechos y los hechos en acción, es identificada por el narratario desde un punto de vista externo al relato y que así le permite *enganchar* (*Post hoc, ergo propter hoc*) las etapas ociosas del discurso que, de lo contrario, generarían lapsos inactivos en la coherencia narrativa del relato. Para entonces, ya las fronteras de la consistencia y la coherencia narrativas se superponen, hibridadas de un modo constante una a la otra, porque una como otra se precisan. Decir discurso consistente y relato coherente es afirmar que la consistencia y la coherencia narrativas son sincrónicas, son en la narración al propio tiempo, pero también que esto sucede porque los constructos narrativos socialmente institucionalizados y culturalmente disponibles (imaginarios) junto a las reconstrucciones de memoria jurídica que aporta el narratario negocian su simultaneidad para, supliendo los déficit de rectilinealidad (grietas) y disposición progresiva segmentada (hendiduras) que se presentan en el discurso, estimular la traslativa de promesa de sentido en el discurso de su relato que, de lo contrario, éste estaría siendo perezoso en entregar.

narratológicas *historia*, *discurso* y *relato*. Genette llama *historia* (*histoire*) a la “sucesión de acontecimientos, reales o ficticios, que son objeto del discurso” y que en su terminología también corresponde, *sensu stricto*, al relato; *relato* (*récit*) al “enunciado narrativo, el discurso oral o escrito que entraña la relación de un acontecimiento o de una serie de acontecimientos” –lo que en la terminología que nuestro trabajo emplea se corresponde con discurso– y *narración* (*narration*) al “el acontecimiento consistente en que alguien cuente algo: el hecho de narrar tomado en sí mismo”. Véase al respecto en Gérard Genette, *Nuevo discurso del relato*, trad. de M. Rodríguez Tapia, Cátedra, Madrid, 1998.

Comprendo bien la peripecia que aquí asume mi exposición al incursionar el territorio de la psico y sociolingüística, en gran parte atravesado por los caminos del procesamiento cognitivo – neurofuncional – que llevan no sólo a recorrer en el área de la práctica jurisdiccional determinadas zonas cuya extensión apenas ha comenzado a ser topografiada – así, por ejemplo, la *fides* y el *simulacrum* en las declaraciones testificales – o a trazar el mapa de la memoria del testigo,³⁸ sino que llegando a una encrucijada llevan hasta donde convergen con la imaginación narrativa de los jueces³⁹ y el funcionamiento narrativo de su memoria en el proceso. Lo señalo porque estoy en el convencimiento de que las interacciones realizadas por el juez como narratorio del discurso narrativo del testigo para con la pretensión de sentido de su relato tienen a esos dos factores – representaciones del imaginario cultural narrativo y memoria – por los verdaderos dispositivos subsanadores del *inauditum* discursivo (exceso de *ruido* o *resonancia* por demasía de indexicalidad) y la *praedictionem* del relato.

5 HISTORIA, RELATO, NARRACIÓN Y MEMORIA

El imaginario cultural narrativo – depósito de cultura narrativa común – es un punto de vista externo al relato⁴⁰ – en la teoría de los sistemas de Luhmann el influjo de la contingencia ‘ambiente’⁴¹ que cabe asimilar a categorías de programa narrativo (*programme narratif*) o esqueleto narrativo (*story skeleton*), estudiadas por la teoría general del discurso y la semiótica de la narratividad, cuya virtud consiste en anticipar futuras realizaciones de sentido,⁴² o lo que es igual, precomprensiones o sobreentendidos de

38 Es pertinente recuperar aquí un pasaje de *Ulrica* de Borges. “Mi relato será fiel a la realidad o, en todo caso, a mi recuerdo personal de la realidad, lo cual es lo mismo.” Jorge Luis Borges, “Ulrica”, en Id., *El libro de arena*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1975, p. 25.

39 El narrador, una vez sale del silencio, provoca el imaginario narrativo del oyente, porque “puede que la esencia de la narrativa no esté en comunicar lo que pasa por la cabeza de uno sino lo que pasa por la cabeza de los demás. La responsabilidad del autor es crear el punto de vista de otra persona”. Véase Kevin Power, “Mons narrativos i acumulació de significats/Mundos narrativos y acumulación de significados”, en *El poder de narrar*. Espai d’Art contemporari de Castelló, Generalitat Valenciana, Castelló, 2000, pp. 20-159, en esp. p. 31.

40 A las ideas de ‘correlato’ y ‘memoria compartida’ remití, allá por 1993 (1998’); en *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, cit., pp. 46-48.

41 “Los sistemas de interacción no se forman fuera de la sociedad para luego venir a entrar a la sociedad como formaciones concluidas. Puesto que utilizan comunicación, son siempre consumación de la sociedad dentro de la sociedad. Sin embargo, tienen una forma propia de operar que no se realizaría sin interacción. Al mismo tiempo, cuentan con sensibilidades especiales para tomar en consideración lo que se les presenta como entorno dentro de la sociedad. Están, pues, constitutivamente concertados para una *autopoiesis* en la sociedad”. Cf. Niklas Luhmann, *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 645.

42 Algirdas Julien Greimas, *Sémantique structurale: recherche de méthode*, Larousse Paris, 1966 (*Semántica estructural: investigación metodológica*, trad. de Alfredo De la Fuente, Gredos, Madrid, 1971), *Du sens. Essais sémiotiques*, Éditions du Seuil, Paris, 1970

sentido. De ellas ha aprovechado la Teoría del Derecho en los llamados “anclajes narrativos” (*anchored narratives*) que promueven la aceptabilidad y confiabilidad de la decisión de acuerdo al grado de incumbencia específica de las historias al contexto cultural de generalizaciones del ‘sentido común’, así como de mayor plausibilidad en tanto que conexas a “esquemas de narrativos” (*story schemes*).⁴³ También se han obtenido utilidades a partir del concepto ‘contexto’, ‘enquadre’ o ‘marco de interpretación’ cultural (*frame*)⁴⁴ como estereotipo necesario para la comprensión receptiva de mensajes, aunque con mucha menor eco en la literatura crítica.⁴⁵

En cuanto al funcionamiento narrativo de la memoria del juez en el proceso es – a excepción de un excelente y precursor trabajo –⁴⁶ nada todavía lo elaborado. Aquí, por mi parte, me limitaré a aventurar algunas ideas tentativas

(*En torno al sentido. Ensayos semióticos*, trad. de Salvador García Bardón y Federico Prades Sierra, Fragua, Madrid, 1973), *Sémiotique et sciences sociales*, Éditions du Seuil, Paris, 1979 (Semiótica y ciencias sociales, trad. De José Adolfo Arias Muñoz, Fragua, Madrid, 1980), *Du sens II. Essais sémiotiques*, Éditions du Seuil, Paris, 1983 (*Del sentido II. Ensayos semióticos*, trad. de Esther Diamante, Gredos, Madrid, 1989); Algirdas Julien Greimas et Joseph Courtés, *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, Librairie Hachette, Paris, 1979 (*Semiótica. Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*, rad. de Enrique Palló y Hermis Campodónico Carrión, Gredos, Madrid, 1982), Roland Barthes, “Introduction à l’analyse structurale des récits”, *Communications* 8 (1966), pp. 1-27 [asimismo en Roland Barthes et al., *Poétique du récit*, Éditions du Seuil, Paris, 1977, pp. 7-57 y VV. AA., *Análisis estructural del relato*, cit., pp. 9-43], y Roger Schank, *Tell me a story. Narrative and intelligence*, Northwestern UP, Evanston, 1995.

- 43 Willem A. Wagenaar- Peter J. van Koppen- Hans F.M. Crombag, *Anchored narratives. The psychology of criminal evidence*, St. Martin’s Press, New York, 1993. De interés asimismo la recensión de Monica den Boer, “Anchored Narratives” (Review of W.A. Wagenaar, P.J. van Koppen and H.F.M. Crombag, *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*), *International Journal for the Semiotic of Law* VIII, 24, 1995, pp. 327-334, el comentario de William Twining, “Anchored Narratives. A Comment”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (1995), pp. 106-114, y Bernard S. Jackson, “Anchored narratives’ and the interface of law, psychology and semiotics”, *Legal and Criminological Psychology* 1 (1996), pp. 17-45. Véase también, como desarrollos más recientes a través del concepto de ‘story schemes’, los trabajos de Floris Bex- Henry Prakeken Bart Verheij, “Anchored narratives in reasoning about evidence”, en *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference. [Frontiers in Artificial Intelligence and Applications]*, Tom M. van Engers (ed.), IOS Press, Amsterdam, 2006, pp. 11-20, Floris Bex, “Analyzing stories using schemes” y Bart Verheij- Floris Bex, “Accepting the Truth of a Story About the Facts of a Criminal Case”, ambos en *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Hendrik Kaptein, Henry Prakken- Bart Verheij (eds.), Ashgate, Farnham, 2009, respect. pp. 93-116 y p. 161-193.
- 44 Gregory Bateson, *Steps to an Ecology of Mind. Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution and Epistemology*, Chandler Pub. Co., San Francisco, 1972 y *A sacred unity: futher steps to an ecology of mind*, Rodney E. Donaldson (ed.), Cornelia & Michael Bessie Book, New York, 1991 (*Una unidad sagrada. Pasos ulteriores hacia una ecología de la mente*, pról. de Marcelo Pakman, trad. de Alcira Bixio, Gedisa, Barcelona, 1993). Véase también Antonio Rivas, “El análisis de marcos: una metodología para el estudio de las ciencias sociales”, en *Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural*, Pedro Ibarra y Benjamin Tejerina (eds.), Trotta, Madrid, 1998, pp. 181-215.
- 45 Con referencia a su utilidad en la práctica forense y en la educación jurídica véase Laura E. Little, “Frame: Characterization and Legal Discourse”, *Journal of Legal Education* 46, 3 (September 1996), pp. 372-406. El concepto de ‘enquadre’ si ha tenido, sin embargo, aplicación ulterior en el campo de la pragmática del discurso jurídico. Véase, entre otros, Robert W. Van Kralingen, *Frame-based conceptual models of statute law*, Kluwer Law International, Boston, 1995, y Emile de Maat and Radboud Winkels, “Formal models of sentences in dutch law”, en *Proceedings of the Workshop Applying Human Language Technology to the Law (AHLT)*, Pittsburgh, Pennsylvania, 2011, pp. 28-40.
- 46 Raffaele De Giorgi, “A Memoria do Direito”, *Revista Latino-Americana de estudos constitucionais* 2 (julho/desembro de 2003), pp. 59-77 [luego incluido en *Direito, Tempo e Memória*, trad. de Guilherme Leite Gonçalves e rev. técnica Celso Fernandes Campilongo e Carolina Cadavid, Quartier Latin, São Paulo, 2006. Asimismo en versiones alemana como “Das Gedächtnis des Rechts”, en *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Rainer Maria Kiesow, Regina Ogorek, Spiros Simitis (Hrsg.), Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, pp. 99-116, e italiana como “Memoria del Diritto” en Raffaele De Giorgi, *Temí di filosofia del diritto*, Pensa MultiMedia, Lecce, 2006, pp. 149-166].

y aún embrionarias, como provocación a un estudio con segura virtualidad epistémica respecto a operaciones intelectuales que repercuten en la genética de la apreciación judicial de los hechos, introducen a la valoración de éstos y desembocan en la expresión justificativa de su rendimiento probatorio.

El juez juzgador dispone de un abundante acervo narrativo que acumula memoria procesal de los hechos. Se ha ido formando por el juez instructor a lo largo de las diligencias previas o preliminares de averiguación sumarial de los hechos con el relato contenido en el atestado de la autoridad gubernativa o Policía judicial, por lo sustanciado acerca de ellos en la denuncia o querrela, así como por todo el material fáctico ingresado desde las declaraciones prestadas – ya sea a requerimiento imperativo de aquel juez instructor o voluntariamente – por imputados o investigados. Seguidamente, una vez abierta la fase de enjuiciamiento ese acopio no desaparece, aunque se tamiza en el relato de hechos del auto de procesamiento dictado por el juez instructor y en los escritos acusatorios (Ministerio Público y Acusación particular) y de defensa. Ese acopio narrativo que recibe el juez del Plenario se convierte en una *memoria Central* o *memoria de Masa, no volátil y no reescribible*. Si utilizáramos un símil informático podría decirse que esa memoria ocupará la mayor parte del espacio del dispositivo hardware del *chip de memoria operativa del sistema*. El resto, en mucha menor medida, correspondería a los ‘programas’ normativos generales (derecho objetivo) y a los diferenciales (derecho adjetivo) creados para desenvolver tareas específicas. Ciertamente, el PC no podrá ‘arrancar’ si no dispone de aquella *memoria Central* o *Masa* en acervo narrativo sobre los hechos, y su funcionamiento será más o menos veloz en el tratamiento del mismo dependiendo del tipo de secuencias de instrucciones de los programas normativos instalados (especialidades de procedimiento),⁴⁷ y si para su ejecución se requiere de ‘intérprete’ (lectura) o si se encuentran ya instalados en el hardware para ser ejecutados automáticamente. El diverso despliegue que corresponda al procesamiento jurisdiccional de los hechos almacenados y su movilización operativa conforme a los ‘programas’ normativos produce, a su vez, *memoria RAM* (Random Access Memory), que es *aleatoria, no permanente y reescribible*, porque se mantiene abierta mientras el material narrativo está siendo procesado, desapareciendo cuando se in-

47 Pensemos en el Procedimiento de Juicio rápido penal del art. 795 LECrim.

terrumpe la operativa de su actividad procesal. Los efectos de la *memoria RAM* adquieren una especial relevancia durante la práctica de la prueba en el juicio oral y, de modo particular de la testifical, donde esencialmente rige el principio de unidad del acto de la vista y la garantía de intermediación y de concentración de la prueba. Así, con carácter excepcional, y en exclusiva referencia al Procedimiento abreviado, sólo resulta admisible la interrupción que paralizaba la actividad procesal no más de 30 días, durante los cuales los actos procesales realizados ‘conservarán su validez’, y sin superar ese plazo, so pena de nulidad.⁴⁸

No obstante, las cuestiones incumbidas en la temporalidad de la *memoria RAM* y relativas al proceso de conformación de los hechos y de valoración de la prueba que les concerniera, especialmente tratándose de pruebas de carácter personal como la testifical, requieren hoy una “modulación” de acuerdo al progreso de las técnicas de grabación y reproducción de los soportes audiovisuales, que hacen posible “compensar el posible déficit de concentración en la práctica de la prueba por exceso del plazo del art. 788.1 [LECrím.] con el visionado de la grabación del acta del juicio oral”.⁴⁹ O sea, es posible mantener en *stand by* la *memoria RAM* y ‘refrescar’ los hechos en proceso sin necesidad de reiniciar el sistema con la secuela pérdida (invalidación) de todo lo actuado.

En cualquier caso, el hábito operativo que un juez va adquiriendo en el manejo de las narrativas sobre hechos tanto a través de la *memoria Central* o *memoria de Masa* como de la *memoria RAM*, repetido cientos de veces en su labor jurisdiccional, no tiene como punto de entrada y destino sola y exclusivamente cada proceso en que interviene. Del quehacer profesional con esas memorias procesales de los hechos, así como al circuitar con la narrativa jurisprudencial (antología de la narrativa judicial) y su potencial de reciclaje, los jueces forman asimismo una memoria individual y orgánica de *Álbum* sobre la *quaestio facti*. Esta modalidad de *memoria Álbum* es, como las

48 Art. 788.1 LECrím.: “la práctica de la prueba se realizará concentradamente en las sesiones consecutivas que sean necesarias. Excepcionalmente, podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días, en los supuestos del art. 746, conservando su validez los actos realizados [...]”

49 Cf. STS 97/2010, de 10 de febrero, donde se rechaza la nulidad de toda la prueba por superación del plazo del art. 788.1 LECrím. Señala, asimismo, que conforme al principio de unidad del ordenamiento jurídico “no dejaría de ser un contrasentido jurídico que en el procedimiento abreviado la superación del plazo de 30 días para la suspensión o aplazamiento de la sesión del juicio oral, art. 788.1, implique la nulidad de la prueba practicada y en el procedimiento por sumario –aplicable al enjuiciamiento de los delitos más graves, con penas privativas de libertad superiores a 9 años– se permite la suspensión sin fijación de plazo máximo y por tanto, con validez de lo actuado (arts. 744, 746 y 748 LECrím.)”.

anteriores, intrasistemática, interna al sistema, porque almacena estándares de discursividad sobre experiencias fácticas, pero es asimismo una memoria plana y estática. Este nuevo nivel de memoria le permite resucitar experiencias estancas de facticidad, útiles para recordar – se trata, en realidad, una mnemotecnia, una técnica para recordar – la parte del estándar de consistencia discursiva en la que se relata acerca de la *acción de los hechos*.

Sin embargo, las averías del estándar de consistencia discursiva en la prueba de testigos conciernen a los tramos de relato sobre *los hechos en acción*. Precisamente por ello no cabe repararlas desde dentro de la narración, que todavía ésta por contar y que no se cuenta coherentemente sino cuando el relato *da cuenta* de la *acción de los hechos* y también de *los hechos en acción*. Las fragilidades discursivas que afectan a – es decir, tienen su efecto sobre – ese recorrido ulterior a la *acción de los hechos* únicamente creo que pueden consolidarse a través de una ‘memoria’ donde del juez opere un ‘bucle’. Con esta palabra trato de expresar no sólo insistencia en la *memoria Álbum*, sino un proceso iterativo que se repite con datos nuevos; es decir, la circularidad de un *loop*. Al operar con *memoria Bucle* el juez produce desde la última información histórica del suceso recibida un avance que retoma – repite, hace recursivo – el discurso en fase de primer punto del recorrido. Es así como la *memoria Bucle* opera cíclicamente el efecto de discurso narrativo desde fuera del relato que lo narra, porque al acotar de qué debe guardar memoria y sobre qué olvidar lo ‘reanuda’, lo que expresivamente significa tanto reactualizarlo como suturar las costuras de las heridas abiertas del discurso que cuenta acerca de la ocurrencia histórica de un suceso. Por tanto, mientras en cada *loop* de relato recupera la sucesión de sentido, fortalece asimismo la consistencia del discurso que cuenta.

Otra vez se cumple, pues, la superposición de divisorias – que eran meramente didácticas – entre la consistencia y la coherencia narrativas, trenzadas ahora en una sola hilatura, el hilo del relato, que avanza en la promesa de sentido y progresiva anticipación de aceptabilidad o, en su retroceso, genera rechazo, y todo ello conforme desovilla la historia que se narra.

En lo demás y para finalizar, el conjunto de lo expuesto aquí pretendió ofrecer, siempre dentro de la tradición crítica del derecho, una modesta reflexión sobre problemas de teoría y experiencia de Derecho procesal, ante los que la contribución jurídico-narrativista no renuncia a postularse con aptitud análisis teórico del Derecho.

REFERÊNCIAS

- BULYGIN, Eugenio. El papel de la verdad en el discurso normativo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26, 2003, p. 79-86.
- DEL VALLE, Carlos et al. Sentencia penal y actos de discurso. In: *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, José Calvo González (dir.), Edit. Comares, Granada, 2008, p. 431-450.
- DWORKIN, Ronald. No Right Answer?, en *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, P. M.S. [Peter Michael Stephan] Hacker and Joseph Raz (eds.), Oxford UP, Oxford, 1977.
- KAFKA, Franz. *Cuentos completos*. Madrid, 2000.
- KRAWIETZ, Werner et al. Asimismo en *Theory of legal science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Clarendon Press, Oxford, 1997.
- MAZANERO, Véase Antonio L. *Memoria de testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical*. Pirámide, Madrid, 2010.
- NOFSONGER, Robert. Tactical coherence in courtroom conversation. In.: *Conversational coherence: form, structure and strategy*, Robert Craig and Karen Tracy (eds.), Sage, Beverly Hills, 1983, p. 243-258.
- PECZENIC, Aleksander. Notes on narrativity and the narrative syllogism. *International Journal for the Semiotics of Law* [en adelante *IJSL*] 11, 1991, p. 163-174.
- SERRA, Jenny Cubells; IÑIGUEZ-RUEDA, Lupicinio. La construcción de hechos en el discurso jurídico: Análisis del caso de los 'robos en cajeros automáticos en la ciudad de Barcelona, *Revista Española de Investigación Criminológica* 4, 6 (2008), p. 1-24.
- SERRA, Véase Jenny Cubells. Navegando entre narraciones: voces que construyen y socavan la credibilidad en el ámbito jurídico. *Athenea Digital*, 8 (2005), p. 109-128.
- TARANILLA, Raquel. *La justicia narrante*, cit., p. 91-132 y "El escrito de acusación penal: convenciones genéricas en la configuración del relato de los hechos", *I VARDANDE Revista Electrónica de Semiótica y Fenomenología Jurídicas* 2, 2 (marzo 2013 – feb. 2014), p. 64-94.
- TWINING, William. *Rethinking evidence. Exploratory Essays*, Northwestern UP, Evanston, 1994, p. 254. [2. ed. Cambridge UP, Cambridge, 2006].

CARL SCHMITT, TEÓRICO DO “ESTADO TOTAL” E A CATÁSTROFE DO MUNDO CONTEMPORÂNEO

.....
João Ricardo Moderno¹
.....

“A religião judaica é toda divina, na sua autoridade, na sua duração, na sua perpetuidade, na sua moral, na sua doutrina, nos seus efeitos.” Pascal, *Pensées*, 569 (602).

I CARL SCHMITT, O KRONJURIST DO NACIONAL-SOCIALISMO E O ANTISSEMITA NO PÓS-GUERRA

Em meio as tentações e manifestações brasileiras, latino-americanas e europeias, no Ocidente, além das regiões dominadas pelo totalitarismo islâmico, no Oriente médio e extremo, o pensamento liberal nos planos teórico e prático precisam formular a sua crítica ao Estado Total sob o manto do Estado Forte. Todo Estado Forte é insustentável quanto à estabilidade econômica, política, cultural, científica, tecnológica, jurídica e social. Tanto mais forte quanto mais frágil no sentido dialético, isto é, quanto mais de Direito Democrático, mais forte. Inversamente à lógica do Estado Total, o Estado de Direito Democrático é o mais forte. Carl Schmitt, pela defesa da igualdade, e como inimigo da liberdade, é reivindicado pelas esquerdas e pelas direitas autoritárias extremistas e moderadas. Comunistas e Nacional-Socialistas se declaram herdeiros de Carl Schmitt e o Estado Total. O pensamento schmittiano pode ser aplicado por todos os amantes do discurso e prática autoritários. A altíssima erudição de Schmitt é sedutora, e

1 Presidente da Academia Brasileira de Filosofia. Docteur d'État (Doutor de Estado) em Filosofia – Letras e Ciências Humanas pela Université de Paris – Panthéon – Sorbonne. Foi orientando de Olivier Revault d'Allones, e aluno de Jean-François Lyotard, Jacques Rancière e François Châtelet em Paris. Professor Associado do Departamento de Filosofia da UERJ. Artista plástico e membro da Associação Brasileira de Críticos de Arte - ABCA/AICA - Paris. Doutor Honoris Causa pela Universidade Soka, Tóquio, Japão. Cavaleiro da Ordem das Palmas Acadêmicas da República da França.

funciona como um canto da sereia aos ouvidos sensíveis a ela. Certamente, os maiores juristas eruditos brasileiros sabem, e fazem, a distinção entre os assuntos exclusivamente de interesse da ciência jurídica e do direito positivo, e os assuntos que conduzem ao pensamento totalitário. O Partido Nacional-Socialista Brasileiro na clandestinidade começa o seu jornal na internet justamente pela intransigente defesa de Carl Schmitt. Com efeito, a liberdade é a mais radical forma de igualdade universal. Assim, defender o liberalismo, e este dos excessos contra o Estado, é o melhor antídoto ao veneno ideológico do Estado Total, causador da maior catástrofe da história da humanidade.

Sempre afirmei que não se pode ser católico e nazista, pois nesse caso abandona-se a doutrina cristã para se adotar a doutrina antissemita e racista, ou como o próprio Carl Schmitt se autodenomina, convertendo-se em um “católico de raça” (*Rassenkatholisch*), ao estilo Nacional-Socialista. Um afastamento completo do mandamento do amor. “E o amor respira certo,/o crime não. E o remorso/ é o termo que vai/admitindo a eternidade”, diz o poeta Carlos Nejar.² Onde, na Bíblia ou na Tradição, vê-se Cristo e sua Igreja estabelecendo o ódio entre as criaturas humanas? Como se houvesse uma hierarquia das almas, a raça originada da alma, e Deus como o criador da distinção Nacional-Socialista da hierarquia das raças. O Papa Francisco afirmou a mesma coisa recentemente, que não existe católico nazista, a excomunhão é automática, confirmando a linhagem do século XX contra o antissemitismo de Estado desde Pio XI, passando por Pio XII, João XXIII, Paulo VI, João Paulo I, João Paulo II e Bento XVI. Este, em discurso no Parlamento alemão em 2011, declarou que,

A cultura da Europa nasceu do encontro entre Jerusalém, Atenas e Roma, do encontro entre a fé no Deus de Israel, a razão filosófica dos Gregos e o pensamento jurídico de Roma. Este tríptico encontro forma a identidade íntima da Europa. Na consciência da responsabilidade do homem diante de Deus e no reconhecimento da dignidade inviolável do homem, de cada homem, este encontro fixou critérios do direito, cuja defesa é nossa tarefa neste momento histórico.

Assim, Carl Schmitt é um excomungado no plano religioso, e um criminoso de guerra no plano jurídico ou político, pouco importa, pois a condição de criminoso não se altera. É idolatrado pela extrema esquerda e

2 NEJAR, Carlos. *Odyseus, o Velho*. Porto Alegre: Companhia Editorial, 2010, p. 52.

pela extrema direita, que vai desde o italiano Antonio Negri, condenado à prisão perpétua na França por terrorismo - mas liberado com aproximadamente 15 anos de pena cumprida – ao italiano Giorgio Agamben, marxista heideggeriano, Alain Badiou, Slavoj Žižek, entre outros extremistas. Na esquina do totalitarismo, todos os extremismos se encontram e convergem rumo à dominação total do Estado sobre o indivíduo. Atende aos interesses extremistas, já anunciado por Carl Schmitt em seu livro *Teologia Política*, infeliz e carinhosamente prefaciado por Eros Grau em 2006, em um chamado direito científico que vai do decisionismo de 1922 ao reincidente absoluto da dupla conceitual amigo-inimigo já em 1970, na reedição de *Teologia Política*, agora dedicada ao famoso amigo nazista Hans Barion, também seu colega de condenação em Nuremberg. Nele lê-se:

O conceito de Estado pressupõe o conceito do âmbito político. O livro então surgido na sequência deste tornou-se, em razão disso, uma doutrina constitucional (1928) e não uma teoria do Estado. Com outras palavras: Hoje não se pode mais definir o âmbito político a partir do Estado, e sim, o que hoje ainda pode se chamar de Estado deve, ao contrário ser determinado e entredido a partir do âmbito político. [...] O único critério ainda cientificamente defensável é, atualmente, o grau de intensidade de uma associação ou de uma dissociação, ou seja: a distinção entre amigo e inimigo.³

Inimigo é todo judeu no mundo, e inimiga toda “raça inferior”, e todo estrangeiro que, por definição schmittiana, é necessária e ontologicamente inferior. A mesma fórmula antes, durante e depois do IIIº Reich.

Segundo Trierweiler,

A interpretação cristológica schmittiana é simples. O que concerne a revelação não deve ser objeto de uma discussão interminável com os ateus. Não se trata de argumentar, mas de crer. É questão ‘de verdade, não de irrefutabilidade’. É isso, a teologia política. A política é o destino, e o inimigo, é só simplesmente o outro, o estrangeiro. Schmitt crê aqui reconhecer o instrumento da Providência. Negar o político seria negar o Gênesis (III,15), pois Deus disse: <Eu colocarei uma hostilidade entre você e tua mulher, entre a tua linhagem e a dela>. Em presença do inimigo providencial, todas as outras distinções desaparecem. O inimigo nos nega pela virtude de seu próprio ser. É quando a intensidade do conflito chega ao seu cúmulo.⁴

3 SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 76.

4 TRIERWEILER, Denis. *Georges Sorel et Carl Schmitt: D'une théorie politique du mythe à l'autre*, in *Carl Schmitt ou le mythe du politique*. Coordenação de Yves Charles Zarka, Paris: PUF, p. 42.

Jean-Pierre Faye, em seu exemplar capítulo “*Carl Schmitt, Göring et l’<État Total>*”, do livro *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, que deu origem ao impressionante livro de final de 2013, “*L’État total selon Carl Schmitt. Ou comment la narration engendre des monstres*”⁵, relata como Carl Schmitt, que foi o patrono político de Göring ao conseguir levar Hitler ao poder em 1933 a partir da conferência de 23 de novembro de 1932 sobre o Estado Total aos 35 grandes da indústria e finanças da Alemanha, acaba obtendo o apoio de Franz von Papen junto ao Presidente Paul von Hindenburg para que este o nomeie Chanceler. Schmitt fora advogado do ex-Chanceler von Papen diante da Corte Constitucional alemã. E Papen, a partir de 30 de janeiro de 1933, “poderá transmitir a Göring esse poder crucial que ele deve a Schmitt. Göring vai imediatamente inventar a Ge.Sta.Po, polícia secreta de Estado. Carl Schmitt, então, não é mais o homem de Papen, mas o homem de Göring”.⁶ Para Jean-Pierre Faye, Martin Heidegger, Carl Schmitt e Ernst Jünger formam a sofisticadíssima trindade das linguagens assassinas mais influentes da contemporaneidade. De resto, não somente para Jean-Pierre Faye mas para a quase totalidade dos pensadores europeus do campo democrático.

Trierweiler, filósofo francês tradutor de Carl Schmitt, mas sobretudo de Hans Blumenberg, inclusive por filiação de pensamento, afirma que Blumenberg em seu livro “*Escritos estéticos e metaforológicos*”⁷ de “estrutura improvável, é um livro contra uma certa Alemanha. Contra a Alemanha de Heidegger, e de Gadamer, de Hölderlin lido por eles, a Alemanha de Jünger e de Carl Schmitt”.⁸ E, a propósito, Trierweiler ao criticar a tradução, introdução e comentários do livro *Ex Captivitate Salus. Experiências dos anos 1945-1947*,⁹ de Carl Schmitt, denuncia o expurgo dos parágrafos mais diretamente antissemitas, no que ele passou a chamar como “lavagem de Carl Schmitt”, na tentativa manipuladora de salvá-lo como “humanista, um homem completamente dedicado à justiça”, que “entrou no partido nazista em 1933, tendo sido um importante dignatário, que escreveu textos nazistas e antissemitas

5 FAYE, Jean-Pierre. *L’État total selon Carl Schmitt. Ou comment la narration engendre des monstres*. Paris : Éditions Germina, 2013.

6 Idem, *Carl Schmitt, Göring et l’<État Total>*, in *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Coordenação de Yves Charles Zarka, Paris: PUF, p. 162.

7 BLUMENBERG, Hans. *Ästhetische und metaphorologische Schriften*. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.

8 TRIERWEILER, Denis. *Polla ta deina, ou comment dire l’innommable. Une lecture d’Arbeit am Mythos*. Paris, Revue Archeves de Philosophie 67, 2004, p.254.

9 SCHMITT, Carl. *Ex Captivitate Salus*. Paris, Ed. Vrin, 2003.

de uma violência inacreditável {“O Führer protege o direito”, ou “A ciência alemã do direito na sua luta contra o espírito judeu”}, que defendeu a vontade hegemônica do nazismo com a sua teoria dos grandes espaços, etc.”¹⁰ Em verdade, o tradutor e comentarista de *Ex Captivitate Salus* na França, André Doremus, aproveitou os comentários ao livro para citar em francês quase todo o livro *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*,¹¹ ainda inédito na França, mas “esquecendo” de traduzir todos os parágrafos antissemitas de Carl Schmitt. Assim, a tradução francesa de Doremus traz exatamente 47 páginas de Schmitt, mas o livro contém mais 350 páginas somente de comentários que são também a tradução do *Glossarium* sem os textos brutal e escandalosamente antissemitas, totalizando 397 páginas.

Trierweiler esclarece que o *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951* já foi escrito em alemão, ao passo que os *Diários dos Tagebücher vom Oktober 1912 bis Februar 1915*, os *Die Militärzeit 1915 bis 1919. Tagebuch Februar bis Dezember 1915. Aufsätze und Materialien*, e os *Tagebücher 1930 bis 1934* publicados pelas editoras Oldenbourg Akademieverlag e Ernst Hüsmert foram escritos no sistema da quase extinta estenografia secreta *Gabelsberger*:

Eu mencionei em minha introdução ao *Glossarium* na Revista *Cités* 17, que Schmitt tinha o hábito de manter um diário íntimo ao longo de toda a sua longa vida. O problema é que ele redigia em uma estenografia obscura e em via de extinção, que ele ornamentava ainda por cima com abreviações pessoais, e que ninguém, por assim dizer, sabia mais ler. Ora, em seus trabalhos sobre o ano de 1932, como procedem Pytha e Seiberth? Eles exploram os diários de Schmitt de 1932. Para tal, eles tiveram a necessidade de especialistas capazes ainda de decifrar a alt-Gabelsberger stenografie: dentro da associação dos estenógrafos alemães, eles encontraram em 1999 ainda capazes de fazer esse trabalho (*Der Staat*, vol. 38, 1999, caderno 3, página 425). Ora, muito recentemente, fim de 2003, são lançados os diários de Schmitt dos anos 1912-1915, sobre os quais eu vou voltar mais detidamente. Dessa vez, o editor Ernst Hüsmert, precisa, em 2003, que sem o especialista Hans Gebhardt, vindo exclusivamente de Eckerdorf, o trabalho não poderia ter sido concluído, e acrescenta que, daqui um pouco mais de tempo, ninguém mais terá condições de transcrever esse código obscuro (página X do Diário).¹²

10 TRIERWEILER, Denis. *Une étrange édition: Schmitt expurgé*. Paris, Revue *Cités* 17 – PUF, 2004, p. 176.

11 SCHMITT, Carl. *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Berlin: Duncker u. Humblot, 1991.

12 TRIERWEILER, Denis. *Remarques sur la discrimination ami/ennemi et sur le jus publicum européen*. Paris : Revue *Droits* 40,

Trierweiler ressalta que já nos Diários de 1912-1915 Schmitt destila ódio aos judeus, não fazendo sentido afirmar que seu antissemitismo era produto do oportunismo de 1933. Aliás, como tampouco poderia haver nazismo oportunista após 1945. Cabe revelar que o editor Ernst Hüsmert foi um velho amigo de Schmitt desde o Nacional-Socialismo que, aposentado como engenheiro, dedicou-se ao trabalho editorial, e nessa condição foi o escolhido por Schmitt como o fiel guardião dos seus Diários. Quase todos os diários de Schmitt foram já publicados, mas são totalmente desconhecidos pelo leitor especializado brasileiro.

Com efeito, Trierweiler, tradutor dos trechos antissemitas de Carl Schmitt “esquecidos” ou omitidos do *Glossarium*, que são os três cadernos dos diários escritos entre 28 de agosto de 1947 e 14 de agosto de 1951, publicados em 1991, seis anos depois da morte de Schmitt, lê-se na página 112 “que quando Deus permitiu que centenas de milhares de judeus fôssem assassinados, ele já via simultaneamente a vingança que eles exerciam contra a Alemanha”. Portanto, iniciamos algumas citações posteriores ao nazismo, apesar de André Doremus, tradutor, comentarista e defensor de Schmitt, ao afirmar o “catolicismo” Nacional-Socialista schmittiano que, “nesta tarefa de defender a Palavra atacando aqueles que a traíram, Schmitt se comporta realmente como se sentisse fazer a obra de Cristo”.¹³ Maior heresia associada a antissemitismo, impossível. O sangue da judia Maria é o sangue do judeu Jesus, o Cristo, circuncidado na melhor tradição judaica uma semana depois do nascimento, cuja festa os cristãos e todo o planeta comemoram no dia 31 de dezembro. Schmitt, em 20 de abril de 1948, afirma que “para mim, minha fé católica é a religião de meus ancestrais. Eu sou católico não somente por confissão, mas por origem histórica, e ousaria dizer, pela raça”.¹⁴ Denis Trierweiler em recente entrevista, afirma o seguinte: “Sobre Schmitt eu não acho interessante discutir. É gnosticismo, um pensamento binário que jamais é confiável historicamente. Evidentemente que há algo de mágico quando esse camarada diz “eu vou explicar o que é a essência do político”. É muito simples, é a relação amigo/inimigo. Mas se funciona assim em Schmitt, com essas coisas binárias completamente gnósticas, claro que é magnífico. Quando a prisão comunista desa-

2004, p.196.

13 TRIERWEILER, Denis. *Une étrange édition: Schmitt expurgé*. Paris: Revue Cités 17 – PUF, 2004, p. 179.

14 SCHMITT, Carl. *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Berlin, Duncker u. Humblot, 1991, p. 131.

pareceu, quando não se tem mais nenhuma grade de leitura, quando nada mais funciona, pessoas como Balibar e vários outros acham que Schmitt é interessante”.¹⁵

Em 4 de março de 1951, no *Glossarium*, Carl Schmitt ironiza o filósofo Descartes, historicamente odiado pelo Nacional-Socialismo por admitir a individualidade pensante, ao parodiá-lo da seguinte forma: “Assim, portanto, o que permanece? Permanece: amigo e inimigo. Permanece sua distinção. *Distinguo ergo sum*”.¹⁶ A distinção racial entre raça superior e inferiores é sinônima da distinção entre amigo e inimigos. Amigos são todos os arianos e inimigos todos os estrangeiros, principalmente judeus.

O “esquecimento” distraído do racismo antisemita visceral é derivado da lavagem de Carl Schmitt desde sempre empreendida como renazificação do mundo através da renazificação das novas gerações. Schmitt, em 1º de outubro de 1949, escreve repetindo uma pergunta dos seus interrogadores, seguida da sua resposta: “Por que o senhor não se deixa desnazificar? Primeiramente: porque eu não gosto muito de me deixar engajar, e segundo, porque a resistência por cooperação é certamente um método nazista, mas eu não gosto”. As ideias precedem as catástrofes. Perder a guerra militar mas ganhar a guerra das consciências é uma vitória. Essa a condição e a esperança de Schmitt para uma futura tentativa em uma 3ª Guerra Mundial para nazificar o planeta, conforme o seu *Glossarium* em 10 de outubro de 1949, na mesma página da frase precedente: “Guerra mundial um e guerra mundial dois, todas as coisas boas são três”.¹⁷

O amor à hostilidade é uma característica do totalitarismo Nacional-Socialista, e o seu elogio é uma honra ariana. Coerentemente, Schmitt escreve em 17 de janeiro de 1949: “A hostilidade deveria ser excluída da essência do homem? Homem, isso deve significar paz, harmonia e concórdia? Irmãos devem ser amigos eternos? E cristãos e judeus devem acreditar nisso? Então eles não podem mais crer que eles são os descendentes de nosso ancestral Adão, o primeiro homem. Adão tinha dois filhos, Caim e Abel. Belo começo para uma fraternização generalizada!”.¹⁸ Pouco depois, em 25 de abril de 1949, Schmitt desabafa: “Para dizer a verdade, o que

15 TRIERWEILER, Denis. *Interview à la Revue Le Rideau*, Paris, 7 de maio de 2014.

16 Idem, *ibidem*, p. 314.

17 Idem, *ibidem*, p. 272.

18 Idem, *ibidem*, p. 215.

era mais sujo, apoiar Hitler em 1933 ou cuspir nele em 1945?”.¹⁹ Para finalmente concluir em 8 de julho de 1949, criticando o amigo antissemita Georges Bernanos que, morando no Rio de Janeiro, havia estabelecido relação pessoal com um crítico literário judeu de origem vienense com o nome original de Karpfen, isto é, o peixe carpa, o nosso Carpeaux, Otto Maria Carpeaux (patrono da cadeira nº 40 da Academia Brasileira de Filosofia). Schmitt o repreende ao afirmar que ele tem medo de assumir o antissemitismo perante a sociedade brasileira, curvando-se e igualando-se ao judeu. Nesse sentido, diz Bernanos, citado por Schmitt, “os alemães são também pessimistas como os judeus, pessimistas metafísicos. Os judeus e os alemães são irmãos. O seu ódio recíproco nada mais é que o ódio de irmãos inimigos. O povo judeu e o povo alemão permanecem ligados por uma misteriosa afinidade”.²⁰ “Que tristeza”, exclama Schmitt, “o que sobrou do Bernanos tão corajoso, tão total e claramente direto que nos entusiasmou tanto em 1930?”²¹ Inadmissível para Schmitt, pois para ele no *Glossarium* em 25 de setembro de 1947, “os judeus permanecem judeus. Ao passo que o comunista pode melhorar e mudar. Isso não tem nada a ver com a raça nórdica, etc. É justamente o judeu assimilado que é o verdadeiro inimigo. Não há nenhuma utilidade em demonstrar que o Protocolo dos Sábios de Sião é falso”.²² O judeu não tem cura, pois, segundo Schmitt, a raça judaica é ontologicamente doente. Aliás, essa a tese da monografia em medicina psiquiátrica de Salvador Allende em 1933, defendida na Faculdade de Medicina do Chile, em Santiago, *Higiene Mental e Delinquência*.

Carl Schmitt não perde a esperança, pois a produção intelectual altamente sofisticada e erudita dos autores Nacional-Socialistas continuará a seduzir todas as gerações futuras até a chegada gloriosa da 3ª Guerra Mundial. Com efeito, Schmitt em 29 de agosto de 1950, após inúmeras frases em que se vitimiza constantemente, abre completamente o jogo, se é que ainda seria possível e necessário abrir mais, ao escrever: “Meu *Nomos da Terra* vem no justo momento histórico. Virá o tempo (dizia Nietzsche em 1881-1882) em que começará o combate pela dominação da terra, ele será iniciado em nome das doutrinas filosóficas fundamentais (XII,441), o

19 Idem, *ibidem*, p. 233.

20 Idem, *ibidem*, p. 253-255.

21 Idem, *ibidem*, p. 253-255.

22 Idem, *ibidem*, p. 17-18.

que quer dizer: um combate ideológico pela unidade. O Pacto Kellogg O Pacto Kellogg-Briand, também conhecido como Pacto de Paris, por conta da cidade onde foi assinado em 27 de agosto de 1928, foi um tratado internacional “estipulando a renúncia à guerra como um instrumento de política nacional”. Nota do autor do artigo] abre muito a via, a guerra é desprezada e condenada como meio da política racional, a guerra como meio da dominação global da Terra é a guerra justa. O mundo torna-se objeto, diz Martin Heidegger. [...] Eu me torno a predestinada vítima sacrificial do homicídio ritual, como o acusado de Kafka em *O Processo*”.²³

Essa confissão em seu diário do cárcere explicita e esclarece o que em *Nomos da Terra*, no conceito de guerra justa, fica somente subtendido:

Na realidade, o interesse dos juristas há muito tempo não se dirigia mais para o conteúdo normativo da justiça de uma causa ou sobre a determinação dos dados de fato da justa causa, mas somente sobre a forma, o processo e a competência. Sobre esse terreno se apresentava, no direito dos povos (latim *jus gentium*) como no direito interno, ao invés das contestações sem fim inerentes às afirmações de uma justa causa, esta simples questão: quem decide, o grande Quis *judicabit?* No seio do Estado como entre Estados, só pode ser o soberano. Mas no direito interestatal dos soberanos não há instância judiciária suprema e última acima das duas partes, pois ele é regido pelo princípio da igualdade dos soberanos. *Par in parem non habet jurisdictionem*. A *aequalitas* dos ‘justos inimigos’ conduz o terceiro à neutralidade. Portanto, sobre esse ponto só se pode concluir pela resposta decisionista: cada pessoa estatal soberana decide por sua própria conta a causa justa.²⁴

Com efeito, Heidegger em seus cursos antissemitas sobre a metafísica de Nietzsche, em 1940, deixa-se revelar a influência sobre ele e Carl Schmitt agora na prática nazista:

A justiça é a atribuição que precede todo pensar e todo agir. Isso equivale a ‘conservar alguma coisa que é muito mais que tal ou tal pessoa’. Não é um equitável benefício que está na intenção da justiça, nem são as pessoas tomadas isoladamente, nem comunidades, tampouco a ‘humanidade’. A justiça vê para além rumo a esta humanidade que deve ser moldada, adrestrada e marcada com o sinal desta raça que possui a aptidão essencial de instituir sua soberania absoluta sobre a Terra: pois é somente por esta soberania que a es-

23 SCHMITT, Carl. *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Berlin, Duncker u. Humblot, 1991, p. 308.

24 Idem, *Le nomos de la Terre*. Paris, PUF, 2008, p. 157.

sência absoluta da pura vontade chega a aparecer para ela mesma, isto é, à potência. [...] A questão permanece de saber quais povos, quais tipos ou raças da humanidade, avançando, encontram-se definitivamente sob a lei que os assimila a esse traço fundamental da história inaugurando a soberania do homem sobre o planeta. [...] Em Nietzsche é um caso decidido: ‘Chegará o tempo em que o combate será iniciado pela dominação da Terra, e ele será conduzido em nome das doutrinas filosóficas fundamentais. (XII, 207). E isso, entretanto, sem falar que o combate pela exploração da Terra sem restrição enquanto domínio de matérias primas, e pela utilização sem ilusão do ‘material humano’ ao serviço da Vontade de potência, autorizando-se incondicionalmente a manifestar sua essência fundamental, deve se reivindicar de uma filosofia ou servir-se dela somente como biombo. [...] As ‘doutrinas filosóficas fundamentais’ entendem a metafísica no ponto de acabar [...] e lhe dá sua estrutura europeia moderna e a destina à ‘soberania universal’.²⁵

Assim, o projeto de dominação do mundo pelo nazismo é perene, tendo Nietzsche como fonte, e Hitler, Heidegger, Schmitt, Jünger e os demais Nacional-Socialistas como mentores e executores das práticas genocidas. Uma das obras clássicas sobre o tema é “*Carl Schmitt e os judeus*”, de Raphael Gross.²⁶ O perene projeto Nacional-Socialista prevê a dominação do mundo como justiça aos arianos. Toda a teoria nietzschiana-heideggeriana-schmittiana da justiça como *justiça da raça* prevê a prática do genocídio, na medida em que a eliminação dos “fracos” é uma obrigação e um imperativo do exercício da justiça. É um direito inalienável na perspectiva Nacional-Socialista.

2 CARL SCHMITT NA HISTÓRIA DA CULTURA POLÍTICA DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, SEGUNDO JÜRGEN HABERMAS

Habermas, refletindo sobre o passado contemporâneo alemão de duas ditaduras totalitárias, a partir de uma exortação de Theodor W. Adorno que em 1959 afirmou ser preciso enfrentar o passado esclarecendo-o, e exaltando o novo “patriotismo da Constituição”, isto é, a própria nova Constituição alemã como patriotismo, afirma que

²⁵ HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche II*. Paris, Gallimard, 1971, p. 261-266.

²⁶ GROSS, Raphael. *Carl Schmitt et les Juifs*. Paris, PUF, 2005. Trad. Denis Trierweiler, prefácio de Yves Charles Zarka.

O período nazista se caracteriza por algo que dificilmente se pode apagar da memória, a saber: pela segregação proclamada publicamente pelo Estado, e efetuada com meios burocráticos, e depois pela aniquilação de massa e efetivada com meios industriais de um inimigo interno definido por traços atribuídos. Este terrível fato nos traz à consciência o núcleo formativo do Estado Democrático de Direito, qual seja: relações de reconhecimento simétrico que garantam a todos igual respeito. O mútuo reconhecimento não se deve restringir, como pensava Carl Schmitt e todavia seguem afirmando os seus discípulos (da última vez no *Frankfurter Allgemeine* de 22 de abril de 1994), aos membros de um povo homogêneo que trate de afirmar-se frente a inimigos externos e internos; pois não se estende a uma nação composta por membros de uma mesma comunidade étnica, quer dizer, definidos por sua origem comum, mas a uma nação de cidadãos ligados uns aos outros por direitos iguais. Para os cidadãos da República Federal da Alemanha, o ensinamento decisivo de 1989-1990 não consiste no restabelecimento de um Estado nacional, tampouco a entrada de seus conterrâneos do Leste na ordem de direito privado de uma sociedade rica e próspera, porém na consecução para todos dos direitos cidadãos e na eliminação de um regime totalitário.²⁷

Theodor Adorno havia se manifestado criticamente em 1965 sobre o questionamento a propósito do “ser alemão”, para ele inexistente, uma fantasia da patologia nazista, que jamais poderia ser objeto de qualquer tipo de indagação dada a catástrofe do mundo contemporâneo, em total oposição a Carl Schmitt e Heidegger. Segundo Adorno,

Ele confere à entidade coletiva ‘alemã’ uma maneira de autonomia da qual tratar-se-á em seguida de decidir o que a caracteriza. E, entretanto, a formação de conceitos designando uma coletividade nacional, corrente no execrável jargão da guerra, onde se trata de russo, americano, e certamente também de alemão, obedece a uma consciência reificadora, muito pouco adequada à prática. É se limitar dentro de estereótipos que o pensamento justamente deveria buscar destruir. Aliás, não é seguro que exista qualquer coisa como o homem alemão ou o caráter alemão, ou qualquer coisa de análogo em outras nações. A melhor e mais verdadeira parte de um povo é sem dúvida muito mais o que não se deixa integrar ao sujeito coletivo e, se possível, lhe resiste. A formação de estereótipos favorece por sua vez o narcisismo coletivo. A essência do grupo que se reconhece por seu próprio significará em breve tudo aquilo que é o bem, se não nos resguardarmos, e os outros serão assimilados ao mal. E dá-se o mesmo, no sentido

27 HABERMAS, Jürgen. *Die Normalität einer Berliner Republik. Kleine Politische Schriften VIII*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1995. *Más allá del Estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 80.

inverso, para a imagem que os outros se fazem do alemão. Mas após os desastres que a ideologia do sujeito coletivo predominante provocou na era Nacional-Socialista em detrimento de tudo que é individual, nós somos duplamente experimentados para nos afastar de retornar aos estereótipos servindo a nos glorificar a nós mesmos. [...] O pensamento de Kant encontra seu centro no conceito de autonomia, de responsabilidade pessoal do indivíduo racional, e não na submissão a todas as espécies de potências, dentre as quais a predominância do fator nacional jamais questionado. Em Kant, é só no indivíduo que se realiza a universalidade da razão.²⁸

Habermas em diversos momentos dedica especial atenção a Carl Schmitt como um dos maiores símbolos do nazismo, e lamenta que “Carl Schmitt volte a estar em alta desde 1989: necessidade de recuperação cultural e de raízes no Leste, livre curso no Oeste para a droga que dá acesso a esse sonho de um Estado forte em uma nação homogênea. A *nouvelle droite* já sabia há muito tempo: com Carl Schmitt é possível dar aos temas “segurança interior”, “perda das próprias essências” ou “homogeneidade racial” um certo brilho intelectual. Nos livros dos historiadores revisionistas de nossa história contemporânea, que na editora Ullstein parecem se multiplicar em série, se reflete a virulência das interpretações que do mundo contemporâneo fizeram Carl Schmitt e Martin Heidegger, e também essa especial mescla de Schmitt e Heidegger da qual nutre sua inspiração a filosofia da história de um Ernst Nolte”.²⁹

Com efeito, Habermas não desvincula Schmitt de Heidegger no que concerne a indissociabilidade das figuras e suas obras enquanto estrutura mesma a serviço do Nacional-Socialismo, como grandes lideranças intelectuais, e “porta-vozes do IIIº Reich”. O repúdio à modernidade pela via da patologia conceitual desconsagra o que de legítimo a crítica à modernidade poderia conter de humanismo criador. O ódio racial os conduziu ao ódio a todos os mais caros princípios e valores da civilização. E “o ódio anda de quatro”, afirma o narrador do romance “*A vida secreta dos gabirus*”, de Carlos Nejar.³⁰ Ambos, confirma Habermas, contraíram um matrimônio espiritual e “acabaram afastando-se da Igreja, um recalitrante provincianismo e uma certa insegurança frente a todo o urbano, a vivência

28 ADORNO, Theodor W. *Modèles critiques*. Paris: Payot, 1984, p. 220.

29 Idem, *ibidem*, p. 130.

30 NEJAR, Carlos. *A vida secreta dos gabirus*. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 183.

geracional que para todos os pertencentes a essa etapa representaram a Primeira Guerra Mundial e o complexo resultante dos acordos de Versalhes, ao que se acrescentou o trânsito existencialista ‘de Goethe a Hölderlin’, e em geral a revolta contra o humanismo, uma crítica latino-católica (no caso de Carl Schmitt) e greco-neopagã (no caso de Heidegger) das tradições do Iluminismo, sob o signo de Donoso Cortês em um caso, ou de Nietzsche no outro, a aversão elitista contra o Estado de partidos, contra a democracia, contra a opinião pública, contra a discussão, o desprezo de todo o igualitário, um medo quase pânico perante a emancipação, a busca de autoridades espirituais intactas, e depois, naturalmente, o *Führer*, que se converteu para Schmitt e Heidegger em um destino comum. Os dois pertenceram aos ‘grandes apoiadores de 1933’ porque se sentiam infinitamente superiores aos outros nazistas, e pretendiam ‘caudilhar o caudilho’, porém, ao aperceberem-se da ilusão de tão extravagante desígnio, Schmitt e Heidegger negaram-se *post festum* a confessar publicamente sua culpa, e nem sequer seu erro político. ‘O que foi mais indecente – pergunta-se Carl Schmitt – ser a favor de Hitler em 1933 ou cuspir nele em 1945?’³¹

Habermas lembra que, diferentemente de Heidegger, Carl Schmitt não pôde retornar à universidade alemã, mesmo porque “Schmitt havia se negado a se submeter a um processo de desnazificação”, isto é, renegar todos os pressupostos do Nacional-Socialismo e aderir aos princípios da civilização, e que somente por vias informais e privadas se podia ter acesso a ele em sua residência e círculos de amigos e acadêmicos. Relata Habermas, que “Carl Schmitt se viu assim rodeado de uma aura de conjurado e de consagrado que suscita a impressão de que em torno dele se tivesse desenvolvido uma corrente subversiva e subterrânea da história da intelectualidade política da República Federal da Alemanha.”³² A desculpa de anticomunismo schmittiano não foi convincente e suficiente para reabilitá-lo.

Assim, esclarece Habermas que

Também à exposição da recepção acadêmica de Carl Schmitt nos anos cinquenta faltam força e rigor analíticos, porque o autor não entra nos textos mesmos, e toma distâncias a respeito das correspondentes discussões especializadas que se produziram nos campos do direito público, direito internacional, ciência política, sociologia, história e

31 HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*, p. 131.

32 *Idem*, *ibidem*, p. 132.

filosofia. Fica em primeiro plano a disputa em torno desse conceito do político, reduzido à relação amigo-inimigo. Porém, mais provocadora para a autocompreensão do Estado constitucional democrático resulta essa ‘teologia política’, que rechaça também o procedimento democrático como fundamento legitimatório do direito, que distorce o conceito de democracia privando-o de seu núcleo deliberativo, e reduzindo-o à mera aclamação de massas paramilitarizadas, que opõe o mito da unidade nacional inata ao pluralismo social, e que renuncia ao universalismo dos direitos humanos e da moral humanitária tachando-os de hipocrisia criminoso.³³

Grande parte da humanidade exalta mais as qualidades intelectuais de um filósofo que as qualidades morais, subordinando as últimas às primeiras, o que explica a condescendência com Heidegger e Carl Schmitt, quando deveria ser o inverso. Habermas, com respeito a Carl Schmitt, admite que “a força de atração que um espírito brilhante, capaz de apresentar-se autoestilzadamente a si próprio no papel de um proscrito, pode exercer sobre alguns ânimos receptivos e intelectualmente desejosos de novidades, apenas pode ser uma explicação suficiente. Esses estudantes sensíveis se encontraram em Plettenberg com uma visão das coisas que vinha distorcida por pura projeção, e obstruída por puro ressentimento. O *Glossarium* superabunda de um antissemitismo raivoso, de um ódio cego contra os emigrantes ‘parcialmente perturbados no sentido moral’, de penosos gemidos de alguém que se sente um ‘animal encurralado’, como um Jonas cuspidor do ventre do Leviatan. Manifestamente, Carl Schmitt sofria de uma patológica incapacidade para reconhecer as proporções do ocorrido, e o próprio papel que ele havia desempenhado nisso tudo. Schmitt nega e se exculpa, mostra-se furioso contra os ‘criminalizadores de Nuremberg’, contra os ‘construtores de genocídios e de crimes contra a humanidade’, e debocha: ‘Os crimes contra a humanidade os cometeram os alemães. Os crimes pela humanidade se cometeram contra os alemães. Esta é toda a diferença’”.³⁴ A grandeza da alma não acompanha necessariamente a grandeza da erudição, principalmente quando há uma resistência de origem em criar vasos comunicantes em atenção à vontade de evolução das virtudes humanas centradas no coração, no amor e na bondade, todas elas expurgadas por Carl Schmitt e Martin Heidegger das suas obras.

33 Idem, *ibidem*, p. 134.

34 Idem, *ibidem*, p. 136.

3 O ESTADO TOTAL

Em o *Guardião da Constituição*, de 1929, em primeira versão, e 1931, em versão ampliada, Carl Schmitt cria o conceito de Estado Total, em que sociedade e Estado formam uma unidade racial nacional indissolúvel. Com efeito, assim define Schmitt:

A sociedade transformada no Estado torna-se um Estado econômico, Estado cultural, Estado assistencial, Estado preocupado com o bem-estar social, Estado fornecedor da previdência social, o Estado transformado na auto-organização da sociedade e que, dessa forma, no caso, não mais pode ser separado dela, toma todo o social, i.e., o que diz respeito à convivência entre os homens. Nele não existe mais nenhuma esfera perante a qual o Estado pudesse guardar uma neutralidade incondicional no sentido da não-intervenção.³⁵

A teoria da identidade entre Estado e sociedade é um dos alicerces fundamentais do Estado Total. Ora, a não-identidade é o fundamento mesmo do Estado de Direito Democrático por pressupor, na legitimidade da liberdade, as contradições, os conflitos, os antagonismos e as diferenças inerentes à natureza mesma da sociedade.

Assim, tenta se explicar Schmitt:

Um excelente representante dos soldados combatentes alemães, Ernst Jünger, introduziu nesse surpreendente processo, uma fórmula muito expressiva, a mobilização total. Sem considerar o conteúdo e a exatidão que compete, isoladamente, àquelas fórmulas de armamento potencial ou mobilização total, teremos que observar e aproveitar o conhecimento muito significativo nelas contido, pois expressam algo abrangente e indicam uma grande e profunda mudança: a sociedade que se auto-organiza no Estado está a caminho de passar do Estado neutro, do liberal século XIX, para um Estado potencialmente total. Essa violenta mudança pode ser construída como parte de um desenvolvimento dialético que decorre em três estágios: do Estado absolutista dos séculos XVII e XVIII, passando pelo Estado neutro, do liberal século XIX, para o Estado total da identidade entre Estado e sociedade.³⁶

A capilaridade totalitária é muito mais ampla e profunda no conceito de Estado schmittiano, que não ruboriza ao escrever:

35 SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 116.

36 *Idem*, *ibidem*, p. 117.

A extensão a todas as áreas da existência humana, a supressão das separações e neutralizações liberais, de várias áreas como religião, economia e educação, em suma, o que antes era qualificado como a mudança para o 'total', já se encontra realizado para uma parcela dos cidadãos, de certa forma, por alguns complexos organizacionais sociais, de modo que, embora não tenhamos um Estado total, já temos algumas construções partidárias sociais que aspiram à totalidade e reúnem inteiramente seu time ainda na juventude. Dessas construções partidárias, cada uma tem, como diz Eduard Spranger, 'todo um programa cultural' e sua convivência lado a lado forma e conduz o Estado pluralista. Pelo fato de existir uma maioria de tais complexos, concorrente uma com a outra e que se mantém mutuamente dentro de determinados limites, ou seja, um Estado partidário-pluralista, fica evitado que o Estado total se faça valer como tal com o mesmo ímpeto com que já o fez, nos chamados Estados unipartidaristas, a União Soviética e a Itália.³⁷

Carl Schmitt confessa publicamente que a sua inspiração do Estado Total do Nacional-Socialismo é o Estado Total da URSS, além da já evidente Itália e o *Stato totalitario*, posterior à Revolução de 1917. Fica evidente a raiz comum do nazismo com o comunismo, confessada por ninguém menos que o artífice jurídico do IIIº Reich. O ódio à não-identidade, ao pluralismo, às liberdades civis, ao Estado de Direito, à democracia, ao capitalismo, ao liberalismo, à liberdade de expressão e às formas mais diversas de manifestação das diferenças, típicas do leninismo-stalinismo, inspiraram Carl Schmitt, trazendo do totalitarismo comunista a versão ariana do Nacional-Socialismo. O socialismo totalitário é o hífen, o *trait d'union*, entre a URSS e IIIº Reich. E certamente é dessa origem comum que até hoje os autoritarismos e totalitarismos de esquerda e de direita encontrem seu hífen, sua convergência, seu consenso, sua identidade, como que eliminando qualquer diferença ideológica entre eles. Com efeito, o próprio Heidegger também confessa a identidade entre a URSS e o Nacional-Socialismo: "O Nacional-Socialismo não é Bolchevismo, e este não é nenhum fascismo, mas o Nacional-Socialismo e o Bolchevismo são intrigantemente a vitória da maquinação - gigantesca perfeição da forma do novo tempo - uma determinada essência da milícia do povo".³⁸ Gestapo, SS, SA, KGB e demais milícias do povo.

37 Idem, *ibidem*, p.122.

38 HEIDEGGER, Martin. *Schwarze Hefte, 1939-1941*. Gesamtausgabe, Band 96, Überlegungen XII - XV, Frankfurt am Main, Editora Vittorio Klostermann, 2014, p. 127. {Der Nationalsozialismus ist nicht Bolchevismus und dieser ist kein Faschismus - aber beide sind machenschaftliche Siege der Machenschaft - riesige Vollendungsformen der Neuzeit - ein errechneter Verbrauch von

Carl Schmitt, no livro “*Legalidade e Legitimidade*”, de julho de 1932, escreve o seguinte: “É até provável que uma grande parte das tendências, hoje indubitavelmente existentes, para o ‘Estado autoritário’ encontre uma explicação. Tais tendências não podem ser afastadas simplesmente como ansiedade reacionária ou restaurativa. Muito mais importante é entender que se deva buscar na democracia a causa do atual ‘Estado Total’ ou, dito com maior precisão, a causa da politização total de toda a existência humana, bem como perceber que, como expõe Heinz O. Ziegler (*Autoritärer oder totaler Staat* – Estado autoritário ou Total, Tübingen, 1932), é mister uma autoridade estável para se realizarem as despolitizações necessárias e, uma vez fora do Estado Total, resgatar esferas livres e áreas vitais.”³⁹ Não bastasse Schmitt apresentar a Constituição democrática de Weimar como a responsável pelo surgimento do Estado Total a ser chefiado por Hitler como autoridade neutra, despolitizada e acima dos partidos, citar um judeu que critica o Estado Autoritário chamado de Total, que lutou contra o nazismo como piloto da RAF anos mais tarde, e que morreu em um campo de concentração e extermínio, o jurista brasileiro Joaquim Carlos Salgado tem a ousadia de intitular a sua apresentação do livro “*Legalidade e Legitimidade*” como “*Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito*”, onde subtende-se que Hitler como *Guardião da Constituição*⁴⁰ exercia o poder moderador para preservar a unidade e a homogeneidade do povo contra o inimigo substancial, e que Schmitt defende uma Teoria do Estado Ético e Democrático. Ainda se esforça e explica o jurista:

A Europa realça novamente esse cientista sério, Carl Schmitt, a começar pela Itália, nos anos 80, e que não pode ser considerado um ‘adversário da democracia’ ou um ‘teórico dos regimes fascistas’, preconceito difundido por uma concepção de democracia puramente liberal. [...] Isso porque, para ele, governante e governado estão numa igualdade incindível, resultante da homogeneidade nacional do povo. Trata-se de uma democracia nacional que se assenta no ethos substancial do povo.⁴¹

Conclusão, o tal do *ethos* substancial do povo racialmente homogêneo escolheu prioritária e “democraticamente” o judeu para ser eliminado da

Volkstürmen).

39 SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo horizonte, Editora Del Rey, 2007, p. 97.

40 Idem, *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2007.

41 Idem, *ibidem*, p.viii)

Alemanha, da Europa e da Terra. Hitler é um democrata, seguindo a lógica de Joaquim Carlos Salgado. Com efeito, uma das matrizes do autoritarismo jurídico brasileiro, não necessariamente antissemita por inteiro, contudo também Nacional-Socialista e comunista, tem em Carl Schmitt, desde Francisco Campos dos anos 1930 a nossos dias, um pilar central. Os mais ilustres democratas brasileiros também são admiradores de Carl Schmitt, mas não se deixam contaminar pelo núcleo extremista de sua obra. O ódio ao liberalismo é marca registrada dos autoritarismos e dos totalitarismos nazista e comunista, pois se opõe ao mito do Estado.

O jurista Joaquim Carlos Salgado segue a melhor tradição autoritária brasileira dando continuidade ao *tour de force* de produzir em laboratório – embora as vítimas do nazismo não possam se reproduzir em cativeiro – um Carl Schmitt a ser consumido como símbolo maior do pensamento democrático contemporâneo, apresentando um conceito análogo ao de um homem centopéico, que é o de um nazista democrático, uma *contradictio in terminis*.

Afinal, se explica Joaquim Carlos Salgado, a crítica de Schmitt aponta para uma concepção de democracia não liberal-burguesa, mas nacional, em que a soberania se exerça pela unidade da quantidade e da qualidade, do povo e do parlamento, legitimidade e legalidade em unidade, sem sua dispersão para os órgãos de aplicação. A unidade de legitimidade e legalidade está garantida pelo conceito de homogeneidade do povo. [...] Para Schmitt, a democracia não pode ser senão uma democracia nacional, segundo o princípio da homegeneidade do povo.⁴²

Salgado considera o Nacional-Socialismo uma expressão do Estado Democrático de Direito, e na via da barbárie do pensamento schmittiano do *Guardião da Constituição* considera que

A tarefa de uma Corte Superior como o Supremo Tribunal Federal, não é a de ser o guardião da Constituição, um Tribunal Constitucional, mas a de guardar o direito das pessoas, quer na forma de direito adquirido, quer na forma de direito fundamental, que se adquire só com a sua declaração na Constituição, por sua natureza, intangível. Sua tarefa é proteger os direitos da pessoa e o sujeito de direito universal. De qualquer modo, se se concorda com Schmitt que ‘o guardião da Constituição tem que ser independente e político-partidário neutro’, não pode ser um dos poderes, há que o buscar num tipo moderador, que, na república, somente uma instituição acima das contingências

42 SCHMITT, Carl. Legalidade e Legitimidade. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 25.

político-partidárias, de caráter permanente, popular porque recrutado do próprio povo, e a que está entregue a defesa e a força do povo, portanto, que merece sua total confiança e respeito, a ser desempenhado por órgão constituído segundo o modelo já pertencente à tradição do País, criado em ambiente democrático, como um órgão de Segurança Social e Democrática.⁴³

A explicitude do parágrafo citado é também autoexplicativa. No Nacional-Socialismo o Guardião é o *Führer*, e ele sabe disso, como também sabe que o resultado foi o genocídio, o extermínio de massa. Mas, com Joaquim Carlos Salgado ficamos sabendo que o *Führer* era uma instituição neutra, um poder moderador, acima das contingências político-partidárias, era o povo pois originado do povo, modelo de democracia e demais fantasias da psicopatologia nazista, e que nos dirige à seguinte pergunta: quem seria o *Führer* brasileiro, Guardião da Constituição? Todo o vocabulário básico do Nacional-Socialismo encontra-se contido na defesa que Joaquim Carlos Salgado faz do Estado e seu *Führer*, que certamente não percebeu o alcance filosófico das suas colagens da barbárie do anedotário schmittiano.

A violência da defesa de Carl Schmitt naquilo de menos defensável nos remete ao grande jurista polonês de origem judaica Rafaël Lemkin, genial criador do vocábulo e conceito de “genocídio” (*genos*, do grego antigo, raça, tribo; e *cide*, do latim, que mata), que condenando simultaneamente o Nacional-Socialismo e o Comunismo pelas mesmas razões e convergência, nos instrui em 1944 sobre o “direito” nazista em todos os países ocupados pela Alemanha: “Em 20 de agosto de 1942, Hitler promulga um decreto outorgando plenos poderes ao Ministro da Justiça do Reich, que declara: <Uma administração vigorosa da justiça é necessária à realização das tarefas do Grande Reich alemão. Em consequência, eu habilito o Ministro da Justiça do Reich a organizar uma administração Nacional-Socialista da justiça e a tomar todas as medidas necessárias de acordo com as minhas instruções, e com a via que eu abro, e de acordo com o Ministro e chefe da Chancelaria do Reich, assim como com o chefe da Chancelaria do Partido. O Ministro da Justiça do Reich conseqüentemente pode ignorar o direito existente.>”.⁴⁴ Com efeito, considerar Carl Schmitt como um exem-

43 Idem, ibidem, “Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito”, p. 28.

44 LEMKIN, Rafaël. *Axis Rule in Occupied Europe*. Trad. francesa: *Qu'est-ce qu'un génocide?*. Paris: Éditions du Rocher, 2008, p. 129.

plo maior da expressão jusfilosófica internacional do Estado Democrático de Direito é o mesmo que concedê-lo a Hitler, que também passa a se credenciar a receber *post mortem* o Prêmio Nobel da Paz.

Conforme Lemkin,

A essência ideológica do direito alemão deveria ser igualmente levada em consideração. É possível afirmar que o direito alemão é desprovido de conteúdo moral e de limites próprios na medida em que ele é sobretudo utilitário. Para os alemães, o direito é o que lhes é útil. O direito alemão está fundado sobre o princípio de discriminação e não sobre o da igualdade. Assim, ele nega o princípio essencial e a missão do direito, na medida em que o indivíduo, enquanto a parte mais fraca na sua relação como Estado, necessita mais de proteção legal que o Estado. O direito alemão não está concebido em um espírito de justiça humana. Ele invoca a técnica legal simplesmente como meio de coerção administrativa. O direito alemão é cruel em seu conteúdo. Ele não somente recolocou em vigor o *jus talionis* – o princípio do olho por olho, dente por dente – mas o ultrapassou exigindo penas na proporção de dez olhos por um, ou punições sem relação verdadeira com a culpabilidade. Ele estabeleceu o divórcio entre o direito e a moral, por um lado, e a piedade, por outro. Em consequência, a instauração da legislação alemã nos países ocupados não é somente uma violação do regulamento da Convenção de Haia, mas igualmente dos princípios mesmos do direito das nações e das leis da humanidade.⁴⁵

Em outras palavras, direito Nacional-Socialista é uma *contradictio in terminis*, pois se é Nacional-Socialista não pode ser direito, os termos se excluem mútua, conceitual e moralmente.

Schmitt, em carta endereçada ao filósofo Alexandre Kojève, datada de 7 de junho de 1955, exprime seu luto pelo Estado Total: “Caro senhor Kojève. Quanto ao *Estado*, acabou, é verdade: esse deus mortal morreu, não há nada a fazer. O aparelho administrativo moderno de hoje, o da *Daseins-Vorsorge* (prevenção para o bem-estar), não é o Estado no sentido de Hegel, nem governo [...], ele não é mais capaz de guerra ou de pena de morte, e essa é a razão pela qual ele não é mais mestre da história.”⁴⁶ A infelicidade de Schmitt em constatar a ruína do Estado Total de rastro hegeliano, segundo a qual a Alemanha não é mais um Estado, senhor da guerra e da pena de morte em massa, encontra seu antecedente no mesmo

45 Idem, *ibidem*, p. 130.

46 ZARKA, Yves Charles. In *Carl Schmitt ou le mythe du politique*. Paris, PUF, 2009. Denis Trierweiler, *Georges Sorel et Carl Schmitt: d'une théorie politique du mythe à l'autre*, p.44.

Hegel, citado por Joaquim Carlos Salgado: “A Alemanha não é mais um Estado”(“*Deutschland is kein Staat mehr.*”) O que conduz Joaquim Carlos Salgado a uma conclusão analógica primária: “O Brasil não é mais um Estado! Recobrar a sua estalidade é devolver ao Estado brasileiro a sua efetiva soberania.”⁴⁷ Se, conforme, Salgado, o Brasil não é mais um Estado no sentido hitlerista-schmittiano, e que a soberania brasileira, à imagem e semelhança do IIIº Reich, precisa ser resgatada, estamos diante do anúncio público da busca de um *Führer* para exercer o papel de Guardião da Constituição, do Estado, do Povo e, por que não, da Raça? Afinal, a qual “efetiva” soberania se refere Carlos Salgado? Qual o conteúdo conceitual dessa soberania “efetiva”, o que ela conteria que estivesse faltando à atual (falsa) soberania brasileira? Qual o inimigo da “efetiva” soberania?

Mas Carl Schmitt é uma vítima inocente, segundo ele mesmo e seus adeptos. Senão, pergunta ele em 23 de agosto de 1949, no *Glossarium*: “Quem é o verdadeiro criminoso, o verdadeiro instigador do hitlerismo? Quem inventou esta figura? Quem colocou no mundo esse episódio de terror? A quem nós somos devedores dos 12 milhões de judeus mortos? Eu posso vos dizer com toda precisão: Hitler não se inventou por si mesmo.”⁴⁸ Com Schmitt ficamos sabedores que foram assassinados 12 milhões de judeus, e não 6 milhões. Cabe a pergunta: faltam 6 milhões de cadáveres de judeus no Holocausto. Schmitt era muito bem informado. E o que ele sabia que o Ocidente e o mundo não sabem até hoje? A afirmação schmittiana é gravíssima, e não teve ainda a atenção que merece por parte da ONU, dos pesquisadores e dos governantes. Quanto ao inventor impessoal “desta figura” chamada ou intitulada Hitler, eu vou tentar refrescar *post mortem* a memória de Carl Schmitt, voltando ao final de 1932, objeto do já citado livro de Jean-Pierre Faye, “*L’État total selon Carl Schmitt*”, onde o filósofo, poeta, romancista e resistente da 2ª Guerra Mundial em Paris esclarece pontos até então nas trevas.

Quem inventou Hitler, esta figura?, pergunta Carl Schmitt. Resposta: Carl Schmitt. Uma invenção gestáltica previamente esboçada no conceito já em voga de Estado Total criado por ele mesmo um ano antes no livro *O Guardião da Constituição*, e no conteúdo filosófico da sua conferência

47 SALGADO, Joaquim Carlos. “*Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito*”, in Carl Schmitt, *Legalidade e Legitimidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 30.

48 Idem, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Berlin, Duncker u. Humblot, 1991, p. 267.

“*Economia sã em um Estado forte*” de 23 de novembro de 1932 diante de 35 dos grandes financistas e industriais alemães na chamada “União de Nome Longo”, ou por completo, “União pela conservação dos interesses econômicos comuns na Renânia e Westfália”, e depois título de um livro de 1933 de um dos mais radicais nazistas e discípulos de Carl Schmitt, o protestante filósofo do direito Ernst Forsthoff, também ligadíssimo a Heidegger no processo de nazificação da Universidade de Freiburg. Com efeito, Ernst Forsthoff, em comum acordo com Schmitt que os termos amigo e inimigo são raciais, escreve:

A consciência da identidade racial e da copertença *völkisch* se atualiza antes de tudo na atitude a reconhecer a diferença de raça e em distinguir o amigo do inimigo. E importa precisamente de saber reconhecer a diferença de raça lá onde ela não se tornou forçosamente perceptível pela pertença a uma nação estrangeira, por exemplo, nos judeus que, por uma participação ativa na vida cultural e econômica, procuram provocar e, sabendo aí se manifestar, provocam a ilusão de uma identidade racial e de uma pertença ao povo.⁴⁹

A concepção *völkisch* do Nacional-Socialismo é comum a Ernst Jünger, Carl Schmitt e Martin Heidegger, e tem uma definição clara no jurista alemão Nacional-Socialista Otto Koellreutter, que assim escreveu:

Völkisch significa uma concepção da essência da Totalidade Volk completamente diferente daquela do liberalismo. [...] A concepção *völkisch* acentua conscientemente, em oposição à concepção liberal, o que se chama as comunidades naturais do povo. Ela vê no povo uma unidade de vida biológica e tira as consequências políticas dessa concepção em oposição ao liberalismo. O conceito de raça (*der Rassebegriff*), mas também a significação do espaço e do país natal entram em cena no primeiro plano de maneira acentuada, e eles agem igualmente sobre o plano do direito do Estado. Uma tal concepção do povo domina também todos os domínios vitais na vida do povo e do Estado. A Totalidade do pensamento *völkisch* a penetra inteiramente.⁵⁰

Wilhelm Stuckart, autor das leis de Nuremberg de 15 de setembro de 1935 e das ordens de aplicação das mesmas amplamente defendidas e exaltadas por Carl Schmitt em artigos publicados em 1º de outubro de 1935 e em 28 de novembro de 1935, tinha uma visão curiosa:

49 FORSTHOFF, Ernst. *Der totale Staat*. Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933. Apud Faye, Emmanuel. *Heidegger, l'introduction du nazisme dans la philosophie*. Paris: Albin Michel, 2005, p.369.

50 KOELLREUTTER, Otto. *Deutsches Verfassungsrecht*. Berlin; Junker & Dünhaupt Verlag, 1933.

Inexata é a designação de nosso Reich como Estado autoritário ou Estado totalitário. Autoritários ou totalitários são os Estados liberais de potência, tendo por objetivo a conservação de uma posição de dominação face a uma nova vida. Para eles, contrariamente ao Reich Nacional-Socialista alemão, o povo não é o conteúdo do Estado, mas o objeto da dominação. O Estado fascista italiano é também um Estado autoritário. A forma autoritária do Estado corresponde à concepção latina do Estado, segundo a qual o Estado é para se construir de cima afim de poder movimentar de maneira uniforme todas as forças da Totalidade em vista dos objetivos que determina o poder central. O fascismo soube dar um caráter autêntico e um rosto positivo a essa forma do Estado.⁵¹

O ódio ao liberalismo e à economia de mercado é uma marca distintiva do totalitarismo, onde o Estado substitui a geração de riqueza pela sociedade civil, isto é, pelos empresários e pelos funcionários empregados. A tentativa de inversão proposta por Wilhelm Stuckart é a mesma de Carl Schmitt, para quem “o 15 de setembro de 1935, por ocasião da jornada do Partido do Reich pela liberdade, o Reichstag alemão estabeleceu a lei do Reich sobre a bandeira, a lei do Reich sobre a cidadania, e a lei sobre a proteção do sangue alemão e da honra alemã”.⁵² Schmitt considera o criminoso genocídio antisemita uma legítima expressão da liberdade da Alemanha. O Reich que era uma República, como bem lembra Jean-Pierre Faye, torna o genocídio republicano um exercício lúdico do reino da liberdade. Segundo Schmitt, “o Reichstag reunido na jornada do Partido do Reich foi o próprio povo alemão, apoiado pelo movimento Nacional-Socialista e obedecendo ao Führer Adolf Hitler, as leis desse povo são desde séculos a primeira Constituição alemã da liberdade”.⁵³ Como Heidegger, Schmitt considera o genocídio e a dominação escravocrata de povos e “raças” tidas como inferiores como o legítimo exercício da liberdade alemã. A legalidade dessa liberdade vem como decorrência natural da legitimidade patológica, mitológica e historicamente construída na cultura germânica.

Em Schmitt, diretor da *Deutsche Juristen Zeitung* em 1934, órgão oficial do direito Nacional-Socialista, ideologia e direito são indissociáveis por uma identidade orgânica e política. Com efeito,

51 STUCKART, Wilhelm. *Der Staatsaufbau des Deutschen Reiches in systematischer Darstellung*. Leipzig, Verlag W. Kohlhammer, 1943, p. 20.

52 SCHMITT, Carl. “*La Constitution de la liberté*”, Berlim, 1º de outubro de 1935, *Deutsche Juristen Zeitung*. In Zarka, Yves Charles. *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*. Paris: PUF, 2005, p. 53. Trad. Denis Trierweiler.

53 Idem, *ibidem*, p. 53.

Hoje, o povo alemão voltou a ser alemão, mesmo em sentido jurídico. Após as leis de 15 de setembro, o sangue alemão e a honra alemã voltaram a ser os conceitos mais elevados de nosso direito. O Estado é desde então um meio ao serviço da força e da unidade völkisch. O Reich alemão tem uma só bandeira, a bandeira do movimento nacional-socialista, e essa bandeira não é somente composta cores, mas também de um grande e autêntico símbolo: o signo do juramento popular (Völkerbeschwörend) da cruz gamada. Mas a jornada da liberdade do partido do Reich conduziu ainda a uma outra decisão em termos de direito constitucional. Para o caso onde a regulamentação atual da situação dos judeus não trouxesse seus frutos, o Führer evocou a possibilidade de um novo exame da questão, e ele assim deixou entender que, faltando uma solução legal da questão, ela poderia ser transferida ao partido. Essa é uma séria advertência. Pois, de todo modo, o partido nacional-socialista dos trabalhadores alemães foi declarado ser o guardião da santidade völkisch: o guardião da Constituição. Os fundamentos da nossa ordem völkisch estão agora firmemente estabelecidos: o povo alemão com o seu Führer enquanto chefe de Estado e juiz supremo da nação, a ordem do movimento Nacional-Socialista enquanto guardião de nossa Constituição, e a Wehrmacht alemã com o Führer como chefe supremo.⁵⁴

Assim, o Nacional-Socialismo é uma doutrina acima e fora do estamento constitucional e legal, caso esse venha de encontro aos desígnios do partido, visto que o Führer é a origem e a fonte mesma das leis e da Constituição. Desta feita, em outro artigo publicado em 1936 na revista da Academia de Direito Alemão, a partir da conferência de 28 de novembro de 1935, em Berlim, intitulada “A legislação Nacional-Socialista e a reserva da ‘ordem pública’ no direito internacional privado”, Schmitt deixa claro que “pela legislação Nacional-Socialista, é um novo princípio, em termos de concepção de mundo (*Weltanschauung*), que aparece na legislação de um país europeu. É totalmente evidente que é aqui, e muito particularmente na *legislação racial* Nacional-Socialista, que se encontra o verdadeiro coração de nosso problema. Nós estamos aqui em presença de uma legislação sustentada pelo pensamento da raça que se choca com leis de outros países que, de modo também fundamental, não conhecem ou mesmo rejeitam as *distinções raciais*”.⁵⁵ Portanto, Schmitt confessa publicamente sua visão de mundo nazista, totalitária ao extremo, da década de 1920 até a sua morte, ainda que os schmittianos neguem essa evidência contra o próprio Schmitt. No Estado Total o direito é subordinado

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 56.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 63.

à ideologia do crime racial e do racismo de Estado. Isso significa que o Estado Nacional-Socialista estabelecia poder sobre qualquer pessoa alemã em qualquer país do mundo, pois as leis de Nuremberg eram extensivas à cidadania alemã ariana independentemente das fronteiras nacionais.

Assim, segundo Jean-Pierre Faye, a conferência de Carl Schmitt de 23 de novembro de 1932 é o marco zero do 3º Reich, que dá a largada no Estado Assassino, como é chamado por vários especialistas no nazismo. Hitler, beneficiário direto da conferência de Schmitt sobre o Estado Total, acabará por adotar o termo no Congresso dos Juristas Alemães de outubro de 1933, em Leipzig, onde ele vociferou que “o Estado Total não tolerará nenhuma diferença entre direito e moral” (“*Der totale Staat wird keine Unterschied dulden zwischen Recht und Morale*”). Faye ressalta que “esta frase de forte ressonância, mas quase desprovida de sentido, é a única que citação que aparece na rubrica “Direito Público”, no *Wortschatz*, o “Tesouro” da língua de Hitler, publicado ao tempo do seu Reich. Ela basta para fazer de Hitler um “discípulo” de Carl Schmitt pela referência”.⁵⁶ Schmitt conduz Hitler ao poder e à guerra de 50 milhões de mortos, sem levar em conta os outros 6 milhões que Schmitt confessa no diário que faltaram contabilizar no Holocausto, que seria de 12 milhões, conforme mencionamos anteriormente. Não é pouco, além de injustificável, para que os juristas se dêem ao trabalho insano e inútil de salvar a reputação de Schmitt, achando que com isso estão salvando as suas próprias reputações porque o consideram um gênio da jusfilosofia. Discípulos como Hitler não honram a biografia de Schmitt, e tampouco dos schmittianos. A sedução dos aspectos técnicos e eruditos da obra de Schmitt explica a adesão de juristas, mas não deve jamais com isso anular a face mais importante que é a instrumentalização da erudição e da técnica a serviço das trevas do genocídio.

Segundo Jean-Pierre Faye,

Carl Schmitt é o homem que determinou antecipadamente o Estado Total, e que abre a sessão da História a partir da qual é preciso contar os dias que conduzirão à cena terminal, aqui onde começa a catástrofe europeia do século XX. Com efeito, a conferência de 23 de novembro de 1932 confere às semanas seguintes a força de desfazer todos os obstáculos ao advento do Terceiro Reich, e de fazer para isso se concentrar os elementos do Estado Total que é o núcleo organizador dele.⁵⁷

56 FAYE, Jean-Pierre. *L'État total selon Carl Schmitt*. Paris: Germina, 2013, p. 15.

57 Idem, *ibidem*, p. 38.

A função de Schmitt não poderia ser mais clara. Ele é o teórico precursor do 3º Reich. Na conferência de 23 de novembro de 1932, Schmitt esclarece as novas e vantajosas relações entre economia e política com a implantação do Estado Total:

Nós vivemos na Alemanha uma politização de todas as questões econômicas, culturais, religiosas e outras, inconcebível para o pensamento do século XIX. Depois que se procurou durante alguns anos a economizar o Estado, pareceu agora, e inversamente, se politizar a economia totalmente. Agora compreendeu-se repentinamente a fórmula ativa e esclarecedora do Estado Total [die wirkende und erleuchtende Formel des totalen Staates]. Pode-se rejeitar o 'Estado Total' com gritos de indignação e de revolta como bárbaro, servil, não alemão ou não cristão, mas a coisa mesma não é contudo transportada fora do mundo. Todo Estado é forçado a se apoderar dos meios de potência dos quais ele tem necessidade para sua soberania política. Que ele faça isso, esse é mesmo o signo característico mais seguro do Estado efetivo.⁵⁸

Desse modo, Schmitt coloca o Nacional-Socialismo acima do cristianismo, como que subordinado, e dissociando o mundo humano do divino, como se fossem incomunicáveis, e portanto favorecendo a lei da maldade contra o imperativo do amor ao próximo. Segundo Schmitt, “para o Estado Total, somente pode servir uma Revolução igualmente total” [*Gegen der Totalen Staat, nur kann benutzt sein eine gleich totale Revolution*], o que conduziu à “Guerra Total” [*totaler Krieg*].⁵⁹

Da trágica conferência, que para Schmitt foi “um grande sucesso”, amadurecida desde 1931, mais precisamente a partir de 4 de dezembro de 1931 em Bremen, “onde falei uma hora e meia sobre o Estado Total”, Jean-Pierre Faye explicita o desdobramento: “Mas o Estado total não havia previsto nem exigido a total exterminação de um povo, vítima preliminar de várias outras posteriores que serão recenseadas e enumeradas por Himmler. Foi isso que faltou a esta ‘fórmula’, a ponto de ser denunciada pelo Corpo Negro da SS, órgão oficial da matança? Mas sem o conceito desenvolvido na conferência de 23 de novembro de 1932, que vai galvanizar o público da União do Nome Longo e, através dela, incendiar a História – sem ele a matança do ‘Corpo Negro’ na Europa não teria seu local, seu espaço, sua *autorização*. A singular interação do Estado Total e do Corpo Negro da SS será de fato

58 Idem ibidem, p. 36

59 Idem, ibidem, p. 48-72.

um dos mais graves enigmas da História. Como um conceito grosseiro cuja preparação parece descuidada segundo o próprio autor “[...] *arbeitete schnell ein paar Stunden für meinen Vortrag*” (*Tagebücher*, 22-11-1932), “eu trabalhei algumas horas para a minha conferência do dia seguinte [...]”, e da qual o ‘grande sucesso’ é dito de passagem com uma espécie de estranha despreocupação, vai entrar no canto mais agudo do tempo da história, e despedaçar todas as formas do tempo? E dar o poder e os meios quase absolutos da violência aos homens do *Schwarze Korps* [...]”⁶⁰ Com efeito, o Corpo Negro da SS levou às últimas consequências o conceito de Estado Total como Revolução Total, e inevitavelmente como Guerra Total.

A indissociabilidade entre *Totale Staat* e *SS Staat* é demonstrada com grande rigor teórico e conceitual por Jean-Pierre Faye, para quem “uma leitura realmente se impõe: a comparação do *Totale Staat* de Carl Schmitt com a sua versão ‘real’, realizada: o *SS Staat*, tal como o descreverá Eugen Kogon no pós-guerra. E uma nova questão se põe imediatamente: Schmitt teria colocado a si mesmo a questão desta possibilidade de comparação? Ele próprio vai ler, mais tarde, o livro de Eugen Kogon, seu contemporâneo? Do *totale Staat* ao *SS Staat*: é a passagem da narrativa antecipada à coisa mesma. Dar conta com antecipação do que vai acontecer e o descrever já em andamento, rumo ao real, mas em seguida o descobrir como tendo já acontecido, esse é o trabalho da história como campo experimental. Onde as linguagens da morte se disseminam como uma lava de veneno, se diversificando segundo uma escala de crueldade variável mas em implacável crescimento”⁶¹.

A materialização da narrativa nas linguagens da morte está obviamente prevista pelo filósofo, qualquer filósofo, portanto, Carl Schmitt estava completamente consciente das consequências práticas da aplicação de políticas públicas na atualização do Estado Total. Melhor, é realmente o que deseja que aconteça, pois o pensamento pressupõe o desejo oculto ou manifesto da sua realização no mundo empírico. Assim, Schmitt *sabia* e *queria* o genocídio da comunidade judaica alemã, em um primeiro momento, europeia no segundo, e mundial, no terceiro. Não sejamos ingênuos, nem tenhamos má-fé ou desonestidade intelectual, pois hoje todos temos muito mais informações sobre Schmitt. Segundo Jean-Pierre Faye,

60 Idem, *ibidem*, p.72.

61 Idem, *ibidem*, p. 83.

na Alemanha de hoje se contam nos dedos da mão, como poderia ser nos dedos do pé, os admiradores schmittófilos. É mais fácil encontrar schmittianos no Brasil que na Alemanha. Com efeito,

Em 23 de novembro de 1932 nós vemos Fritz Springorum anunciar a conferência de Carl Schmitt: 'Uma economia sã em um Estado forte'. E esse Estado 'forte' vai tomar para Schmitt o nome histórico e decisivo do *totale Staat*. Em 16 de abril de 1945, menos de doze anos mais tarde, cinco dias após a chegada no campo de Buchenwald das primeiras forças blindadas dos exércitos aliados, acompanhadas da Psychological Warfare Division, esta foi encarregada de preparar um relatório sobre o 'modo de instalação' de um campo de concentração nazista. Esse relatório será o de Eugen Kogon, e será publicado ulteriormente sob o mesmo título de <SS Staat> no pós-guerra. Essas duas proposições cercam o enigma do Estado em suas formas patológicas no curso do século XX. O primeiro é um projeto de instalação, em vista de uma forma inédita do Estado, e ele se apresenta como objeto de estudo de um caso novo que, em suas próprias palavras, se revela um caso patológico: estudo previsto por uma singular instituição chamada Associação do Nome Longo. O outro projeto que será iniciado a partir do projeto precedente tornou-se uma instituição monstruosa: a das formas de concentração dos campos de extermínio que se revelaram ter sido o efeito real do projeto precedente [...] *Totale Staat* e *SS Staat* são então como duas formas gêmeas, porém siamesas. Uma é o projeto, ratificado sucintamente por aquele que vai dele se beneficiar. O outro efetivará o projeto anterior, por sua própria experiência, e a colocará em juízo segundo os critérios de sua brutalidade, e na medida de seus cruéis efeitos.⁶²

Assim, os campos de concentração e extermínio estavam previstos conceitual e juridicamente no Estado Total, pois previa a execução prática que viria a ser comandada pelo Estado SS. A invenção macabra de um conceito como o do Estado Total estava lastreada pelo Estado Soviético, conforme confissão pública de Schmitt. Ele mesmo não reivindica para si nenhuma originalidade, pois também o *Stato totalitario* já havia sido batizado e institucionalizado por Mussolini. A originalidade de Schmitt foi fazer mergulhar a Alemanha nas trevas do Estado Total. A originalidade dos campos de concentração e extermínio do Estado Total SS foi germano-nazificar o Gulag a partir de uma missão enviada por Hitler com a autorização de Stalin.

62 Idem, *ibidem*, p. 84.

A germanidade do conceito de Estado Total não poderia deixar de ter o seu elemento inevitavelmente *Kitsch*. No parágrafo consagrado à “quarta-feira, 23 de novembro de 1932”, Schmitt relaxa para propor o sanguinário conceito. Assim, revela Jean-Pierre Faye, “a noite passada no Parkhotel parece ter sido calma. ‘Dormi bem, sem preocupação’, *behaglich*. ‘Conforto agradável’. [...] Essa quarta-feira 23 de novembro de 1932 começou muito bem, portanto. *Gut geschlafen, behaglich, angenehmer Komfort*, ‘bem dormido, despreocupado e agradável conforto’, e chega o amigo Erns Rudolf Huber, *mit einer hübscher Stenotypistin*, ‘com uma bonita estenógrafa’. Que prazer de ter *dictierte im Bett*, ‘ditado na cama’ a conferência sobre o Estado Total. [...] É na página 17 que Schmitt entra assim no desenvolvimento: ‘Sob a fórmula do Estado Total se esconde assim o conhecimento exato do fato que o Estado de hoje detém novos meios de potência inconcebíveis... O Estado Total nesse sentido é ao mesmo tempo um Estado forte, singularmente. Assim, *ele é total no sentido da qualidade e da energia*, como o Estado fascista se nomeia um *Stato totalitario*, razão pela qual ele quer dizer em primeiro lugar que os novos meios da potência pertencem exclusivamente ao Estado e servem sua elevação em potência.’ Mais precisões vão seguir: ‘Um tal Estado não permite se produzir nele mesmo nenhuma força que seja inimiga do Estado ou limitação do Estado, ou contenha forças que dividam o Estado’. ‘Esse Estado não pensaria jamais em deixar os novos meios de potência a seus inimigos e detratores, e em remeter sua própria potência aos clichês de linguagem que seriam liberalismo, Estado de direito ou qualquer outra maneira de nomear o que viria a enterrá-lo. Ele pode distinguir amigo e inimigo.’⁶³ A ideia do Estado forte é nutrida pela “potência” da virilidade *Kitsch* do atendimento erotizado de uma bonita estenógrafa no leito de Schmitt no dia da fatídica conferência dos “novos meios de potência”, que passou para a história como a origem do Leito de Schmitt como o Leito de Procusto da barbárie Nacional-Socialista. À “potência” sexual de Schmitt corresponde a impotência humanista. Estado de direito e liberalismo são as bobagens da democracia burguesa que tanto desprezo e ódio geravam em Stalin, Schmitt, Heidegger, Jünger e Hitler. O Estado Total schmittiano se configura e se conforma o Estado da exterminação total, lembra Jean-Pierre Faye.

O “Estado protege”, afirma Schmitt. Quem, perguntamos nós? Segundo Jean-Pierre Faye, “constituir os vocábulos para as coisas, segundo um velho

63 Idem, *ibidem*, p. 89.

autor pós-medieval, seria uma tarefa divina. Mas aqui, os vocábulos *fizeram* as coisas, e isso pois se anteciparam às coisas. O problema aqui é este singular avanço sobre a coisa. Com efeito, a linguagem se anuncia como o perigo, aquele que se pretende salutar, e mesmo se apresenta como remédio político. Esse remédio se descobre ‘o mais perigoso de todos os bens’, segundo a previsão de Hölderlin. Essa previsão é enigma, anunciado à sombra do século XVIII, e reiterado pelo próprio filósofo Heidegger que vai tomar parte violentamente nesse mergulhar no perigo, impondo pela primeira vez o anúncio da ‘exterminação total’ para o ‘inimigo interior [...] o asiático’ – *das Asiatische*.⁶⁴ Fórmula antecipadora repetida por Hitler vários anos depois ao Marechal Walter von Reichenau por ocasião do avanço da guerra total do Estado Total “qualitativo” na ofensiva nazista no front oriental, que decidiu combater “o perigo judeu-asiático”, *asiatisch-jüdische Gefahr*.

Finalmente, nós devemos frisar o falsíssimo cristianismo católico de Carl Schmitt. Jean-Pierre Faye por diversas vezes constesta o “catolicismo”-schmittiano, como aqui, mencionando o seguinte:

“Um historiador contemporâneo⁶⁵ perguntou-se repentinamente se Carl Schmitt não era, ele o ‘católico de raça’ [*Rassenkatholik*], não era de fato um ‘marcionista’, no sentido do famoso herético famoso do IV século, Marcion. Este percebia na História um Deus duplo, um para cada parte da *Bíblia* de Alexandria. Um Deus Antigo Testamento, um Deus Novo Testamento. Cada um dos “Testamentos”, dos *Testamenta* ou antes dos *Diatekhai*, cada uma das duas Bibliotecas ou Diatecas teria tido um Deus. Nos termos de Schmitt, teria havido um ‘Deus judeu’ pior que o outro. Isso que justificaria que eles mesmos não tenham sido ‘bem’ tratados, e mesmo maltratados. O que se chama, no *Tagebuch*, o *Boykott*.

Houve nisso uma curiosa ironia. Ao fim da guerra mundial, Schmitt dialoga com seus juízes, Ossip Flechtheim, depois Robert Kempner, e em seguida com seus mais caros discípulos, em Plettenberg, no Sauerland. Esse ‘católico de raça’, como ele se autodenomina (não sem algum deboche), poderia ser descrito como aparentado ao que se nomeava nos primeiros séculos a heresia marcionista? De Marcion, o velho, *Dicionário Universal* de Bouillet em 1842 nos diz que foi, ainda que sacerdote, expulso da Igreja ‘por ter

64 Idem, *ibidem*, pg. 123.

65 STORME, Tristan. *Carl Schmitt et le marcionisme*, Ed. Cerf, 2008.

seduzido uma virgem'. Esse ponto não bastaria para se tornar heresiarca. O que conta é a sua gnose, que admite dois princípios divinos. Ao primeiro princípio divino é atribuída a antiga lei, autora do mal, quer dizer, a *Bíblia* judaica, segundo o nome que ela toma em Alexandria. Ao segundo princípio divino, a nova lei, a nova 'diathèqué', ou 'diateca', de Paulo, o 'Novo Testamento' – ainda será preciso a Schmitt rejeitar a maior parte daquilo que Paulo religa à esta *Bíblia* judaica dos 'Setenta' (*Septuaginta*) tradutores judeus de Alexandria. O marcionismo é essa gnose antijudaica que parece a tomada de posição schmittiana nos tempos do Terceiro Reich. Contudo, pode-se dizer de Carl Schmitt que ele é conscientemente marcionita? Isso seria lhe conceder honra demais. É verdade que a sua tomada de posição nos tempos do nazismo faz dele um marcionita 'moderno': a recusa verdadeiramente fanática do que é chamado recorrentemente Antigo Testamento, isto é, a soma imensa da cultura hebraica e judaica, só se pode pensar que em nome de um racismo do pensamento, simultaneamente patológico e fanático. Mas por que Marcion rejeitava esse 'Antigo Testamento'? E por que Schmitt?

Lendo o *Tagebuch* (*Diário*), surge claramente que esse furor antijudaico só se afirma e aumenta a partir de 30 de janeiro de 1933. Antes de entrar no Café Kutschera para aí tomar conhecimento da nomeação de Hitler como primeiro-ministro, em nenhuma página do Diário o personagem Schmitt não é o do fanático *völkisch* como ele o é dentro da Alemanha e da Europa da época. [...] Os melhores eventos datam da terça-feira 3 de outubro de 1933. No Congresso dos Juristas de Leipzig, 'grande sucesso', '*grosser Erfolg*': é a sua contribuição às 11:00h no auditório da Universidade de Leipzig. O título é ostentoso: 'A nova construção do Estado e do direito administrativo'. Melhor ainda: 'um magnífico discurso de Adolf Hitler sobre o Estado Total', *wunderbare Rede Adolf Hitlers über den totalen Staat*'. Em 28 de outubro de 1933 a situação se descreve em duas linhas e termina muito bem. '*Wunderbarer Koitus, schöne Duschka*', 'Magnífico coito, bela Duschka'. Assim, tudo vai bem com Duschka, nascida Todorova, mas tudo vai igualmente muito bem com o Führer que adotou o conceito do Estado total".⁶⁶

O Estado Total é um conceito antisemita de cunho exclusivamente racista, visando a implantação do totalitarismo Nacional-Socialista inspirado no "sucesso do Estado forte da União Soviética", conforme a própria

66 Idem, *ibidem*, p. 131-133.

confissão de Schmitt. Segundo Jean-Pierre Faye, “Carl Schmitt foi aquele que moldou o metal da História em uma formulação estatal por um brevíssimo instante. Em seguida, esse ferro se cobrirá de sangue”.⁶⁷ Com efeito, o homem molda a matéria, e a matéria molda o homem. O homem plasma o conceito, e o conceito plasma o homem.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. *Modèles critiques*. Paris: Payot, 1984.
- BLUMENBERG, Hans. *Ästhetische und metaphorologische Schriften*. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.
- FAYE, Jean-Pierre. *L'État total selon Carl Schmitt. Ou comment la narration engendre des monstres*. Paris: Germina, 2013.
- FORSTHOFF, Ernst. *Der totale Staat*. Hambourg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.
- GROSS, Raphael. *Carl Schmitt et les Juifs*. Paris: PUF, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Die Normalität einer Berliner Republik. Kleine Politische Schriften VIII*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1995. *Más allá del Estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- HEIDEGGER, M. *L'introduction du nazisme dans la philosophie*. Paris: Albin Michel, 2005.
- _____. *Nietzsche II*. Paris: Gallimard, 1971.
- _____. *Schwarze Hefte, 1939-1941*. Gesamtausgabe, Band 96, Überlegungen XII - XV, Frankfurt am Main: Editora Vittorio Klostermann, 2014.
- KOELLREUTTER, Otto. *Deutsches Verfassungsrecht*. Berlin: Junker & Dünnhaupt Verlag, 1933.
- LEMKIN, Rafaël. *Axis Rule in Occupied Europe*. Trad. francesa: *Qu'est-ce qu'un génocide?*. Paris: Éditions du Rocher, 2008.
- NEJAR, Carlos. *Odysseus, o Velho*. Porto Alegre: Companhia Editorial, 2010.
- SCHMITT, Carl. *Ex Captivitate Salus*. Paris: Vrin, 2003.
- _____. *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Berlin: Duncker u. Humblot, 1991.
- _____. *Legalidade e Legitimidade*. Belo horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- STORME, Tristan. *Carl Schmitt et le marcionisme*, Ed. Cerf, 2008.
- STUCKART, Wilhelm. *Der Staatsaufbau des Deutschen Reiches in systematischer Darstellung*. Leipzig, Verlag W. Kohlhammer, 1943.
- TRIERWEILER, Denis. *Georges Sorel et Carl Schmitt: D'une théorie politique du mythe à l'autre*, in *Carl Schmitt ou le mythe du politique*. Coordenação de Yves Charles Zarka, Paris: PUF, p. 42
- _____. *Polla ta deina, ou comment dire l'innommable. Une lecture d'Arbeit am Mythos*. Paris: Revue Archeves de Philosophie 67, 2004, p.254.
- _____. *Une étrange édition: Schmitt expurgé*. Paris, Revue Cités 17 – PUF, 2004, p. 176.
- _____. *Remarques sur la discrimination ami/ennemi et sur le jus publicum européen*. Paris : Revue Droits 40, 2004.
- _____. *Interview à la Revue Le Rideau*, Paris, 7 de maio de 2014.
- ZARKA, Yves Charles. *Carl Schmitt ou le mythe du politique*. Paris: PUF, 2009.

67 Idem, ibidem, p. 145.

DE FATO E DE DIREITO

O que estamos pesquisando

Neste espaço o leitor encontra reunidas as ementas aprovadas pelos professores da Grande Florianópolis, referentes aos trabalhos monográficos por eles considerados destaque, em função da qualidade de pesquisa e metodologia, bem como da perfeição textual diretamente supervisionada e revisada pelos orientadores de cada tema.

O REGISTRO CIVIL DE MÚLTIPLOS GENITORES EM DECORRÊNCIA DA SENTENÇA JUDICIAL DE PROCEDÊNCIA DA FAMÍLIA MULTIPARENTAL

ACADÊMICA: **Ana Paula Moreira**

ORIENTADORA: **Gisele Rodrigues Martins Goedert**

EXAMINADOR: **Elvis Daniel Muller**

EXAMINADORA: **Andrea Cosme**

RESUMO

O presente trabalho monográfico visa a estudar como se procede ao registro civil de múltiplos genitores em decorrência da averbação da sentença judicial que reconhece a família multiparental. O referido ato registral representa a afirmação jurídica de uma realidade social recorrente em nossos dias, qual seja a formação de núcleos familiares construídos com base na afetividade, superando a supremacia da verdade biológica em decorrência da valorização da verdade de fato. Considerando a inexistência de norma específica para a regulamentação do registro civil de genitores plurais, o ato deve se dar, primordialmente, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade e da igualdade entre as espécies de filiação, observando-se paralelamente as determinações e permissões da legislação que rege o serviço notarial. Desta forma, sem ofensa ao ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se viável reconhecer a paternidade afetiva sem prejuízo da biológica, ou ainda, parentalidades afetivas múltiplas de forma concomitante, ratificando registralmente a situação de fato do filho multiparental, para assegurar-lhe o pleno exercício dos atos da vida civil de forma plena e regular. Para a realização do presente estudo, foi adotado o método dedutivo de abordagem, aliado à pesquisa de natureza básica e técnica bibliográfica, partindo de referenciais teóricos, para alcançar a correlação do tema com os casos em concreto apresentados pelo cotidiano social do tempo presente.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito de Família. Registro Civil. Multiparentalidade.*

HIPÓTESES DE REDIRECIONAMENTO DO POLO PASSIVO EM AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL CONTRA EMPRESA DE SOCIEDADE LIMITADA

ACADÊMICA: **Andreza Cristina Martins**

ORIENTADOR: **Alexandre Russi**

EXAMINADOR: **Hernani L. Sobierajski**

EXAMINADORA: **Deisi C. Schweitzer**

RESUMO

O objetivo geral da pesquisa do presente trabalho é analisar os possíveis sócios de uma empresa de sociedade limitada, que possam ter seus bens executados em ação de execução fiscal contra a pessoa jurídica, no procedimento de redirecionamento do polo passivo. Desse modo, os objetivos específicos foram conceituar a empresa de sociedade limitada, explicando como se dá sua administração; de conceituar e explicar a responsabilidade tributária, tanto dos sócios como dos administradores, como também analisar a obrigação tributária e o sujeito passivo; de conceituar e explicar a execução fiscal, seu procedimento legal, a sujeição passiva e as hipóteses de redirecionamento do polo passivo desse tipo de execução, contra sociedade limitada. O método de abordagem utilizado no trabalho foi o dedutivo e, para tanto, foi utilizada a técnica bibliográfica, bem como a técnica documental. Dessa forma, chegou-se à conclusão que a análise de quem deve integrar o polo passivo da ação de execução fiscal não deve ser engessada, deve-se, dessa maneira, ser investigada de acordo com cada caso em concreto, a fim de executar aquele que realmente preencha os requisitos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que a sua responsabilidade é subjetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade Limitada. Responsabilidade Tributária. Execução Fiscal. Redirecionamento.

O (DES)RESPEITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AOS POLICIAIS MILITARES

ACADÊMICO: **Antonio Marcos Barreiros**

ORIENTADORA: **Giglione Edite Zanela**

EXAMINADORA: **Luciana Fáisca Nahas**

EXAMINADOR: **Javier Rodrigo Maidana**

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso, na graduação em Direito, que tem como objetivo demonstrar o (des)respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana dos policiais militares, por parte do Estado, no que tange ao exercício da atividade policial. Os objetivos específicos do trabalho consistem em discorrer sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posteriormente, demonstrar como funciona o serviço de segurança pública no Brasil e quais as atividades de responsabilidade das polícias militares e apresentar a conclusão do trabalho, no que tange ao desrespeito a tal preceito constitucional por parte do Estado para com esses profissionais. Dessa maneira, apresentando, ao menos superficialmente, as dificuldades que enfrentam esses homens e mulheres no cotidiano do serviço policial militar, quando o assunto é o amparo que o Estado fornece a esses, para que eles desempenhem suas funções de uma forma digna, porque não basta cobrar um serviço de qualidade, é preciso que se forneçam meios para que este serviço seja prestado a contento. Para alcançar o objetivo proposto, a pesquisa pauta-se pelo método de abordagem dedutivo, de natureza qualitativa. Quanto ao procedimento, opta-se pelo método histórico e monográfico, sendo utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: *Princípio. Dignidade da Pessoa Humana. Polícia Militar. Segurança Pública.*

INCIDÊNCIA DE ICMS E ISS NO SOFTWARE COMO SERVIÇO (SaaS) DISPONIBILIZADO POR COMPUTAÇÃO EM NUVEM

ACADÊMICA: **Bruna Helena da Silva Matos**

ORIENTADORA: **Tânia Maria Françosi Santhias**

EXAMINADORA: **Patricia de Olivera França,**

EXAMINADORA: **Claudia da Silva Prudêncio**

RESUMO

Baseando-se no fato de haver no Brasil grande insegurança jurídica acerca dos aspectos conceituais, normativas e tributárias que envolvem o mundo da tecnologia da informação, o presente trabalho de conclusão de curso adentra as questões atinentes ao meio de tributação do Software como Serviço (SaaS) disponibilizado por Computação em Nuvem, delimitando as possibilidades de definição do objeto em questão como mercadoria ou serviço, de modo a constituir fato gerador de obrigação tributária que possibilite a incidência de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) ou Imposto sobre Serviço (ISS). Para tanto, apresenta-se conceitos preliminares que embasam o universo jurídico-tributário, dentre os quais os tópicos relativos ao sistema tributário nacional; bem como as concepções técnicas e jurídicas que norteiam o universo da tecnologia da informação, especialmente acerca do Software e Computação em Nuvem. Ainda, apresenta-se ao longo dos capítulos propostos os aspectos centralizadores do ICMS e ISS, como características gerais e fato gerador, objetivando, com base na doutrina, legislação e jurisprudência estabelecida, constituir um parâmetro de análise tributária específico de adequação do objeto SaaS disponibilizado por Computação em Nuvem como alvo de incidência tributária de acordo com o regimento normativo nacional atualmente estabelecido.

PALAVRAS-CHAVE: *Computação em nuvem. Cloud Computing. SaaS. Software. Software as a Service. ICMS. ISS.*

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS EM MANIFESTAÇÕES MULTITUDINÁRIAS

ACADÊMICA: **Clarissa Stainbach Melo**

ORIENTADOR: **Henrique Barros Souto Maior Baião**

EXAMINADORA: **Eliana Becker**

EXAMINADORA: **Priscila de Azambuja Tagliari**

RESUMO

O objetivo deste trabalho é comprovar a responsabilidade civil do Estado decorrente dos danos causados em manifestações multitudinárias. Preliminarmente, o estudo trata dos direitos fundamentais, com ênfase no direito à manifestação previsto no art. 5º, XVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e nos requisitos que o legitimam. Delineiam-se os efeitos sociais negativos e a forma de atuação do Estado em caso de depredação de bens públicos e privados. Na sequência, a responsabilidade civil prevista no Código Civil de 2002, instituto que restabelece o equilíbrio social por meio de indenização ante prejuízo causado pelo autor do dano. E ainda: os pressupostos para a configuração da responsabilidade de indenizar, ressalvadas as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil em decorrência do rompimento donexo causal, e as quatro modalidades de responsabilidade civil: subjetiva, objetiva, contratual e extracontratual. Por complemento, elementos da responsabilidade objetiva, prevista no artigo 37, § 6º, da CRFB/1988, e da responsabilidade subjetiva, fundamentada no Código Civil Brasileiro. Conclui-se ser a modalidade subjetiva a que melhor justifica a responsabilidade do Estado nos casos de omissão quanto ao dever de garantir segurança ao cidadão e ao seu patrimônio - teoria da falta do serviço, hipótese restrita aos casos de omissão genérica. Recorre-se à pesquisa exploratória, com método de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico, e à técnica bibliográfica, por meio do estudo de legislação, livros, artigos científicos e decisões jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: *Manifestação multitudinária. Responsabilidade civil do Estado. Teoria da falta do serviço.*

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE FALTA OU CARÊNCIA DE RECURSOS MATERIAIS

ACADÊMICA: **Fernanda Grangeiro Malty Seixas Busse**

ORIENTADORA: **Danielle Maria Spezim dos Santos**

EXAMINADOR: **Alexandre Botelho**

EXAMINADORA: **Andréia Catine Cosme**

RESUMO

Este trabalho se situa no ramo do Direito da Criança e do Adolescente. Aborda-se o direito à convivência familiar diante da condição de pobreza das famílias e, para uma abordagem específica, restou lançada a seguinte problemática jurídica: a falta ou a carência material das famílias, por si só, justifica o rompimento do vínculo familiar? Nessas hipóteses, há alternativas ao afastamento entre a família e os filhos? Existem normas e políticas que visem viabilizar a assistência social das famílias em questão? Desta maneira, com o fim de encontrar uma resposta para esse questionamento, analisa-se a importância da convivência familiar para a população infanto-juvenil, com base na doutrina e nos preceitos constitucionais, estatutários e nas demais normas relacionadas. O método de abordagem adotado neste trabalho é o dedutivo e as técnicas de pesquisa são a bibliográfica e a documental. Inicialmente, serão abordados alguns aspectos histórico-normativos acerca do período anterior e posterior à doutrina da proteção integral, abarcando as inovações trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Na sequência, serão analisados os direitos fundamentais da criança e do adolescente dentro da Lei nº. 8.069, sendo ampliadas as considerações sobre o direito à convivência familiar, principalmente, sobre a questão das famílias em situação de falta ou carência de recursos materiais mediante o artigo 23 do Estatuto. Serão apontadas também demais normativas que versam sobre o direito à assistência social, até, por fim, comparar as previsões estatutárias com os dados apurados nas pesquisas contidas no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. O resultado obtido com esta pesquisa demonstra que os laços afetivos formados no seio da família são indispensáveis para a construção emocional e da personalidade das crianças e dos adolescentes e que a pobreza não constitui motivo para que esses vínculos sejam cortados. O mais importante é saber reconhecer que carência material, por si só, não é violação de direito que legitime saída do meio familiar.

PALAVRAS-CHAVE: *Criança. Adolescente. Convivência familiar. Pobreza.*

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA NO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO (ART. 28, DA LEI N. 11.343/2006)

ACADÊMICO: **Gabriel Jose Rodrigues**

ORIENTADOR: **Aldo Nunes da Silva Junior**

EXAMINADOR: **Jorge Luiz Lima**

EXAMINADOR: **Adão Daniel da Silva**

RESUMO

A Lei 11.343/2006, atual lei de drogas, revogou as anteriores Leis nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002. Ao revogá-las, foi inovada a política nacional sobre drogas em diversos aspectos, inclusive alterando as penas previstas ao crime de porte de droga para uso próprio, que na legislação anterior previa a possibilidade de pena privativa de liberdade, enquanto que na atual legislação isso não mais ocorre. Dessa forma, criou-se estopim para a discussão doutrinária a respeito da (des)criminalização da conduta mencionada, cujas correntes pela criminalização e pela descriminalização foram vistas. Tomou-se por base a corrente adotada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence (STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007), que afirma ter havido mera despenalização, mantendo-se a conduta como crime. Assim, examinou-se o princípio da proporcionalidade da pena, em que se verificou ser ele quem delimita a razoabilidade e proporção entre a extensão e a capacidade lesiva do crime para com as penas a serem impostas. Desse modo, ponderou-se tanto as consequências do uso contínuo ou periódico da droga para o próprio usuário, quanto para a sociedade como um todo. Destarte, se constatou que a capacidade lesiva da conduta de portar droga para uso próprio é grande, e suas atuais penas não atendem ao princípio da proporcionalidade da pena. Para se atingir o objetivo do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo e as técnicas empregadas foram bibliográficas, qualitativas e históricas, com exploração nas doutrinas, julgados, convenções e legislações.

PALAVRAS-CHAVE: Porte de droga para uso próprio. Penas. Princípio da proporcionalidade da pena.

DIREITO DE COMUNICAÇÃO X PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA OPINIÃO PÚBLICA

ACADÊMICO: **Gesiel Cezar de Melo**

ORIENTADORA: **Patrícia Ribeiro Mombach**

EXAMINADOR: **Everson Becker Silva**

EXAMINADORA: **Maria Lúcia Pacheco F. Marques**

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a influência exercida pelos meios de comunicação à vida social do acusado/investigado de determinado crime, uma vez que esta contribui significativamente para a formação da opinião pública, podendo ocorrer a violação de um princípio constitucionalmente garantido a todos os cidadãos, qual seja, a Presunção de Inocência. Dela se extrai que todos são presumidamente inocentes até que haja sentença penal condenatória do Estado. Desta forma, buscou-se fazer uma breve análise sobre as garantias constitucionais imprescindíveis e inerentes à pessoa, garantindo ao cidadão a ordem e a segurança perante o processo e à sociedade. Neste sentido, fez-se uma introdução sobre a trajetória da mídia na sociedade brasileira, percebendo a sua facilitação ao acesso e sua importância na formação da opinião pública, graças ao seu alcance e sua utilidade, abordando, ainda, o sensacionalismo na divulgação da informação. Ao final, buscou-se compreender o motivo que leva o crime à mídia de forma exploratória, demonstrando, através de casos concretos, o direito de comunicação em detrimento à presunção de inocência, onde constatou-se que o exercício abusivo daquele coloca os sujeitos passivos a mercê de sanções não vindas pelo judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito de Comunicação. Presunção de Inocência. Opinião Pública.*

AS IMPLICAÇÕES DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM AÇÕES NEGATÓRIAS DE PATERNIDADE E MATERNIDADE

ACADÊMICA: **Hislaine Tomaz Belmiro**

ORIENTADORA: **Luciana Faisca Nahas**

EXAMINADOR: **Javier Rodrigo Maidana**

EXAMINADORA: **Lilian Maciejewski**

RESUMO

O presente trabalho objetiva verificar quais os prováveis resultados de ações negatórias de paternidade e maternidade quando instauradas sobre uma relação familiar em que efetivamente seja constatada a filiação socioafetiva. Para tanto, será empregado o método dedutivo, com a utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Destarte, serão especificados os princípios norteadores do Direito brasileiro, principalmente no que concerne ao Direito familiar, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como far-se-á uma análise das espécies de filiação existentes no Código Civil de 2002, delineando os principais elementos da filiação socioafetiva. Ademais, muito importante para a obtenção de um resultado satisfatório será a análise de arestos que reconhecem a ocorrência da filiação socioafetiva e tratam de suas peculiaridades, e a consideração dos aspectos particulares desta espécie de filiação extrajudicialmente no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ainda, abordar-se-ão as características das ações negatórias de paternidade e maternidade, alcançando assim o cerne da pesquisa, qual seja a correlação da incidência da filiação socioafetiva com as decisões destes litígios. Desta feita, o intuito principal do presente trabalho é demonstrar o caráter de improcedência das ações negatórias de paternidade e maternidade, quando efetivamente verificada a socioafetividade na filiação.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito de família. Filiação socioafetiva. Ação negatória de paternidade ou maternidade.*

A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA APLICADA FRENTE À FRAUDE NA PARTILHA DE BENS NA AÇÃO DE DIVÓRCIO

ACADÊMICA: **Isabella de Souza Nogueira**

ORIENTADOR: **Alexandre Russi**

EXAMINADOR: **Hernani Luiz Sobierajski**

EXAMINADORA: **Deisi Cristini Schweitzer**

RESUMO

A independência patrimonial, adquirida por meio da personificação da sociedade, terminou por impelir práticas abusivas ou ilícitas por parte do cônjuge empresário que, para burlar a meação na ação de divórcio, desvia para a pessoa jurídica os bens pertencentes à sociedade conjugal. Diante desse cenário, apesar de não positivada pela norma jurídica brasileira, a doutrina e jurisprudência têm reconhecido a possibilidade de aplicação da Teoria da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica para levantar o véu societário e coibir a incidência da fraude ou confusão patrimonial entre os bens pertencentes ao matrimônio e os registrados em nome da sociedade. Com o objetivo de verificar a possibilidade de aplicação do instituto, utilizou-se, neste estudo, o método de abordagem dedutivo, partindo de um contexto geral para um específico, respaldado na técnica de pesquisa bibliográfica, a partir da análise de diferentes doutrinas e na técnica documental, fundamentada na análise de jurisprudências e legislação. Finalmente, conclui-se que, apesar de ser um mecanismo pouco aplicado, a *Disregard Doctrine* tem importância fundamental no Direito de Família, com o objetivo de proteger a equidade na meação e evitar o mau uso da pessoa jurídica resguardando a sociedade dos atos jurídicos praticados em desacordo com a sua finalidade social.

PALAVRAS-CHAVE: *Sociedade empresarial. Partilha de bens no divórcio. Desconsideração inversa da personalidade jurídica.*

A INTERDIÇÃO E A CURATELA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ACADÊMICA: **Isis Gonçalves de Castro**

ORIENTADORA: **Gisele Rodrigues Martins Goedert**

EXAMINADOR: **Elvis Daniel Muller**

EXAMINADORA: **Andrea Cosme**

RESUMO

O presente trabalho versou acerca da interdição e da curatela sob a ótica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de demonstrar se os institutos ofendem ou não tal princípio. Primeiramente, verificou-se brevemente a história e dificuldade de conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, conceitos e espécies de capacidade e incapacidade civil, bem como aspectos gerais acerca da interdição e da curatela, para então abordar algumas particularidades, quais sejam a (des)necessidade de interdição do prodígio, a disposição do Código Civil quanto a prestação de contas, o papel do Ministério Público na interdição e a possibilidade de ofensa ao princípio. Após o breve estudo, apresenta-se a interdição como possibilidade de afronta a dignidade humana, devendo ser analisada cada uma das hipóteses do art. 1.767 do Código Civil, ou, se necessário, o caso concreto. Destaca-se que o método utilizado foi o dedutivo, a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir do uso de doutrinas, artigos, legislação e julgados dos Tribunais Estaduais.

PALAVRAS-CHAVE: *Princípio da dignidade da pessoa humana. Capacidade civil. Interdição e curatela.*

MÉTODO APAC: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

ACADÊMICA: **Izabella Carabetti Gouvêa**

ORIENTADORA: **Priscila de Azambuja Tagliari**

EXAMINADOR: **Alexandre Botelho**

EXAMINADOR: **Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga**

RESUMO

O presente trabalho objetiva a apresentação de um modelo humanizado de cumprimento da pena, de modo a demonstrar a viabilidade e a eficácia da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados no efetivo cumprimento do disposto na Lei de Execução Penal e na Constituição Federal, principalmente no que tange à ressocialização dos apenados, a qual é amplamente visada por meio da humanização das penas, e que está inserta na justiça restaurativa. Para tanto, o método de abordagem utilizado nessa investigação foi o dedutivo, e, para o entendimento do assunto, foi utilizada a técnica bibliográfica e documental. Assim, por meio da presente pesquisa foi possível constatar as vantagens trazidas pelo método APAC em detrimento dos sistemas prisionais convencionais, o que permite concluir, que por cumprir com o disposto na Lei de Execução Penal, e, assim, humanizar a execução penal, tornou-se uma alternativa viável e efetiva para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Dessa forma, ao visar à recuperação e reinserção social do apenado à sociedade, a APAC permite a diminuição dos índices de reincidência e criminalidade, conforme dados contidos do presente trabalho. Além disso, convém ressaltar que o método APAC proporciona uma visão distinta do Direito Penal, pautada pela justiça restaurativa, e preocupa-se não somente com o apenado, como também com a vítima, e, principalmente, com a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: *Humanização da pena privativa de liberdade. Justiça restaurativa. Método APAC.*

AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

ACADÊMICA: **Jade Preis da Silva**

ORIENTADOR: **Henrique B. Souto Maior Baião**

EXAMINADOR: **Régis Schneider Ardenghi**

EXAMINADOR: **Alexandre Russi**

RESUMO

A presente pesquisa buscará analisar a aplicação do princípio da isonomia em relação às prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública para que ela possa atuar em posição de real igualdade. Para tanto, se usará o método de abordagem dedutivo. Adotou-se, ainda, a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, utilizando para isso, a legislação vigente e doutrinas referentes ao tema em estudo. O Estado é responsável pela prestação de serviços públicos de interesse de toda coletividade. Dessa forma, a Fazenda Pública possui algumas prerrogativas processuais para atuar em posição de igualdade em relação ao particular. No âmbito processual, este tratamento é muito questionado por, aparentemente, ofender o princípio da igualdade. O presente trabalho visa demonstrar que as prerrogativas processuais não violam o princípio da isonomia, muito pelo contrário, elas fazem com que o Estado consiga defender o interesse de toda a coletividade de forma equitativa e adequada. Isso porque, o Estado defende toda uma sociedade, não sendo justo ter as mesmas condições dos particulares, que defendem seu próprio mérito. Além disso, esta pesquisa demonstrará as mudanças em relação às prerrogativas processuais na sistemática do Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: *Fazenda Pública. Prerrogativas Processuais. Isonomia. Novo Código de Processo Civil.*

ACESSO AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE POR ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO BRASIL

ACADÊMICA: **Jéssica Oliveira Piacentini**

ORIENTADORA: **Milene Pacheco Kindermann**

EXAMINADOR: **Javier Rodrigo Maidana**

EXAMINADORA: **Andréia Catine Cosme**

RESUMO

Esta monografia objetivou analisar a possibilidade de acesso ao direito social à saúde dos estrangeiros que se encontram em território brasileiro de forma irregular. A pesquisa foi dividida em quatro objetivos específicos, abordados, pelo método indutivo, em cinco capítulos, por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e entrevista não estruturada, tendo como fontes a doutrina, a legislação brasileira, os tratados internacionais, a jurisprudência dos tribunais federais e os dados coletados perante as ouvidorias de Saúde no âmbito federal, estadual (SC) e municipal (Florianópolis) e a Polícia Federal em Santa Catarina. Verificou-se que o direito universal à saúde está contido na segunda geração de direitos humanos internacionalmente protegidos, sendo inerente a todos os seres humanos, nacionais, estrangeiros ou apátridas. Identificou-se que, no Brasil, o Sistema Único de Saúde – SUS desenvolve ações e presta serviços de saúde por meio de órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, tendo estes a maior responsabilidade pela saúde pública. Foi estudado o vínculo entre o Estado brasileiro e os indivíduos nacionais, bem como com os estrangeiros em situação de regularidade (com os diversos tipos de vistos concedidos) ou de irregularidade (sem vistos), sendo que os estrangeiros possuem os mesmos direitos que os brasileiros no que se refere ao acesso aos serviços públicos de saúde. A base legal foi encontrada nos artigos 5º, 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 95 da Lei 6.815/80 e nas Portarias n. 940/2011 e SAS/MS 84/97, do Ministério da Saúde. O acesso dos estrangeiros irregulares aos serviços públicos de saúde é garantido administrativamente nos sistemas federal, estadual e municipal, sendo que neste é exigido, para o atendimento, o comprovante de residência, mesmo contrariando as portarias ministeriais que o dispensam, o que pode, em certos casos, gerar obstáculo ao acesso. A jurisprudência é no sentido de que este acesso seja judicialmente garantido aos estrangeiros, inclusive aos irregulares, pelos princípios da Prevalência dos Direitos Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana.

PALAVRAS-CHAVE: *Estrangeiro. Direito à Saúde. Direitos Humanos.*

DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI

ACADÊMICA: **Joseane Noschang Battistella**

ORIENTADORA: **Carolina Giovaninni Aragão de Santana**

EXAMINADOR: **Denis de Souza Luiz**

EXAMINADORA: **Patricia de Olivera França**

RESUMO

Com o advento da Revolução Industrial, a mulher ingressou no mercado de trabalho. Diante das injustiças sofridas pelas mulheres nas indústrias, surgiram as primeiras leis de proteção ao trabalho da mulher. Com o passar dos anos, as normas protecionistas perderam a razão de existir, tornando-se discriminatórias, sendo justificáveis apenas as de proteção à maternidade. Primeiramente, a licença-maternidade tinha como destinatária apenas a empregada gestante. Em consonância com o § 6º, art. 227, da Constituição Federal, que proíbe a diferenciação entre filhos biológicos e adotivos, estendeu-se tal benefício às mães adotantes e que obtêm guarda judicial. Posteriormente, em razão do princípio da isonomia e da proteção integral da criança e do adolescente, a licença-maternidade passou a ser concedida a qualquer segurado que adotar ou obter guarda judicial, independentemente do sexo ou estado civil. A mesma lei também possibilitou a transferência do benefício previdenciário para o pai, no caso de falecimento da mãe. Em contrapartida a licença-paternidade ainda não foi regulamentada, garantindo ao pai apenas cinco dias para estar com seu filho.

PALAVRAS-CHAVE: *Licença-maternidade. Licença-paternidade. Princípio da isonomia.*

O IMPACTO DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO NAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS BRASILEIRAS

ACADÊMICA: **Juliana Macedo Andrade**

ORIENTADORA: **Tânia Maria F. Santhias**

EXAMINADOR: **Nélio Herzmann Júnior**

EXAMINADORA: **Eliane Luiz Espíndola de Souza**

RESUMO

O Estado contemporâneo tem o dever de estabelecer políticas públicas destinadas a concretizar os valores constitucionais inseridos no capítulo destinado ao regime jurídico econômico adotado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a presente pesquisa científica, na área do Direito Constitucional, Direito Tributário e Empresarial tem como objetivo o estudo do impacto da desoneração na folha de pagamento nas micro e pequenas empresas brasileiras. Justifica-se a escolha do tema pela relevância e atualidade. Com técnicas bibliográficas e documentais e método de abordagem dedutivo, aborda-se o tratamento tributário diferenciado destinado às micro e pequenas empresa, balizado por justificativas constitucionais. Além disso, apresentam-se os benefícios da simplificação e unificação do Simples Nacional. Ao final, percebe-se que as políticas fiscais, que incidem sobre a folha de pagamento das empresas, influenciam o cenário corporativo, social, bem como o econômico, refletindo no mercado de trabalho e na competitividade das empresas frente ao mercado internacional e a crise econômica interna.

PALAVRAS-CHAVE: *Desoneração. Folha de pagamento. Micro e Pequenas Empresas.*

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES

ACADÊMICO: **Júlio Strate Bolfe**

ORIENTADOR: **Denis de Souza Luiz**

EXAMINADOR: **André Opilhar**

EXAMINADOR: **Altamiro Diniz Filho**

RESUMO

O tema tem estrita relação com o cenário atual em que a ocorrência de massivas manifestações populares, oriundas do exercício das liberdades postuladas constitucionalmente e fruto de um conceito mais avançado de cidadania, teve o viés de demonstrar a incapacidade do Estado em gerir de forma apta o seu desenrolar, resultando em descalço para violência e desordem social, o que – por sua vez – ameaça a segurança pública, a vida e a incolumidade dos cidadãos, a propriedade pública e privada e o direito de ir e vir, também direitos fundamentais institucionalizados constitucionalmente. O título reverbera o objetivo geral, que é analisar as colisões entre os direitos fundamentais diretamente envolvidos nas manifestações populares, tais quais as liberdades de expressão e de manifestação que se subdividem em direito de reunião e os demais supracitados. O objetivo secundário é entender a evolução doutrinária que consagrou a forma de solucionar as colisões entre direitos fundamentais, analisando na prática, por meio de estudo da tutela legislativa e do entendimento do tribunal constitucional, como são resolvidas essas colisões. Para compreender a solução final será necessária a realização de pesquisa aplicada, de natureza bibliográfica, tanto para aduzir conceitos necessários ao entendimento do tema em perspectiva geral como para proporcionar o bom entendimento da evolução teórica, bem como a realização de pesquisa, de natureza documental, para propiciar a análise da regulamentação infraconstitucional de cunho restritivo às liberdades do cidadão e a atuação do judiciário diante de situações concretas. Realizado o trabalho braçal, serão descritos os direitos fundamentais envolvidos nas manifestações populares, sua evolução histórica até a consolidação constitucional, suas restrições e limitações. Ademais, estudar-se-á a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais e sua relação com a democracia, passando à diferenciação entre normas e princípios e todos os aspectos que envolvem a colisão dos direitos fundamentais, principalmente a evolução das teorias que visualizaram soluções à harmonização diante do plano de concretização. Por conseguinte, conclui-se que as colisões estudadas acontecem em plano fático e jurídico em bases diárias, cabendo ao legislador e ao tribunal constitucional o papel de aplicarem os instrumentos de ponderação e a hermenêutica constitucional para atingirem a solução mais adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Manifestações populares. Colisão entre direitos fundamentais. Ponderação de princípios e interpretação constitucional.

A MUDANÇA DE GÊNERO E OS SEUS REFLEXOS JURÍDICOS NA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA

ACADÊMICA: **Marina David Maria**

ORIENTADOR: **Paulo Calgaro Carvalho**

EXAMINADOR: **Wanio Wiggers**

EXAMINADORA: **Priscila de Azambuja Tagliari**

RESUMO

A diversidade sexual é um tema muito popular na atualidade e as instituições militares não estão escapes desse debate. As Forças Armadas, em especial a Polícia Militar de Santa Catarina (PMSC), ainda não preveem em seus regulamentos cargos destinados a transexuais e ainda não sabem lidar com essa novidade em suas fileiras. O objetivo dessa pesquisa é analisar a mudança de sexo e os seus reflexos jurídicos na PMSC e, para isso, serão conceituadas as formas de sexualidade que se apresentam em cada indivíduo, bem como serão abordados aspectos relevantes da legislação militar catarinense, principalmente no que diz respeito aos requisitos de ingresso e permanência do policial na corporação. Por fim, serão analisadas algumas consequências jurídicas da mudança de gênero de um militar, como a impossibilidade de transposição de cargo público e a impossibilidade de exclusão do serviço ativo com fundamento na sua transexualidade. Serão abordados ainda alguns princípios inerentes ao ser humano e que garantem o respeito e consideração por aqueles adquirem um novo sexo, além de discorrer de forma breve sobre como o tema é recepcionado em outros países, apresentando alguns exemplos de casos ocorridos nas Forças Armadas. Tendo em vista a ausência de legislação específica sobre o assunto, pretende-se acender um debate acerca na mudança de gênero e suas implicações jurídicas no universo policial militar.

PALAVRAS-CHAVE: *Mudança de gênero. Transexual. Polícia Militar de Santa Catarina.*

OS ALIMENTOS TRANSITÓRIOS COMO REFLEXO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NAS RELAÇÕES FAMILIARES

ACADÊMICA: **Mariana Pinheiro Ferreira**

ORIENTADORA: **Luciana Faísca Nahas**

EXAMINADORA: **Carolina Giovannini Aragão de Santana**

EXAMINADOR: **João Batista da Silva**

RESUMO

A presente monografia possui o objetivo de verificar como as mudanças nas relações familiares, com o advento da igualdade entre homens e mulheres no Direito de Família, afetaram a compreensão acerca da obrigação alimentar entre ex-cônjuges e ex-companheiros. O objetivo da pesquisa é alcançado por meio do método dedutivo. Inicialmente, o trabalho aborda os aspectos históricos das relações familiares e as principais alterações trazidas com a Constituição Federal de 1988, com enfoque no Princípio da Igualdade nas relações familiares. Após, trata-se especificamente do instituto dos alimentos, suas espécies, características, os pressupostos e os sujeitos desta obrigação. Por fim, chega-se à questão proposta por este trabalho monográfico, sendo apresentados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da prestação de alimentos entre ex-cônjuges e ex-companheiros. Com a pesquisa, conclui-se que as mudanças comportamentais das famílias brasileiras, as transformações vividas pela mulher e a consagração da igualdade com a Carta Política de 1988, possibilitou uma modificação na fixação da obrigação alimentícia baseando-se, também, no princípio da autorresponsabilidade, que eleva o trabalho a uma obrigação social de homens e mulheres; na potencial capacidade do alimentando de se reinserir no mercado de trabalho e, sobretudo, no princípio da igualdade. A partir desse entendimento, é possível afirmar que a obrigação alimentar transitória é a que melhor ampara as necessidades do alimentando desprovido de condições de alcançar sua própria manutenção, de maneira que possa conquistar, com equilíbrio, a inserção ou reinserção no mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: *Igualdade. Alimentos transitórios. Relações Familiares.*

DIREITO À MORTE DIGNA: TESTAMENTO VITAL E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA E AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA

ACADÊMICA: **Mayara Jucenilde Cadorm**

ORIENTADORA: **Giglione Edite Zanela**

EXAMINADORA: **Luciana Faísca Nahas**

EXAMINADOR: **Javier Rodrigo Maidana**

RESUMO

Trata-se de pesquisa monográfica realizada acerca do direito de morrer. A morte sempre foi tabu na sociedade. A busca da cura sempre foi o desejo da medicina em todos os casos de doença, porém, chega-se a um estágio que nem a mais avançada medicina consegue reverter. O debate acerca do testamento vital é recente e pouco a sociedade, de um modo geral, conhece a essência desse instituto, qual seja: garantir a autonomia privada do paciente quando este vier a ser acometido por doença grave, incurável, e podendo, também, nomear pessoa capaz para exprimir sua vontade. Para tanto, como forma de verificar sua possibilidade, validade e eficácia perante o ordenamento jurídico pátrio, realiza-se este estudo. Inicialmente são apresentados os conceitos de bioética e biodireito, e os princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia privada da vontade e do direito de liberdade. Verifica-se que tais princípios são garantidores da inclusão, validade, e eficácia do testamento vital no Brasil, como forma de garantir o direito à morte digna. Portanto, pelo estudo realizado acerca da Resolução nº 1.995, de 2012, do consentimento livre e esclarecido, do conceito de vida e morte, e das diferenças existentes entre ortotanásia, eutanásia, distanásia e suicídio assistido, bem como da origem do testamento vital, vê-se que é possível sua lavratura no país, como meio de garantir ao paciente uma morte digna, por meio de seu consentimento livre e esclarecido, registrado no testamento vital.

PALAVRAS-CHAVE: *Autonomia. Vontade. Dignidade. Morte. Vida. Testamento Vital.*

ATIVIDADE JURISDICIONAL NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

ACADÊMICO: **Mateus Ribeiro de Souza**

ORIENTADORA: **Tânia Maria Françosi Santhias**

EXAMINADOR: **Hercílio E. Lentz**

EXAMINADOR: **Nélio Herzmann Júnior**

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa teve por objeto analisar a atividade jurisdicional exercida pelos Tribunais de Contas no julgamento das contas de todo aquele que guarde, gere e administre dinheiro ou bens públicos, bem como, a análise de eventuais limites de revisão judicial das decisões destes Tribunais em sua atividade privativa de julgamento. Para atingir o objetivo proposto foi utilizado como método de pesquisa dedutivo e a técnica bibliográfica e documental. Após intensos dias de pesquisa concluiu-se que as Cortes de Contas, além das funções administrativas de assessoramento ao Poder Legislativo na emissão de Parecer Prévio sobre as contas do Poder Executivo, de função Consultiva, de Registro e Fiscalização, possuem uma espécie de jurisdição especial, limitando ao Poder Judiciário, o reexame de suas decisões apenas quanto ao aspecto procedimental, para verificar se durante o processo de julgamento pelos Tribunais de Contas foram observadas as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como nos casos de manifesta ilegalidade, limitando assim uma reanálise de mérito.

PALAVRAS-CHAVE: *Tribunal de Contas. Julgamento de Contas. Jurisdição Especial.*

A ESTABILIZAÇÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO

ACADÊMICO: **Matheus Maurício Mariath**

ORIENTADOR: **João Marcelo Schwinden de Souza**

EXAMINADOR: **Flávio Nodari Monteiro**

EXAMINADOR: **Régis Schneider Ardenghi**

RESUMO

O escopo fundamental deste empreendimento científico reside na análise acerca da viabilidade técnica da estabilização do provimento antecipatório contribuir para com a catalisação da efetividade da sistemática processual e, em última análise, da própria função jurisdicional. Dessarte, imprescindível percorrer-se a tanto as bases ontológicas do fenômeno processual, com o necessário diagnóstico das múltiplas perspectivas metodológicas que orientam a concepção do processo civil e, outrossim, dos escopos que compõem a substância do instrumento processual. Imprescindível, por conseguinte, esquadrinhar-se a tutela antecipatória como aspecto técnico precedente à estabilização. Finalmente, imperioso traçar-se as linhas características do instituto da estabilização do provimento antecipatório, com a preliminar análise dos precedentes legislativos e de direito comparado. Ademais, trata-se de pesquisa científica teórica dotada de abordagem metodológica de feição dedutiva, com emprego das técnicas bibliográfica e documental. Com efeito, a síntese do empreendimento científico constitui-se na verificação de que a incorporação da estabilização do provimento antecipatório representa mecanismo promissor na construção de um processo civil efetivo e consentâneo com os fins a que se propõe, sobretudo porque o novel instituto se adequa ao núcleo principiológico derivado da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: *Estabilização do provimento antecipatório. Tutela antecipada. Efetividade do processo.*

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL A PARTIR DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO – CPIS NOS ESTADOS DE SANTA CATARINA, PARANÁ E RIO GRANDE DO SUL

ACADÊMICA: **Maura Maria Paranhos Buzanello**

ORIENTADORA: **Fatima Kamel Abed Deif Allah Mustafa**

EXAMINADOR: **Régis Schneider Ardenghi**

EXAMINADOR: **José Ricardo Tavares**

RESUMO

Esta monografia tem a sua área de interesse no instituto da Responsabilidade Civil, tendo por objetivo a análise da responsabilidade civil da Agência Reguladora ANATEL a partir das Comissões Parlamentares de Inquérito da Telefonia nos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul. A pesquisa foi realizada utilizando-se a metodologia de estudo dedutiva, fundada na literatura formal, com característica exploratória. A partir da quebra do monopólio estatal das telecomunicações, através da Emenda Constitucional n.8/95, o Plano da Reforma Estrutural do Setor de Telecomunicações proporcionou à iniciativa privada, sob regime de competição, a exploração dos serviços de telecomunicações no país. Com a função de regular o segmento, foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações, em 1997. Desde então, grande parte dos serviços de telecomunicações, considerados públicos e essenciais, são prestados por fornecedores particulares. Em que pesem as determinações legais protetivas aos direitos do consumidor, o agravamento das deficiências relativas à prestação dos serviços de telefonia tem obrigado os consumidores a constantes reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor e do Poder Judiciário. Estados da Federação a exemplo de Santa Catarina Paraná e Rio Grande do Sul instalaram Comissões Parlamentares de Inquérito visando averiguar a origem dos crescentes problemas setoriais. Através dos resultados externados pelas investigações parlamentares, conheceu-se a fragilidade da fiscalização e do controle da ANATEL sobre o segmento regulado, apurando-se, diante dos prejuízos causados aos consumidores, a certeza de atribuir ao ente público a responsabilização civil cabível.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Telecomunicações. ANATEL. Dever de indenizar.

ESTADOS EM GUERRA FISCAL E A RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL Nº 13 DE 2012

ACADÊMICA: **Melina da Silva**

ORIENTADORA: **Tânia Maria Françosi Santhias**

EXAMINADOR: **Hercílio E. Lentz**

EXAMINADOR: **Nélio Herzmann Júnior**

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso desenvolvido com o tema “Estados em Guerra Fiscal e a Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012”. O trabalho tem como objetivo principal analisar de que forma a Resolução nº 13 de 2012, do Senado Federal, que estabelece alíquota do ICMS em 4% nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, pretende colocar um ponto final na Guerra dos Portos. Para isso faz-se necessário o estudo do ICMS, do princípio da não cumulatividade, da concessão e revogação de benefícios e incentivos fiscais do imposto, mediante convênio no âmbito do CONFAZ, da glosa de créditos, da tributação nas operações interestaduais e de importação, da Guerra Fiscal e, por fim, da Guerra dos Portos e da Resolução nº 13. Na pesquisa foi utilizado o método dedutivo, e as técnicas de pesquisa foram a bibliográfica, a partir da análise de doutrinas e artigos, e a documental, baseada na legislação e jurisprudência. A forma que a Resolução nº 13 encontrou para pôr um fim à Guerra dos Portos foi diminuindo a margem de vantagens que os Estados podiam oferecer nas operações interestaduais com mercadorias e bens importados na vigência da alíquota anterior. Com benefícios e incentivos fiscais menos vantajosos, a tendência é a de as empresas não buscarem outros Estados para realizarem importações incentivadas, com isso a Guerra dos Portos será reduzida.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. Guerra Fiscal dos Portos. Resolução do Senado Federal nº 13/2012.

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA DE MICHEL FOUCAULT

ACADÊMICA: **Natália Domênica Eyng Rattin**

ORIENTADORA: **Priscila de Azambuja Tagliari**

EXAMINADORA: **Solange Büchele de S.Thiago**

EXAMINADOR: **Paulo C. Carvalho**

RESUMO

O presente estudo monográfico trata de uma análise da pena privativa de liberdade sob a perspectiva crítica do filósofo Michel Foucault. Para compreender a temática proposta, no primeiro capítulo teórico será abordada a teoria geral da pena, com as suas noções históricas, além de mencionar as formas de punições admitidas no ordenamento jurídico brasileiro e os princípios, direito e deveres na execução da segregação, nos termos da Lei de Execução Penal. No segundo capítulo teórico será explorada a teoria do filósofo Francês Michel Foucault, versando sobre os conceitos de sociedade punitiva e panóptico, a partir da introdução da ideia de domesticação dos corpos, composta pelas concepções de disciplina e vigilância. No terceiro capítulo teórico, busca-se vincular as críticas e os questionamentos levantados pelo filósofo com as normas e as diretrizes lançadas no ordenamento jurídico brasileiro, abordando, em especial, os aspectos pertinentes a ausência de assistência à saúde e material nas prisões, além das deficiências de atividades educacionais e laborativas, bem como os problemas de reinserção social e relacionados aos abusos cometidos pelas autoridades policiais diretamente envolvidas. Neste sentido, para o desenvolvimento da pesquisa será adotado o método dedutivo, com a técnica bibliográfica e documental, baseado nas doutrinas, legislações, reportagens e documentário. Diante do contexto apresentado, conclui-se que é de suma importância a reflexão a respeito da pena privativa de liberdade, uma vez que, ainda que seja suprida a escassez de recursos nas prisões, essencialmente, a segregação e o isolamento não possibilitam o desenvolvimento social e individual do criminoso, ao contrário, contribuem com a deformação do caráter humano, gerando a progressão da reincidência e um dano, direto ou indireto, para toda sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: *Pena privativa de liberdade. Foucault. Finalidade. Ineficácia. Benefícios.*

ASPECTOS DESTACÁVEIS SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

ACADÊMICA: **Paloma Casagrande Visentin**

ORIENTADOR: **Régis Schneider Ardenghi**

EXAMINADOR: **André Opilhar**

EXAMINADOR: **Rodrigo I. Vilela Veiga**

RESUMO

A presente monografia desenvolve a perspectiva de uma parentalidade responsável, em obediência aos princípios fundamentais referentes às crianças e aos adolescentes previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento dos filhos menores e incapazes, coibindo qualquer forma de negligência, principalmente a afetiva. O foco primordial deste trabalho é o abandono afetivo e a responsabilização civil do genitor, desde que comprovado o dano à integridade psíquica e moral dos filhos. Com o objetivo de dissolver tal pesquisa, o estudo adota o uso da metodologia dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir da análise de informações contidas na legislação vigente, doutrinas, artigos e jurisprudências. O afeto conquistou posição de destaque ao ser reconhecido juridicamente no ordenamento jurídico brasileiro e consagrado como direito fundamental nas relações paterno-filiais. É, pois, no Direito de Família que a afetividade encontra espaço para prosperar, identificando-se no direito à convivência familiar como elemento essencial para a formação da personalidade da criança e do adolescente, consubstanciado no princípio da dignidade humana. Em que pese a falta de expressa previsão legal, a conduta omissa do genitor em cumprir o dever de assistência moral configura ato ilícito, sendo fundamento suficiente para ensejar, conforme as regras da responsabilidade civil, indenização a título de danos morais decorrentes do abandono afetivo, exigindo-se do julgador bom-senso ao proferir suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: *Convivência familiar. Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Dano moral.*

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A SUA EFETIVIDADE

ACADÊMICO: **Paulo Martins Ramos Júnior**

ORIENTADOR: **João Batista da Silva**

EXAMINADOR: **Elvis Daniel Muller**

EXAMINADORA: **Eliane Luiz Espíndola de Souza**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a efetividade do Tribunal Penal Internacional, no que tange a eficaz proteção aos Direitos Humanos. Foi utilizado o método dedutivo, a técnica bibliográfica e a documental. A discussão gira em torno de uma pauta protetiva para os Direitos Humanos, destacando a importante criação das Nações Unidas, demonstrando os quatro Tribunais Penais Internacionais anteriores, que julgavam os acusados em caráter de exceção, até a criação do Tribunal Penal Internacional Permanente. Este tribunal julga apenas indivíduos, desde que os crimes estejam tipificados no artigo 5º do Estatuto de Roma, atestando a aplicabilidade através dos princípios. Verificou-se a efetividade do Tribunal Penal Internacional, provando sua aplicabilidade no direito brasileiro, acerca da prisão perpétua e da extradição. No que tange os casos denunciados ao Tribunal, se constatou, que o mesmo ainda encontra muitas dificuldades de se adequar no sistema global, ressaltando a falta de comprometimento de alguns Estados.

PALAVRAS-CHAVE: *Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional. Efetividade.*

AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ACADÊMICO: **Pedro Augusto Raulino**

ORIENTADORA: **Giglione Edite Zanela**

EXAMINADORA: **Maria Teresinha Sacramento**

EXAMINADOR: **Joel Irineu Lohn**

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo averiguar a real importância das ações afirmativas, e até que ponto elas são verdadeiramente necessárias para a sociedade como um todo, bem como, para o devido cumprimento do Ordenamento Jurídico Brasileiro, levando-se em consideração, principalmente, seus princípios, em especial, o da isonomia. Basicamente, pelo fato de ser um tema por vezes gerador de polêmica, sobretudo no Brasil, por ser uma política que, para divergentes opiniões, beneficia certos grupos em detrimento de outros, proporcionando sempre aquela sensação de provável injustiça, a qual este texto monográfico visou extinguir. Para sua elaboração, optou-se pela utilização do método de abordagem dedutivo e de natureza qualitativa, além de dois métodos de procedimento, o histórico e o monográfico, e, como técnica de pesquisa, foram empregadas à bibliográfica e a documental. Inicialmente, a pesquisa versa a respeito dos direitos fundamentais, sua historicidade, características, importância e aplicações, aprofundando no princípio da igualdade. Em seguida, expõe-se o entendimento inerente à política de ações afirmativas, sua origem, conceituação, objetivos e exemplos aplicacionais. Por derradeiro, confrontam-se as ações afirmativas e o Ordenamento Jurídico Brasileiro, demonstrando seus exemplos práticos, avessas opiniões, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, a estreita relação dessas políticas com o princípio isonômico e seu caráter temporal. Concluindo-se que sendo aplicada de maneira sábia, respeitando certas premissas, como o lapso temporal, e tendo um fato social o qual necessite de modificações para o encerramento de injustiças, essas políticas não apenas respeitam o Ordenamento Jurídico Brasileiro, como servem de ferramenta para a aplicação do verdadeiro princípio isonômico, o qual cumula um senso de “justiça”.

PALAVRAS-CHAVE: *Direitos Fundamentais. Princípio da Isonomia. Ações Afirmativas.*

(IM) POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DOS AVÓS DEVEDORES DE ALIMENTOS

ACADÊMICA: **Priscila Pestana Tesch**

ORIENTADORA: **Luciana Faisca Nahas**

EXAMINADOR: **Javier Rodrigo Maidana**

EXAMINADORA: **Lilian Maciejeski**

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso foi realizado na área do Direito de Família e trata sobre pensão alimentícia, no caso em que os genitores não tendo condições financeiras de sustentar ou manter seus filhos, a obrigação alimentar é transferida para os parentes mais próximos, geralmente para os avós. Tendo como principal objetivo analisar os posicionamentos exarados pelos Egrégios Tribunais a respeito da possibilidade ou da impossibilidade da prisão civil dos avós devedores de alimentos. Para isso, foi utilizado o método de abordagem dedutivo. Utilizando-se da técnica bibliográfica, a partir da análise de diversas doutrinas e, também da técnica documental, a partir do estudo da legislação e de jurisprudências. Dessa maneira, após estudar os posicionamentos em relação a essa medida judicial, sejam eles favoráveis ou contrários, observa-se que cada caso concreto é analisado de acordo com suas particularidades, ou seja, verificando sempre o trinômio proporcionalidade-necessidade-possibilidade de cada caso. Assim, conclui-se que a prisão civil, a qual tem o objetivo de coagir os avós a pagarem a pensão alimentícia para seus netos, deverá ser decretada nos casos em que os avós possuem condições financeiras para isso, mas que de alguma maneira são omissos com suas obrigações.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito de família. Alimentos avoengos. Prisão civil.*

ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: A (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS MENORES

ACADÊMICA: **Simone Pamplona Zacchi**

ORIENTADOR: **Pedro Adilão Ferrari Junior**

EXAMINADORA: **Patricia Russi de Luca**

EXAMINADOR: **Elvis Daniel Müller**

RESUMO

O presente trabalho vem tratar da responsabilidade civil aplicada ao Direito de Família no que tange a indenização por abandono afetivo em meio à relação paterno-filial. A possibilidade ou não de um filho menor obter do genitor indenização por danos morais e psicológicos em decorrência do abandono afetivo é o tema que define toda a questão a ser abordada. Os princípios basilares para a compreensão da referida obrigação fundam-se na Constituição Federal, bem como no processo evolutivo sofrido pelo Direito de Família, tendo como prisma o afeto que, passou a ser um dos, e por que não dizer, o principal fundamento da entidade familiar. Porém, como é sabido, muitos pais, independentemente do fato de cumprirem suas obrigações alimentícias junto ao(s) filho(s), descumprem este princípio que decorre diretamente da relação paterno-filial, deixando-o(s) desamparados moral e psicologicamente. Assim, o presente trabalho tem como objeto apreciar a questão por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como sob a legislação vigente. Inicialmente estuda-se a família, com um breve histórico, seu conceito, a família contemporânea e, ainda, alguns princípios relacionados ao tema. Após, apresenta-se os aspectos gerais da responsabilidade civil no direito brasileiro: um breve histórico, conceitos, classificação e pressupostos. Na sequência, a pesquisa traz a (im)possibilidade de responsabilização civil paterna em razão do abandono afetivo dos filhos menores, a importância dos pais no desenvolvimento e formação dos filhos, a proteção jurídica do afeto nas relações paterno-filiais, o abandono afetivo em si e a interpretação doutrinária e jurisprudencial atribuída à matéria. Por fim, apresenta-se a análise da doutrina e da jurisprudência, as correntes favoráveis e contrárias sobre o tema, demonstrando-se que o assunto deve ser observado caso a caso, com cautela, de forma a evitar demandas meramente interesseiras, ao mesmo tempo não deixando sem guarida as verdadeiras vítimas do abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: *Família. Princípios. Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo.*

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL NO CASO DO PREFEITO ITINERANTE

ACADÊMICA: **Tatiane Mariza de Souto**

ORIENTADORA: **Solange Büchele de S.Thiago**

EXAMINADORA: **Danielle Maria Espezim dos Santos**

EXAMINADOR: **Alexandre Botelho**

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar a incidência do princípio da segurança jurídica na jurisprudência em matéria eleitoral e seus reflexos para o Estado de Direito, a partir da análise de um caso concreto, envolvendo a figura do prefeito itinerante. No caso específico analisado, a segurança jurídica assume a face de princípio da confiança para assegurar a estabilização das expectativas de todos aqueles que participam do processo eleitoral (eleitores e candidatos). Na esfera eleitoral, a concretização do princípio da segurança jurídica passa pela observância obrigatória do princípio da anterioridade ou anualidade eleitoral, elencado no artigo 16 da CRFB/88. Significa dizer que a modificação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, ao longo do processo eleitoral ou após o seu encerramento, está também subordinada ao princípio da anterioridade eleitoral quando repercutam sobre a segurança jurídica. O caso do prefeito itinerante foi submetido à análise do Supremo Tribunal Federal que se manifestou no sentido de que o princípio da segurança jurídica deve ser respeitado nas decisões proferidas pela justiça eleitoral como corolário do Estado Democrático de Direito. Trata-se de pesquisa elaborada pelo método dedutivo, empregada como técnica a pesquisa bibliográfica, com o uso de doutrina, legislação e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica. Mudança jurisprudencial eleitoral. Prefeito itinerante.

INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DO TRIBUTO INSTITUÍDO PELO ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR 110/2001 EM RAZÃO DO EXAURIMENTO DA FINALIDADE E DA TREDESTINAÇÃO DE RECURSOS

ACADÊMICO: **Thiago Mondo Zappellini**

ORIENTADOR: **Vicente Lisboa Capella**

EXAMINADOR: **Hercílio E. Lentz**

EXAMINADORA: **Anna Lúcia M. Mattoso Camargo**

RESUMO

Por ocasião dos expurgos inflacionários (Planos Verão e Collor I) o FGTS foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal a corrigir as contas dos trabalhadores com índice correspondente à inflação da época. Logo após essa decisão o número de demandas ajuizadas versando sobre a matéria foi radicalmente elevado, quando o Governo Federal firmou acordo com representantes dos trabalhadores e dos empregadores, e decidiu corrigir as contas do FGTS independentemente de ordem judicial. Para tanto, foi editada a Lei Complementar nº 110/2001 que autorizou a correção monetária pela via administrativa e instituiu duas contribuições, a cargo dos empregadores, para financiar a medida. A dívida do fundo foi traduzida na inserção da conta “ativo diferido” nas suas demonstrações financeiras. Como os novos tributos foram criados para fazer frente ao prejuízo causado pelos expurgos inflacionários, quando o FGTS dispusesse de patrimônio o suficiente para amortizar a conta ativo diferido por completo ou quando o fizesse definitivamente, não haveria mais razão para a subsistência da exação. Especificamente quanto ao tributo do art. 2º da Lei, em virtude de previsão legal, sua cobrança se encerrou em janeiro de 2007, permanecendo apenas o criado pelo art. 1º. Acontece que em meados de 2007 o FGTS já dispunha de patrimônio o suficiente para amortizar por completo a conta ativo diferido, o que ocorreu no ano de 2012. Por outro lado, a partir de abril de 2012 a administração pública passou a desvirtuar o destino do produto da arrecadação da contribuição. Como a persecução de uma finalidade e a afetação de recursos são requisitos de validade próprios das contribuições, tem sido sustentada a inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, por passar a desrespeitar estes pressupostos. O presente estudo visa analisar se realmente existe a alegada inconstitucionalidade, concluindo que o tributo passou a contrariar a Constituição quando deixou de atender aos requisitos de validade próprios das contribuições. No tocante à metodologia, foi utilizado o método dedutivo e as técnicas bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: *Lei Complementar 110/2001. Contribuições. Inconstitucionalidade Superveniente.*

A (IN)COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NA MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL

ACADÊMICO: **Victor da Costa Malheiros**

ORIENTADOR: **Aldo Nunes da Silva Júnior**

EXAMINADOR: **Élio de Amorim**

EXAMINADORA: **Eliana Becker**

RESUMO

Este trabalho, que utiliza o método dedutivo, busca identificar se o crime tentado é ou não compatível com o dolo eventual, focando tal celeuma aos delitos de homicídio praticados na condução de veículo automotor. O Código repressivo prevê ser o crime tentado aquele que não se consuma por circunstâncias estranhas à vontade do agente. Ainda que o entendimento de que a lei penal brasileira equipara o dolo eventual ao dolo direto tenha incontestado valor, há certa incongruência em se dizer tentado um crime praticado na modalidade de dolo eventual. O posicionamento majoritário vigente no Brasil é favorável à compatibilidade, sendo avalizado pela Suprema Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, o entendimento contrário é adotado em tribunais do território nacional e defendido por conceituados doutrinadores. Apesar de amplamente pormenorizado, tornou-se inviável, por meio do presente trabalho, sentenciar o assunto. Ainda que pareça ser posição mais acertada a contrária à compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa, por se tratar de tema demasiadamente subjetivo, tomar partido na presente celeuma tornou-se inviável, ao menos ao nível da academia.

PALAVRAS-CHAVE: *Tentativa. Dolo eventual. Homicídio no trânsito.*

A NECESSIDADE DE COMUM ACORDO PARA AJUIZAR DISSÍDIO COLETIVO

ACADÊMICO: **Vítor Caminha Corrêa**

ORIENTADORA: **Patrícia Santos e Costa**

EXAMINADORA: **Carolina G. Aragão de Santana**

EXAMINADOR: **Roberto Accampora G. da Silva**

RESUMO

A presente pesquisa teve por objetivo analisar a necessidade de comum acordo para ajuizar dissídio coletivo na Justiça do Trabalho. Ao alterar a Constituição através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 adicionando o comum acordo das partes como requisito para se ingressar com dissídio coletivo, o legislador teve a intenção de dificultar o acesso à Justiça do Trabalho, para levar as partes a solucionar os conflitos pelas negociações coletivas. O requisito do comum acordo das partes causou controvérsias na doutrina e na jurisprudência, a respeito de sua natureza jurídica, forma de ajuizamento e constitucionalidade. Observou-se que os dissídios coletivos são ferramentas importantes para solucionar conflitos, pois a Justiça do Trabalho pode criar novas condições de trabalho para as categorias por meio do Poder Normativo. A pesquisa concluiu que há desnecessidade de comum acordo para ajuizar dissídio coletivo, pois o requisito viola princípios previstos na própria Constituição. O método utilizado na abordagem foi o dedutivo, e as técnicas de pesquisa foram a bibliográfica, buscando na literatura e na doutrina fundamentos para a pesquisa, e documental, a partir da análise de legislação e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito Coletivo do Trabalho. Dissídio Coletivo. Comum Acordo.*