

ISSN 1806-0420

REVISTA
OPINIÃO
JURÍDICA



Ano XIV - n. 19
julho / dezembro 2016



REVISTA OPINIÃO JURÍDICA

REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2016

Revista Opinião Jurídica
Ano 14, no. 19 (jul./dez. 2016) – Fortaleza:
Unichristus, 2016.

Semestral

ISSN 1806 – 0420
e-ISSN 2447 – 6641

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário
Christus - Unichristus.

CDD 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

Impressão

Gráfica e Editora LCR Ltda.
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069
Site: www.graficalcr.com.br – e-mail: atendimento01@graficalcr.com.br

Reitor

José Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Administração e Planejamento

Estevão Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Graduação

Mauricio Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós Graduação

Marcos Kubrusly

Pró-Reitor de Extensão

Rogério Frota Leitão dos Santos

Editora-Chefe

Dra. Fayga Bedê

Editora-Adjunta

Me. Ana Luisa Demoraes Campos

Editor-Assistente

Esp. Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso

Editores-Associados

- Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autônoma de Lisboa – UAL, Lisboa – Portugal)
Dra. Ana Stela Vieira Mendes Câmara (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)
Me. Antonio Torquillo Praxedes (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)
Dr. Emerson Gabardo (UFPR- Curitiba, PR – Brasil)
Me. Gustavo Fernandes Meireles (Université d'Évry Val d'Essonne, Évry – France)
Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC – Florianópolis, SC - Brasil)
Dr. Isaac Costa Reis (UFSB – Porto Seguro, BA – Brasil)
Dra. Leilane Serratine Grubba (CESUSC – Florianópolis, SC – Brasil)
Me. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (UniCEUB, Brasília, DF – Brasil)
Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP –Porto, Portugal/ USP – São Paulo, SP – Brasil)
Dr. Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP – Brasil)
Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU – Uberlândia, MG – Brasil)
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA– São Paulo, SP – Brasil)
Me. Tércio Aragão Brilhante (AGU – Fortaleza, CE)

Comissão Editorial

- Dr. Alexandre Antonio Bruno da Silva (UNICHRISTUS, UECE- Fortaleza, CE - Brasil)
Dr. Alexandre Fernandes Dantas (Universidade Estácio de Sá, UNESA – Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Dr. Altamirando Pereira da Rocha (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia, MG - Brasil)
Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autônoma de Lisboa – UAL, Lisboa - Portugal)
Dr. Antonio Baptista Gonçalves (Escola Paulista de Política, Economia e Negócios, EPPEN - São Paulo, SP- Brasil)

- Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto (USCS- São Paulo, São Caetano do Sul, SP - Brasil)
 Dra. Bárbara Silva Costa (Centro Universitário Ritter dos Reis - Porto Alegre, RS - Brasil)
 Dra. Cláudia Sousa Leitão (UECE- Fortaleza, CE - Brasil)
 Dr. Clóvis Gorczewski (UNISC-Santa Cruz do Sul, RS - Brasil)
- Dr. Daniel Francisco Nagão Menezes (Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campinas, SP;
 UFPR - Curitiba, PR; UFSC - Florianópolis, SC - Brasil)
 Dra. Danielle Annoni (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
- Dr. Diego Richard Ronconi (Universidade do Vale do Itajaí - Florianópolis, SC - Brasil)
 Dr. Edson Kiyoshi Nacata Junior (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte,
 MG - Brasil)
- Dra. Elaine Harzheim Macedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto
 Alegre, RS - Brasil)
- Dr. Élcio Nacur Rezende (Escola Superior Dom Helder Câmara - Belo Horizonte, MG - Brasil)
 Dr. Emerson Gabardo (UFPR- Curitiba, PR - Brasil)
- Dra. Érika Pires Ramos (UEPB/ UNISANTOS/UNIMEP- São Paulo, SP - Brasil)
 Dr. Etienne Picard (PARIS I - SORBONNE - Paris, France)
 Dr. Everton das Neves Gonçalves (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
 Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido (UFMG- Belo Horizonte, MG - Brasil)
 Dra. Fernanda Busanello Ferreira (UFG- Goiânia, GO - Brasil)
- Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (Unilasalle, FADERGS e PUC-Porto Alegre, RS - Brasil)
 Dr. Flávio José Moreira Gonçalves (UFC/ UNICHRISTUS/UNIFOR - Fortaleza, CE - Brasil)
 Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg- Heidelberg - Alemanha)
 Dra. Gabrielle Bezerra Sales (UNICHRISTUS- Fortaleza, CE - Brasil)
 Dra. Germana Parente Neiva Belchior (UNI7- Fortaleza, CE - Brasil)
- Dra. Gloria Cristina Flórez Dávila (Universidad Major de San Marco - Lima, Peru)
 Dra. Gretha Leite Maia (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)
 Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
 Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC - Porto Alegre, RS - Brasil)
 Dr. Isaac Costa Reis (UFSB- Porto Seguro, BA - Brasil)
- Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (Universidade de Itaúna -Itauna, MG- Brasil)
 Dra. Joana Stelzer (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
 Dr. João Luís Nogueira Matias (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)
 Dr. João Maurício Adeodato (UFPE- Recife, PE - Brasil)
 Dr. José Calvo González- (Universidad de Málaga- Málaga, Espanha)
 Me. José Edmar da Silva Ribeiro (UFC - Fortaleza, CE - Brasil)
- Dr. José Francisco de Assis Dias (Universidade Estadual de Maringá - Maringá, PR - Brasil)
 Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (FGV, PUC - São Paulo, SP - Brasil)
 Dr. Juraci Mourão Lopes Filho (UNICHRISTUS - Fortaleza, CE - Brasil)
- Dr. Leonardo Netto Parentoni (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
 Dr. Leonel Pires Ohlweiler (Universidade Luterana do Brasil- Canoas, RS - Brasil)
- Me. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (Centro Universitário de Brasília, UniCEUB
 -Brasília, DF - Brasil)
- Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campo
 Grande, MS-Brasil)
 Dr. Nelson Finotti Silva (UNIVEM - Marília, SP - Brasil)
 Dr. Nitish Monebhurrn (UNICEUB - Brasília, DF - Brasil)
 Dr. Octávio Campos Fischer (UNIBRASIL- Curitiba, PR - Brasil)
 Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (PUCP - Curitiba, PR - Brasil)
 Dr. Paulo Bonavides (UFC- Fortaleza, CE - Brasil)

Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP -Porto, Portugal/ USP – São Paulo, SP/Brasil)
Dr. Rafael Santos de Oliveira (UFSM- Santa Maria, RS - Brasil)
Dra. Renata Giovanoni Di Mauro (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Uni-
das - São Paulo, SP - Brasil)
Dr. Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande - Rio Grande, RS – Brasil)
Dr, Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP – Brasil)
Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU-Uberlândia, MG - Brasil)
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA– São Paulo, SP -Brasil)
Dr. Roberto da Silva Fragale Filho (UFF- Niterói, RJ - Brasil)
Dra. Vera Lucia da Silva (UFSC- Florianópolis, SC - Brasil)
Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UNIRIO- Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Dra. Yvete Flávio da Costa (UNESP - Franca, SP - Brasil)

Assistente-Editorial

Esp. Ricardo Henrique Silva de Sá Cavalcanti (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)

Bibliotecárias Responsáveis

Tusnelma Maria Barbosa
Patrícia Vieira Costa

Revisão de Língua Portuguesa

Ellen Lacerda Carvalho Bezerra
Heitor Nogueira da Silva
Helena Cláudia Barbosa
Idália Cavalcanti Parente (coord.)
Maria Gleiciane Araújo
Silvana Rodrigues de Oliveira
Victor Alan Andrade Marques

Capa

Ivina Lima Verde

Coordenação de Design

Jon Barros

Projeto Gráfico/ Diagramação

Juscelino Guilherme

Correspondência

Unichristus
Editoria da Revista Opinião Jurídica
Avenida Dom Luís, 911 – 1º andar
Aldeota – CEP 60.160-230 - Fortaleza – Ceará
Telefone: 85 3457.5396
e-mail: opiniaojuridica01@unichristus.edu.br

APRESENTAÇÃO

Caríssimos pesquisadores, saudações!...

Temos o prazer de apresentar a nossa 19^a edição, compartilhando-a com toda a comunidade jurídica nacional e internacional. Assim, a Revista Opinião Jurídica fecha o seu 14^o ano de vida, consolidando uma trajetória consistente e, ao mesmo tempo, inquieta. Esperamos que o trabalho que vem sendo desenvolvido possa reverberar cada vez mais, suscitando dúvidas, em vez de certezas; questionamentos, em vez de dogmatismos; discussão, em vez de reverente silêncio.

Ficaremos gratamente aliviados se virmos brotar o dissenso. Por isso, estimulem seus orientandos a divergir das posições de nossos autores. Saberemos que não se trata de nada *pessoal*. Aliás, enquanto não cultivarmos uma cultura de desassombro em torno do debate e da crítica, como podemos esperar que as fronteiras do conhecimento jurídico avancem?

Pois bem. A naturalização da crítica, como condição *sine qua non* para o avanço de nossa área, começa em cada sala de aula, em todos os rincões desse país. De outro modo, enquanto professores fizerem de suas posições teóricas uma profissão de fé, estaremos deixando de formar gerações de pensadores.

Seria mesmo um desperdício.

E, lógico, um desserviço à pesquisa.

Enfim, enquanto não transformarmos essa mentalidade, por vezes, tão enraizada, continuará sendo difícil, para revistas de todo o país, receber trabalhos inovadores, dialéticos e dissonantes – arejados como uma <<janela sobre o caos>>.

Por fim, entregamos mais uma edição pautada nos critérios da área para estratos internacionais, a saber:

- Dos 13 artigos que compõem essa edição, **100% foram aprovados e são exógenos**, cujos autores nacionais procedem de 07 Estados da Federação, envolvendo 04 Regiões do país, quais sejam: PI (Nordeste); DF (Centro-Oeste); RS/SC (Sul); e SP/MG/RJ (Sudeste). Em sede de doutrina estrangeira, há dois artigos de autores lusitanos, um artigo de autor italiano e um artigo de autora mexicana.

- Dos **57 pareceristas cegos** que avaliaram artigos para essa edição, observando o sistema *double blind review*, apenas 05 são provenientes de nosso Estado; contra 52 avaliadores exógenos; alcançando-se **91,22% de exogenia quanto à procedência dos pareceristas**, os quais são oriundos de Portugal, além de outros 10 (dez) Estados da Federação, contemplando-se as 05 (cinco) regiões

do país: Norte (PA/RR); Nordeste (PE/BA); Centro-Oeste (DF); Sudeste (SP/MG/RJ) e Sul (PR/RS).

- Nossa Comissão Editorial conta com a presença de **60 ilustres Membros**, dentre os quais, 50 colegas são oriundos de outros 11 Estados da Federação, contemplando-se 04 (quatro) regiões do país: (PE/BA) Nordeste; (MS/DF/GO) Centro-Oeste; (SP/RJ/MG) Sudeste; e (RS/PR/SC) Sul; e de países como Alemanha, França, Portugal, Espanha e Peru; perfazendo, assim, **83,3% de exogenia, quanto aos integrantes da Comissão Editorial**.

Ao fim e ao cabo, uma última palavra. Nós nos sentimos muito honrados pelos pesquisadores, autores, pareceristas, membros da Comissão, leitores e demais colaboradores: essa edição é para eles.

Ah!... Sem Ana Luisa Demoraes, Rodolfo Franco, Ricardo Henrique Cavalcanti, Patrícia Costa, Juscelino Guilherme e o Departamento de Português da Unichristus, *nós acabaríamos nos afogando em um copo d'água* – obrigada!...

Uma excelente leitura a todos.

Profa. Dra. Fayga Bedê
Editora-Chefe da Revista Opinião Jurídica
opiniaojuridica01@unichristus.edu.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

PRIMEIRA PARTE – DOUTRINA NACIONAL

A pluriparcialidade como novo elemento da mediação: repensando a atuação do mediador a partir das noções de neutralidade, imparcialidade e equidistância..... 13
Adriana Goulart de Sena Orsini, Nathane Fernandes da Silva

Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015..... 33
Carlos Nelson Konder

A internação psiquiátrica compulsória do psicopata em sede da ação de interdição: um estudo interdisciplinar entre a Psiquiatria, a Psicologia e o Direito Processual 58
Elaine Harzheim Macedo, Fábio de Holanda Monteiro

Princípio da ordem pública no indeferimento de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil: quando a imprecisão pode levar à desnecessidade 86
Gustavo Ribeiro

Para entender o novo Código de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal..... 112
Lenio Luiz Streck, Francisco Borges Motta

A proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas nos biobancos 129
Mário Furlaneto Neto, Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã

Pensando na articulação entre a Internet como instrumento de pesquisa jurídica e o rigor acadêmico..... 147
Nitish Monebhurrin

Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH 171
Rafael Seixas Santos, Marcelo Dias Varella

Meios autocompositivos de resolução de conflitos coletivos: reflexões sobre a adequação da técnica em favor da efetividade 195
Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Ludmila Costa Reis

SEGUNDA PARTE – DOCTRINA ESTRANGEIRA

Potere e politica nell'esperienza costituzionale del Brasile postcoloniale. Una riflessione a partire da un'opera di Machado de Assis.....	210
<i>Jacopo Paffarini</i>	
Diretivas antecipadas de vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade	228
<i>Patrícia Cardoso Dias</i>	
Repensando as fontes do direito na sociedade da informação.....	253
<i>Paulo Ferreira da Cunha</i>	
Hacia una política de salud integrada: las licencias obligatorias y la producción pública de medicamentos	281
<i>Marta Carolina Giménez Pereira, Salete Oro Boff</i>	
Normas de Publicação.....	301

A PLURIPARCIALIDADE COMO NOVO ELEMENTO DA MEDIAÇÃO: REPENSANDO A ATUAÇÃO DO MEDIADOR A PARTIR DAS NOÇÕES DE NEUTRALIDADE, IMPARCIALIDADE E EQUIDISTÂNCIA

*Adriana Goulart de Sena Orsini**
*Nathane Fernandes da Silva***

1 Considerações iniciais. 2 Mediação: participação, empoderamento e emancipação. 3 A isenção do terceiro na resolução do conflito: o ideal da neutralidade, imparcialidade ou equidistância levados à mediação. 3.1 O mito da neutralidade. 3.2 A imparcialidade no processo de mediação. 3.3 A atuação em equidistância do mediador. 4 A pluriparcialidade como novo conceito na mediação. 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Este artigo objetiva problematizar as noções de neutralidade, imparcialidade e equidistância, utilizadas como elementos que orientam a atuação do terceiro que intervém na abordagem dos conflitos, destacando-se o mediador. O estudo pretende discutir a pertinência dessas noções no que tange à atuação do mediador, terceiro aceitável que auxilia os envolvidos a redimensionarem sua situação conflituosa no processo de mediação. Tendo em vista que a metodologia da mediação pretende auxiliar os mediados em seus processos de empoderamento e emancipação, entende-se que é preciso repensar a noção de isenção em relação ao atuar do mediador, a partir da construção de um elemento novo, a pluriparcialidade. A hipótese aqui defendida é de que a pluriparcialidade se traduz como elemento capaz de abarcar uma ação do mediador voltada para a promoção de um efetivo equilíbrio entre as partes, de modo a fomentar um espaço isonômico e amplamente participativo na mediação, que de fato contribua para o empoderamento e para a emancipação dos mediados.

Palavras-chave: Mediador. Neutralidade. Imparcialidade. Equidistância. Pluriparcialidade.

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-graduação da FDUFGM. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Coordenadora do PROGRAMA RECAJ UFGM. Pesquisadora CNPQ em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos. Coordenadora do Projeto Estruturante do Programa de Pós-Graduação da FDUFGM. Professora da ENAMAT - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. Doutora em Direito pela UFGM. Mestre em Direito pela UFGM. Graduada em Direito pela UFGM. E-mail: <adrisena@uol.com.br>.

** Professora Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFGM. Mestre em Direito pela UFGM. Graduada em Direito pela UFGM. E-mail: <nathanefsilva@gmail.com>.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Poder Judiciário, de modo geral, vem sendo alvo de constantes questionamentos há bastante tempo, dentro de um cenário em que estudiosos e práticos de diversas áreas – como a Sociologia, a Antropologia e o Direito – indicam a existência de uma crise da Justiça, não apenas no Brasil, mas em outros países estrangeiros. Nesse cenário de crise, algumas medidas vêm sendo apontadas como possíveis saídas, como os métodos complementares de solução de conflitos, dentre eles, a mediação.

A mediação, enquanto instrumento de resolução de conflitos, tem sido amplamente utilizada em diversos países, que a adequaram em maior ou menor medida às suas peculiaridades. No Brasil, ganhou impulso a partir da edição da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e, recentemente, pela entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei n.13.140/2015).

Nos processos mediativos, a figura do mediador exerce papel fundamental, uma vez que é o terceiro estranho ao conflito que detém a diligência dos procedimentos, auxiliando as partes a redimensionarem sua situação conflituosa e a encontrarem soluções satisfatórias para suas questões. Resguardadas as diferenças metodológicas, o mediador exerce na mediação a função que o árbitro exerce na arbitragem, que o conciliador exerce na conciliação e que o juiz exerce na jurisdição: atuar para auxiliar na abordagem do conflito.¹

Assim, o mediador precisa ter formação técnica e certas qualidades, como a empatia, a simplicidade e a concisão da linguagem, a facilitação da comunicação entre os envolvidos e a expressão da confidencialidade. O estudo aqui desenvolvido propõe a problematização de uma característica extremamente valorizada na atuação do mediador – e também em outras arenas de solução de conflitos –, que diz respeito à noção de oportunizar aos sujeitos envolvidos no processo espaços similares de participação sem, contudo, favorecer a um dos mediados ou lhe tomar partido, desequilibrando o resultado final do processo. A essa característica, atribuem-se nomes diversos: neutralidade, imparcialidade, equidistância ou isenção, dentre outros.

Ressalta-se que não é tarefa fácil esclarecer qual o termo mais apropriado a essa característica específica do mediador. Alguns autores trazem os conceitos de neutralidade e de imparcialidade como sinônimos, enquanto outros os tratam separadamente, reforçando a sua importância no processo de mediação. Outras teorias de mediação apontam a equidistância como ideia mais adequada ao agir do mediador. Contudo, o objetivo deste artigo é trabalhar para além desses conceitos, abordando uma nova característica da atuação do mediador, mais adequada à noção de mediação enquanto espaço de participação e instrumento de promoção do empoderamento e da emancipação.

A hipótese levantada para a questão posta aponta que não é possível – ou até mesmo, não é desejável – que, na mediação, o mediador atue fundado

na neutralidade, imparcialidade ou equidistância. Buscar-se-á discutir um novo horizonte para a intervenção do mediador enquanto terceiro estranho ao conflito, que se refere à noção de uma atuação pautada pela pluriparcialidade, entendendo-se que esse conceito, a ser construído ao longo deste trabalho, traduz a ideia mais adequada para que o mediador seja mais bem capacitado a garantir espaços de participação aos envolvidos, na medida de suas necessidades, contribuindo para uma mediação voltada ao empoderamento e à emancipação.

Como marco teórico deste estudo, utilizar-se-á a ideia de Warat,² que indica que a participação nos processos de mediação exige um processo de afirmação e de recuperação da autoestima das pessoas para se reafirmar a sua autonomia e, então, terem voz, participarem e decidirem não apenas em face de questões individuais, mas também junto à coisa pública. Uma vez que a metodologia da mediação se pauta pela participação efetiva dos mediados, que devem se implicar no processo e assumir responsabilidades para a tomada de decisão, a atuação do mediador deve ter por norte uma condução atenta às particularidades de cada conflitante, de modo que a participação dos envolvidos seja consciente e equilibrada. Por meio do estímulo a essa participação efetiva, será possível ao mediador contribuir para os processos de empoderamento e emancipação de todos os mediados.

Inicialmente, será abordado o conceito de mediação objetivando o empoderamento e a participação. Em seguida, será discutida a ideia de atuação isenta do terceiro que intervém no conflito, especialmente em relação ao juiz, e como tal ideia foi trasladada para a atuação do mediador. Então, serão esclarecidas as noções de neutralidade e de imparcialidade em face da mediação e da atuação do mediador, pois ambos os termos são trazidos de forma reiterada por boa parte da teoria e indicam um caminho para os conceitos de equidistância e pluriparcialidade a serem, por fim, trabalhados.

2 MEDIAÇÃO: PARTICIPAÇÃO, EMPODERAMENTO E EMANCIPAÇÃO

A mediação tem por essência proporcionar espaços de participação dialógica aos mediados que, com o auxílio do mediador, têm a oportunidade de se comunicarem sob outro viés, voltado ao entendimento mútuo e à busca de soluções satisfatórias para seus conflitos. Sendo um método lastreado pelo consenso, é preciso que as partes sejam preparadas para o diálogo e para a tomada de decisão, tendo em vista que o consenso se torna convincente não pelo simples acordo, mas pela participação consciente daqueles que o concluíram.³

Dessa forma, tem-se o primeiro aspecto relevante da mediação: garantir a participação equilibrada dos mediados, que não podem ser simplesmente levados ao acordo, mas devem compreender as implicações e consequências de sua participação no processo mediativo. Nesse aspecto, destaca-se a atuação do mediador, que busca ser orientada para estimular a participação consciente e

autônoma dos mediados, auxiliando-os nos seus processos de empoderamento e de emancipação.

O empoderamento na mediação – *empowerment*, de acordo com a mediação estadunidense – diz respeito ao incentivo pelo mediador para que os mediados tenham uma compreensão mútua de seus interesses e sentimentos. Outro viés do empoderamento se refere à necessidade de o mediador auxiliar as partes a buscarem suas capacidades de solucionar seus próprios conflitos e ganhar autonomia. Assim, empoderar os mediados importaria em fazê-los compreender suas capacidades e qualidades, especialmente no que tange à gestão e solução autocompositiva e consensual dos conflitos.⁴

O empoderamento ainda representa a apropriação dos próprios conhecimentos por parte das pessoas, fortalecendo sua autonomia para a definição de temas a serem tratados, ações a serem executadas e para a tomada de decisões.⁵ Para os autores Baruch e Folger,⁶ o empoderamento seria passar de uma situação de fragilidade, confusão ou falta de clareza sobre o conflito e seus próprios interesses na situação conflituosa, a uma situação de entendimento e esclarecimento, ao ponto de conseguir colocar com clareza o que se considera importante para si.

Contudo, a ideia de empoderamento apresenta ainda outra dimensão, voltando-se ao propósito de capacitar os sujeitos para uma compreensão ampliada de direitos, dando-lhes condições jurídicas para o acesso à justiça, que, para Watanabe,⁷ representa o acesso à ordem jurídica justa, não devendo se limitar ao acesso aos órgãos judiciais já existentes, mas também levando em consideração a ordem jurídica e suas respectivas instituições, bem como o acesso à informação sobre direitos. Assim, a promoção do empoderamento por meio da mediação, para além de auxiliar os mediados a solucionarem seus conflitos de forma consciente – conforme exposto no parágrafo anterior –, pode ajudá-los a conhecer direitos e os caminhos para efetivá-los, fomentando uma possível inclusão social por meio do acesso à justiça em sentido amplo.

Para que haja o empoderamento dos envolvidos no processo de mediação, também se faz necessário o acesso à informação e ao conhecimento, pois é preciso conhecer os meios de se obter o acesso à justiça. No contexto brasileiro, parcela da população sofre com as limitações de acesso à informação, não sabendo a melhor forma de se solucionar uma demanda, de acessar um serviço público ou mesmo como decidir conscientemente sobre suas questões, justamente por não ter conhecimento e informações suficientes para isto. Desse modo, grande parte dos mediados chega à mediação sem o empoderamento necessário para compreender sua situação conflituosa de forma completa e os direitos que a tangenciam.

A participação, por sua vez, exige um processo de afirmação e de recuperação da autoestima das pessoas para se reafirmar a autonomia e, então, terem voz, participarem e decidirem não apenas em face de questões individuais, mas

também junto à coisa pública.⁸ A mediação, como exercício pedagógico de participação, autoconhecimento e compreensão do outro, pode ser um processo capaz de estimular a autoestima e a afirmação da autonomia dos mediados, promovendo o seu empoderamento.

O empoderamento e a participação ativa dos envolvidos, com o consequente reforço da autonomia e da cidadania, só são possíveis na mediação a partir de uma ressignificação do papel do mediador, bem como de suas características, especialmente no que tange ao envolvimento com os conflitantes na busca pelo equilíbrio entre eles. O mediador terá mais condições de construir espaços efetivos de participação e contribuição para os processos de empoderamento dos mediados se, abandonando as ideias de neutralidade, imparcialidade e equidistância, passar a atuar lastreado pela pluriparcialidade.

3 A ISENÇÃO DO TERCEIRO NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO: O IDEAL DA NEUTRALIDADE, IMPARCIALIDADE OU EQUIDISTÂNCIA LEVADOS À MEDIAÇÃO

Há uma crença generalizada, consagrada por teóricos e doutrinários especialmente do Direito, de que a atuação do terceiro que intervém para a solução do conflito deve ser feita de modo isento, não beneficiando a qualquer dos envolvidos na situação conflituosa. Esse ideal, traduzido pelas noções de neutralidade, imparcialidade ou equidistância, sempre acompanhou o que se exige de um bom interventor em conflitos, seja em meios autocompositivos seja heterocompositivos de solução de controvérsias.

Tal noção de atuação em isenção acompanha o sistema de justiça tradicional desde sua criação. Funcionando no seio de uma lógica adversarial e individualista, a sistematização da Justiça pressupõe, de modo geral, certa igualdade formal entre os cidadãos que buscarão acesso à ordem jurídica no Poder Judiciário, uma vez que esse se organiza pautado pelo princípio da isonomia entre os litigantes. Outras características que apontam para o pressuposto da igualdade são as de que o Judiciário atua apenas após a violação de um direito e mediante provocação do interessado, tendo em vista que a jurisdição se lastreia pelo princípio da inércia; os interessados têm a responsabilidade de eleger as principais questões que serão levadas a juízo, assumindo, em parte, o controle do processo, e o alcance da decisão dada pelo órgão julgador fica circunscrito às partes.⁹

Uma das formas que o sistema judicial tradicional encontrou para efetivar os princípios acima apontados de isonomia e igualdade perante a lei, bem como o conceito de paridade de armas no âmbito processual – que traduz o ideal de uma igualdade processual perfeita, na qual as partes dependem exclusivamente de seus méritos jurídicos para a condução do processo, sem relação com eventuais diferenças estranhas ao Direito que poderiam afetar a reivindicação de direitos¹⁰ –, refere-se à imposição de certas características e limites ao modo de atuação do

jugador, que terá o poder de dizer o direito em face da demanda trazida pelas partes. Deseja-se um julgador isento, que pautе sua atuação, necessariamente, pela neutralidade, imparcialidade ou equidistância na condução do processo, de modo que a sua intervenção envolva o agir de forma a não favorecer nenhum dos conflitantes, não tomar parte de nenhum dos lados e ser equitativo, restringindo-se à análise de elementos jurídicos trazidos aos autos, e não de peculiaridades das partes – como recursos financeiros, psicológicos, culturais ou técnicos – que poderiam, eventualmente, trazer desequilíbrios no processo.

Esse ideal de julgador coadunava com a pauta do Estado Liberal individualista, mas não mais com a atual realidade. Exigir do julgador a condução do processo de modo alheio aos desequilíbrios entre os litigantes, atentando-se apenas às questões trazidas aos autos, exemplifica certo descompasso entre Justiça e realidade brasileira, uma vez que, “instável, iníqua, contraditória e conflitiva, [a realidade brasileira] se caracteriza por situações de miséria, indigência e pobreza que negam o princípio da igualdade formal perante a lei”, impedindo o acesso aos tribunais de parcela significativa da população e comprometendo a efetividade dos Direitos Humanos fundamentais.¹¹

No Estado Democrático de Direito, o ideal traduzido pela igualdade de armas entre os conflitantes vem sendo posto em xeque. O juiz não mais é o sujeito passivo e inerte no processo, que apenas determina a produção de atos processuais pelas partes e emite seu julgamento com base nisso. Sendo legítimo representante estatal na solução dos conflitos que lhe são apresentados, a participação do juiz no processo como mero espectador cedeu lugar a uma conduta mais proativa, imprimindo maior controle dos desequilíbrios nas disputas judiciais, permitindo, assim, assegurar aos conflitantes uma distribuição de justiça a quem efetivamente a merece, e não a quem tem mais recursos – sociais ou financeiros – para obtê-la.¹²

Assim, em que pese ser patente o desafino entre a característica da isenção do terceiro em face da intervenção no conflito e a real necessidade de intervir para uma efetiva distribuição de justiça, os conceitos de neutralidade, imparcialidade e equidistância são insistentemente trabalhados não apenas no sistema judicial tradicional, mas também nos demais métodos de solução de conflitos, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

A teoria e a legislação apontam frequentemente que o agir de terceiros que intervêm para a abordagem do conflito é caracterizado pela isenção, pelo não favoritismo ou pela ausência de tomada de partido. Como uma ficção criada para resguardar a atuação desses terceiros, a noção de isenção traduzida pelos mais variados termos, como a neutralidade, a imparcialidade ou a equidistância, não mais se compatibiliza com a prática da solução de conflitos, uma vez que, mais do que desejável, é necessário que se tenha um interventor atento às diferenças e desequilíbrios entre as partes, e que, de fato, intervenha para minimizá-los, não mais se escondendo atrás de uma falsa ideia de isenção, mas assumindo, veementemente, uma postura pluriparcial, na qual o envolvimento com os conflitantes será direto toda vez que se mostrar necessário a se fazer justiça.

Diante do exposto, importante ressignificar o conceito de isenção trabalhado nos meios de solução de conflitos, especialmente na mediação, uma vez que referido método, ao atribuir às partes o controle do resultado final do processo e a responsabilidade pela solução do conflito, deve investir na figura de um mediador que efetivamente atue para possibilitar uma isonomia e equilíbrio reais na mediação, permitindo a todos que participem de modo consciente e balanceado na construção de soluções para suas questões.

3.1 O MITO DA NEUTRALIDADE

Há algum tempo, muitos autores afirmam que a neutralidade é requisito essencial à atuação de terceiros no julgamento ou na condução de meios de resolução de conflitos, especialmente em face do exercício do juiz, que tem poder de decisão nos processos judiciais. Assim, ainda se afirma que o juiz, o árbitro, o conciliador e mesmo o mediador devem atuar pautados pela neutralidade, o que significa estar livre de predileções, opiniões e percepções pessoais acerca do conflito, das pessoas envolvidas e das suas opiniões, sentimentos ou decisões, dentre outros.

A título de exemplo, aponta-se o conceito de Azevedo,¹³ transcrito no Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça, no qual se afirma que “o mediador [...] é o terceiro *neutro*, que deve ter conhecimento técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo.” Percebe-se que tal conceito traz a questão da neutralidade como característica essencial à figura do mediador. Contudo, deve-se questionar se é possível manter-se neutro diante do envolvimento em qualquer situação que se vivencie, principalmente na administração de situações conflituosas e em face das pessoas nelas envolvidas, especialmente no processo de mediação.

Em primeiro lugar, resta esclarecer que a neutralidade e a imparcialidade devem ser consideradas de forma diferenciada, pois não representam a mesma ideia. Segundo Young, a imparcialidade pode ser definida como a ausência de tendenciosidade ou predileção em favor de uma ou mais partes envolvidas no conflito, dos seus interesses ou das soluções que estão buscando. Por sua vez, a neutralidade “refere-se ao relacionamento ou comportamento entre o intervenor e os disputantes.”¹⁴ O princípio da neutralidade diz respeito a uma atuação, por parte do mediador, isenta de vinculações étnicas ou sociais com qualquer das partes, enquanto a imparcialidade refere-se à abstenção do mediador de tomar partido no curso do processo de solução do conflito.¹⁵ Oliveira,¹⁶ citando Pamplona Filho, Dinamarco e Taylor, indica que a neutralidade estaria ligada à relação pessoal do mediador com as partes, ao passo que a imparcialidade estaria ligada à relação entre o mediador e o processo de mediação em si.

Oliveira¹⁷ ainda aponta um conceito de neutralidade, defendido por Cohen, Dattner e Luxenburg, que seria o de “não fazer julgamento e dar igual atenção aos participantes”. Pamplona Filho,¹⁸ por sua vez, distinguindo

imparcialidade de neutralidade, diz que esta última seria “julgar sem paixão”, pressupondo um não envolvimento do cientista com seu objeto de estudo, o que, há certo tempo, já foi superado pela ciência. Por fim, o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, estabelecido pela Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dispunha, em seu artigo 1º, parágrafo 4º, sobre a neutralidade como princípio fundamental da mediação:

Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

[...]

§4º. Neutralidade – Dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles.¹⁹

Importa esclarecer que o referido código sofreu alteração pela Emenda n.º 1, de 31 de janeiro de 2013, que excluiu a neutralidade como fundamento da atuação dos mediadores e dos conciliadores, prevendo, em seu lugar, o conceito de imparcialidade, demonstrando adequação no entendimento externado pelo CNJ.

Como visto, não é tarefa fácil encontrar um conceito fechado de neutralidade, já que não há consenso na teoria. Ainda mais complexo é constatar empiricamente, nas práticas de mediação, uma atuação que se pautе efetivamente pela neutralidade, pois é extremamente difícil apontar questões que indiquem se a neutralidade foi ou não praticada em sessões de mediação.²⁰

Neste artigo, a neutralidade será compreendida enquanto afastamento, por parte do mediador, de qualquer referência histórica, pessoal ou social em face das opiniões, das manifestações e das decisões das partes, bem como da condução do processo de mediação em si. A neutralidade corresponderia, então, a uma atuação, por parte do mediador, isenta de qualquer influência de suas experiências e vivências pessoais. Contudo, é preciso esclarecer e discutir se esta aludida neutralidade é possível existir, não só na mediação, mas em qualquer processo de resolução de conflitos que envolva a atuação de um terceiro estranho à situação conflitiva.

Kolb e Kressel²¹ apontam que a neutralidade é um dos mitos mais notáveis na mediação, uma vez que o resultado do processo é construído por todas as partes presentes, inclusive pelo mediador. Menkel-Meadow, Love e Schneider²² afirmam que a existência de uma pessoa neutra, que não possua preferências ou predileções sobre determinada parte ou assunto é duvidosa. Na mesma linha, Pamplona Filho²³ diz ser impossível uma atuação neutra por parte do juiz, o que pode ser estendido para o exercício das atividades do mediador, porque não seria possível a qualquer pessoa humana se abster de suas vivências, como traumas, crenças, valores, complexos e paixões, no desempenho de atividades cotidianas, pois isso é inerente à existência humana.

De fato, não só para o mediador, o juiz ou qualquer terceiro atuante nos processos de resolução de controvérsias, mas para qualquer profissional é difícil defender uma atuação neutra, livre de uma carga emocional, social e cultural que constitui a sua personalidade. Todos carregamos, em nossa formação, experiências e predileções, que transparecem inclusive no modo como atuamos ou como nos relacionamos uns com os outros. O mediador não está imune a isso; sem dúvidas, sendo catalisador, ele deve sair íntegro da mediação, sem se desgastar, além de não interferir diretamente no processo ao ponto de ditar ou impor uma decisão aos mediados. Contudo, suas vivências pessoais não podem ser afastadas da condução do processo de mediação, pois todo ser humano é formado a partir de suas experiências, que refletem no seu modo de agir, o que necessariamente inclui a figura do mediador e afeta a sua atuação no processo de mediação. É como afirma Zapparolli:

Todo profissional e, acima de tudo, todo ser humano é o resultado de suas experiências. Sua percepção e intuição decorrem dessas experiências, não existindo dissociação entre a pessoa e o profissional ou isenção entre sua experiência e sua ação. A pessoa necessariamente manifesta o que é, a vivência por ela assimilada, influenciando diretamente em tudo por onde passa.²⁴

O fato de se afirmar que a neutralidade é ponto inatingível na atuação do mediador não significa dizer que ele deva deixar sua experiência pessoal ditar os rumos de sua atuação, transpondo sua subjetividade para a solução do conflito que as partes buscam. O que se afirma é que o mediador não é pessoa neutra que não possui qualquer vivência que influencie o processo de mediação como um todo, mas que deve evitar expressar julgamentos acerca dos interesses e das decisões das partes, sob pena de se impor a elas o que lhe é próprio, suas crenças pessoais sobre o que pode ser o correto ou o adequado para a situação conflituosa. É preciso que haja vigilância constante do mediador para não contaminar o desejo e a opinião das partes com seus próprios desejos e opiniões, pois somente assim ele estará apto para auxiliar os envolvidos a encontrarem seus verdadeiros interesses. A questão se centra em como o mediador deve ser capaz de trabalhar com seus próprios valores, sem deixar que estes contaminem as opções dos mediados, impedindo que suas reais necessidades sejam constatadas.²⁵

O mediador deve buscar caminhos que tornem possível a reavaliação constante de sua atuação, que possibilitem uma análise crítica de seu exercício, de modo a resguardá-lo de uma atuação preconceituosa, tendenciosa ou que contamine a decisão final dos mediados para o conflito que lhes é próprio. Zapparolli²⁶ sugere que a questão da neutralidade seja tratada por meio de um trabalho interdisciplinar e uma reflexão em grupo, de modo a preservar o mediador de questionamentos sobre uma possível atuação inadequada, oportunizando sua substituição quando for o caso. De fato, é preciso manter-se alerta para que a vivência pessoal do mediador não dirija o processo de mediação até determinado resultado, não querido ou não planejado pelos mediados, em que pese ficar claro que é impossível exigir do mediador que se abstenha de sua experiência pessoal na condução do processo.

Assim sendo, não é possível admitir a neutralidade enquanto característica essencial à atuação do mediador na condução da mediação, já que se apresenta como inalcançável, pelas razões acima descritas. Assim, passa-se à análise da imparcialidade para que se verifique se há possibilidade de tomá-la como uma característica atingível ou não pelo mediador em sua atuação.

3.2 A IMPARCIALIDADE NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO

Superada a questão da neutralidade como requisito intrínseco à atuação do mediador, passa-se à análise da possibilidade ou não da imparcialidade se configurar como característica ao exercício do mediador. Firmada a existência de distinções entre neutralidade e imparcialidade, já que os termos não são sinônimos, é preciso identificar o que é entendido por imparcialidade pela teoria voltada à mediação.

Aqui, novamente, há confusão de terminologias. Moore,²⁷ por exemplo, trata a neutralidade e a imparcialidade de forma conjunta, esclarecendo que “o que a imparcialidade e a neutralidade significam é que os mediadores podem separar suas opiniões pessoais quanto ao resultado da disputa do desempenho de suas funções e se concentrar nas maneiras de ajudar as partes a tomar suas próprias decisões sem favorecer indevidamente uma delas”. Para Grillo,²⁸ o conceito de imparcialidade é baseado na noção de um observador sem perspectiva, uma pessoa sem valores, pontos de vista ou experiências capazes de influenciar a relação com os outros, o que se encaixaria melhor ao conceito de neutralidade. Assim, a imparcialidade seria também um mito, se compreendida de modo fundamentalista, uma vez que seria inalcançável, porque os mediadores, como todos os outros seres humanos, têm preconceitos, valores e pontos de vista. Todos possuem experiências em sua vida que influenciam a forma como reagem aos outros, independente de qualquer atitude que os outros possam ter.²⁹ A parcialidade, então, pode aparecer de várias formas, como os preconceitos de raça, gênero, orientação sexual, religião ou classe.

Por sua vez, Menkel-Meadow, Love e Schneider³⁰ afirmam que a imparcialidade significa liberdade de favoritismo ou predileção, quer por palavra, quer por ação, e o compromisso de servir o processo e todas as partes igualmente. Os referidos autores colocam, ainda, a imparcialidade como fator importante de aceitabilidade do mediador, que, assim como os árbitros, são descritos como “neutros”, o que significa que tais figuras não têm participação no resultado e estão adstritos a ajudar as partes de modo equânime,³¹ demonstrando, novamente, confusão entre neutralidade e imparcialidade.

Por outro lado, Warat³² aponta que a imparcialidade diz respeito à falta de poder do mediador para decidir o conflito, afirmando que ele só tem poder de ajudar. Ao mesmo tempo, o autor mencionado aborda a ausência de sentido em se falar da imparcialidade do mediador como se diz da neutralidade do juiz, pois o mediador não impõe o seu critério, o que não permite discutir sobre a sua

imparcialidade. Nessa seara, o autor vincula a imparcialidade às figuras que têm poder de decisão nos processos de resolução de conflitos, como o árbitro ou o juiz.

Sales³³ diz que a imparcialidade é inerente à função do mediador, pois, se este agir de forma parcial, poderá intervir na decisão do conflito, beneficiando a parte que lhe interessa. De fato, a ideia de imparcialidade vinculada à geração de benefícios para uma das partes em detrimento da outra é a que melhor define o termo, ao menos em parte. A autora traz o conceito de imparcialidade que consta no regulamento da mediação na Flórida:

Imparcialidade significa estar livre de qualquer favoritismo, ou preconceito, em outras palavras, ação ou aparência. Imparcialidade significa um compromisso de ajudar todas as partes, em oposição a qualquer delas, individualmente, na movimentação em direção a um acordo.³⁴

De acordo com Serpa,³⁵ a imparcialidade do mediador se refere à sua abstenção de realizar julgamentos a respeito de quem está certo ou errado na condução do processo de mediação, não desempenhando papel que possa favorecer a adversariedade entre as partes. Por sua vez, o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, estabelecido pela Resolução nº. 125/2010 do CNJ e alterado pela Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013, dispõe, em seu artigo 1º, inciso IV, sobre a imparcialidade como princípio fundamental da mediação:

Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

[...]

IV – Imparcialidade – Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.³⁶

Dos conceitos trazidos acima, a imparcialidade pode ser compreendida, então, como ausência de partido ou favoritismo, por parte do mediador, a favor ou contra uma das partes envolvidas no conflito, afirmando que seus valores e suas vivências pessoais não influenciarão na condução do processo de mediação nem, conseqüentemente, no seu resultado final. O mediador imparcial seria, portanto, aquele que não toma partido e que não tem participação no resultado alcançado pelos mediados, ou seja, uma figura que, conduzindo o processo de mediação, mantém-se afastada de tomar qualquer atitude em direção a apenas uma das partes.

Contudo, deve-se questionar se é mesmo possível que o mediador passe pelo processo de mediação sem direcionar qualquer atitude das partes, e, con-

sequentemente, o fruto final da mediação, ou que o próprio mediador – sendo catalisador – não sofra influências dos mediados no decorrer da condução do processo. O mediador está presente na mediação, mesmo que esta pertença primeiramente aos mediados.³⁷ Isso implica dizer que o mediador não está acima das partes ou alheio ao processo da mediação, ou que ele não se envolve na situação conflitiva. Ele interage com os envolvidos, trocando conhecimento e questionamentos com esses, o que retira o caráter de imparcialidade de sua atuação. A simples presença do mediador afeta o modo de interagir dos mediados,³⁸ uma vez que suas intervenções adquirem incalculável importância nos processos de implicação, escuta, interpretação e transferência das partes,³⁹ o que afasta a imparcialidade de sua atuação no processo de mediação.

Moore⁴⁰ afirma que “os mediadores, embora neutros no relacionamento com as partes e em geral imparciais com referência ao resultado substantivo, estão diretamente envolvidos na influência dos disputantes rumo ao acordo”. Folger e Jones⁴¹ apontam que os mediadores, só de tomarem parte na interação com os mediados, desempenham um papel de influência no conflito de forma inevitável, seja intencionalmente ou não. Se os mediadores exercem influência sobre os disputantes e, conseqüentemente, sobre o processo de mediação, como afirmar que sua atuação deve ser pautada pela neutralidade e pela imparcialidade? São, de fato, mitos que precisam ser superados, pois não há possibilidade de o mediador se afastar completamente dos mediados e do processo de mediação, de modo geral.

Dessa forma, pode-se dizer que a imparcialidade não pode ser aceita enquanto característica essencial à atuação do mediador, pois, mais do que inalcançável no processo de mediação, ela não é desejada, visto que o mediador deve interagir com os mediados, de modo a auxiliá-los a encontrarem seus verdadeiros interesses, a dar novo significado a suas relações e a transformar positivamente seus conflitos. O envolvimento do mediador no processo de mediação reafirma seu comprometimento em ajudar as partes a exercerem efetivamente sua participação, a buscarem a realização de seus direitos e a encontrarem soluções adequadas e mutuamente aceitáveis para os seus conflitos. Contudo, conforme apontado anteriormente, tal envolvimento serve apenas ao equilíbrio das partes no processo de mediação, o que reflete na equidistância como nova tentativa de caracterizar a atuação do mediador.

3.3 A ATUAÇÃO EM EQUIDISTÂNCIA DO MEDIADOR

Foi visto que a neutralidade não atende aos princípios da atuação do mediador pelo fato de ser inatingível, tendo em vista que qualquer profissional não atua de forma neutra, inclusive o mediador, sendo impossível, portanto, exigir-lhe que se abstenha de seus valores, suas crenças, suas experiências e suas vivências. Na mesma linha, a imparcialidade também não está afeita à atuação do mediador, uma vez que essa figura está envolvida diretamente no processo de mediação e com os mediados, pois, durante todo o tempo,

interage com os envolvidos no conflito e provoca alteração no modo como eles interagem entre si.

Após serem esclarecidos os conceitos de neutralidade e imparcialidade e de se verificar que ambos não são apropriados a figurar como requisitos essenciais à atuação do mediador, importa trazer a equidistância como característica necessária ao processo de mediação. Zapparolli e Krähenbühl⁴² afirmam que o mediador tem natural ausência de neutralidade – como já foi visto – e que a imparcialidade é termo inapropriado, devendo ceder lugar à isenção e à equidistância.

Considerando algumas características da mediação, tais como a voluntariedade, a confidencialidade, o empoderamento, a autorreflexão e a mudança da visão adversarial, o processo é praticado por um terceiro, estranho ao conflito, treinado e capacitado, “que não esteja no exercício da autoridade decisória e que atue em equidistância.”⁴³ Assim, os conceitos de neutralidade e de imparcialidade são afastados, tendo em vista que

O mediador, apesar de não ser parte no conflito, é parte no processo de mediação. Portanto, nessa medida, não é imparcial, influencia e é influenciado por toda a dinâmica do processo de mediação. Mas deve atuar sempre com equidistância, para proporcionar equilíbrio de poderes, escuta recíproca, empoderamento e justiça das soluções, que atenda às necessidades dos mediados.⁴⁴

A equidistância, enquanto característica da atuação do mediador, não corresponde a um exercício frio e distante das partes, afastando-se ou se colocando acima do processo de mediação e dos mediados, mas se refere a conferir iguais oportunidades a todos os envolvidos no conflito, de modo a dar voz e vez de forma igualitária aos interessados na solução ou na administração da situação conflituosa. A equidistância não é, portanto, distanciamento, mas sim aproximação equânime, na medida do possível, de ambos os mediados. O mediador que atua com equidistância não adentra no mérito das questões em discussão, a não ser para auxiliar os envolvidos a encontrarem seus verdadeiros interesses; também não faz julgamento da disputa e age com isenção em relação aos envolvidos.⁴⁵

Atuar em equidistância seria, portanto, dar iguais oportunidades de diálogo e de expressão aos mediados, buscando agir com isonomia em direção a cada parte. Tal conceito é o que melhor se adequa – até então – ao processo de mediação, pois, para assumirem responsabilidades e atuarem de modo livre para a busca de uma solução para seus conflitos ou de novos meios de administrá-los, as partes devem ser tratadas de modo equânime pelo mediador, responsável por garantir que não haverá favorecimentos para nenhum dos envolvidos.

A ideia de o mediador atuar em equidistância perante os mediados visa a favorecer um processo livre de tendenciosidade, possibilitando a confiança necessária – o *rappport* – para as partes prosseguirem apostando na viabilidade do

processo. Agindo em equidistância, o mediador deve, portanto, buscar dar aos mediados iguais condições e oportunidades de fala e escuta, de modo a instigá-los a participarem na mesma proporção, ou em um grau que não lhes prejudique no decorrer do processo. Assim, em detrimento da neutralidade e da imparcialidade, a equidistância se mostra como ideal mais próximo à atuação do mediador.

Contudo, diante do conceito de mediação trabalhado neste artigo, propõe-se uma reinterpretação da ideia de equidistância ou isenção, por meio da noção de pluriparcialidade, como característica a ser vivenciada no atuar do mediador.

4 A PLURIPARCIALIDADE COMO NOVO CONCEITO NA MEDIAÇÃO

Ao se repensar a mediação para que sua metodologia vá além da simples resolução do conflito pelo acordo, mas alcance, também, um ideal de acesso amplo à justiça, indispensável repensar as características que se esperam do mediador em sua atuação, de modo que ele possa proporcionar aos mediados espaços proveitosos de participação, estimulando-os a desenvolverem processos de empoderamento e emancipação.

Nos conflitos em que há um desequilíbrio entre os envolvidos, o mediador deve atuar de modo a diminuir tal disparidade e oportunizar que ambos dialoguem em condições semelhantes. Tal fato já retira do mediador uma possível caracterização pela isenção. Uma mediação não pode ser bem-sucedida se houver desequilíbrio entre as partes, naqueles casos nos quais uma delas se encontra submissa ou diminuída perante a outra. O mediador deve procurar estabelecer um equilíbrio entre os mediados, de modo a possibilitar que o diálogo que venha a se realizar seja efetivo e sustentável, como expressão do envolvimento de todos no processo de mediação. Essa ideia de reequilíbrio das partes é compartilhada por diversas metodologias de mediação, à exceção da mediação transformativa, na qual se acredita que o reequilíbrio entre os mediados, promovido pelo mediador, pode ter consequências maléficas e irreparáveis.

Oliveira⁴⁶ aponta que um caminho possível para designar a imparcialidade do mediador seria encarar a mediação por meio da noção de equidistância, a partir da qual, de acordo com Cobb e Rifkin,⁴⁷ a atuação do mediador envolveria o favorecimento ora de uma das partes, ora da outra, desde que o resultado não se ligasse a um acordo tendencioso para nenhum dos mediados. Segundo os autores, a neutralidade seria, portanto, “um processo ativo pelo qual a tendência é usada para criar simetria,”⁴⁸ o que, no entender adotado no presente estudo, guarda maior consonância com a ideia de pluriparcialidade.

Na pluriparcialidade, há o rompimento com a ideia de isenção, afastando a ficção criada em torno de um agir desobrigado do mediador: mais do que evitar desequilíbrios pela atuação equidistante, o mediador deve proporcionar aos mediados condições para que estes participem de forma consciente no processo mediativo, tendo noção dos direitos ali envolvidos e das consequências

de suas decisões. Tem-se, assim, uma nova concepção de mediador, que passa a estar imbricado na metodologia da mediação como um defensor pluriparcial dos Direitos Humanos-fundamentais que perpassam pela situação conflituosa em discussão, favorecendo e beneficiando não apenas a uma das partes, mas a todas que carecerem de auxílio no sentido de proteger e assegurar a reivindicação e defesa de seus direitos. A pluriparcialidade, portanto, estaria mais afeita a um ideal de mediação para o acesso ampliado à justiça.

Acredita-se, portanto, que o mediador, sendo o terceiro que intervém para auxiliar a abordagem do conflito com os envolvidos, assuma uma postura proativa no sentido de se posicionar sempre a favor da defesa dos direitos humanos fundamentais, ainda que, para isso, tenha de demonstrar certa tendenciosidade na mediação. Se o ideal de mediação que se busca é pautado pela participação consciente e pelo fomento dos processos de empoderamento e emancipação dos envolvidos, o mediador deve deixar sua postura de isenção e assumir uma face pluriparcial, auxiliando os mediados a compreenderem a situação vivenciada de forma completa, e não apenas de modo pontual, por vezes traduzido nos acordos. Uma vez que a mediação que aqui se defende está voltada à garantia de acesso ampliado à justiça, e não à simples resolução do conflito pelo acordo, essencial que o mediador, pautado pela pluriparcialidade, possa agir fora das amarras da isenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, entende-se que a ideia de isenção, traduzida pelos conceitos de neutralidade, imparcialidade ou equidistância, já não serve mais aos anseios de uma mediação que busca ir além da produção do acordo entre as partes e que pretende auxiliá-las em seus processos de participação consciente, empoderamento e emancipação. A mediação voltada ao amplo acesso à justiça, que envolve o acesso a serviços, a direitos e à informação, necessariamente deve reconfigurar as características que se esperam do mediador.

Assim, a pluriparcialidade parece mais adequada a reconciliar os interesses e necessidades sociais e a intervenção de terceiro na abordagem dos conflitos. Abandonando-se o ideal do terceiro espectador do desenrolar dos procedimentos de abordagem de situações conflitivas ou daquele que intervém com tecnicismo suficiente a não se envolver no resultado final do conflito, o conceito de pluriparcialidade parece ser aquele que mais se adere à efetiva distribuição de justiça, especialmente na metodologia de mediação.

O mediador pluriparcial, defensor dos direitos de todas as partes envolvidas na mediação, certamente estará mais capacitado a oferecer um auxílio qualificado aos mediados, que não os dirija apenas à produção do acordo que lhes porá fim ao conflito, mas que busque, primordialmente, contribuir para o fomento de espaços de diálogo nos quais a participação é empoderada e consciente e que, de fato, contribua para a emancipação, para o exercício da cidadania e da transformação social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2010.

BARUCH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. The promise of mediation. In: MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Mediation: Practice, Policy and Ethics**. New York City: Aspen Publishers, 2006. p. 121-123.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/aceso-a-justica/conciliacao/conciliador-e-mediador/323-sessao-de-julgamento/atos-administrativos-da-presidencia/resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28620>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL: DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 2003, Coimbra. **Anais...** Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2003.

GRILLO, Trina. The Mediation Alternative: Process Dangers for Women. In: MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Mediation: Practice, Policy and Ethics**. New York City: Aspen Publishers, 2006. p. 550-551.

MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Mediation: practice, policy and ethics**. New York City: Aspen Publishers, 2006.

MOORE, Christopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Art-med, 1998.

MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willem. **Dissensões e consenso: uma teoria geral das decisões colectivas**. Tradução de Maria Fernanda Jesuino. Lisboa: Livros Horizonte, 1991.

OLIVEIRA, Roberto Perobelli de. Por uma nova definição de neutralidade. In: CÍRCULO DE ESTUDOS LINGUÍSTICOS DO SUL – CELSUL, 8., 2008,

Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 2008. Disponível em: <http://celsul.org.br/Encontros/08/por_uma_nova_definicao_de_neutralidade.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2052>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Aguida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOLER, Raul Calvo. Del alcance de la mediación. In: JORNADA DE PREVENCIÓ I MEDIACIÓ COMUNITÀRIA: ESCENARIS DEL DIÀLEG, 7., 2012., Generalitat de Catalunya, Barcelona. Departament de Justícia. **Justiça Gencat**. Disponível em: <http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/formacio_recerca_i_docum/biblioteca_i_publicacions/publicacions/materials_de_jornades/jornades_formacio_d_acces_lliu/vii_jorn_prev_medi15112012/alcance_mediacion_raulcalvo.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da Mediação. In: MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus, 2003.

ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas**. São Paulo: LTr, 2012.

-
- 1 De acordo com Soler, existem ao menos três formas de abordagem de conflitos: a prevenção, que se destina a uma análise prévia de situações para prevenir conflitos futuros; a gestão, que se refere a conflitos imaturos ou insolúveis; e a solução, que envolve a dissolução – a eliminação do conflito pela perda do objeto – e a resolução, que envolve métodos endógenos (sem a intervenção de terceiros) e exógenos (com a intervenção de terceiros) destinados a pôr fim ao conflito. SOLER, Raul Calvo. JORNADA DE PREVENCIÓ I MEDIACIÓ COMUNITÀRIA: ESCENARIS DEL DIÀLEG, 7., 2012. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. **Justiça Gencat**. Disponível em: <http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/formacio_recerca_i_docum/biblioteca_i_publicacions/publicacions/materials_de_jornades/jornades_formacio_d_acces_lliu/vii_jorn_prev_medi15112012/alcance_mediacion_raulcalvo.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.
 - 2 WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 175.

- 3 MOSCOVICI, Serge; DOISE, Willem. **Dissensões e consenso: uma teoria geral das decisões colectivas.** Tradução de Maria Fernanda Jesuino. Lisboa: Livros Horizonte, 1991. p. 6.
- 4 AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2010. p. 141.
- 5 ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas.** São Paulo: LTr, 2012. p. 90.
- 6 BARUCH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. The promise of mediation. In: MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Mediation: practice, policy and ethics.** New York City: Aspen Publishers, 2006. p. 121-123.
- 7 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- 8 WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001. p. 175.
- 9 FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL: DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 2003, Coimbra. **Anais...** Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 29 de maio a 1 de junho de 2003. p. 4.
- 10 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 15.
- 11 FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL: DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 2003, Coimbra. **Anais...** Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 29 de maio a 1 de junho de 2003. p. 4.
- 12 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. v. 1. p. 2.
- 13 AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2010. p. 210.
- 14 YOUNG apud MOORE, Christopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 55.
- 15 AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2010. p. 211.
- 16 OLIVEIRA, Roberto Perobelli de. Por uma nova definição de neutralidade. In: CÍRCULO DE ESTUDOS LINGÜÍSTICOS DO SUL – CELSUL, 8., 2008, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 2008. p. 3. Disponível em: <http://celsul.org.br/Encontros/08/por_uma_nova_definicao_de_neutralidade.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2013.
- 17 Idem, p. 4.
- 18 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2052>>. Acesso em: 31 mar. 2013.
- 19 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/conciliador-e-mediador/323-sessao-de-julgamento/atos-administrativos-da-presidencia/resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 31 mar. 2013.
- 20 OLIVEIRA, Roberto Perobelli de. Por uma nova definição de neutralidade. In: CÍRCULO DE ESTUDOS LINGÜÍSTICOS DO SUL – CELSUL, 8., 2008, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 2008. p. 2. Disponível em: <http://celsul.org.br/Encontros/08/por_uma_nova_definicao_de_neutralidade.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2013.
- 21 KOLB e KRESSEL apud OLIVEIRA, Roberto Perobelli de. Por uma nova definição de neutralidade. In: CÍRCULO DE ESTUDOS LINGÜÍSTICOS DO SUL – CELSUL, 8., 2008, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 2008. p. 2. Disponível em: <http://celsul.org.br/Encontros/08/por_uma_nova_definicao_de_neutralidade.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2013.
- 22 MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Mediation: practice, policy and ethics.** New York City: Aspen Publishers, 2006.
- 23 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2052>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

- 24 ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da Mediação. In: MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003. p. 64.
- 25 Idem.
- 26 Ibid., p. 65.
- 27 MOORE, Christopher. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 56.
- 28 GRILLO, Trina. The mediation alternative: process dangers for women. In: MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Mediation**: practice, policy and ethics. New York City: Aspen Publishers, 2006. p. 551.
- 29 Idem.
- 30 MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Mediation**: practice, policy and ethics. New York City: Aspen Publishers, 2006. p.607.
- 31 Idem, p. 343.
- 32 WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.
- 33 SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 48.
- 34 Idem, p. 101.
- 35 SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 243.
- 36 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Emenda n. 1, de 31 de janeiro de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28620>>. Acesso em: 29 nov. 2015.
- 37 SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águeda Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 223.
- 38 SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 222.
- 39 WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 87.
- 40 MOORE, Christopher. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 284.
- 41 FOLGER e JONES apud OLIVEIRA, Roberto Perobelli de. Por uma nova definição de neutralidade. In: CÍRCULO DE ESTUDOS LINGUÍSTICOS DO SUL – CELSUL, 8., 2008, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 2008. p. 2. Disponível em: <http://celsul.org.br/Encontros/08/por_uma_nova_definicao_de_neutralidade.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2013.
- 42 ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas**. São Paulo: LTR, 2012. p. 39.
- 43 Idem, p. 82.
- 44 Ibid., p. 83.
- 45 SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 242.
- 46 OLIVEIRA, Roberto Perobelli de. Por uma nova definição de neutralidade. In: CÍRCULO DE ESTUDOS LINGUÍSTICOS DO SUL – CELSUL, 8., 2008, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 2008. p. 4. Disponível em: <http://celsul.org.br/Encontros/08/por_uma_nova_definicao_de_neutralidade.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2013.
- 47 COBB; RIFKIN apud OLIVEIRA, Roberto Perobelli de. Por uma nova definição de neutralidade. In: CÍRCULO DE ESTUDOS LINGUÍSTICOS DO SUL – CELSUL, 8., 2008, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 2008. p. 4. Disponível em: <http://celsul.org.br/Encontros/08/por_uma_nova_definicao_de_neutralidade.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2013.
- 48 Idem.

MULTIPARTIALITY AS A NEW ELEMENT OF MEDIATION: RETHINKING THE ROLE OF THE MEDIATOR FROM THE NOTIONS OF NEUTRALITY, IMPARTIALITY AND EQUIDISTANCE

ABSTRACT

This article aims at questioning the notions of neutrality, impartiality and equidistance, used as elements that guide the actions of the third party involved in conflict resolution, while highlighting the role of the mediator. The study intends to discuss the relevance of these notions regarding the role of the mediator, an accepted third party that helps those involved to resolve their conflict situation in the mediation process. Considering that the methodology in mediation is intended to assist the parties in the process of empowerment and emancipation, it is understood that rethinking the notion of exemption regarding mediators is necessary, through the construction of a new element, multipartiality. The hypothesis put forward here is that multipartiality translates as an element capable of attaining the action of the mediator to promote an effective balance between the parties in order to foster an isonomic and broadly participatory situation in mediation, which in fact contributes to the empowerment and emancipation of the parties involved.

Keywords: Mediator. Neutrality. Impartiality. Equidistance. Multipartiality.

Submetido: 8 ago. 2016

Aprovado: 10 out. 2016

PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES: BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO À LUZ DO CPC/2015

Carlos Nelson Konder*

1 Introdução. 2 O novo CPC e a exigência de fundamentação das decisões. 3 A contribuição da teoria da argumentação para a fundamentação das decisões. 4 A peculiaridade dos princípios e sua importância no direito contratual contemporâneo. 5 As decisões que aplicam o princípio da boa-fé. 6 As decisões que aplicam a função social do contrato. 7 Conclusão. Referências.

RESUMO

O artigo analisa o impacto da introdução, pelo Código de Processo Civil de 2015, de parâmetros para que se possa avaliar a adequada fundamentação de uma decisão judicial sobre a aplicação dos princípios contratuais, mais especificamente, a boa-fé e a função social do contrato. Parte das contribuições da teoria da argumentação contemporânea, incorporadas pela doutrina processualista, em especial no que tange a estruturas normativas, como princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Dedicar-se, então, à observação de uma amostragem de decisões judiciais representativa das críticas doutrinárias, que afirmam a ocorrência de invocação meramente retórica dos princípios contratuais, como forma apenas de avaliar o entendimento pessoal do intérprete. Ao final, sinaliza instrumentos para que o intérprete possa se desincumbir mais adequadamente do ônus argumentativo de fundamentação das decisões, por meio de *topoi* discursivos sugeridos doutrinariamente ou positivados constitucionalmente, tal como as chamadas especializações funcionais ou figuras parcelares da boa-fé e os bens jurídicos referidos pelo constituinte aptos a dar conteúdo à função social do contrato, como educação, saúde, moradia e meio ambiente.

Palavras-chave: Fundamentação. Princípios. Boa-fé. Função social do contrato.

* Professor adjunto do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela *Università di Camerino* (Itália). E-mail: <c.konder@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação do novo Código Processo Civil, a Lei n. 13.105, em 16 de março de 2015, trouxe renovadas possibilidades não apenas para o Direito Processual, mas também para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo. No decorrer de sua longa *vacatio*, foi possível aos intérpretes começar a perceber a extensão da transformação que ele oferece e, nos próximos tempos, prosseguiremos a vê-la em prática. Diversas interseções, em pontos específicos, entre o Direito Processual Civil e o Direito Civil saltam aos olhos, e vêm sendo objeto de abordagens não menos importantes pela doutrina. No entanto, aqui se optou por abordar uma transformação mais sutil e mais profunda que o CPC/2015 trouxe para um nível sistêmico, que se irradia não só para o Direito Civil, como também para todos os ramos do Direito: a fundamentação das decisões.

Em especial, merece atenção cuidadosa do intérprete a forma como o novo Código guiou a fundamentação das decisões que se baseiam em cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios. Respondendo a um anseio, o legislador buscou conduzir a argumentação dos magistrados de forma mais precisa no que tange à utilização dessas figuras normativas que, se não são novas, ganharam protagonismo nunca visto até então, e, com isso, ainda podem ser objeto de invocação de forma inapropriada com as exigências de democraticidade e segurança jurídica afetas ao nosso Estado de Direito.

Nesse texto, a análise se detém sobre as decisões que invocam as mais populares estruturas normativas do direito contratual contemporâneo: a boa-fé e a função social do contrato. Buscar-se-á observar as dificuldades sofridas na implementação de uma eficácia real e autônoma dessas disposições e como as instruções oferecidas pelo CPC/2015 podem colaborar nesse processo.

2 O NOVO CPC E A EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Uma das principais marcas metodológicas impressas na elaboração do novo Código de Processo Civil de 2015 é a chamada constitucionalização dos vários ramos do Direito. A consciência de que a supremacia normativa da Constituição e a unidade do ordenamento não se constituem apenas sob a perspectiva formal, mas exigem também um esforço hermenêutico para imantar as diversas normas do sistema com os mesmos preceitos fundamentais, implica a releitura dos diversos setores do ordenamento à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

No âmbito do Direito Processual, isso foi referido como “neoprocessualismo”, o qual, nos termos de André Vasconcelos Roque, configura verdadeira simbiose com o neoconstitucionalismo, retirando dele suas premissas e oferecendo, em troca, a contenção do arbítrio judicial, a qual se viabiliza, especialmente, pelo dever de motivação das decisões, que oferece não apenas meios para as partes recorrerem, mas também para que a própria sociedade possa controlar

a atuação dos juízes.¹ De fato, o novo diploma processual foi produzido como fruto de uma democracia deliberativa que reconhece como legítimo apenas o domínio da razão, em que, nas palavras de Luiz Fux, os anseios se manifestam “em uma arena onde o único duelo esperado é o da argumentação.”²

Trata-se da superação da miopia de uma visão que, excessivamente centrada na celeridade processual, tornou-se contraproducente, já que as decisões proferidas sem o devido cuidado, para atender às estatísticas, acabavam por ser anuladas em grau de recurso, ao final, retardando ainda mais o tempo do processo. À exigência de uma duração razoável do processo, somou-se a maior atenção ao seu desenrolar cuidadoso, sob a crença de que “com decisões mais bem fundamentadas, após uma cognição mais bem preparada [...], confia-se na diminuição das enormes taxas de reforma, fruto do atual debate superficial.”³

A partir do clássico pioneiro de Michele Taruffo,⁴ os estudos processuais sobre a fundamentação das decisões judiciais deixaram o exame puramente exegético-normativo, inspirado no modelo silogístico, para aportar as contribuições de autores como Esser e Hart também a valoração de provas e análise de fatos, realçando a necessidade de completude da motivação. Nessa linha, determina o art. 489 do novo CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O dispositivo encontra seu fundamento no art. 93, IX, da Constituição, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. No entanto, a exigência constitucional era, até então, cumprida apenas formalmente, sem observância do conteúdo material que deveria revestir uma fundamentação democrática. Forte crítica se estabeleceu contra a tendência, em decisões, de fundamentar a utilização de princípios de forma silogística, como se fossem regras, invocando-os como argumentos de autoridade, sem a devida argumentação. Trata-se do que já foi chamado de “carnavalização do Direito,”⁵ “panprincipalismo,”⁶ “pós-positivismo à brasileira”⁷ e “decisionismo judicial,”⁸ que seria, de maneira geral, a prática de invocar princípios de conteúdo aberto para decidir, mas sem qualquer exposição analítica sobre o significado do enunciado normativo e sua aplicação ao caso concreto, utilizando-os nos moldes subsuntivos normalmente usados para a aplicação de regras. Essa prática viabiliza que o magistrado resolva o conflito principiológico exclusivamente a partir de sua consciência, servindo a invocação do princípio apenas para referendá-lo, sem explicitar o passo a passo da sua decisão.⁹

Contra isso, afirma-se a nulidade da decisão que se socorrer dessas estruturas normativas “sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, ou que lidar com um conflito entre princípios sem “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. O dispositivo dirige-se, assim, a um “definitivo abandono do formalismo ingênuo e redutor do sistema anterior”, contribuindo como instrumento para a consolidação de uma jurisdição mais adequada às exigências democráticas da Constituição de 1988.¹⁰ Serve a coibir, também, a prática recorrente de utilização da mesma fundamentação para diversos casos distintos, na medida em que torna “nula a decisão que possua fundamentação genérica, compreendida esta como aquela que poderia ser utilizada para qualquer caso abstratamente.”¹¹

3 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A exigência processual de motivação, de base constitucional é enriquecida pelo aporte científico, trazido, nas últimas décadas, pela chamada Teoria

da Argumentação. Construiu-se ali a possibilidade de legitimação científica de decisões guiadas pelo esforço de persuasão e convencimento, bem como pautadas pela busca do razoável e do adequado.¹² Os trabalhos de autores como Perelman e Alexy contribuíram para desconstruir o entendimento de que somente o raciocínio pautado pela lógica formal da matemática seria dotado de cientificidade, e, portanto, a argumentação jurídica estava fadada ao decisionismo próprio de um ato de vontade. Perelman supera a premissa, baseada no modelo cartesiano de ciência, de que a racionalidade está restrita ao raciocínio *more geometrico* e à técnica da demonstração pela evidência, verificando que os recursos discursivos desenvolvidos para provocar o assentimento e a adesão de um auditório são reflexos de que o poder de deliberar e argumentar também são guiados por uma racionalidade própria.¹³ Alexy indica que esse modo de pensar, orientado por valores e cuja lógica não é de tipo formal, também é pautado por uma racionalidade e pode igualmente ser objeto de análise científica, que se vincula a uma pretensão de correção.¹⁴

É possível, assim, exigir que a fundamentação das decisões seja dirigida pelo postulado da razoabilidade,¹⁵ construído com base em um discurso não apenas de justificação, mas também de adequação das normas, que fundamenta a preferência pelo princípio aplicável ao caso concreto, e que assim viabiliza a aceitação racional das decisões judiciais com base na qualidade dos argumentos levantados, cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado.¹⁶

As escolhas do intérprete devem ser assumidas expressamente, não como forma a libertá-lo do Direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete.¹⁷ Por meio da fundamentação, verificam-se os argumentos que levaram o intérprete a escolher, é nela em que encontramos os parâmetros para compreender a decisão.¹⁸ Pela fundamentação, verifica-se se os elementos extrajurídicos foram absorvidos por meio de elementos normativos, se os valores referidos são sociais e culturais e não pessoais: viabiliza-se, em última instância, um controle final sobre os argumentos adotados.¹⁹ Isso significa que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não importa a consagração do arbítrio, mas sim a imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação das decisões judiciais. A ampliação da área de liberdade conferida aos magistrados, em comparação com a tradição de nossa história jurídica, impõe uma atenção maior às justificativas invocadas para essas decisões.²⁰ Nessa linha, ainda que os magistrados tomem decisões partindo de visões pessoais ou mesmo preconceitos e depois busquem as premissas para fundamentá-las, isso não significa descartar a importância e a necessidade da fundamentação.²¹

4 A PECULIARIDADE DOS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO

O desafio relativo à fundamentação das decisões – e importância da atenção a este ponto – é ainda maior quando se trata de decisões que aplicam conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios. Foi a proliferação desse tipo de estrutura normativa, associada à mudança na própria metodologia hermenêutica dominante, que produziu – ou deveria produzir – impacto sobre o processo de fundamentação das decisões. Os princípios, bem como os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais, acabam por contribuir para a exigência de modificação da forma de fundamentação das decisões, pois impõem um ônus argumentativo diferenciado ao intérprete. A técnica regulamentar, que se opõe a essas estruturas normativas, contribui para viabilizar formalmente a fundamentação das decisões sob o modelo da subsunção, em que a decisão se extrai de um suposto silogismo lógico formal, como uma escolha necessária e neutra. Já os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e os princípios, ao abrirem explicitamente a liberdade de decisão do intérprete para a pluralidade e imprevisibilidade dos casos concretos, esvaziam a possibilidade de mascarar as escolhas valorativas do intérprete, inafastáveis do processo decisório, sob a máscara do raciocínio subsuntivo. Tais escolhas passam a dever ser explicitadas, de maneira a poderem ser submetidas ao crivo crítico dos demais.

Reputada uma das marcas da transformação do Direito ao longo do século XX, percebe-se claramente no âmbito do Direito contratual brasileiro o recurso cada vez maior a essas estruturas normativas que reconhecidamente atribuem – ou reconhecem – ao intérprete um poder maior de “concreção.”²² Diante da insuficiência do modelo subsuntivo e da inexorável liberdade do intérprete na construção da norma, o próprio legislador contribui oferecendo enunciados normativos mais abertos e flexíveis para viabilizar não apenas a adaptação da norma à imprevisibilidade da vida, mas o próprio preenchimento valorativo à luz do influxo de normas superiores em diálogo com as circunstâncias do caso concreto.

Adotando a taxonomia de Engisch,²³ fala-se de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios. No âmbito do Direito contratual brasileiro, percebe-se que o legislador de 2002, nas poucas alterações que fez comparativamente ao Código Civil de 1916, intensificou o uso de conceitos indeterminados, que, a despeito de um núcleo duro, trazem um halo conceitual difuso, que lhes traz a marca característica de conteúdo e extensão em larga medida incertos.²⁴ Assim, por exemplo, a irrenunciabilidade, em contratos de adesão, a “direito resultante da natureza do negócio” (CC, art. 422), a modificação da contagem de prazo para redibição quando “o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde” (CC, art. 445, §1º), o prazo para a rescisão do contrato proporcional aos “investimentos consideráveis para sua execução” (CC, art. 473, parágrafo único), ou ainda a resolução do contrato quando sua execução “se tornar excessivamente onerosa, com ex-

trema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” (CC, art. 478).

No entanto, para além de um aumento de termos de maior vagueza semântica, reconhece-se na legislação contratual contemporânea o recurso expresso à técnica legislativa das cláusulas gerais, as quais, contrapondo-se à elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscreve particulares grupos na sua especificidade própria (*fattispecie*), abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos, em termos de grande generalidade.²⁵ Essas disposições normativas utilizam intencionalmente uma linguagem aberta e fluida com o objetivo de conferir ao juiz “um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente, ou desenvolva normas jurídicas.”²⁶

Louçada como uma das grandes inovações do projeto,²⁷ no âmbito específico do Direito contratual, é destacada a determinação de que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (CC, art. 421) e que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (CC, art. 422). As espécies em questão não são excludentes, já que, como se pode observar, muitas dessas cláusulas gerais são construídas com recurso a conceitos indeterminados e, ainda, muitas delas servem a veicular, também, princípios jurídicos.²⁸

De fato, uma terceira estrutura normativa simbólica desse contexto de modificação são os princípios, em virtude de seu papel na atividade hermenêutica. Tradicionalmente considerados quase que exclusivamente em sua função informadora e ordenadora, cuja aplicação era sempre subsidiária, condicionada à existência de uma lacuna das regras específicas, aos princípios, passou-se a reconhecer força normativa: as normas seriam um gênero dentro do qual são espécies não apenas as regras, mas também os princípios.²⁹ Nesse sentido, difundiu-se a posição de Robert Alexy, que concebe os princípios como mandados de “otimização”, que determinam que algo seja realizado na maior medida possível.³⁰ Nesse sentido, os princípios distinguem-se dos valores apenas no fato de que os primeiros se situam no plano deontológico (*dever ser*), enquanto os segundos se encontram no plano axiológico (*bem*). De outro lado, os princípios são também espécies do gênero norma, assim como as regras (razões definitivas), das quais se diferenciam porque não se aplicam em qualquer situação (razões *prima facie*). Desse modo, a solução de um conflito entre princípios é resolvida na dimensão do peso (e não da validade, como nas regras), por meio de uma ponderação, uma hierarquização no caso concreto.

Outra corrente, seguida por Klaus Günther e Jürgen Habermas a partir do pensamento de Ronald Dworkin,³¹ defende que o procedimento sugerido por Alexy para solucionar o problema da colisão de princípios os esvazia de seu caráter normativo, conduzindo a uma criticável concepção axiologizante do direito.³² Tal mecanismo de preferência e mensuração condiz somente com o tratamento de valores. Se princípios são normas, então atuam no plano do agir

obrigatório, não do teleológico.³³ Consequentemente, não podem ter somente uma preferência no caso concreto ou ser aplicados na medida do possível, pois uma norma não pode ter uma pretensão de validade gradual.³⁴ Para, então, entender o mecanismo de aplicação dos princípios, é imprescindível observar a distinção entre o plano da *justificação*, em que os princípios encontram sua fundamentação, e o plano da *aplicação*, em que se discute a adequação do princípio a um caso concreto. Assim, dois princípios aparentemente contraditórios no plano da justificação são apenas concorrentes no plano da aplicação.³⁵ Diversamente das regras, que se aplicam de maneira “tudo ou nada,”³⁶ com exceções previamente enumeráveis, um princípio excepciona a aplicação do outro em virtude de circunstâncias características do caso concreto.³⁷ É um procedimento que não supõe uma gradação, mas uma cessão; que não toca ao plano da validade, mas ao da aplicação. Os princípios são, então, definidos, em oposição às regras, como *normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas*.³⁸

As correntes convergem, para os fins relevantes do presente trabalho, no sentido de identificar como o procedimento próprio para a solução dos casos em que existam princípios concorrentes, a oferecerem soluções diversas para o caso concreto, impõem ao intérprete um papel de maior protagonismo na construção da solução correta. No caso do Direito contratual, ao lado dos princípios da boa-fé e da função social, veiculados expressamente por cláusulas gerais, são reconhecidos princípios implícitos, como o equilíbrio econômico e a proteção dos vulneráveis, todos inspirados por uma lógica solidarista de matriz constitucional. Todavia, reconhece-se, também, a manutenção de princípios clássicos de matriz liberal, como a liberdade de contratar, a relatividade dos efeitos, a força obrigatória e a intangibilidade do conteúdo do contrato. A importância desses princípios, cuja força normativa passa a ser reconhecida, impõe ao intérprete um ônus argumentativo maior na solução dos conflitos que travam entre si. Somados à ampliação dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, constata-se um contexto no qual se destaca o papel da fundamentação argumentativa das decisões judiciais no âmbito do Direito contratual.

5 AS DECISÕES QUE APLICAM O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A consagração do princípio da boa-fé em nosso ordenamento, primeiro no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, depois no Código Civil de 2002, tem sido considerada motor de significativa revolução no regime jurídico dos contratos. Compreendida não mais em sua acepção subjetiva, isto é, como estado do agente que ignora a existência de vícios em sua conduta, a boa-fé foi alçada à condição de princípio com força normativa, mandamento de conduta que impõe comportamento leal e honesto entre os contratantes.³⁹

A introdução desse princípio torna mais complexa a compreensão da relação obrigacional. Em lugar da estrutura simplificada direito subjetivo - dever jurídico, passa-se a reconhecer diversas outras situações jurídicas subjetivas conjugadas – uma “pluralidade de elementos autonomizáveis” –, em especial

deveres paralelos que interagem entre si e cujo inadimplemento pode ferir o todo obrigacional. Torna também mais dinâmica essa compreensão da relação obrigacional, pois passa a ser concebida como um conjunto de momentos sucessivos, interligados em unidade ontológica, uma estrutura verdadeiramente orgânica, repleta de relações recíprocas de instrumentalidade ou interdependência. A clássica e estática obrigação passa, como relação obrigacional, a ser compreendida como um sistema de processos em razão da necessária colaboração entre os sujeitos vinculados. Contribui, ainda, para a adoção de uma perspectiva funcional: a totalidade obrigacional existe em razão de um fim, que a polariza e dinamiza, que é o adimplemento. Todos os direitos, subjetivos e potestativos, ônus e deveres, poderes e faculdades, toda a situação jurídica complexa tem existência temporária orientada a atingir um fim objetivamente considerado, que deve concretizar-se em um conjunto de interesses merecedor de tutela.

A transformação não é puramente conceitual, pois implica a reformulação das regras aplicáveis às obrigações. Determinar se a obrigação foi ou não cumprida passa a ser tarefa árdua, na medida em que a própria determinação do adimplemento – e do inadimplemento – se transforma. Verifica-se o alargamento do objeto da obrigação e da flexibilização do termo adimplemento, já que a conduta exigível dos sujeitos envolvidos passa a incluir também colaboração e lealdade recíprocas. Dessa forma, produz-se uma verdadeira revolução no processo decisório, que não mais se pauta apenas pela realização ou não da prestação contratada: atribui-se ao juiz o poder de avaliar se a forma de cumprimento da prestação atendeu às expectativas legítimas do outro contratante. Em poucas palavras, pode o magistrado decidir sobre a execução do contrato com base, essencialmente, no que considera ser a “confiança” construída entre as partes.

Não é à toa que esse cenário, por um lado, extremamente promissor e repleto de possibilidades, seja também, por outro lado, bastante preocupante e exija a reflexão apresentada sobre a fundamentação dessas decisões. A invocação genérica da exigência de correção, lealdade, honestidade e transparência nas relações contratuais coloca novamente em jogo as dificuldades oriundas da utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados na fundamentação das decisões.

O exame da jurisprudência recente é indicativo disso. Em que pesem ricas e inovadoras decisões que se utilizam adequadamente do princípio em questão, não é incomum que a menção à “boa-fé” venha revestida daquelas mesmas características que a nova legislação processual visa a combater. Tomando como exemplo alguns acórdãos do TJERJ publicados pouco antes da vigência do novo CPC, o uso puramente retórico ou decorativo da menção ao princípio é perceptível em decisões que poderiam ser pautadas pela violação de um dever legal expresso, tais como assegurar o direito a parcelamento de dívida de fornecimento de água previsto em lei estadual,⁴⁰ rever taxa de juros superior ao autorizado por lei,⁴¹ vedar a cobrança por estimativa já proibida por lei⁴² ou sancionar o descumprimento do dever de trocar produto defeituoso.⁴³ Na mesma

linha, não são poucas as decisões que fazem referência à boa-fé para tratar de hipóteses em que se trata de mero descumprimento de dever contratual expresso, não distinguindo o simples inadimplemento da fundamentação principiológica, como a recusa da seguradora ao pagamento integral da indenização,⁴⁴ o atraso na entrega de imóvel adquirido na planta,⁴⁵ o inadimplemento do promitente comprador⁴⁶ e a negativa de cobertura de plano de saúde contratado.⁴⁷ Essas decisões contribuem para a superutilização e o consequente esvaziamento do significado do instituto, como já alertado pela doutrina civilista.⁴⁸ No entanto, para o ponto aqui suscitado, parecem mais problemáticas as decisões em que, diante de uma controvérsia interpretativa, invocam a boa-fé sem deixar claro o trajeto argumentativo pelo qual ela conduziria a uma solução específica entre aquelas possíveis, como podem ser citadas aquelas referentes à inclusão de *home care* na cobertura do plano de saúde,⁴⁹ à abusividade de reajuste de plano de saúde,⁵⁰ à reajuste de pensão desatualizada,⁵¹ ao condicionamento de resgate de contribuição de previdência privada⁵² e à invalidade de cláusula de decaimento.⁵³

Para além da novel legislação processual, pode-se observar a relevante contribuição que a doutrina tem dado, e deve continuar a dar, esmiuçando as possibilidades hermenêuticas da boa-fé objetiva, a começar pela utilização da teoria de origem alemã que defendia uma tripartição funcional da boa-fé: parâmetro interpretativo-integrativo, limitação ao exercício de direitos e criação de deveres anexos.⁵⁴

Assim, a boa-fé serviria primeiro a determinar o conteúdo e o alcance das cláusulas contratuais, atribuindo-lhes o significado mais condizente com as legítimas expectativas despertadas. Segundo, limitaria o exercício de direitos, reputando abusiva a invocação de um direito de forma contrária à confiança construída entre as partes. Terceiro, para além dos deveres principais e acessórios produzidos pela autonomia privada na celebração do contrato, a boa-fé imporia deveres ditos anexos, laterais ou instrumentais, que seriam decorrentes da exigência de uma conduta reta, leal e honesta. A divisão, embora não seja absoluta, pois as funções muitas vezes se confundem e sobrepõem, contribui para a invocação mais didática e sistemática da boa-fé objetiva.⁵⁵

Junta-se a isso, a indicação das chamadas especializações funcionais ou figuras parcelares da boa-fé, que configuram determinados modelos ou padrões de conduta abusiva, cada um indicado por caracteres distintivos próprios, indicadores de por que naquela situação o exercício do direito confrontaria com a tutela da confiança e das legítimas expectativas. Figuras como o *tu quoque*, a *supressio*, o *venire contra factum proprium* e o *duty to mitigate the loss* têm o potencial de facilitar o processo argumentativo de fundamentação das decisões baseadas na boa-fé, identificando padrões de conduta já consolidados de forma geral como abusivos por violação a esses princípios. Cada uma delas traz *topoi* idôneos a concretizar de forma mais clara perante a comunidade de interlocutores a quebra de confiança antijurídica, tais como a falta de reciprocidade, a reiteração e a contradição.

Certamente, essas figuras parcelares da boa-fé não são algum tipo de panaceia para as dificuldades na aplicação do princípio. Também elas são dotadas de generalidade e indeterminação suficiente a permitir sua utilização puramente retórica, sem a identificação dos argumentos necessários ao que se considera uma fundamentação adequada e racional da decisão judicial.⁵⁶ No entanto, uma observação preliminar indica que isso acontece com menor frequência do que nas decisões que se baseiam diretamente e apenas no princípio por trás delas e que, portanto, podem ajudar o intérprete a se desincumbir adequadamente do ônus de fundamentar a decisão.

6 AS DECISÕES QUE APLICAM A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato não se beneficiou da longa trajetória histórica de que desfrutou a função social da propriedade, tampouco de uma referência expressa no texto constitucional, com a indicação de parâmetros para sua aplicação. Nenhuma Constituição brasileira fez expressa referência à função social do contrato, nem a de 1988, tampouco estabeleceu critérios de efetivação. Mesmo em doutrina, até o advento do Código de 2002, eram raríssimas as reflexões no âmbito do direito a respeito da função social do contrato.⁵⁷ Isso ajuda a explicar a resistência à sua positivação. Na primeira versão do anteprojeto de Código Civil, o dispositivo que viria a se tornar o artigo 421 enunciava que “a liberdade de contratar *somente* será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A inclusão do vocábulo “somente” foi muito criticada, pois se temia que fizesse que o enunciado fosse interpretado de forma a exigir que a única função que o contrato pudesse ter fosse a social, em oposição à função que ele teria apenas para as partes.⁵⁸ Assim, receava-se que as partes pudessem ficar adstritas a abdicar de seus próprios interesses para, ao contratar, servir somente à coletividade. As críticas à redação inicial fizeram que o termo “somente” fosse suprimido, e o dispositivo ganhou a redação com que foi promulgado: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. No entanto, o receio quanto às potencialidades do dispositivo persistiram, agora com relação à expressão “em razão de”: a liberdade de contratar deve ser exercida *em razão de* sua função social. Esse movimento de reticência ao dispositivo, que se poderia chamar “antifuncionalista”, afirmava que a função social só poderia servir como *limite*, mas não se poderia exigir que ela fosse *razão* da tutela do contrato.

Isso desenhou um cenário no qual não são incomuns decisões que invocam a função social do contrato exclusivamente como reforço argumentativo, sem qualquer indicação de sua eficácia normativa específica. O receio que se colocou quanto à função social do contrato, em virtude da ausência de uma evolução histórica do conceito e, principalmente, na falta de balizas do constituinte e do legislador acerca de sua aplicação, foi a ameaça de certo autoritarismo judicial, de invasão estatal das relações intersubjetivas, por meio de um mecanismo de controle da autonomia. Era necessário evitar que a abertura da

cláusula geral do art. 421 não implicasse uma fórmula vazia que franqueasse tal julgamento ao mero arbítrio do juiz, de maneira que, com base na função social do contrato, “a ingerência do poder judiciário só restasse autorizada em hipóteses excepcionais.”⁵⁹

Assim, afirma-se que, buscando a compatibilização entre os interesses econômicos das partes e os interesses sociais, a “tendência hodierna em reconhecer a função social do contrato não implica em [sic] socialização das relações jurídicas” e que objetiva precipuamente “a promoção de maior justiça nas trocas econômicas, sem descurar, todavia, da segurança jurídica, decorrente da observância do *pacta sunt servanda*.”⁶⁰ São exemplificativas dessa orientação decisões suprimem, por violação à função social do contrato, condições de reajuste que oneram excessivamente o consumidor,⁶¹ cláusulas impeditivas de restituição do valor pago,⁶² negativa de renovação automática de contrato mantido por mais de dez anos,⁶³ multa excessiva em relação de consumo que afronta os dispositivos consumeristas,⁶⁴ dispositivo proibitivo de purgação da mora pelo devedor,⁶⁵ cláusula abusiva de renúncia à indenização das benfeitorias,⁶⁶ desligamento compulsório de empreendimento cooperativo.⁶⁷ Na mesma linha, a possibilidade de revisão judicial dos termos do contrato, quando desequilibrados, encontrou amparo reiteradamente na exigência de atendimento à sua função social.⁶⁸

É importante observar que, na maior parte destas decisões, a função social do contrato vem invocada com outros princípios, o que corrobora a constatação de que essa interpretação acaba esvaziando a função social de qualquer utilidade autônoma, de qualquer repercussão prática que já não seja atendida por outros meios. É curioso observar, por rápida consulta no sítio do STJ, que dos 100 acórdãos que fazem menção à função social do contrato, desde que o Código de 2002 entrou em vigor, em 62, ela é citada com o princípio da boa-fé, 3 com um “princípio de eticidade” e 10 com a vedação ao enriquecimento sem causa. Isso sem contar as diversas vezes em que a função social do contrato é invocada apenas como fundamento axiológico de outro instituto, que se aplica diretamente ao caso, com a redução da cláusula penal e a proibição de cláusulas abusivas.

Por isso se afirma que essa postura interpretativa, frente à função social do contrato, é, na verdade, uma resistência à sua própria existência, uma vez que a leva a não ter qualquer relevância normativa, privando-a de qualquer conteúdo autônomo e de qualquer efeito prático. A melhor doutrina alerta que isso produz uma invocação banal e sem conteúdo da função social do contrato, que serve apenas para esvaziar suas potencialidades, em vez de auxiliar na individualização da sua eficácia jurídica própria.⁶⁹ Como explica Gustavo Tepedino:

A primeira delas [corrente] sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução

por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante. [...] tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma.⁷⁰

A funcionalização dos institutos conduz ao entendimento de que a autonomia privada, em especial a liberdade de contratar, nunca é um valor em si, ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento.⁷¹ Assim, enquanto no modelo liberal clássico, a intervenção legislativa seria entendida como um obstáculo ou restrição à autonomia privada, hoje se reconhece que, em sociedades desiguais, é a atuação do legislador e do poder público que garantem a efetiva liberdade da pessoa humana. É na expressão dessas condições e desses requisitos para a tutela jurídica da atividade negocial, na concretização desses limites – mais internos do que externos – sobre o poder normatizador do particular, que se deve encontrar o *locus* de atuação da função social do contrato.

Afirma-se, assim, que a função social do contrato implica o condicionamento da tutela da liberdade de contratar interesses da coletividade. Trata-se da proibição de contratos que repercutam negativamente sobre a comunidade e da conservação ou tratamento diferenciado de contratos que repercutam positivamente junto à sociedade. Nessa terceira série de efeitos, já se enfatiza mais o caráter “social” da função que guia a normatização do contrato. A função do contrato tem de estar de acordo com certos interesses que são independentes das partes, afirmando-se assim que “a liberdade de contratar está limitada não só pela supremacia da ordem pública, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais.”⁷²

A indicação desses interesses sociais ou coletivos, contudo, não fica ao alvedrio do intérprete, que poderia impor um descabido viés assistencialista à atividade contratual, mascarado por uma fundamentação argumentativa obscura. Não são quaisquer interesses do grupo que devem ser atendidos, mas aqueles interesses positivados como merecedores de tutela.⁷³ O regulamento negocialmente estabelecido deve ser condizente com certos valores reputados socialmente relevantes, quais sejam, aqueles que se encontram positivados no ordenamento por meio dos princípios constitucionais.⁷⁴ Nesse sentido, tal como ocorre quanto às diversas formas de propriedade, também para as diversas formas de contrato podem ser encontrados, no texto constitucional, os fins que devem ser alcançados para o merecimento de tutela, tais como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a dignidade humana, a justiça social, a soberania nacional, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, o pleno emprego, a proteção das microempresas, etc.⁷⁵

Eventualmente, isso pode significar proteger uma das partes também, por exemplo, quando o contrato se contrapõe à dignidade humana, pode ser

a dignidade de uma das partes que esteja sendo lesada e que vai ser protegida pela extinção do contrato.⁷⁶ Mas, nesses casos, o interesse tutelado é coletivo porque vai além do interesse das partes, podendo, em certos casos, até mesmo, se contrapor à vontade de ambos contratantes. Assim, a violação da função social do contrato ocorreria na hipótese de ficarem atingidos pelos efeitos do contrato interesses metaindividuais juridicamente relevantes, como se destaca também na jurisprudência:

Não ofende o princípio da função social do contrato a cláusula que prevê o pagamento de multa caso o contratante empregue um dos ex-funcionários ou representantes da contratada durante a vigência do acordo ou após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua extinção, porquanto não existe proibição a tal contratação, encontrando-se ausente qualquer interesse metaindividual, seja coletivo ou difuso.⁷⁷

A consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante. Na jurisprudência, podem ser identificadas decisões que, seguindo essa linha, invocam a função social do contrato para conferir tratamento jurídico diferenciado aos chamados “contratos de gaveta” no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH) de modo a assegurar o acesso popular à moradia,⁷⁸ para interpretar ampliativamente a cobertura do contrato de seguro-saúde de modo a assegurar o direito à saúde,⁷⁹ para determinar o parcelamento de débito de usuário de serviço de fornecimento de eletricidade evitando, assim, que ocorra a sua interrupção, em nome da proteção à dignidade humana,⁸⁰ ou para condenar o fiador a se manter garantidor da locação na prorrogação automática do contrato por seu afastamento, genericamente, “ofender interesses sociais previstos na Constituição.”⁸¹

É importante destacar que, nessa esfera de efeitos, já se ressalta a relevância da função específica daquele contrato para determinar sua compatibilidade com a função social que lhe garante juridicidade.⁸² Os efeitos aqui cominados, seja no tocante à privação de eficácia por incompatibilidade com interesses metaindividuais, seja no tocante ao tratamento diferenciado por atendimento àqueles interesses, só são determinados em virtude da comparação da finalidade daquele contrato individualizado com relação aos interesses coletivos.⁸³

Em doutrina, indica-se o tratamento especial dado pela lei à assunção de débito hipotecário,⁸⁴ com consentimento presumido em razão da relevância social desse tipo de dívida e o direito de preferência nos contratos agrários.⁸⁵ Na jurisprudência, por exemplo, na análise do merecimento de tutela da cláusula penal de um contrato de prestação de serviços, a fundamentação se diferencia na medida em que se trata da prestação de serviço educacional, e, em virtude dessa especificidade, a “limitação da multa moratória incidente sobre mensalidades escolares determinada na origem encontra amparo na função social do contrato.”⁸⁶ Na mesma linha, a ruptura de um contrato de seguro é reputada especialmente injustificada por tratar-se o segurado de pessoa idosa.⁸⁷

Mesmo hipóteses que se poderiam considerar enquadradas na esfera de efeitos de mera tutela de interesse das partes encontram justificativa em interesses coletivos na medida em que a razão da intervenção reequilibradora passa a ser uma especificidade funcional do contrato em exame. Por exemplo, a cláusula resolutiva que priva o devedor do direito a purgar a mora é especialmente abusiva por se tratar de um contrato de financiamento habitacional: “Isto porque o contrato, na modalidade apontada, contempla manifesto interesse social – obtenção de moradia.”⁸⁸

Dessa forma, observa-se que a função social do contrato, de forma análoga à função social da propriedade, apresenta-se como um postulado metodológico-hermenêutico que leva o intérprete a submeter a tutela do direito individual ao atendimento de interesses coletivos. No entanto, a adequada fundamentação da decisão que a aplica deve explicitar interesses coletivos, envolvidos no caso concreto, que tenham sido positivados juridicamente, sob pena de recair em uma referência genérica, que mascare as escolhas pessoais do intérprete e que acaba por ressuscitar o receio de que a função social do contrato sirva de instrumento de autoritarismo, ou mesmo totalitarismo, judicial.

7 CONCLUSÃO

O panorama apresentado serve para destacar a relevância dos parâmetros indicados no artigo 489 do CPC/2015 referentes à fundamentação das decisões para a aplicação de princípios pelo Judiciário, em especial quanto à aplicação do princípio da boa-fé e à função social do contrato como fundamentos para a solução de litígios no âmbito do direito contratual.

O princípio da boa-fé produziu profunda transformação na regulamentação dos contratos e é um instrumento promissor para uma atuação do Judiciário comprometida com o estabelecimento de relações mais solidárias e com a promoção da dignidade da pessoa humana mesmo nas relações patrimoniais. No entanto, não era incomum, até agora, identificar decisões que faziam uso meramente retórico desse princípio, invocando-o sem a devida fundamentação argumentativa, somente para legitimar formalmente um entendimento pessoal do intérprete.

Da mesma forma, a função social do contrato foi acenada como grande inovação do Código Civil de 2002, que, de modo pioneiro, a previu expressamente como condição de tutela da liberdade de contratar. No entanto, a enorme resistência às suas possibilidades hermenêuticas, que poderiam levar a um autoritarismo judicial, conduziu à sua invocação genérica em muitas decisões, sem lhe reconhecer conteúdo autônomo ou indicar seus efeitos jurídicos específicos.

Acredita-se que os parâmetros de fundamentação judicial adequada impostos pelo CPC/2015 podem contribuir para que a invocação da boa-fé e da função social do contrato incorporem critérios e elementos que, como *topoi*

argumentativos, facilitam a que o intérprete se desincumba do ônus argumentativo adequadamente, oferecendo decisões mais democráticas e previsíveis.

Nesse sentido, indicou-se, no âmbito da boa-fé, a utilização, nas fundamentações, da construção doutrinária de sua tríplice função, identificando suas figuras parcelares ou especializações funcionais, como o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque* e a *supressio*, que já indicam modelos de comportamento mais específicos, reputados abusivos por frustração da confiança tutelada. Da mesma forma, quanto à função social do contrato, na invocação de interesses coletivos ou metaindividuais que interferem na tutela da liberdade contratual, foi indicada a referência a bens jurídicos positivados pelo constituinte, como a saúde, a moradia, a educação e o meio ambiente, que contribuem para que a fundamentação argumentativa se desloque da avaliação pessoal do intérprete para dentro do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina. **Revista trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008. Entrevista concedida.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 7, p. 69-84, jul./set. 2001.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDOSO, Patrícia Silva. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 125-150, out./dez. 2004.

CAVALIERI FILHO, **Sérgio**. O novo Código Civil e o Código do Consumidor: convergências ou antinomias. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 100-114, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2035 do Código Civil brasileiro: um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 359-368.

COSTA, Pedro de Oliveira. Aparentamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações: estudos sob a perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45-68.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Propriedade e função social. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 56, p. 114-126, jan./jun. 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil patrimonial**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Forum, 2014.

EISTER, Allan W. Função. **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica actuales**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 247, p. 9-15, maio 1998.

FUX, Luiz. Prefácio. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 2013. p. 9-12.

GALUPPO, M. C. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18-38.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 68-91.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 369-393.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 45, p. 141-152, jul./set. 1988.

JÚNIOR, E. **Da Responsabilidade Civil de terceiro por lesão do Direito de Crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 33-75, jul./set. 2010.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187-195, 2002.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito e argumentação. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 395-431.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 364, p. 3-19, nov./dez. 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. **Revista de Direito Público – RDP**, São Paulo, v. 84/39, p. 933-942, out./dez. 1987.
- MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 63-90, maio 2016.
- NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 12, p. 50-60, out./dez. 2002.
- NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221-253.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- OLIVEIRA, Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 247-270, abr./jun. 2016.
- ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Não basta ser proprietário, tem que participar: algumas notas sobre a função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 46, p. 99-146, abr./jun. 2011.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://goo.gl/tNxAaW>>. Acesso em: 9 jul. 2016.
- RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, M. C. B. de. **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281-313.
- ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 2013. p. 245-262.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, § 1.º e § 2.º, do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 17-40, maio 2016.

SCHLESINGER, Piero. Interpretazione della legge civile e prassi delle corti. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano XLVII, parte prima, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 127-150.

SOUZA, Eduardo Nunes. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 54, p. 65-87, abr. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Florianópolis, n. 144, jun. 2012.

SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, p. 126-156, jul./set. 2000.

SZTAJN, Rachel. Propriedade e contrato: função social. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 9, p. 453-459, maio/jun. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**. São Paulo: Método, 2007.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença cível**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395-405.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 876, p. 11-28, out. 2008.

- 1 ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 2013. p. 249-250.
- 2 FUX, Luiz. Prefácio. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 2013. p. 9.
- 3 THEODORO JR., Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 842-844.
- 4 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença cível**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, *passim*.
- 5 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 113-148.
- 6 STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Florianópolis, n. 144, jun. 2012.
- 7 OLIVEIRA, Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 247-270, abr./jun. 2016.
- 8 SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, § 1.º e § 2.º, do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 17-40, maio 2016.
- 9 THEODORO JR., Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 967-970.
- 10 MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 63-90, maio 2016.
- 11 OLIVEIRA, Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 247-270, abr./jun. 2016.
- 12 CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137.
- 13 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 1.
- 14 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 212.
- 15 Dentre a vasta produção científica que recebeu nos últimos anos, destaca-se Humberto ÁVILA, para quem o postulado da razoabilidade se manifesta sob três acepções: “Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (**Teoria dos princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 139).

- 16 HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1998, *passim*.
- 17 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 96.
- 18 SCHLESINGER, Piero. Interpretazione della legge civile e prassi delle corti. **Rivista di diritto civile**, Padova, ano XLVII, parte prima, p. 540-541, 2002.
- 19 GUASTINI, Riccardo. **L'interpretazione dei documenti normativi**. Milano: Giuffrè, 2004. p. 113.
- 20 MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito e argumentação. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (Org.). **1988-1998**: uma década de constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 413.
- 21 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 23.
- 22 A expressão é de ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, *passim*.
- 23 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 205 e ss.
- 24 *Ibid*, p. 208.
- 25 *Ibid*, p. 228.
- 26 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 303.
- 27 REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. Disponível em: <<http://goo.gl/tNxAAW>>. Acesso em: 9 jul. 2016.
- 28 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 323.
- 29 Sobre a mudança da concepção de princípio, v. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2000. p. 232-238. Para um enfoque desta transformação histórica no âmbito do direito civil, v. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. 3 ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 1-22.
- 30 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86-87.
- 31 Normalmente estas duas correntes são aproximadas pela doutrina (especialmente no sentido de incluir Dworkin na primeira, junto com Alexy, sem relevar suas distinções), como, por exemplo, pelo pioneiro BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2000. p. 248.
- 32 Para uma comparação crítica das duas correntes, v. GALUPPO, M. C. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999, especialmente p. 196.
- 33 Neste sentido os princípios se distinguem das diretrizes políticas (passíveis de ponderação), como afirma DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002. p. 36 e ss.
- 34 HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 255 e ss.
- 35 GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy Editora, 2004. especialmente p. 367 e ss.
- 36 DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 39 e ss.
- 37 GALUPPO, M. C., *op. cit.*, p. 195.
- 38 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, pp. 217 e ss.
- 39 Sobre o tema, entre tantos, v. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997; e, entre nós, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221-253; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 99-126; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.
- 40 TJRJ, 10ª C.C., Ap. Cível n. 0342914-23.2008.8.19.0001, Rel. Des. Pedro Saraiva Andrade Lemos, jul. 27/08/2015; TJRJ, 15ª C.C., Ap. Cível n. 0174951-48.2012.8.19.0001; Des. Maria Regina Nova Alves. Julgamento em 22.06.15
- 41 TJRJ, 13ª C.C., Ap. Cível n. 0452248-84.2011.8.19.0001, Des. Fernando Fernandy Fernandes, jul. 18/12/2015.

- 42 TJRJ, 20ª C.C., Ap. Cível n. 0097428-33.2007.8.19.0001, Rel. Des. Conceição Mousnier, julg. 22/05/2015.
- 43 TJRJ, 21ª C.C., Ap. Cível n. 0122159-20.2012.8.19.0001, Rel. Des. Andre Ribeiro, julg. 18/8/2015.
- 44 TJRJ, 6ª C.C., Ap. Cível n. 0102284-35.2010.8.19.0001, Rel. Des. Nagib Slaibi, publ. DJ 25/11/15
- 45 TJRJ, 9ª C.C., Ap. Cível n. 0394383-74.2009.8.19.0001, Rel. Des. Adolpho Andrade Mello, julg. 15/9/2015 e TJRJ, 14ª C.C., Ap. Cível n. 0015175-04.2011.8.19.0209, Rel. Des. Jose Carlos Paes, julg. 28/08/2015 e TJRJ, 18ª C.C., Ap. Cível n. 0002018-23.2006.8.19.0052, Apelação. Des. Carlos Eduardo Passos, julg. 12/11/15.
- 46 TJRJ, 19ª C.C., Ap. Cível n. 0004674-59.2009.8.19.0209, Rel. Des. Valeria Dacheux, julg. 07/1/2015.
- 47 TJRJ, 19ª C.C., Ag. Instr. n. 0046549-44.2015.8.19.0000, Rel. Des. Elton Leme, julg. 13/10/2015.
- 48 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 114-120.
- 49 TJRJ, 1ª C.C., Ap. Cível n. 0001334-21.2012.8.19.0042, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, julg. 02/10/2015.
- 50 TJRJ, 3ª C.C., Ap. Cível n. 0456662-28.2011.8.19.0001, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, julg. 01/07/2015.
- 51 TJRJ, 4ª C.C., Ap. Cível n. 0005113-76.2014.8.19.0021, Rel. Des. Antonio Iloizio B. Bastos, julg. 14/12/2015.
- 52 TJRJ, 5ª C.C., Ap. Cível n. 0018109-21.2009.8.19.0203, Rel. Des. Regina Lucia Passos, julg. 06/10/2015.
- 53 TJRJ, 7ª C.C., Ap. Cível n. 0000339-37.1994.8.19.0204, Rel. Des. Ricardo Couto, julg. 25.3.2015.
- 54 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 427 e ss.
- 55 EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 98.
- 56 Por exemplo, a invocação do *tu quoque* no caso de um segurado que se limita a cobrar serviço do plano de saúde que paga em dia (TJRJ, 26ª C.C., Ap. Cível n. 0132616-43.2014.8.19.0001, Rel. Des. Natácha Tostes Oliveira, julg. 15/04/2015) e do *venire* para a anulação de ato administrativo que exonerou servidor por falta de uma complementação pedagógica (TJRJ, 4ª C.C., Reexame Nec. n. 0001136-80.2012.8.19.0001, Rel. Des. Sidney Hartung, julg. 28/11/2014). Para uma crítica a essa superutilização da boa-fé objetiva, v. SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 114-120.
- 57 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 45, p. 141-152, jul./set. 1988.
- 58 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista concedida à **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 305, abr./jun. 2008.
- 59 TJDF, 1ª Turma Cível, Ap. Cível 20020111044353, Rel. Flavio Rostirola, julg. 11/6/2008, publ. DJU 14/07/2008.
- 60 TJRS, 8ª C.C., Ap. Cível n. 70017926536, Rel. Pedro Celso Dal Pra, julg. 15/2/2007. Indicam que este tipo de referência à função social do contrato antecede a expressa previsão do Código Civil de 2002 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. **Função social no direito privado e constituição**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79-80.
- 61 TJRS, 5ª C.C., Ap. Cível n. 70025660218, Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, julg. 15/10/2008.
- 62 TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Léo Romi Pilau **Júnior**, julg. 08/10/2008.
- 63 TJRS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71001565050, Rel. Afif Jorge Simões Neto, julg. 10/9/2008.
- 64 TJRS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71000693143, Rel. Mylene Maria Michel, julg. 17/5/2006.
- 65 TJRJ, 2ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.33382, Rel. Des. Paulo Sergio Prestes, julg. 13/10/2008; TJRJ, 15ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.15589, Rel. Des. Jose Carlos Paes, julg. 28/5/2008.
- 66 TJSP, 4ª C.D.P., Ap. com revisão n. 1613954100, Rel. Maia da Cunha, publ. 28/11/2005.
- 67 TJDF, 3ª T.C., APC 20060110408947, Rel. Humberto Adjuto Ulhôa, julg. 12/03/2008 publ. DJU 03/04/2008.
- 68 TJRJ, 16ª C.C., Ap. 2008.001.49662, Rel. Des. Marco Aurelio Bezerra De Melo, julg. 14/10/2008; TJMG, proc. n. 1.0701.06.170086-3/001(1), Rel. Valdez Leite Machado, julg. 24/7/2008, publ. 20/08/2008; TJSP, 14ª C.D.P., Ap. n. 1311473700, Rel. Ligia Araújo Bisogni, julg. 27/9/2008, publ. 24/10/2008; TJRS, 14ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Dorval Bráulio Marques, julg. 14/8/2008.

- 69 RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, M. C. B. de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 287-288. Por isso, diversos autores preferem reservar estes efeitos aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico, atribuindo à função social somente a chamada eficácia externa: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 31; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 127-150; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 99-126.
- 70 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 396-397.
- 71 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 279
- 72 TJSP, 11ª C.D.Publ., proc. n. 7248535000, Rel. Francisco Vicente Rossi, publ. 23/10/2008.
- 73 O alerta é de que a expressão função social no direito privado “pôde ser utilizada por diversas teorias econômicas para justificar inumeráveis ações estatais limitadoras das liberdades individuais. Do socialismo ao fascismo, a exigência de uma conduta privada na conformidade com o coletivo espalhava-se com relativa aceitação nas sociedades européias da segunda década do século XX” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19).
- 74 LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 191, 2002.
- 75 Incluem-se ainda nesta lista “o respeito à cultura, ao desenvolvimento do ensino científico e do desporto, além do meio ambiente” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 35).
- 76 Assim, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 32, para quem “o intérprete, ao realizar sua atividade de concretizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve considerar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional sem que, por isso, o litígio deixe de ser de natureza intersubjetiva (privada), mesmo que informado pelos valores e princípios constitucionais”.
- 77 TJDF, 4ª T. C., proc. 20070111078052, rel. Maria Beatriz Parrilha, julg. 02/7/2008, publ. 08/9/2008.
- 78 STJ, 3ª T., REsp 811670, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16/11/2006, publ. DJ 04/12/2006; TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70022284731, rel. Odone Sanguiné, julg. 16/4/2008; TJSP, 9ª C.D.P., Ag. Instr. 5245314900, Rel. Grava Brazil, julg. 25/9/2007, publ. 17/10/2007. No caso específico de atribuição de legitimidade para a cessionária do financiamento, STJ, 1ª T., REsp 627424, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 06/3/2007, publ. DJ 28/5/2007.
- 79 TJRS, 5ª C.C., Ap. Cível n. 70026788521, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15/10/2008; TJRS, 5ª C.C., Ag. Instr. n. 70026516435, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15/10/2008; TJRJ, 15ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.42010, Rel. Helda Lima Meireles, julg. 01/07/2008; TJSP, 4ª T.C., Recurso Inominado 11449, Rel. Maria do Carmo Honorio, julg. 08/7/2008, publ. 23/10/2008; TJDF, 1ª T. C., Ag. Instr. 20080020101970, Rel. Natanael Caetano, julg. 24/9/2008, publ. 29/9/2008.
- 80 TJRJ, 2ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.47220, Rel. Carlos Eduardo Passos, julg. 10/9/2008.
- 81 STJ, 3ª S., EDecl nos EREsp 791077, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 23/4/2008, publ. DJ 21/8/2008.
- 82 Sobre a importância de considerar as distinções entre os contratos ao aplicar a função social, v. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 369-393.
- 83 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 402.
- 84 CAVALIERI FILHO, Sérgio. O novo Código Civil e o Código do Consumidor: convergências ou antinomias. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 110, 2002.

- 85 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 45, p. 138, jul./set. 1988.
- 86 STJ, 3ª T., REsp 476649, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 20/11/2003, publ. DJ 25/2/2004.
- 87 TAPR, AC n. 263.725-6, Rel. Des. Wilde de Lima Pugliese, publ. 10/9/2004.
- 88 TJSP, proc. 4500574100, Rel. Elcio Trujillo, publ. 25/9/2006.

CONTRACTUAL PRINCIPLES AND THE REQUIREMENT OF REASONING FOR DECISIONS: GOOD FAITH AND THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS UNDER THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

ABSTRACT

This paper analyzes the impact of the introduction, by the Civil Procedure Code of 2015, of parameters that will allow for the assessment of the appropriate reasoning for judicial decisions on the application of contractual principles, more specifically, the principles of good faith and the social function of contracts. The article is grounded on the contributions of the theory of contemporary argumentation, incorporated by the procedural doctrine, particularly with regards to normative structures such as principles, general provisions and indeterminate concepts. The paper then analyzes a representative sample of court decisions which represent the criticism presented by the doctrine sustaining the occurrence of mentions of merely a rhetorical character of contractual principles, as a way of justifying the interpreter's own personal understanding. Finally, it indicates instruments for the interpreter to discharge more properly of the argumentative burden of justifying decisions through suggested doctrinally constructed or constitutionally positivized discursive *topoi*, as the so-called functional specializations or partial figures of good faith and legal interests, to which the constituent powers refer as able to give content to the social function of contracts, such as education, health, housing and environment.

Keywords: Reasoning. Principles. Good faith. Social function of contracts.

Submetido: 1 set. 2016

Aprovado: 5 out. 2016

A INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA DO PSICOPATA EM SEDE DA AÇÃO DE INTERDIÇÃO: UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR ENTRE A PSIQUIATRIA, A PSICOLOGIA E O DIREITO PROCESSUAL

Elaine Harzheim Macedo*
Fábio de Holanda Monteiro**

1 Introdução. 2 Do transtorno da personalidade. 3 Do transtorno da personalidade psicopática. 4 Da internação psiquiátrica compulsória. 5 Da interdição. 6 Da (im)possibilidade da internação psiquiátrica compulsória do psicopata em sede da ação de interdição. 7 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo tecer algumas considerações acerca da ação de interdição e da internação psiquiátrica compulsória do psicopata. Tal estudo, de caráter interdisciplinar, mostra-se relevante não somente para os profissionais do Direito como um todo, mas também para outras áreas do conhecimento humano, como a Medicina e a Psicologia. Conquanto não se encontre prevista expressamente no ordenamento jurídico, a possibilidade do internamento por decisão judicial em sede de ação de interdição, em casos de psicopatia, deve ter seu cabimento verificado por meio de uma interpretação sistemática, de acordo com as peculiaridades de cada caso, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Psicopata. Internação Psiquiátrica Compulsória. Ação de Interdição. Continência entre Pedidos.

* Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1972), especialização (1990), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003). Professora catedrática adjunta, permanente, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: <elaine@fhm.adv.br>.

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Processo Administrativo pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Procurador do Estado do Piauí. E-mail: <fabiodenh@terra.com.br>.

1 INTRODUÇÃO

A psicopatia, que sempre tem despertado interesse, e certo fascínio, nos apreciadores da sétima arte, por meio de personagens como Hannibal Lecter (*O Silêncio dos Inocentes*),¹ Patrick Bateman (*Psicopata Americano*),² Catherine Tramell (*Instinto Selvagem*),³ também tem chamado a atenção da sociedade, precipuamente pelos crimes bárbaros praticados por psicopatas, não somente no exterior,⁴ mas também no Brasil.⁵

Ao contrário do comumente pensado, psicopata não é somente o indivíduo que comete crimes que provocam grande repulsa. Ele se faz presente em diversos setores da sociedade, vivendo de forma aparentemente normal no meio em que convive, exercendo profissões diversas, como médico, advogado, engenheiro, professor, servidor público, bem como no meio político, agindo de maneira dissimulada e manipuladora, sem empatia e incapaz de sentir remorso.

No presente estudo, são tecidas inicialmente considerações acerca do transtorno da personalidade, estabelecendo seu conceito e a diferença em relação ao transtorno mental, mediante aportes da Psicologia e da Medicina. Em seguida, são apontadas as principais características reveladoras da personalidade psicopática, diferenciando-a do transtorno mental. Por fim, aborda-se a possibilidade do cabimento, ou não, da ação de interdição para a internação psiquiátrica compulsória do psicopata.

O tema mostra-se relevante não somente em função dos casos específicos apresentados ao Judiciário brasileiro, cuja importância deve ser observada não apenas na realização dos julgamentos, mas também, posteriormente, na apreciação do destino a ser dado ao portador de personalidade psicopática, que, como ser humano que é, deve ter sua dignidade preservada.

2 DO TRANSTORNO DA PERSONALIDADE

O conceito de personalidade,⁶ como conjunto de características relativamente estáveis de um indivíduo, é possivelmente tão antigo quanto a ideia de humanidade. Na Grécia Antiga, há que se destacar a obra *Os Carateres*, por meio da qual é apresentada a primeira tentativa de tipologia da personalidade conhecida, escrita por Tirtamo de Lesbos (372 a.C. – 288 a.C), denominado Teofrasto “(‘o que tem o dom divino no uso das palavras’).”⁷

Em um sentido amplo, a personalidade diz respeito às características que marcam a forma de ser da pessoa, distinguindo-a das demais, ou seja, toda pessoa tem características afetivas e comportamentais que lhe são peculiares.⁸

Do ponto de vista jurídico, a personalidade refere-se à aptidão que o indivíduo possui para ser sujeito de direito, assumindo direitos e obrigações.⁹

No campo psicológico, a personalidade tem sua origem na “combinação entre características genéticas ou geneticamente determinadas e a interação do indivíduo com o meio ambiente.” Dessa forma, a etiologia dos transtornos

de personalidade (TPs) deve levar em consideração tanto os aspectos internos quanto os aspectos externos em relação ao seu portador.¹⁰

Em psiquiatria forense, os TPs são considerados uma forma de perturbação mental. Sua apresentação, nem sempre óbvia, pode passar despercebida por leigos, culminando com a manutenção de muitos de seus possuidores em prisões, sem a devida atenção.¹¹ Podem ser definidos como desvios graves do comportamento não acompanhados de delírios, alucinações ou “desordens significativas do comportamento.”¹²

A delimitação entre as personalidades normais e anormais nem sempre é fácil. Uma personalidade tida como normal em um determinado meio pode não ser noutra.¹³

Para Dias Cordeiro, a noção de normalidade está habitualmente associada à capacidade de a pessoa adaptar-se a situações diversas sem que haja perda da identidade. Sobredito autor acentua que os indivíduos detentores de desordens de personalidade possuem uma maior rigidez e menor flexibilidade na maneira de experimentarem e responderem em diferentes contextos sociais.¹⁴

Nessa esteira, de acordo com as ponderações de Elias Abdalla-Filho e Wolfram Engelhart, para que determinadas características possam configurar um quadro de transtorno de personalidade, faz-se necessário que tenham “caráter de inflexibilidade e desajuste à realidade, provocando um comprometimento do funcionamento do indivíduo nos mais diversos planos da vida, como o social e o interpessoal.” Por conseguinte, alterações momentâneas ou passageiras do aludido funcionamento não se fazem suficientes para comporem um quadro de transtorno de personalidade.¹⁵

O transtorno da personalidade é tratado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) por meio do título *transtornos da personalidade e de comportamentos* de sua Classificação Internacional das Doenças (CID-10), tendo suas especificações nos títulos F60 - F69:

Esses tipos de condição abrangem padrões de comportamento profundamente arraigados e permanentes, manifestando-se como respostas inflexíveis a uma ampla série de situações pessoais e sociais. Eles representam desvios extremos ou significativos do modo como o indivíduo médio, em uma dada cultura, percebe, pensa, sente e, particularmente, se relaciona com os outros.¹⁶

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), da Associação Americana de Psiquiatria, por sua vez, define o transtorno de personalidade como sendo

[...] um padrão persistente de experiência interna e comportamento que se desvia acentuadamente das experiências da cultura do indivíduo, é difuso e inflexível, começa na adolescência ou no início da fase adulta, é estável ao longo do tempo e leva a sofrimento ou prejuízo.¹⁷

Depreende-se, pois, que o transtorno da personalidade, diferentemente da doença mental (que surge, que aparece), é caracterizado como uma maneira problemática de ser, constante e perene.¹⁸

3 DO TRANSTORNO DA PERSONALIDADE PSICOPÁTICA

O termo psicopata constitui o “nome antigo para um indivíduo com transtorno da personalidade antissocial.”¹⁹ Psicopatia, por sua vez, é o termo geral utilizado para doenças e transtornos mentais,²⁰ significando “psiquicamente doente.”²¹

Maneira geral, o termo psicopatia - recorrente entre leigos e especialistas no assunto -, sofreu evolução à medida que surgiram novas descobertas. Uns preferem o uso da expressão *psicopata*; outros, *sociopatia*, *personalidade psicopática*, *condutopatia*, ou *transtorno de personalidade antissocial*.²²

Discordando do sentido etimológico conferido ao termo psicopatia, Guido Palomba adota a expressão condutopatia:

[...] *condutopatia* é uma palavra composta por sufixação (conduta + *páthos*, moléstia), com vogal de ligação (conduta + o + patia). Como o nome diz, é própria dos que apresentam distúrbios de comportamento, ou seja, *páthos* está na conduta.²³

Para fins do presente estudo, e considerando a existência das concepções diversas citadas, serão adotadas como sinônimas as expressões psicopata/sociopata, psicopatia/sociopatia, personalidade sociopática/personalidade psicopática, condutopatia/transtorno de personalidade antissocial e transtorno de personalidade dissocial.

Os primeiros registros sobre descrições de comportamento de personalidades psicopáticas foram realizados por Girolano Cardamo, professor de Medicina italiano que viveu por volta de 1500. Cardamo, cujo filho foi decapitado por ter envenenado a própria mãe com raízes venenosas, fala pela primeira vez em “improbidade”, uma situação que não chegava à total insanidade, visto que as pessoas que dela padeciam ainda conseguiam manter a aptidão para dirigir sua vontade.²⁴

Guido Palomba acentua, porém, ter sido Pinel, em 1809, o primeiro a reunir a condutopatia (a *loucura dos atos*) em uma entidade clínica definida, com a expressão *mania sem delírio*.²⁵ Para o autor, foi nos últimos vinte anos do século passado que o nome psicopatia começou a ser substituído por outros, dentre os quais *transtorno do caráter*, *distúrbio do comportamento*, *distúrbio de conduta* e *sociopatia*. Com o surgimento dos grandes sistemas de classificação, apareceram *transtornos de personalidade e de comportamento em adultos* (CID-10) e *transtorno de personalidade* (DSM-IV).²⁶

Contudo, foi Hervey Cleckley, por meio de seu livro *The mask of sanity*, publicado em 1941, o primeiro a fornecer uma visão detalhada da psicopatia.

Referido livro teve grande influência sobre os pesquisadores dos Estados Unidos e do Canadá, além de fornecer a estrutura clínica de muitas pesquisas sobre psicopatia feitas nos últimos vinte e cinco anos.²⁷

Robert Hare destaca ter sido Cleckley quem estabeleceu os mais minuciosos relatos clínicos sobre a psicopatia e suas manifestações, resumindo seus principais aspectos:

[...] encanto superficial e boa inteligência; ausência de delírio e outros sinais de pensamento irracional; ausência de “nervosismo” ou manifestações neuróticas; irresponsabilidade; mentira e insinceridade; falta de remorso ou vergonha, comportamento antissocial sem constrangimento aparente; senso crítico falho e deficiência na capacidade de aprender pela experiência; egocentrismo patológico e incapacidade de amar; pobreza geral de reações afetivas; perda da capacidade de discernimento, indiferença em relações interpessoais gerais; comportamento extravagante e desagradável com bebidas alcoólicas e às vezes sem bebida; ameaças de suicídio raramente levadas a efeito; vida sexual impessoal, trivial e pobremente integrada; dificuldade de seguir qualquer plano de vida.²⁸

A Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da ONU, sob a terminologia *transtorno de personalidade antissocial*, caracteriza a personalidade psicopática por:

[...] indiferença aos sentimentos alheios; atitude flagrante e persistente de irresponsabilidade e de desrespeito a normas, regras e obrigações sociais; incapacidade de manter relacionamentos; baixa tolerância à frustração e baixo limiar para descarga de agressão; incapacidade de experimentar culpa e de aprender com a experiência; propensão para culpar os outros.²⁹

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) da Associação Psiquiátrica Americana (APA), igualmente sob a terminologia de transtorno da personalidade antissocial, apresenta as seguintes características:

[...] fracasso em ajustar-se às normas sociais relativas a comportamentos legais, conforme indicado pela repetição de atos que constituem motivos de detenção; tendência à falsidade, conforme indicado por mentiras repetidas, uso de nomes falsos ou de trapaça para ganho ou prazer pessoal; impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro; irritabilidade e agressividade, conforme indicado por repetidas lutas corporais ou agressões físicas; descaso pela segurança de si e dos outros; irresponsabilidade reiterada, conforme indicado por falha repetida em manter uma conduta consistente no trabalho ou honrar obrigações financeiras; ausência de remorso, conforme indicado pela indiferença ou racionalização em relação a ter ferido, maltratado ou roubado outras pessoas.³⁰

Além dos caracteres acima elencados, pode-se apontar como característica essencial do transtorno da personalidade psicopática “uma inclinação natural

e persistente de desrespeito e violação dos direitos dos outros”, cujo início se dá na infância ou no começo da adolescência, continuando na idade adulta. O engodo e a manipulação figuram entre seus aspectos centrais, havendo, além da violação dos direitos básicos ou sentimentos alheios, contravenção de normas e regras sociais relevantes.³¹ Tal personalidade se revela como um padrão difuso de indiferença e de violação dos direitos dos outros.³²

Hermano Tavares e Renata Ferraz, ao seu turno, apontam que as características mais evidentes do portador da personalidade psicopática são as “violações recorrentes de normas sociais, incluindo mentiras, furtos, vadiagem, inconsistência no trabalho e condutas irresponsáveis que expõem terceiros a riscos desnecessários, ou expõem a si mesmos.”³³

Partindo da observação das características interpessoais, Robert Hare afirma que os psicopatas se apresentam como indivíduos “presunçosos, arrogantes, insensíveis, dominantes, superficiais e manipuladores.” Destaca que se mostram – quando da manifestação de seus afetos –, irritáveis, incapazes de estabelecer fortes vínculos emocionais, desprovidos de empatia, sentimento de culpa ou remorso. Para Hare, os traços interpessoais e afetivos desses indivíduos se associam a um estilo de vida desviado socialmente, incluindo comportamentos irresponsáveis e impulsivos, com uma tendência a ignorar ou violar as convenções e normas sociais.³⁴

Odon Ramos Maranhão, por sua vez, ressalta que os psicopatas se mostram incapazes de aprenderem pela experiência, integrarem grupos e efetivarem um plano de vida, fazendo-se crer que já nascem com um “defeito impediendo do aproveitamento da experiência vivida”. Tais indivíduos, de acordo com o autor, não são mal formados, mas sim mal constituídos.³⁵

Para Guido Palomba, a psicopatia apresenta-se como “uma perturbação da saúde mental que se caracteriza por transtornos de conduta, ou seja, a deformidade do indivíduo está no comportamento anormal.” Acentua que não configura propriamente uma doença mental, posto esta pressupor ruptura com a realidade. Ressalta, porém, que este fica na “zona fronteira” entre a doença mental e a normalidade.³⁶

No mesmo lance, a explanação de J. Alves Garcia, para quem a psicopatia se apresenta como uma “enfermidade fronteira ou pronunciada da personalidade”, estruturada de forma precoce, desde a infância e a juventude, e caracterizada pela anormalidade dos instintos e da conduta.³⁷

Assim, é de ter-se como normais situações cujas regras são ocasionalmente quebradas pelas pessoas, posto serem as regras que ajudam a manter ordem social, protegendo-as de possíveis danos ocasionados por transgressões. Ao contrário, quando, desde a infância, há insurgência contra qualquer tipo de regulamento, mesmo com todas as sanções, como o castigo parental, o ostracismo, o fracasso ou a prisão, permanecendo em mau comportamento, resistindo a qualquer regramento ou autoridade, tem-se o indivíduo portador da personalidade psico-

pática. Tal indivíduo, sem esforço algum, resiste a todo e qualquer regramento, “incapaz de ver além de seu próprio egoísmo ou de adotar padrões corretos.”³⁸ Não obstante isso, é de ser relevado que nem toda a pessoa que comete atos antissociais de forma isolada é portadora de personalidade psicopática. No entanto, todo indivíduo portador de personalidade psicopática apresenta uma extensa gama de comportamentos antissociais.³⁹

4 DA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA

A internação psiquiátrica é tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro nos arts. 4º, 6º, 7º, 8º e 9º, da Lei nº 10.216/2001, a assim chamada Lei da Reforma Psiquiátrica - LRP.⁴⁰

Consoante o disposto no art. 4º, *caput*, da referida Lei,⁴¹ a internação psiquiátrica, seja qual for sua modalidade, somente será cabível quando os recursos extra-hospitalares forem considerados insuficientes, com risco à integridade física, à saúde ou à vida dos portadores de transtornos mentais ou a terceiros.⁴²

A situação de perigo concreto deve estar prevista em laudo médico circunstanciado, caso contrário, torna-se incabível a obrigatoriedade da internação.⁴³ Havendo necessidade de internamento, este deverá buscar a cessação do estado de perigo, com conseqüente reinserção social do paciente em seu meio.⁴⁴

O art. 6º, incs. I, II e III, traz como modalidades de internação a voluntária, a involuntária e a compulsória.⁴⁵ A voluntária dá-se com o consentimento do paciente, que deverá assinar uma declaração atestando sua escolha pelo tratamento.⁴⁶ Pressupõe, portanto, a plena capacidade civil do interno. A involuntária ocorre sem a autorização do interno e a pedido de terceiro, com seu término se dando por solicitação escrita do familiar ou do responsável legal, ou ainda quando houver manifestação do médico responsável pelo tratamento.⁴⁷ Pressupõe, por parte do requerente, legitimidade para a postulação. Já a compulsória é proveniente de ordem judicial.⁴⁸

Consoante Carrasco Gómez, os internamentos involuntários (pela LRP, involuntário e compulsório) são todos aqueles levados a efeito pela decisão de outras pessoas que não o interessado (terceiros ou ordem judicial), sem seu consentimento ou mesmo com oposição, passiva ou ativa.⁴⁹ Devem ocorrer quando os recursos extra-hospitalares não forem suficientes e houver risco à integridade física, à saúde ou à vida do portador de transtorno mental ou a terceiros.⁵⁰

O internamento do portador de transtorno mental, normalmente, dá-se quando oferece riscos para si, para a família ou para terceiros, ou ainda quando houver maiores dificuldades na formação de um diagnóstico adequado em uma unidade de tratamento ambulatorial (extra-hospitalar). Em determinadas situações, independentemente da “patologia de base”, a pessoa pode apresentar risco agudo de suicídio, ocasião em que a internação surge como o meio mais viável para um maior controle e auxílio terapêutico.⁵¹

Quando uma pessoa é portadora de transtorno mental, há o risco – dada à perda de controle dos impulsos e da capacidade de julgamento apropriado da realidade –, do cometimento de atitudes que causem danos a si que podem inclusive, após sua recuperação, deixar-lhe marcas duradouras, como o estigma de uma pessoa doente mental. Assim, uma das finalidades da internação compulsória é a de afastar, momentaneamente, uma pessoa que está padecendo de sofrimento psíquico do meio em que vive, para que seja preservada sua integridade como sujeito de uma sociedade que lhe atribui determinado valor.⁵²

Enquanto as duas primeiras formas de provocação da internação operam-se no âmbito extrajudicial, a internação compulsória judicial reclama via adequada para a invocação da prestação judicial pretendida, e, no particular, a Lei n. 10.216/2010 é omissa, deixando um vazio a ser preenchido hermeneuticamente. Neste artigo, enfrenta-se parcialmente essa omissão, por intermédio da ação de interdição.

5 DA INTERDIÇÃO CIVIL

A interdição é ação jurisdicional pela qual se busca a decretação de que determinada pessoa é parcial ou totalmente incapaz de praticar os atos da vida civil, em função da perda de discernimento para a condução de seus próprios interesses, agregando-se o efeito constitutivo de nomeação de representante legal – o curador –, ao interditado.⁵³ A decretação de incapacidade civil pode ser total ou relativa. A total se dá quando o interdito é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil.⁵⁴ A relativa dá-se quando o interdito é incapaz de exercer certos atos da vida civil.⁵⁵

Segundo o art. 1.767, incs. I e III, do CC/2002,⁵⁶ podem ser interditados aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os ébrios habituais e os viciados em tóxico. Por meio da interdição, submete-se à curatela “o maior que passou a não ter mais discernimento para reger sua pessoa e bens.”⁵⁷ Eventualmente, o relativamente capaz, por força da idade, em sendo acometido de incapacidade por enfermidade que lhe retire o discernimento para a prática de atos da vida civil (art. 3º, inciso II, CC/2002), será também submetido à curatela, já que a tutela – meio legal de assistência –, não supre a representação por incapacidade absoluta.

Os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, assim como os ébrios habituais e os viciados em tóxico, de acordo com o art. 4º, incs. I a IV, do CC/2002, são reputados como relativamente incapazes de exercerem seus atos.⁵⁸

A lista dos relativamente incapazes acima referida é resultante das modificações impostas pela Lei nº 13.146/15, de 6 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD, o qual desvincula, expressamente, a incapacidade da deficiência ou do desenvolvimento mental incompleto, reportando-se tão somente à impossibilidade de exprimir a vontade.⁵⁹

É ser relevado que a atual redação conferida ao art. 4º do CC/2002 deu origem a uma nova teoria das incapacidades na medida em que a pessoa com deficiência não pode ser tida como incapaz pelo simples fato de ser portadora de alguma deficiência. Houve, com isso, um desatrelamento dos conceitos de incapacidade e de pessoa com deficiência, não mais existindo uma “relação implicacional entre a deficiência (física, mental ou intelectual) e a incapacidade para os atos da vida civil.” A pessoa com deficiência, vale ressaltar, pode não sofrer qualquer restrição quanto à possibilidade de manifestar suas vontades e suas preferências. As causas de incapacidade relativa foram objetivadas, afastando indagações referentes ao estado mental do indivíduo. O simples fato de possuir deficiência física, mental ou intelectual não é, por si só, motivo ensejador da incapacidade civil.⁶⁰ Assim, o mero fato de o indivíduo ser portador de transtorno mental não faz dele automaticamente um incapaz.

Não se pode perder de vista, contudo, que a mudança apontada não implica que o portador de transtorno mental não possa vir a ter a sua capacidade limitada para a prática de certos atos. Permanece a possibilidade de que venha submeter-se à curatela. O que se afasta, nos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, frisa-se, é a sua condição de totalmente incapaz.⁶¹

Nessa esteira, a explanação de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, para os quais a incapacidade relativa decorrente de causa psicológica (transtorno mental) clama pelo reconhecimento por via judicial por meio de uma ação de curatela (ação de interdição).⁶²

O tratamento do incapaz, que resulta da presunção da falta de discernimento ou compreensão, mostra-se imperfeito e impreciso para o tratamento de atos patrimoniais, uma vez que transmite as suas realizações

[...] à vontade de um representante ou assistente, assim como assemelha em categorias genéricas como a de deficiente mental, o paranóico, o portador de síndrome de Down ou de Alzheimer entre outros, desconsiderando a diferença entre tais indivíduos.⁶³

Tem-se, assim, e de acordo com os arts. 4º, III e 1.767, I, do CC/2002,⁶⁴ que podem ser submetidos à curatela, por meio da interdição, os que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente (causa psicológica).

O fato que mais revela os objetivos desse estudo é que a ação de interdição não tem, pelo menos em princípio, compromisso com o tratamento do interditando, visando à solução de uma questão de ordem civil (assistência/representação civil) por meio da nomeação de curador (seja a interdição total ou parcial), transmitindo, aí, sim, à lei civil e processual a responsabilidade pelos cuidados necessários ao interdito, ao curador nomeado, que disso deverá prestar contas judiciais. Nesse sentido, o art. 759 do CPC/2015: *o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriado à conquista da autonomia do interdito.*

6 DA (IM)POSSIBILIDADE DA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTICA COMPULSÓRIA DO PSICOPATA EM SEDE DA AÇÃO DE INTERDIÇÃO

Observadas as previsões legais em que a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode ficar sujeita à curatela,⁶⁵ interessa, aqui, verificar a possibilidade, ou não, acerca do cabimento da ação de interdição como meio válido para a internação psiquiátrica compulsória do psicopata.

O art. 1.767, I, do CC/2002,⁶⁶ inclui entre os que estão sujeitos à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Com isso, tem-se que, enquanto perdurar a causa transitória ou permanente que impeça a manifestação de vontade, a pessoa será tida como relativamente incapaz. Em desaparecendo a causa, a capacidade é restabelecida.

A ação de interdição⁶⁷ encontra-se disciplinada nos arts. 747 a 758 do Código de Processo Civil (CPC). Reconhecida judicialmente a impossibilidade de expressão da vontade (autogoverno), para todos ou para parte dos atos da vida civil, a consequência é a designação de um curador para fins de proteção do patrimônio e dos interesses do portador de transtorno psíquico.⁶⁸ Os legitimados para propô-la encontram-se discriminados nos incisos I a IV do art. 747: o cônjuge ou companheiro; os parentes ou tutores; o representante em que se encontra abrigado o interditando; e o Ministério Público.⁶⁹

Para o presente estudo, será levada a efeito a interdição promovida pelo Ministério Público, posto que, nas situações que envolvem a internação psiquiátrica compulsória do psicopata, têm sido mais comum as ações perpetradas por referido Órgão.⁷⁰

O art. 748, incs. I e II, do CPC,⁷¹ preceitua que o Ministério Público somente promoverá a interdição em caso de doença mental grave: se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.⁷²

Ocorre que, em não sendo o transtorno da personalidade psicopática reconhecido como uma doença mental grave, é de se indagar se é possível o Ministério Público propor ação de interdição para o internamento compulsório do indivíduo por ele acometido?

A legitimação ativa do Ministério Público, para requerer a ação de interdição, na redação do art. 1.178, I, II e III, do CPC/1973,⁷³ ocorria nas seguintes situações: no caso de anomalia psíquica; se não existir ou não promover a interdição de algumas das pessoas designadas no artigo antecedente, ns. I e II;⁷⁴ se, existindo, forem menores ou incapazes.

Em comentários ao inciso I do art. 1.178 do CPC/1973, Costa Machado ressalta que, diferentemente do CC/2002 (com redação anterior à Lei n. 13.146, de 06.07.2015), que se refere à hipótese de “doença mental grave”⁷⁵ como “autorizadora da iniciativa ministerial”, o dispositivo em referência traz

a expressão “anomalia psíquica”. Para aludido autor, a locução “anomalia psíquica” mostra-se abrangente tanto quanto doença mental grave, de forma que se pode concluir que

[...] o Ministério Público pode promover a interdição, em defesa da sociedade, em todos os casos de enfermidade, doença, alienação mental, loucura de qualquer espécie, psicopatia ou como quer que se denomine a anomalia psíquica, desde que grave [...].⁷⁶

O pensamento acima é corroborado por Célia Abreu, para quem

As causas determinantes da incapacidade civil poderão ser transtornos de personalidade, transtornos de humor, transtornos mentais, deficiências físicas, psíquicas ou funcionais, problemas graves de saúde no sentido mais amplo e que impeçam o sujeito de exprimir sua manifestação volitiva, com o comprometimento de sua autonomia.⁷⁷

Estando os transtornos da personalidade entre aqueles determinantes da incapacidade civil, é de ter-se que o psicopata está sujeito à ação de interdição, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

Além do mais, não permitir a propositura da ação de interdição ao Ministério Público para fins de internamento compulsório do psicopata e permitir para o portador de transtorno mental grave configura não somente agressão ao princípio da proporcionalidade (que invoca uma medida necessária, adequada e proporcional), mas também ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), posto terminar por conferir tratamento discriminatório entre o doente mental grave e o psicopata. Isso sem falar que o termo doença mental grave demanda discussões, posto a Psiquiatria encontrar-se em constante evolução no tratamento para o firmamento do diagnóstico e do prognóstico dos transtornos da mente.⁷⁸

Não obstante isso, não se pode olvidar que não existe uma lista de quais enfermidades mentais são passíveis do uso da medida de internamento compulsivo pelas seguintes razões: a medida é de índole legal e se baseia na falta de capacidade de decisão de um sujeito em concreto, independentemente dos termos médicos-sanitários em que se defina sua patologia; a elaboração de uma lista limitaria a aplicação da medida; pode haver erros ou mudanças de diagnósticos; uma das características da Medicina é sua contínua evolução e podem surgir novas enfermidades nas quais a medida é aplicável.⁷⁹

Como pontuado por Célia Abreu, a CF/88, ao escolher a dignidade humana como fundamento,⁸⁰ com o objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais,⁸¹ além do previsto no § 2º do art. 5º,⁸² no sentido de não exclusão de quaisquer direitos ou garantias, desde que provenientes de princípios constitucionalmente adotados, estabelece a consagração de uma verdadeira “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, sendo esta o valor máximo do ordenamento jurídico.⁸³

Para sobredita autora,

No caso do psicopata, se tem alguém que põe em risco seus *direitos* fundamentais, mas também os daqueles com quem convive, fora os da sociedade, como um todo. Surge, então, como uma pessoa que é tida como penalmente responsável por seus atos e, segundo boa parte da psiquiatria, não é exatamente um portador de transtorno mental, mas é, em si mesmo, alguém com personalidade “vulnerável,” por sua própria condição.⁸⁴

Não se pode deixar de observar ainda que a ordem jurídica constitucional brasileira não admite qualquer forma de tratamento anti-isonômico, posto que a autonomia de cada ser humano deve ser

[...] considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.⁸⁵

José G. V. Taborda aponta que devem ser observados os seguintes requisitos para a ocorrência da internação psiquiátrica compulsória: presença de transtorno mental; risco de autoagressão; risco de heteroagressão à pessoa difusa ou determinada; risco de agressão à ordem pública; risco de exposição social; e incapacidade de autocuidados.⁸⁶

Da lição acima, infere-se que, se um indivíduo possui risco de cometer agressão a si ou a terceiros, sem capacidade de se autogovernar, de se autocuidar ou de agredir a ordem pública, tais situações, por si só, podem dar ensejo à internação compulsória. Incorrendo o psicopata em tais requisitos, ainda que não seja tido como portador de transtorno mental grave, em si, há de ser internado compulsoriamente, visto que o uso de tal medida visa precipuamente ao seu bem-estar e a sua proteção, bem como a proteção da sociedade.

O “caráter irrenunciável do princípio da dignidade da pessoa humana” traz como consequência, fora outras, a obrigatoriedade de o Estado proteger o indivíduo contra ele mesmo, caso se faça necessário.⁸⁷ Dessa forma, a internação compulsória surge como medida protetiva do psicopata não somente em relação a atos praticados contra os outros, mas contra si mesmo.

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) é incompatível com uma “abstrata homogeneização dos seres humanos em uma categoria despersonalizada de incapacidades.” Daí a sentença de curatela ter que levar em consideração os aspectos pessoais, individualizados, de cada pessoa.⁸⁸

Ao decidir pela interdição, o magistrado deve observar as características pessoais de cada indivíduo, assim como de sua condição física, psíquica e

intelectual, a fim de que estabeleça um projeto terapêutico individualizado.⁸⁹

O art. 1.767, I e III, do CC/2002⁹⁰ (com redação da Lei n. 13.146/2015), estabelecendo que, por causa transitória ou permanente, os que não puderem exprimir sua vontade, como os ébrios habituais e os viciados em tóxicos estão sujeitos à curatela (interdição), não há causa jurídica para afastar a interdição sobre os portadores de personalidade psicopática, a depender das idiosincrasias de cada um.

Guido Palomba ressalta que os psicopatas são considerados aptos para a prática de alguns atos da vida civil, o que os torna relativamente incapazes. Para referido autor, “[...] são indivíduos fronteiriços, nem normais, nem alienados mentais, cujos distúrbios de conduta podem muito bem vir a comprometer a administração dos próprios bens, como amiúde ocorre.”⁹¹

Discorrendo especificamente sobre o inciso I do art. 1.767 do CC/2002, Ricardo Gregório afirma que este

[...] possui grande abrangência já que, qualquer causa que efetivamente impeça uma pessoa de expressar sua vontade total ou parcialmente, impossibilitando-a de gerir a própria vida e /ou os próprios bens, será levada em consideração pelo aplicador da norma.⁹²

Na mesma toada, Célia Abreu, ao expor sobre a necessidade de flexibilização da curatela, a fim de que outros portadores de transtornos mentais (não lembrados pelo legislador) não fiquem sem a devida proteção, colocando-os em situação de risco incompatível com a posição ocupada pela pessoa na ordem constitucional brasileira.⁹³

Sobre a possibilidade do cabimento da ação da interdição para internação compulsória do portador de personalidade psicopática,⁹⁴ cita-se importante julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. CURATELA. PSICOPATA. POSSIBILIDADE. 1. Ação de interdição ajuizada pelo recorrente em outubro de 2009. Agravo em recurso especial distribuído em 07/10/2011. Decisão determinando a reautuação do agravo em recurso especial publicada em 14/02/2012. Despacho determinando a realização de nova perícia psiquiátrica no recorrido publicado em 18/12/2012. 2. Recurso especial no qual se discute se pessoa que praticou atos infracionais equivalentes aos crimes tipificados no art. 121, §2º, II, III e IV (homicídios triplamente qualificados), dos quais foram vítimas o padrasto, a mãe de criação e seu irmão de 03 (três) anos de idade, e que ostenta condição psiquiátrica descrita como transtorno não especificado da personalidade (CID 10 - F 60.9), esta sujeito à curatela, em processo de interdição promovido pelo Ministério Público Estadual. 3. A reincidência criminal, prevista pela psiquiatria forense para as hipóteses de sociopatia, é o cerne do presente debate, que não reflete apenas a situação

do interditando, mas de todos aqueles que, diagnosticados como sociopatas, já cometeram crimes violentos. 4. A psicopatia está na zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa. 5. Tanto na hipótese do apenamento quanto na medida socioeducativa - ontologicamente distintas, mas intrinsecamente iguais - a repressão do Estado traduzida no encarceramento ou na internação dos sociopatas criminosos, apenas postergam a questão quanto à exposição da sociedade e do próprio sociopata à violência produzida por ele mesmo, que provavelmente, em algum outro momento, será replicada, pois na atual evolução das ciências médicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas. 6. A possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição - ainda que parcial - dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC-02). 7. Em todas essas situações, o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade e que podem atingir até a sua própria integridade física sendo também ratio não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim, que, não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. 8. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de auto-lesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porquê, a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata. 9. A apreciação da possibilidade de interdição civil, quando diz respeito à sociopatas, pede, então, medida inovadora, ação biaxial, com um eixo refletindo os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e outro com foco no coletivo - ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes -, linhas que devem se entrelaçar para, na sua síntese, dizer sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata que já cometeu atos de agressão que, in casu, levaram a óbito três pessoas. 10. A

solução da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo. 11. Sob esse eito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução - se houver - da patologia, ou de seu tratamento. 12. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.306.687 / MT, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 22/04/2014).

A decisão acima - paradigmática no âmbito do STJ - teve entendimento diverso daquele contido nas decisões de primeira e segunda instância. Em primeira instância, conquanto reconhecida a existência de alguma enfermidade, entendeu-se que a situação do interditando não se enquadrava nas hipóteses do art. 1.767 do CC/2002⁹⁵ (com redação anterior à Lei n.13.146/2015) e que a enfermidade existente não retira o discernimento para os atos da vida civil, assim como não se tratava de deficiente mental. Na segunda instância, em sede de apelação, foi negado o provimento, sob o entendimento de que não houve comprovação da incapacidade do interditando para a gestão dos atos da vida civil e bens.⁹⁶

Em seu voto, a Ministra Relatora ressalta que, embora os instrumentos legais então existentes se mostrem ineficientes para proteção da sociedade,⁹⁷ bem como para a garantia de vida digna aos psicopatas (dado ao quadro de zona fronteira da psicopatia, entre a sanidade mental e a loucura), devem-se buscar alternativas que não vulnerem as liberdades e os direitos assegurados a todos e que não deixem a sociedade à mercê de indivíduos tidos, hodiernamente, como incontroláveis.⁹⁸

A interdição dos psicopatas⁹⁹ que já cometeram crimes violentos,¹⁰⁰ de acordo com a Ministra Relatora, deve ser apreciada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição, mesmo que parcial, dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos (art. 1.767, III, CC/2002).¹⁰¹ Existiria, nesse caso, uma mesma linha lógica, posto que se faria presente uma capacidade passível de sofrer comprometimento em lapsos temporais, tal como ocorre com os ébrios (por ingestão abusiva de álcool) e com os toxicômanos (por uso ilegal de tóxicos). Em tais situações, ter-se-ia um indivíduo com “capacidade civil

crispada”, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, podendo atingir até mesmo sua integridade física.¹⁰²

Ainda de acordo com a Ministra Relatora, a decisão deve ser tida como extremamente casuísta, visto que a constatação de uma psicopatia, fixada genericamente, não atrairá, necessariamente, a interdição do sociopata. Entretanto, evidenciado pelas circunstâncias, em especial as progressas, em que há histórico de violência e desdém às regras sociais, não há que se falar em plena capacidade do indivíduo, sujeitando este à interdição¹⁰³ e sua internação psiquiátrica em estabelecimento adequado.

O julgado traz que a possibilidade de interdição do psicopata requer uma “medida inovadora”, que reflita tanto nos interesses do interditando e nas suas possibilidades de inserção social e no respeito à sua dignidade pessoal como no interesse coletivo (proteção de seus componentes).¹⁰⁴

É de se ressaltar que o procedimento de interdição deve buscar o resguardo da pessoa reputada como incapaz, culminando na prolação de uma “sentença que reconheça um *projeto terapêutico individualizado*.” A decisão judicial deverá indicar o nível de curatela a ser exercido pelo curador, apontando os atos civis sob limitação.¹⁰⁵

No julgado acima ementado, a Ministra Relatora, mesmo constatando que a situação do psicopata não se enquadrava nas elencadas entre as do art. 1.767, I (com redação anterior à conferida pela Lei n. 13.146/2015),¹⁰⁶ achou por bem flexibilizar a curatela total a fim de que fosse aplicada a um “indivíduo que, embora não lembrado pelo legislador, dela necessitava sob pena de colocar em perigo a si próprio e a comunidade na qual se insere.”¹⁰⁷

Sem embargo da posição doutrinária defendida - que norteou a decisão do STJ -, defende-se que há absoluta independência entre o juízo criminal e o juízo cível, nada impedindo que, a despeito de o réu ter sido reconhecido, no caso em concreto, como capaz para responder à ação criminosa, sendo criminalmente penalizado, venha, em sede de ação de interdição, ser considerado incapaz para os atos da vida civil, com nomeação de curador e, cumulativamente, com a determinação de internação compulsória, nos termos da lei de regência, com vistas à proteção de sua pessoa e de terceiros.

É de ser relevado que não se pode deixar de observar que, em termos gerais, o normal é a convivência familiar e comunitária de toda e qualquer pessoa, incluindo-se “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.” Função disso, a internação psiquiátrica do curatelado (aqui o psicopata) por meio de ação de interdição deve ocorrer de forma excepcional, quando os recursos extra-hospitalares não se mostrarem suficientes, em observância ao disposto no art. 4º, *caput*, da Lei nº 10.216/2001¹⁰⁸ e ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

Como ponderado por Célia Abreu, não há mais qualquer possibilidade de a interdição remeter a ideias de confinamento ou de exclusão. Somente quando a internação se fizer útil e necessária, dentro das condições legais previstas, é que esta poderá ocorrer.¹⁰⁹

Além disso, ainda que a internação possa ser provocada extrajudicialmente pelo curador, nos termos autorizados pela Lei 10.216/2001, em seu art. 6º, inciso II, combinado com o art. 758 do CPC/2015, nada impede que, no curso da interdição, em sede de tutela provisória, nos termos dos arts. 294 e 300 do Estatuto Processual, dada eventual urgência e a presença de perigo de dano ou mesmo risco ao resultado útil do processo (imaginem-se um quadro psicótico de destruição ou de autodestruição), possa a internação ser provocada judicialmente.

Não se olvide que, uma vez provocada a jurisdição pela via da ação de interdição, em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, o valor maior a ser tutelado é o próprio interditando: sua vida, seus bens, seus interesses jurídicos. Em contrapartida, ainda que o eventual tratamento a ser dispensado ao interdito não seja objeto específico desta ação de procedimento de jurisdição voluntária, a cumulação de pedidos e de ações é expressamente autorizada pela lei processual, conforme arts. 55 e 56 do CPC/2015, que regulam a conexão e a continência das ações por força de identidade de partes, de causa de pedir e de pedido, o que não ofende o devido processo legal.

De sorte que a ação de interdição pode, sim, abarcar, por força da continência, a pretensão de internação compulsória em casos de interdição quando encontra como fundamento fático a presença de risco à saúde e à integridade física e mental do próprio interdito ou de terceiros, suficientemente demonstrada por laudos de profissionais habilitados, assumindo o Estado-juiz uma posição proativa em favor da própria dignidade da pessoa humana.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento dos transtornos mentais no Brasil tem, cada vez mais, levado às internações psiquiátricas compulsórias daqueles por eles acometidos. Esse aumento não se dá apenas por falha no sistema de saúde mental brasileiro, mas também pelo fato de os familiares não optarem inicialmente pela internação domiciliar, o que termina por sobrecarregar o Judiciário e as entidades hospitalares com pedido de internações compulsórias que, na maioria das vezes, mostram-se desnecessárias ou, pelo menos, que poderiam ter sido evitadas se tomadas medidas adequadas em tempo oportuno.

Em que pese não ser comum a internação compulsória do psicopata, por não ser este reconhecido como portador de enfermidade mental, em algumas situações peculiares em que seja comprovado o risco de dano a si, a terceiro e à sociedade como um todo, há de se ter como cabível a medida de internamento.

O ordenamento jurídico nacional garante a todos, indistintamente, o direito à saúde, mesmo aos que tiverem cometido alguma infração penal e não sejam reconhecidos como portadores de transtornos mentais, como é o caso do psicopata, já que o princípio da dignidade da pessoa humana assegura a todos um tratamento digno, sem qualquer distinção ou discriminação.

Conquanto não haja norma específica reconhecendo o direito do portador de personalidade psicopática à internação psiquiátrica compulsória por meio da ação de interdição, esta se mostra cabível nas situações excepcionais em que for verificada a existência de risco à sua própria integridade, bem como à sociedade.

Mesmo cabendo ao Judiciário a determinação do internamento compulsório, devido ao fato de ser da competência do magistrado formar sua convicção de acordo com o caso concreto analisado. Não se pode deixar de observar que as peculiaridades de cada caso devem ser apreciadas quanto ao uso da medida, a fim de que sejam fixados os limites da curatela imposta ao psicopata, nada impedindo que, na ação de interdição, em princípio voltada para compor questões de ordem diversa como assistência e/ou representação do interdito para os atos da vida civil, uma vez prestando-se o processo e a jurisdição para a realização dos direitos tutelados pela ordem jurídica, cumule, em seu bojo, a pretensão maior, de proteção ao indivíduo, mediante a determinação, a pedido ou até de ofício, da internação compulsória do interdito.

REFERÊNCIAS

- ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borda. **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.
- ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre interdição após o Novo Código de Processo Civil**. Itu, SP: CRV, 2015.
- ABREU, Célia Barbosa; VAL, Eduardo Manuel. A flexibilização da curatela do psicopata: uma interpretação constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da AJURI**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 109-133, jun. 2014.
- ABREU, Michele O. de. **Da imputabilidade do psicopata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. Tradução Maria Inês Corrêa et al. Revisão Técnica Aristides Volpato Cordioli et al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.
- BALLONE, Geraldo José. Transtornos da personalidade. In: SOUZA, José Carlos; GUIMARÃES, Liliana A. M.; BALLONE, Geraldo José (Org.). **Psicopatologia e Psiquiatria básicas**. 2. ed. São Paulo: Vetor, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 135.271/SP, 3ª T., 3ª, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 4 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=135271&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.306.687/MT, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 22 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1306687&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

CAMPBELL, Robert J. **Dicionário de Psiquiatria**. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

CARDOSO, Danilo Almeida; PINHEIRO, Jorge de Medeiros. **Medidas de segurança: ressocialização e a dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2012.

CARRASCO GÓMEZ, Juan José. **Responsabilidad médica y psiquiatria**. 2. ed. Madrid: COLEX, 1998.

CASTRO, Giovana. **Psicopatas do cinema: uma análise da mais perversa patologia na sétima arte**. Itu, SP: FoxTablet, 2013.

CASOY, Ilana. **Serial Killers Made in Brasil**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2009.

CASOY, Ilana. **Serial Killer: louco ou cruel?** 8. ed. São Paulo: Ediouro, 2008.

CORDÁS, TákiAthanássios; LOUZÁ NETO, Mario Rodrigues. Transtorno da personalidade: um esboço histórico conceitual. In: LOUZÁ NETO, Mario Rodrigues; CORDÁS, TákiAthanássios. **Transtornos da personalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DIAS, J. C. Cordeiro. **Psiquiatria Forense**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2011.

DUARTE, Nestor. Da personalidade e da capacidade. In: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**. 10. ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

EÇA, Antonio José. **Roteiro de Psiquiatria Forense**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Salvador: JusPodvium, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia Forense: para médicos, advogados e estudantes de Medicina e Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GAUER, Gabriel José Chittó; LÜHRING, Guinter. Transtorno de personalidade antissocial e psicopatia. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. **Psiquiatria para estudantes de Medicina**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

- GERMÁN URDIOLA, María Jesús. **Tratamientos involuntarios y enfermedad mental**. Pamplona: [s.n.], 2012.
- GOMES, Fernando Grilo; GOMES, Solange Seidl. Transtornos de personalidade: aspectos gerais. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. **Psiquiatria para estudantes de Medicina**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.
- GREGÓRIO, Ricardo A. Da curatela. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2016.
- HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013.
- HARE, Robert. La naturaleza del psicopata: algunas observaciones para entender la violencia depredadora humana. In: RAINE, Adrian; SANMARTÍN, José. **Violencia y psicopatía**. Barcelona: Ariel, 2000.
- HARE, Robert D. **Psicopatía**: teoria e pesquisa. Rio de Janeiro: Livros Técnicos, 1973.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Dicionário do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas. Barueri, SP: Manole, 2006.
- MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MORANA, Hilda; MENDES FILHO, Ruy B. Revisão sobre transtornos da personalidade. In: MORAES, Talvane de (Org.). **Ética e psiquiatria forense**. Rio de Janeiro: IPUB/CUCA, 2001.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10**: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Tradução Dogival Caetano. Porto Alegre: Artmed, 1993.
- PACHECO, Marco Antônio et al. Internação psiquiátrica. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (Org.). **Psiquiatria para estudantes de Medicina**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.
- PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na Psiquiatria Forense**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de Psiquiatria Forense, Civil e Penal**. São Paulo: Atheneu, 2003.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera o regime civil das incapacidades**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil- constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e saúde mental**. São Paulo: Verlu, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TABORDA, José G. V. Responsabilidade civil do psiquiatra. In: TABORDA, José G. V.; ANDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

TAVARES, Hermano; FERRAZ, Renata Barbosa. Transtornos da personalidade. In: MIGUEL, Eurípedes Constantino; GENTIL, Valentim; GATTAZ, Wagner Farid. **Clínica Psiquiátrica**. Barueri, SP: Manole, 2011. v. 1.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VANDENBOS, Gary (Org.). **Dicionário de Psicologia da APA**. Tradução Daniel Bueno, Maria Adriana Veríssimo Veronese, Maria Cristina Monteiro. Revisão Técnica Maria Lucia Tiellet Nunes, Giana Bitencourt Frizzo. Porto Alegre Artmed, 2010.

-
- 1 Em “O Silêncio dos Inocentes”, tem-se a figura de Hannibal Lecter, um psiquiatra extremamente inteligente, que se encontra em cárcere isolado por ser um maníaco que pratica canibalismo com suas vítimas. A história é inspirada em fatos reais de psicopatia, como os de Albert Fish e Ed Gein. (CASTRO, Giovana. *Psicopatas do cinema: uma análise da mais perversa patologia na sétima arte*. Itu, SP: FoxTablet, 2013. p. 69,70)
 - 2 Filme cujo enredo traz a história de um homem jovem, bonito e bem educado, que, além de fazer fortuna em Wall Street, é também um *serial killer*. (CASTRO, Giovana. *Psicopatas do cinema: uma análise da mais perversa patologia na sétima arte*. Itu, SP: FoxTablet, 2013. p. 49)
 - 3 Nesse filme, a personagem Catherine Tramell apresenta comportamento patológico, fazendo de suas vítimas seus parceiros sexuais. Em “O Instinto Selvagem”, Catherine desmitifica a ideia de que os psicopatas sejam pessoas violentas e de aparência assassina. (CASTRO, Giovana. *Psicopatas do cinema: uma análise da mais perversa patologia na sétima arte*. Itu, SP: FoxTablet, 2013. p. 86, 87).
 - 4 CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?**. 8. ed. São Paulo: Ediouro, 2008, *passim*.
 - 5 CASOY, Ilana. **Serial killers made in Brasil**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2009, *passim*.
 - 6 “A personalidade é um conjunto de características pessoais que dão sentido e significado ao modo de atuar, pensar e ser de determinada pessoa.” (RICOTTA, Luiza Cristina de Azevedo. **Psicologia do comportamento criminoso**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 82).

- 7 CORDÁS, Táki Athanássios; LOUZÁ NETO, Mario Rodrigues. Transtorno da personalidade: um esboço histórico conceitual. In: LOUZÁ NETO, Mario Rodrigues; CORDÁS, Táki Athanássios. **Transtornos da personalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15.
- 8 GOMES, Fernando Grilo; GOMES, Solange Seidl. Transtornos de personalidade: aspectos gerais. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. **Psiquiatria para estudantes de medicina**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 559.
- 9 TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 69.
- 10 ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borda. **Psiquiatria forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. p. 510.
- 11 *Ibid.*, p. 506
- 12 MORANA, Hilda; MENDES FILHO, Ruy B. Revisão sobre transtornos da personalidade. In: MORAES, Talvane de (Org.). **Ética e psiquiatria forense**. Rio de Janeiro: IPUB/CUCA, 2001. p. 103.
- 13 DIAS, J. C. Cordeiro. **Psiquiatria forense**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 50.
- 14 *Ibid.*, p. 51.
- 15 ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borda. **Psiquiatria forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. p. 511-512.
- 16 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10**: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. tradução Dogival Caetano. Porto Alegre: Artmed, 1993. p. 196.
- 17 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5. Tradução Maria Inês Corrêa et al. Revisão Técnica Aristides Volpato Cordioli et al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 645.
- 18 BALLONE, Geraldo José. Transtornos da personalidade. In: SOUZA, José Carlos; GUIMARÃES, Líliliana A. M.; BALLONE, Geraldo José (Org.). **Psicopatologia e psiquiatria básicas**. 2. ed. São Paulo: Vetor, 2013. p. 105.
- 19 VANDENBOS, Gary (Org.). **Dicionário de psicologia da APA**. Tradução Daniel Bueno, Maria Adriana Verissimo Veronese, Maria Cristina Monteiro. Revisão Técnica Maria Lucia Tiellet Nunes, Giana Bitencourt Frizzo. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 764.
- 20 CAMPBELL, Robert J. **Dicionário de psiquiatria**. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 611.
- 21 DIAS, J. C. Cordeiro. **Psiquiatria forense**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 64.
- 22 ABREU, Michele O. de. **Da imputabilidade do psicopata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 2.
- 23 PALOMBA, Guido. **Tratado de psiquiatria forense, civil e penal**. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 515.
- 24 EÇA, Antonio José. **Roteiro de psiquiatria forense**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 279.
- 25 PALOMBA, Guido. **Tratado de psiquiatria forense, civil e penal**. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 517.
- 26 *Ibid.*, p. 518.
- 27 HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 42, 43.
- 28 HARE, Robert D. **Psicopatia: teoria e pesquisa**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos, 1973. p. 4.
- 29 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10**: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Tradução Dorgival Caetano. Porto Alegre, 1993. p. 199-200.
- 30 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5. Tradução Maria Inês Corrêa et al. Revisão Técnica Aristides Volpato Cordioli et al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 659.
- 31 BALLONE, Geraldo José. Transtornos da personalidade. In: SOUZA, José Carlos; GUIMARÃES, Líliliana A. M.; BALLONE, Geraldo José (Org.). **Psicopatologia e psiquiatria básicas**. 2. ed. São Paulo: Vetor, 2013. p. 113.
- 32 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5. Tradução Maria Inês Corrêa et al. Revisão Técnica Aristides Volpato Cordioli et al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 659.
- 33 TAVARES, Hermano; FERRAZ, Renata Barbosa. Transtornos da personalidade. In: MIGUEL, Eurípedes Constantino; GENTIL, Valentim; GATTAZ, Wagner Farid. **Clínica psiquiátrica**. Barueri, SP: Manole, 2011. v. 1. p. 1055.
- 34 HARE, Robert. La natureza del psicopata: algunas observaciones para entender la violencia depredadora humana. In: RAINE, Adrian; SANMARTÍN, José. **Violencia y psicopatía**. Barcelona: Ariel, 2000. p. 17.

- 35 MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 79.
- 36 PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 197.
- 37 GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia forense: para médicos, advogados e estudantes de medicina e direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 204.
- 38 GAUER, Gabriel José Chittó; LÜHRING, Guinter. Transtorno de personalidade antissocial e psicopatia. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. **Psiquiatria para estudantes de medicina**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 608.
- 39 *Ibid.*, p. 608.
- 40 Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.
- § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, à reinserção social do paciente em seu meio.
- § 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros.
- § 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.
- Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.
- Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
- I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
- II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
- III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.
- Art. 7º A pessoa que solicita voluntariamente sua internação ou quem a consente deve assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento.
- Parágrafo único. O término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente.
- Art. 8º A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado em que se localize o estabelecimento.
- § 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.
- § 2º O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.
- Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.
- 41 Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.
- 42 HABEAS CORPUS. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. LIMINAR DEFERIDA. CONFIRMAR LIMINAR GARANTINDO O DIREITO DE AGUARDAR A ELABORAÇÃO DE EXAME DE INSANIDADE MENTAL EM TRATAMENTO AMBULATORIAL. 1. A internação compulsória deve ser aplicada, primeiramente em defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade. Tal medida, portanto, possui caráter excepcional. 2. Ordem de *Habeas Corpus* concedida, confirmando-se a liminar que garantiu o direito de aguardar a elaboração de exame de insanidade mental, em tratamento ambulatorial. (TJ-DF - HBC: 20140020327313 DF 0033262-81.2014.8.07.0000, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 22/01/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/01/2015 . Pág.: 331).
- 43 AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA - TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO - ASSISTIDO DEPENDENTE QUÍMICO - LAUDO MÉDICO CIRCUNSTANCIADO - ART. 6º, LEI 10.216/01 - INDICAÇÃO DA INTERNAÇÃO - AUSÊNCIA - ANTECIPAÇÃO TUTELA - REQUISITOS AUSENTES - AGRAVO DESPROVIDO. - A internação involuntária de dependente químico para tratamento psiquiátrico somente pode ser admitida quando comprovada, por laudo médico circunstanciado, sua imprescindibilidade (art. 6º, Lei 10.216/01) e urgência. - Inexistindo prova suficiente acerca da necessidade do assistido de submeter-se a tratamento psiquiátrico, por internação, para controle da dependência química e dos reflexos gerados pelo vício na sua vida pessoal e na sociedade,

impossível o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. (TJ-MG - AI: 10210130053098002 MG, Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 5/6/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/06/2014).

- 44 Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.
§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, à reinserção social do paciente em seu meio.
- 45 Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.
Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.
- 46 Art. 7º A pessoa que solicita voluntariamente sua internação, ou que a consente, deve assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento.
- 47 Art. 8º A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.
- § 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.
- § 2º O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.
- 48 Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.
Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.
- 49 CARRASCO GÓMEZ, Juan José. **Responsabilidad médica y psiquiatria**. 2. ed. Madrid: COLEX, 1998. p. 239.
- 50 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e saúde mental**. São Paulo: Verlu, 2012. p. 36.
- 51 PACHECO, Marco Antônio et al. Internação psiquiátrica. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (Org.). **Psiquiatria para estudantes de medicina**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 249.
- 52 Ibid., p. 249.
- 53 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.176.
- 54 Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
- 55 Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.
- 56 Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:
I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
II - (Revogado pela Lei n. 13.146, de 06.07.2015);
III - os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
IV - (Revogado pela Lei n. 13.146, de 06.07.2015);
V - os pródigos.
- 57 LIMA, Alcides de Mendonça. **Dicionário do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 347.
- 58 Estatuto da Pessoa com Deficiência.
- 59 DUARTE, Nestor. Da personalidade e da capacidade. In: PELUSO, Cezar. **Código civil comentado**. 10. ed. Barueri, SP: Manole, 2016. p. 20.
- 60 FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 309.

- 61 REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência altera o regime civil das incapacidades**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 19 jun. 2016.
- 62 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Salvador: JusPodvium, 2016. p. 349.
- 63 RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil- constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 25.
- 64 Assim traz o CC/2002:
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
(...)
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:
I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- 65 Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesesse e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.
- 66 Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:
I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- 67 Em que pese alguns doutrinadores afirmarem ser de melhor uso o termo ação de curatela, por ser este o empregado no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), bem como por ter a expressão interdição um caráter pejorativo, adotar-se-á, aqui, ação de interdição, por ser esta a terminologia utilizada pelo Código de Processo Civil em vigor.
- 68 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador, 2016. p. 350.
- 69 Art. 747. A interdição pode ser promovida:
I - pelo cônjuge ou companheiro;
II - pelos parentes ou tutores;
III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;
IV - pelo Ministério Público.
- 70 HABEAS CORPUS. PROCESSO CIVIL DE INTERDIÇÃO. INTERNAÇÃO JUDICIAL. ENFERMIDADE MENTAL. TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISOCIAL (TPAS). LAUDO PERICIAL. INTERNAÇÃO RECOMENDADA. 1.- É admitida, com fundamento na Lei 10.216/01, em processo de interdição, da competência do Juízo Cível, a determinação judicial da internação psiquiátrica compulsória do enfermo mental perigoso à convivência social, assim reconhecido por laudo técnico pericial, que conclui pela necessidade da internação. Legalidade da internação psiquiátrica compulsória. Observância da Lei Federal n.10.216/01 e do Decreto Estadual n. 53.427/0.8, relativo à aludida internação em Unidade Experimental de Saúde.
- 2.- A anterior submissão da medida socioeducativa restritiva da liberdade, devido ao cometimento de infração, correspondente a tipo penal, não obsta a determinação da internação psiquiátrica compulsória após o cumprimento da medida socioeducativa. Homicídios cometidos com perversidade de agressão e afogamento em poça d'água contra duas crianças, uma menina de 8 anos e seu irmão, de 5 anos, para acobertar ataque sexual contra elas. 3.- Laudos que apontam o paciente como portador de Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS) - (dissocial - CID. F60.2): "Denota agressividade latente e manifesta, pouca capacidade para tolerar contrariedade e/ou frustrações, colocando suas necessidades e desejos imediatos pessoais acima das normas, regras e da coletividade, descaso aos valores éticos, morais , sociais ou valorização da vida humana, incapacidade de sentir e demonstrar culpa ou arrependimento. Características compatíveis com transtorno de personalidade sociopática aliada à limitação intelectual, podendo apresentar, a qualquer momento, reações anormais com consequências gravíssimas na mesma magnitude dos atos infracionais praticados, sendo indicado tratamento psiquiátrico e psicológico em medida de contenção". 4.- O presente julgamento, no âmbito da 3ª Turma, harmoniza a jurisprudência de ambas as Turmas da 2ª Seção desta Corte, na mesma orientação do HC 169.172-SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, em caso de grande repercussão nacional, no sentido de que "a internação

- em qualquer de suas modalidades, só será iniciada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficiente”. Tal dispositivo contém ressalva em sua parte final, dispensando a aplicação dos recursos extra-hospitalares se houver demonstração efetiva da insuficiência de tais medidas.[...] A internação compulsória em sede de ação de interdição, como é o caso dos autos, não tem caráter penal, não devendo ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa a que esteve submetido no passado o paciente em face do cometimento de ato infracional análogo a homicídio e estupro. Não se ambiciona nos presentes autos aplicar sanção ao ora paciente, seja na espécie de pena, seja na forma de medida de segurança”. 5.- Legalidade da internação psiquiátrica compulsória. Determinação de reavaliação periódica. 6.- Denegada a ordem de *Habeas Corpus*, com observação. (STJ, HC 135271 / SP, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 4/2/2014).
- 71 Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:
I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;
II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.
- 72 Art. 747. A interdição pode ser promovida:
I - pelo cônjuge ou companheiro;
II - pelos parentes ou tutores;
III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;
IV - pelo Ministério Público.
Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.
- 73 Art. 1.178. O órgão do Ministério Público só requererá a interdição:
I - no caso de anomalia psíquica;
II - se não existir ou não promover a interdição algumas das pessoas designadas no artigo antecedente, ns. I e II;
III - se, existindo, forem menores ou incapazes.
- 74 Art. 1.177. A interdição pode ser promovida:
I - pelo pai, mãe ou tutor;
II - pelo cônjuge ou algum parente próximo;
III - pelo órgão do Ministério Público.
- 75 Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:
I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil.
- 76 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas. Barueri, SP: Manole, 2006. p. 1.755.
- 77 ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre interdição após o Novo Código de Processo Civil**. Itu, SP: CRV, 2015. p. 173.
- 78 A complexidade envolta à definição de doença mental, no tocante ao “normal” e ao “patológico”, mostra-se mais evidente com as alterações ocorridas no sistema de classificação da Associação Americana de Psiquiatria (APA), firmada pelo *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), cuja 1ª edição, de 1952, trazia 160 perturbações. A quarta versão, DSM-IV, de 1994, aponta 410. A mais recente versão do manual, o DSM-V, de maio de 2013, cataloga 450 novas categorias diagnósticas.
- 79 GERMÁN URDIOLA, María Jesús. **Tratamientos involuntarios y enfermedad mental**. Pamplona: [s.n.], 2012. p. 59.
- 80 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana;
- 81 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...]
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- 82 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

- § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
- 83 ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: CRV, 2015. p. 32.
- 84 *Ibid.*, p. 148.
- 85 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 56.
- 86 TABORDA, José G. V. Responsabilidade civil do psiquiatra. In: TABORDA, José G. V.; ANDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012. p. 284.
- 87 CARDOSO, Danilo Almeida; PINHEIRO, Jorge de Medeiros. **Medidas de segurança**: ressocialização e a dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2012. p. 19.
- 88 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador, 2016. p. 348.
- 89 *Ibid.*, p. 348.
- 90 Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:
I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
II - (Revogado);
III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- 91 PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense civil e penal**. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 532.
- 92 GREGÓRIO, Ricardo A. Da curatela. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). **Código civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2016. p. 1.566.
- 93 ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre o processo de interdição após o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: CRV, 2015. p. 37.
- 94 Flávio Tartuce se manifesta no sentido contrário, com o entendimento de que o psicopata deve ser considerado plenamente capaz para o Direito Civil, precipuamente para os atos existenciais familiares. Para o autor, não há como enquadrar o psicopata entre os relativamente capazes, não estando, portanto, sujeito à medida de interdição. (TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 477- 478).
- 95 Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:
I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade;
III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
IV - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.
- 96 ABREU, Célia Barbosa; VAL, Eduardo Manuel. A flexibilização da curatela do psicopata: uma interpretação constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 120-121, jun. 2014.
- 97 Constatou-se que a situação do psicopata não se enquadrava ente as previstas no art. 1.767, I, do CC/2002, com redação anterior à dada pela Lei n. 13.146/2015. A redação do dispositivo legal preconizava que estavam sujeitos à curatela aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil.
- 98 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.306.687/MT, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 22/04/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1306687&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 jul. 2016.
- 99 Conquanto haja autores que tenham o entendimento de que a psicopatia figura entre os transtornos mentais que levam à interdição relativa, a decisão do STJ, ao se manifestar pela internação compulsória do psicopata, é no sentido de que a interdição é total.
- 100 Oportuno lembrar manifestações doutrinárias no sentido de que a reincidência não é determinada pelo tipo de crime, mas sim pela análise da personalidade do indivíduo. (MORANA, Hilda; MENDES FILHO, Ruy B. Revisão sobre transtornos da personalidade. In: MORAES, Talvane de (Org.). **Ética e psiquiatria forense**. Rio de Janeiro: IPUB/CUCA, 2001. p. 117).
- 101 Art. 1.767, III, com redação anterior à Lei n. 13.146/2015.
- 102 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.306.687/MT, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe

- 22/04/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1306687&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 jul. 2016.
- 103 Guido Palomba lista a psicopatia (condutopatia) entre as perturbações da saúde mental sujeitas à interdição relativa. (PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 68).
- 104 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.306.687/MT, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andriighi, DJe 22/4/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1306687&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 jul. 2016.
- 105 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador, 2016. p. 351.
- 106 Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:
I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- 107 ABREU, Célia Barbosa; VAL, Eduardo Manuel. A flexibilização da curatela para o psicopata: uma interpretação constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 41, n. 41, p. 126, jun. 2014.
- 108 Art. 4º-A intenação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.
- 109 ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: CRV, 2015. p. 162.

COMPULSORY PSYCHIATRIC HOSPITALIZATION OF PSYCHOPATHS IN INTERDICTION PROCEEDINGS: AN INTERDISCIPLINARY STUDY BETWEEN PSYCHIATRY, PSYCHOLOGY AND PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

The current study aims at making a few observations about injunction proceedings in compulsory psychiatric hospitalization of psychopaths. Such study has proven to be relevant to both law practitioners in general and also to other fields of human knowledge, such as Medicine and Sociology. Although not expressly provided for in the legal system, the possibility of hospitalization by court order in interdiction proceedings, in cases of psychopathy, must have its suitability checked by a systematic interpretation, according to the peculiarities of each case, based upon the principle of human dignity.

Keywords: Psychopathy. Compulsory psychiatric hospitalization. Interdiction proceedings. Continnence between orders.

Submetido: 8 ago. 2016

Aprovado: 28 out. 2016

PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA NO INDEFERIMENTO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL: QUANDO A IMPRECISÃO PODE LEVAR À DESNECESSIDADE

Gustavo Ribeiro*

1 Introdução. 2 A homologação de sentença arbitral estrangeira: aspectos introdutórios. 2.1 Aspectos históricos sobre os requisitos para a homologação de decisões estrangeiras. 2.2 Dos requisitos específicos em relação à sentença arbitral estrangeira. 3 Marcos teóricos: o princípio da ordem pública a partir do referencial de Jacob Dolinger. 3.1 Fluidez e imprecisão: a ordem pública como um princípio. 3.2 Instabilidade, contemporaneidade e fator exógeno. 3.3 Ordem pública interna, internacional e a verdadeiramente internacional. 4 Metodologia da pesquisa. 5 Análise dos resultados. 5.1 Caso Plexus v. Santana (SEC 967). 5.2 Caso Moreno v. Paulista (SEC 866). 5.3 Caso Subway v. HTP (SEC 833). 5.4 Caso Indutech v. Algocentro (SEC 978). 5.5 Caso Biglift v. Transdata (SEC 11.593). 5.6 Caso Thyssenkrupp v. CSN (SEC 12.236). 6 Conclusões. Referências.

RESUMO

O artigo enfrenta a aplicação do princípio da ordem pública na homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça. O tema é objeto de extenso debate ainda não totalmente consolidado na doutrina e nas cortes. Utilizando-se como marco teórico as concepções delineadas por Jacob Dolinger, desde 1979, indicando a dificuldade e a imprecisão na definição do conteúdo da ordem pública, sugere-se que os indeferimentos dos pedidos de homologação poderiam ter ocorrido sem qualquer alusão à violação à ordem pública. A base da pesquisa consistiu nas sentenças estrangeiras contestadas no período de 2006-2015. Dela, delimitaram-se seis casos cujos pedidos de homologação foram indeferidos pelo Superior Tribunal de Justiça na matéria. Aponta-se que as fundamentações poderiam ter se dado por remissão a critérios objetivos, por exemplo, a ausência de convenção arbitral, a incompetência do juízo arbitral e/ou

* Professor do Programa de Mestrado/Doutorado do UNICEUB-Brasília das disciplinas Conflito de Leis no Espaço, Análise Econômica do Direito e Direito Internacional Econômico. Professor na Graduação de Direito Internacional Privado. Obteve seu doutorado pleno em Direito Internacional pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), como bolsista do programa CAPES/FULBRIGHT (revalidado UFSC, 2010). Mestre em Direito (UFSC, 2004). Bacharel em Direito (UFMG, 2002) e Ciência da Computação (UFMG, 1996). Advogado. E-mail: <gribeibr@gmail.com>.

falta de citação regular de uma das partes - hipóteses previstas na Lei de Arbitragem Brasileira e legislação relacionada. O recurso à ordem pública era desnecessário, embora reflita a complexidade do tema.

Palavras-chave: Sentença Arbitral Estrangeira. Homologação. Ordem Pública. Indeferimento. Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

Traz-se, à tona, neste artigo, a questão sobre o significado da ofensa à ordem pública por ocasião da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, hipótese de indeferimento do pedido.¹ Trata-se de apreciação que ocorre, normalmente, nos tribunais dos países homologantes (*ad quem, host*). No caso do Brasil, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ),² como critério a ser superado no procedimento homologatório.

Decerto, a apreciação da ofensa (ou não) à ordem pública envolve o gênero *decisão estrangeira*: uma sentença estrangeira ou uma sentença arbitral estrangeira. Este artigo concentra-se na segunda espécie que é definida, de acordo com a Lei de Arbitragem Brasileira (LAB),³ como aquela que tenha sido proferida fora do território nacional.⁴

Parte-se do pressuposto da dificuldade inerente à definição em abstrato do que seja uma violação à ordem pública ou mesmo da necessidade de se buscar uma definição a priori, porém, vai-se além, tendo o artigo como hipótese principal que a problemática de definição e sua dificuldade em aplicá-la fazem que *os indeferimentos dos pedidos de homologação com base em ofensa à ordem tenham se baseado em critérios objetivos, sem a necessidade de alusão à ordem pública*. Os indeferimentos encontrariam amparo em outras exceções objetivas ou formais da legislação.⁵ Para se confirmar a hipótese, o artigo se desdobra em quatro seções, além desta introdutória.

Na segunda seção, investigam-se os critérios a que se submetem as decisões estrangeiras no procedimento homologatório. Verifica-se a origem mais que centenária desses critérios em nossa legislação, inclusive o da ofensa à ordem pública. Além disso, constatam-se, na evolução dos critérios, poucas alterações em termos de redação. Nessa mesma seção, analisam-se os critérios *específicos* que se aplicam à sentença arbitral estrangeira.

A seção subsequente (3) se edifica sobre o tratamento doutrinário da ordem pública. Elege-se como marco teórico o trabalho seminal do Professor Jacob Dolinger, apresentado no concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.⁶ Nele, evidencia-se a complexa principiologia da ordem pública. De forma resumida, quatro seriam suas características: (i) a instabilidade; (ii) a contemporaneidade; (iii) o fator exógeno; (iv) e seu caráter internacional.

A quarta seção, mais breve, expõe os aspectos da metodologia da pesquisa jurisprudencial empreendida. Além do critério espaço-temporal da análise, jurisprudência do STJ entre os anos de 2006 e 2015, detalham-se os parâmetros de pesquisa no sistema de busca e demais filtros aplicados às amostras colhidas.

Por fim, a partir do arcabouço doutrinal desenvolvido, na quinta seção, pesquisa-se *de que forma* o STJ vem aplicando a construção teórica delineada em seus julgados, buscando-se confirmar a hipótese proposta.

2 A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A sentença arbitral estrangeira deve se submeter ao procedimento de homologação para que produza efeitos ou tenha seus efeitos - nela contidos - liberados, no Brasil. O interesse pelo procedimento surge, por exemplo, se se busca ressarcimento monetário, quando a parte vencida na arbitragem internacional se recusa a cumprir a decisão, mas possui bens em território brasileiro. Nesse caso, poderá a parte vencedora utilizar-se do procedimento homologatório que, uma vez deferido, possibilitará o uso do aparato estatal para fazer cumprir a sentença.

É pacífico que apenas uma ação ou procedimento de homologação é necessário, tendo o sistema de dupla homologação sido descartado no Brasil há mais de quinze anos, com a edição da LAB,⁷ isto é, a parte interessada não precisa homologar, inicialmente, a sentença arbitral no judiciário do país de origem da arbitragem, bastando apenas homologá-la no Brasil. Além disso, como igualmente apontado, o procedimento de homologação da sentença arbitral estrangeira não é uma peculiaridade da arbitragem, mas exigência da mesma sorte é aplicável às sentenças judiciais estrangeiras, qualquer que seja sua natureza.⁸

E é durante a homologação, em sede de *juízo de deliberação*, que pode ocorrer a apreciação acerca da violação ou não à ordem pública. Podem-se distinguir, em realidade, quatro fases ou momentos em que a discussão sobre ordem pública pode ser suscitada: (i) inicialmente, pelo próprio árbitro internacional; (ii) em segundo lugar, pela eventual apreciação do Judiciário do foro de arbitragem; (iii) em seguida, no procedimento de homologação ou reconhecimento da sentença arbitral estrangeira (objeto deste estudo); e (iv) finalmente, na fase executória, pós-homologatória.⁹

De interesse direto deste artigo, concentramos na terceira fase (homologação), iniciando o estudo pela evolução do procedimento no Brasil.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE OS REQUISITOS PARA A HOMOLOGAÇÃO DE DECISÕES ESTRANGEIRAS

A previsão acerca da homologação de decisões estrangeiras é encontrada há mais de um século em nosso ordenamento.¹⁰ Marco relevante, a Lei n.º 221 (1894),¹¹ que versava sobre organização judiciária, transferia ao Supremo Tribu-

nal Federal (STF) a competência para a homologação de decisões estrangeiras (judiciais ou arbitrais) e trazia critérios a serem aplicados.¹²

Ao analisarmos as redações originárias, no vernáculo à época, como o §4 do art. 12 da Lei n.º 221 de 1894, lê-se que:

No processo de homologação observar-se-ha o seguinte: [...]

b) pódê servir de fundamento para opposição:

1º, qualquer duvida sobre a authenticidade do documento ou sobre a intelligencia da sentença;

2º, não ter a sentença passado em julgado;

3º, ser a sentença proferida por juiz ou tribunal incompetente;

4º, não terem sido devidamente citadas as partes ou não se ter legalmente verificado a sua revelia, quando deixarem de comparecer;

5º, conter a sentença disposição contraria á ordem publica ou ao direito publico interno da União.

Os cinco requisitos, com variações na ordem (autenticidade e inteligência; trânsito em julgado; competência da autoridade prolatora; citação ou revelia legal; e não violação à ordem pública), fazem parte dos critérios atualmente vigentes, conforme abaixo.

Tabela 1 - Critério Histórico de Homologação

	Lei n.º 221 (1894)	LINDB (1942)	RI STF	Res. n.º 9 STJ (2005)	RI STJ (2014)	NCPC (2015)
Competência	Art. 12, §4, 'b', 3 "Juiz ou tribunal"	Art. 15, 'a' "juiz competente"	Art. 217, I "juiz competente"	Art. 5, I "autoridade competente"	Art. 216-D-I "autoridade competente"	Art. 963, I "autoridade competente" e Art. 964 (exceção)
Citação ou verificado a revelia	Art. 12, §4, 'b', 4	Art. 15, 'b'	Art. 217, II	Art. 5, II	Art. 216-D-II	Art. 963, II
Trânsito em Julgado	Art. 12, §4, 'b', 2	Art. 15, 'c' "E estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida"	Art. 217, III "E estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida"	Art. 5, III	Art. 216-D-III	Art. 963, IV "não ofender a coisa julgada brasileira"
Formalidades	Art. 12, §4, 'b', 1 "Autenticidade e inteligência da sentença"	Art. 15, 'd' "tradução por intérprete autorizado"	Art. 217, IV "autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial"	Art. 5, IV; Art. 9 "autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil"	Art. 216-C "instruída com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil (...) competente, quando for o caso"	Art. 963, V "estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado"
Ordem Pública	Art. 12, §4, 'b', 5 "Ordem pública ou direito público interno da União"	Art. 17 "Soberania nacional, ordem pública e bons costumes"	Art. 216 "Soberania nacional, ordem pública e bons costumes"	Art. 6 "Soberania e ordem pública"	Art. 216-F "ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública"	Art. 963, IV "manifestação de ordem pública"
Outros						Art. 963, III: "eficaz no país em que foi proferida"

Fonte: elaboração do autor.

A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),¹³ por exemplo, prevê-os, desde 1942, pela combinação dos artigos 15 e 17. O Código de Processo Civil (CPC) de 1973, por sua vez, tratava muito mais dos aspectos da eficácia e da competência da decisão estrangeira: condicionava a eficácia da sentença proferida por tribunal estrangeiro à homologação do STF; e remetia o procedimento ao Regimento Interno do STF (art. 483 do CPC de 1973). O Regimento Interno do STF, a sua vez, mantinha os cinco critérios originais em seu arts. 216 e 217.

Com a transferência da competência do STF para o STJ para processar e julgar originariamente a homologação de sentenças estrangeiras (EC n.º 45/2004), mantiveram-se, na essência, os cinco requisitos. O STJ, ao editar a Resolução n.º. 9/2005, em caráter transitório, praticamente repetiu os critérios em seus arts. 5 e 6. Mais recentemente, a incorporação da Resolução n.º. 9/2005 ao Regimento Interno do STJ (RI do STJ) reproduziu os mesmos critérios, com ligeiras modificações.¹⁴ Por fim, o CPC atual¹⁵ perfila critérios semelhantes ao longo de seu artigo 963, trazendo alguns dispositivos adicionais.¹⁶

Mas como ponto comum e conclusão intermediária desta seção, observa-se que os dispositivos originais relativos aos critérios de homologação se mantiveram, de forma geral e feitas as ressalvas anteriores, inalterados ao longo do tempo.

2.2 DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS EM RELAÇÃO À SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

Além dos cinco critérios supradestacados, a LAB e os tratados que o Brasil ratificou em matéria de arbitragem introduziram critérios adicionais como requisitos para a homologação. De acordo com a LAB:¹⁷

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, *na sua ausência*, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, *no que couber*, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil [*de 1973*]. (grifos nossos)

Observando-se a combinação de dispositivos aplicáveis, verifica-se superposição de critérios, conforme abaixo.

Tabela 2 - Critério de Homologação de Sentenças Arbitrais

	CNY (1958) Dec. 4.311 (2002)	LAB (1996)	RI STJ (2014)
Competência	Art. V, 1, 'd' "a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes"	Art. 38, V "a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória"	Art. 216-D-I "autoridade competente"
Citação ou verificado a revelia	Art. V, 1, 'b' "Réu não notificado da designação do árbitro, procedimento de arbitragem, violação do contraditório"	Art. 38, III	Art. 216-D-II
Trânsito em Julgado	Art. V, 1, 'e' "a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país da arbitragem"	Art. 38, VI	Art. 216-D-III
Formalidades	Art. IV, 1, 'a' e 'b' "sentença e acordo original devidamente autenticados ou uma cópia dos mesmos devidamente certificados"	Art. 37, I e II	Art. 216-C "instruída com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial (...)"
Ordem Pública	Art. V, 2, 'b' "contrário à ordem pública daquele país"	Art. 39, II "II - a decisão ofende a <i>ordem pública nacional</i> ."	Art. 216-F "ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a <i>ordem pública</i> "
Incapacidade das partes ou acordo inválido segundo lei do foro	Art. V, 1, 'a'	Art. 38, I, II	---
Sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem	Art. V, 1, 'c'	Art. 38, IV	---

Fonte: elaboração do autor.

Limitemo-nos, para demonstração, ao previsto em uma das mais importantes convenções sobre o tema: a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (CNY).¹⁸

Percebe-se que os requisitos do RI do STJ (e os da Resolução n.º 9/05, então vigentes para a maior parte da amostra analisada neste artigo) são “absorvidos” pelos requisitos da CNY e da LAB, sobressaindo-se critérios adicionais para a sentença arbitral estrangeira. Por exemplo, como formalidade ou requisitos objetivos, não apenas o original ou a cópia certificada da decisão arbitral devem constar no pedido de homologação, mas também a convenção arbitral (art. 37, II, da LAB). Ainda, se as partes na convenção de arbitragem eram incapazes, caso isso seja demonstrado pelo réu, poderá a homologação ser denegada (art. 38, I, da LAB).

Por fim, a ofensa à ordem pública é destacada em todos os instrumentos, com duas particularidades importantes em sede de arbitragem: (i) a ofensa deve se dar à luz da “ordem pública daquele país” (CNY) ou da “ordem pública nacional” (LAB); dispositivo que a doutrina sugere ser restritivo e que, em realidade, significaria uma “ordem pública internacional” ou “ordem pública nacional internacional”;¹⁹ e (ii) a existência de uma hipótese explícita sobre o que não configura ofensa à ordem pública.

No último caso, segundo a LAB:

Art. 39. [...] Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.²⁰

Feita a incursão histórica e sistemática sobre os critérios relativos à homologação de decisões estrangeiras, passa-se ao estudo sobre a ordem pública na seção seguinte. Como já preconizado, o referencial teórico é construído a partir do trabalho do Professor Jacob Dolinger.

3 MARCOS TEÓRICOS: O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA A PARTIR DO REFERENCIAL DE JACOB DOLINGER

Uma das principais obras dedicadas à ordem pública, na doutrina nacional, foi a tese apresentada pelo professor Jacob Dolinger para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.²¹

Dolinger estudou, à época, a doutrina e a jurisprudência nacional e comparada. Nesse sentido, destacou, nas primeiras páginas de sua obra, a dificuldade de definição de ordem pública o que, para muitos, seria mesmo uma tarefa impossível. Houve os que tentaram conceituá-la e também aqueles que tentaram enumerá-la, mas, ao descobrirem sua relatividade, sua instabilidade

e sua variabilidade no tempo e no espaço, todos acabaram reconhecendo que não há um conceito preciso de ordem pública.²²

Aprofundemos os principais aspectos da ordem pública examinados na doutrina de Dolinger.

3.1 FLUIDEZ E IMPRECISÃO: A ORDEM PÚBLICA COMO UM PRINCÍPIO

Dificilmente a ordem pública pode ser reduzida a um conceito rígido, devido a sua constante mutação e indefinição, Dolinger advertia, entretanto, para o tratamento do tema no passado. Para isso, dividiu sua análise entre a doutrina “não-internacionalista” (de direito interno) e a de Direito Internacional Privado (DIPr).

Na primeira seara, a abordagem não era principiológica, mas rígida, pois era comum a indicação de leis de natureza de ordem pública relacionadas aos interesses essenciais do Estado e da coletividade. A caracterização dessas leis como de ordem pública se aproximava à ideia de leis absolutas ou imperativas - mencionadas em diversos códigos, como o francês e o suíço.²³

De forma semelhante, na doutrina de DIPr (Savigny, Despagnet, Pilet), ocorreu essa tendência de caracterizar como inatas leis de ordem pública. Seriam estas coativas, cogentes, mandamentais ou proibitivas, diferentemente das leis supletivas ou permissivas. Ainda do ponto de vista prático, o Instituto de Direito Internacional e a Conferência de Haia recomendaram até mesmo, e com insistência, que as legislações internas enumerassem as suas leis de ordem pública.²⁴ Dolinger ressaltava que:

Em certa época os autores pareciam concorrer entre si no esmero de enumerar maior número de leis desta natureza, chegando alguns a criar oito grandes grupos, cada um composto de várias categorias de leis que consideravam de ordem pública.²⁵

Mas para Dolinger, a ordem pública é princípio e, como tal, é

[...] conceitual, filosófico, moral, indefinível, elástico, relativo, alterável, volúvel, sempre na dependência do conceito, da opinião, do sentimento, da sensibilidade média de um grupo social em determinada época que vai encontrar sua expressão clássica na sentença judicial.²⁶

Dolinger se alinhou, assim, com o nível principiológico da ordem pública e afirmou que a ordem pública não é necessariamente característica inata da lei, mas princípio a ela externo. Tanto o é que “diversos institutos que ontem eram considerados de ordem pública deixam de sê-lo, sem que necessariamente ocorra qualquer alteração no direito positivo.”²⁷

Além disso, distinguiu Dolinger vários níveis de aplicação da ordem pública, dada a sua abstração. Partindo de uma gradação de *tênue* até *gravíssima*, Dolinger

expôs os seguintes níveis de aplicação: um primeiro (tênue), que serviria para garantir o império de determinadas regras contra a vontade das partes; um segundo, no qual a ordem pública impede a aplicação de normas estranhas, por lhe serem chocantes, perturbadoras; um terceiro (mais elevado, ou de natureza gravíssima), quando um instituto estrangeiro é tão chocante e de tal intensidade que represente um escândalo para o foro, inclusive sobre uma situação já constituída e consumada alhures.²⁸

Ainda sobre a imprecisão da ordem pública, no mesmo diapasão de Dolinger, Valladão, tratando dos efeitos e da conceituação da ordem pública, afirmava que

Denega-se, no Brasil, efeito ao direito estrangeiro que choca concepções básicas do foro, que estabelece normas absolutamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política, que orientam a respectiva legislação. É uma noção fluida, relativíssima, que se amolda a do sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência em cada caso.²⁹

Nota-se que vários autores posteriormente alinharam-se com a abstração de ordem pública. Strenger, por exemplo, verifica que a aplicação da ordem pública gera diversas controvérsias por ser difícil “a conciliação dos interesses nacionais ou transnacionais na determinação não só de certa metodologia exegética como, também, da identificação de uma essencialidade que permita bem definir a ordem pública.”³⁰ Nery Junior, ao seu passo, afirma que

Como a noção de ordem pública é conceito legal indeterminado, para que ganhe concretude, depende da atividade do juiz em cada situação concreta levada ao seu exame pelo jurisdicionado. Não é possível, desse modo, uma definição apriorística e exaustiva do seu conteúdo.³¹

Registram-se, ademais, posições intermediárias. Nadia de Araujo, por exemplo, parece admitir um sistema híbrido. Retomando a doutrina francesa, sugere que inexistir a aplicação da lei estrangeira no foro poderá ser objetada em função da imperatividade de uma norma interna (o que corresponderia à lei de ordem pública inata) ou ainda pela evicção da regra estrangeira contrária à ordem pública. No primeiro caso, não se chega nem mesmo a se discutir o conflito de leis. No segundo caso, o conflito surge. O efeito final é o mesmo: a não aplicação do direito estrangeiro, e, talvez por isso, Araujo sugira que a pergunta que deve ser feita é aquela a respeito dos motivos que levariam à aplicação direta da lei do foro, no caso de sua imperatividade, em vez da aplicação à lei estrangeira pela regra de conexão. Nesse sentido, destaca o papel da Hermenêutica-Constitucional, da Teoria da Argumentação Jurídica (Dworkin, Perelman, Atienza, Alexy) e dos direitos fundamentais como guias mestras nessa tarefa.³²

Hodiernamente, Dolinger parece ter mantido sua perspectiva inicial. Em obra mais recente, indica que, para impor o instituto da ordem pública, o aplicador do Direito deve utilizar como base o pensamento e a percepção de

uma sociedade em uma determinada época. Essa ponderação realizar-se-á por meio do Poder Judiciário o qual aplicará o princípio da ordem pública: fenômeno social de extrema relevância que servirá de parâmetro para verificar o que ofende e o que não ofende o ordenamento jurídico nacional. A avaliação feita pela Justiça, portanto, afastará a aplicação de aspectos que violem a mente e a sensibilidade da sociedade.³³

3.2 INSTABILIDADE, CONTEMPORANEIDADE E FATOR EXÓGENO

Como corolários de sua natureza principiológica, para Dolinger, a ordem pública possui três características evidentes: a instabilidade, a contemporaneidade e o fator exógeno.³⁴

Sobre a *instabilidade*, sugere o autor que a ordem pública está intrinsecamente ligada a uma população estabelecida em um determinado tempo e um determinado espaço. Nesse contexto, populações em regiões territoriais diferentes possuem noções discrepantes do que venha a ser ordem pública. A própria evolução de suas gerações postula por uma ordem pública diversa do que a de seus antepassados. É esse o ponto chave da ordem pública, uma vez que sua conceituação está intrinsecamente ligada à instabilidade, sendo esse princípio colocado à disposição dos fenômenos sociais e ideários populacionais.³⁵

Já a *contemporaneidade*, que aparecia de forma destacada em seu trabalho anterior,³⁶ faz que o magistrado responsável por julgar uma determinada lide se atente para a ordem pública vigente à época do julgamento; não à época em que ocorreu o fato ou ato jurídico, ou seja, é preciso decidir a questão sob a ótica do foro contemporâneo ao julgamento, aplicando ou não a lei estrangeira conforme a reação da população. Se a ordem pública foi alterada, propiciando uma maior liberalidade e receptividade, o fato passado, ocorrido com base na lei estrangeira, mesmo que não aceito pela ordem pública anterior, terá sua eficácia aceita na época de sua aplicação, dada a modificação da ordem pública. Por outro lado, a contemporaneidade também pode produzir o caminho inverso e conservador. Se um ato passado, homologado no foro anteriormente, se tornar ofensivo à ordem pública contemporânea, este não será reconhecido ou sequer produzirá efeitos.³⁷

Por fim, ao se referir a *fator exógeno*, Dolinger retoma a concepção apresentada de que inexitem, aprioristicamente, leis de ordem pública, ou seja, refuta o doutrinador a existência de normas insubstituíveis e substituíveis. A ordem pública não está engessada nas linhas de uma norma jurídica, ela emana de um fator exógeno e deve ser separada de toda forma de lei, uma vez que a legislação em si não está imbuída da ordem pública, mas sim, respaldada pelo princípio, para rejeitar a lei estrangeira do foro.³⁸

Resta, por fim, avaliarmos a distinção doutrinária entre a ordem pública interna, internacional e a verdadeiramente internacional ou universal, para que se feche o arcabouço teórico a ser utilizado na análise jurisprudencial que se segue.

3.3 ORDEM PÚBLICA INTERNA, INTERNACIONAL E A VERDADEIRAMENTE INTERNACIONAL

A doutrina de DIPr ocupou-se em dividir a ordem pública em duas dimensões: a interna, também denominada nacional ou relativa; e a internacional, que responderia pelos sinônimos de externa ou absoluta.³⁹

Dolinger demonstrou, conquanto, as sutis variações encontradas em cada autor, o agrupamento da doutrina em duas grandes correntes: a que defendia a dicotomia (Despagnet e Weiss) e os contrários a ela (Bartin, Pillet, Fiore, Sommières, Louis Lucas). Haveria, ainda, classificações propugnando até mesmo pela existência de quatro categorias de ordem pública (Valery).⁴⁰

De forma singular, Dolinger propôs uma categoria adicional de ordem pública: a verdadeiramente internacional, ou universal. Admitindo exceções, Dolinger ilustrava que todos os países civilizados entenderiam a poligamia, o incesto, a escravatura, entre outros, como institutos contrários a essa ordem.⁴¹ Afirmou, entretanto, que, se fosse a ordem pública verdadeiramente internacional, constituída tão somente desses itens, não nos ocupariamos dela, eis que estaríamos no campo do Direito Internacional Público. Porém, na tentativa de defini-la, sugeriu que se trata daquela “que inspira uma determinada disciplina nas relações privadas internacionais, através de tratados e convenções.”⁴² Adicionou aos exemplos dessas normas aquelas pertencentes ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) do Fundo Monetário Internacional (FMI), a proteção da ecologia universal e do combate à corrupção internacional. Arrematava o conceito, da seguinte forma:

A ordem pública interna visa proteger a política, a moral e a economia de cada país; a ordem pública universal há de defender padrões de moralidade, de equidade e de igualdade entre os Estados para a manutenção de uma ordem em que, em última análise, estão interessados todos os membros componentes da sociedade internacional.⁴³

Não parece fácil dissociarmos a ordem pública universal proposta por Dolinger com, justamente, o Direito Internacional Público. Pensamos que uma possível explicação para a distinção seria o momento no qual a obra de Dolinger foi escrita. Em 1979, pode-se dizer que o Direito Internacional Público estava, ainda, em termos de ratificações de convenções, em um estágio mais embrionário. Por exemplo, boa parte das convenções relativas ao combate à corrupção e à proteção ao meio-ambiente (matérias pertencentes a uma ordem internacional, segundo Dolinger) é posterior ao período de sua obra. Outra mencionada, como o GATT, possuía menos de 100 signatários à época, versus mais de 160, no âmbito da OMC, atualmente. Por outro lado, em posições mais recentes encontradas em seus manuais, Dolinger persevera pela distinção da categoria “ordem pública universal”, sem equipará-la ao Direito Internacional Público.

Ressalta-se, ainda, a posição de Araujo quanto à existência de uma ordem pública internacional que, também a nosso ver, aproxima-se das razões de ser do Direito Internacional Público. A autora exemplifica com a Convenção Europeia de Direitos Humanos: instituidora de uma ordem pública europeia, embora não seja esta uma convenção de DIPr.⁴⁴ Curiosamente, essa aproximação entre ordem pública internacional e ordem pública regional ou comunitária foi também assinalada por Dolinger em uma passagem singela, o que reforça a percepção de uma linha tênue a separar a ordem pública verdadeiramente internacional do Direito Internacional Público: “será desenvolvido o espírito das comunidades econômicas e políticas regionais, que criarão uma defesa à ordem pública comunitária, dentro do respeito à ordem pública internacional.”⁴⁵

Inobstante a falta de uma pacificação doutrinária sobre as dimensões da ordem pública,⁴⁶ há de ser levado em conta ainda o contexto específico da arbitragem internacional. Como dissemos, a tônica da LAB e da CNY sugere que, ao se averiguar a ofensa à ordem pública (nacional ou do país de origem, respectivamente), estar-se-ia diante de algo mais restrito do que as expressões sugerem. No âmbito da homologação de sentenças estrangeiras, há que se conjugar regras de comércio internacional, respeito a uma decisão de natureza jurisdicionada transitada em julgado e a manutenção dos preceitos fundamentais do ordenamento do país.⁴⁷

Antes de adentrarmos a análise da jurisprudência respectiva e como esse equilíbrio é buscado na jurisprudência, a seção seguinte expõe a metodologia utilizada na obtenção da amostra.

4 METODOLOGIA DA PESQUISA

A jurisprudência utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho corresponde aos julgados do STJ, no intervalo temporal entre 2006 e 2015.⁴⁸ Buscaram-se, assim, os casos julgados no período de dez anos, logo após a EC n. 45/04, que conferiu ao STJ a competência para julgar a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Mais precisamente, no sistema de consulta jurisprudencial do STJ,⁴⁹ foi realizada uma pesquisa por assunto. Além da referida delimitação temporal, os parâmetros utilizados para restringir a pesquisa ao vício da ordem pública na homologação da sentença arbitral estrangeira foram diversas combinações das palavras “SEC”, “sentença estrangeira contestada”, “arbitragem”, “arbitr\$”(?) e “ordem pública”. A combinação se justifica a fim de se obter uma amostra considerável de decisões. Descartaram-se, entretanto, eventuais decisões provenientes de recursos processuais sobre as ações originárias de homologação, como agravos, embargos de declaração ou semelhantes. O quadro abaixo resume os resultados obtidos:

Tabela 3 - Amostra de Casos

Resultado Julgamento	n	Perc.
Indeferidos	11	19,3%
Parcialmente Deferidos	2	3,5%
Deferidos	42	73,7%
Suspensos	1	1,7%
Extintos	1	1,7%
Total:	57	100%

Fonte: elaboração do autor.

Como primeiro filtro na amostra obtida, concentramo-nos nos onze acórdãos proferidos nos quais houve o indeferimento da homologação, ou seja, nesses casos, acolheu-se, em algum grau, o indeferimento do pedido de homologação, supostamente com base em ofensa à ordem pública, objeto de interesse deste artigo.

No segundo filtro, resultante da análise dos onze acórdãos, a amostra foi reduzida para seis casos. Nestes havia, concomitantemente, indeferimento do pedido de homologação e alguma discussão relativa ao significado da ordem pública, ou seja, descartaram-se cinco casos na qual a decisão foi capturada pelo sistema de busca, mas, ao se avaliar qualitativamente o acórdão, não havia maiores esclarecimentos sobre o significado da ordem pública.

Reconhecem-se, igualmente, os limites da pesquisa pela delimitação da análise aos casos envolvendo apenas indeferimento de pedidos. Os casos de deferimento podem igualmente proporcionar compreensão do significado da ordem pública, ainda que a alegação não tenha sido acatada. As conclusões do artigo devem, assim, ser relativizadas. A expansão de análise sobre a amostra, em análises futuras, permitirá reavaliações da hipótese proposta bem como servirá como mitigador da referida limitação.

5 ANÁLISE DOS RESULTADOS

As seções seguintes trazem a análise qualitativa da amostra de seis casos. Estes foram dispostos em ordem cronológica, e os nomes das partes aparecem de forma reduzida, como forma de simplificação da leitura.

Em linha com a proposta do artigo, intenta-se expor que, face à complexidade e fluidez da ordem pública de difícil apuração, o acatamento do indeferimento das homologações recaiu sobre outras hipóteses, de cunho objetivo. As decisões, em outras palavras, poderiam ter sido as mesmas, sem recurso ao dito princípio.

5.1 CASO PLEXUS V. SANTANA (SEC 967)

Nesse pedido de homologação, julgado em 2006, tem-se a *Plexus Cotton* como requerente, sociedade constituída e existente de acordo com as leis de Liverpool e, como requerida, a Santana Têxtil, empresa constituída no Brasil. A decisão arbitral foi proferida pela *Liverpool Cotton Association* (LCA), condenando a requerida, entre outras coisas, a pagar a quantia de aproximadamente 232 mil dólares.⁵⁰

O pedido de homologação é uma renovação de pedido anterior - possibilidade prevista no artigo 40 da LAB -, alegando a requerente que o fazia por ter sido a denegação anterior proferida apenas com vícios formais.⁵¹

Duas questões se desdobram em relação à ordem pública. A primeira diz respeito aos efeitos da ação de homologação anterior e a produção ou não de coisa julgada, na qual a ordem pública aparece de forma incidente. Nesse sentido, o Ministro Relator aponta que:

A decisão do STF [anterior ao caso corrente], de forma clara, reconheceu a inexistência de cláusula compromissória e, conseqüentemente, a impossibilidade absoluta da homologação, por o julgado ter sido proferido por juízo incompetente. Essa questão, como decidida, não apreciou questões formais. Situa-se na aplicação de princípio de ordem pública para indeferir a homologação. Ela está, hoje, revestida, a meu entender, com força da coisa julgada. Impossível revê-la, salvo em sede de ação rescisória.⁵²

Conclui o Ministro Relator que a decisão anterior não se amparou apenas em questões formais. Justificar-se-ia justamente pela aplicação do princípio da *ordem pública* para indeferir a homologação, ou seja, adotou o Ministro Relator a mesma linha do STF de que havia um conjunto de dispositivos violados; entre eles, os artigos 37-II (existência de convenção de arbitragem), 38-I (capacidade das partes), 38-II (invalidade da convenção de arbitragem) e, igualmente, o artigo 39-II (ofensa à ordem pública nacional) da LAB. Consequentemente, o pedido de homologação em curso deveria ser extinto sem julgamento do mérito. Vencido, restou o Ministro Relator, entretanto, nessa preliminar, passando a analisar o novo pedido.⁵³

Nesse ponto, surge novamente a discussão sobre a ordem pública, com base na nova documentação carreada nos autos. Constata o Ministro relator não ter conseguido, mais uma vez, identificar a existência de cláusula compromissória aceita pela parte requerida, concluindo que:

A discussão está centrada na ausência da manifestação voluntária por escrito da requerida em aceitar a cláusula arbitral. É, portanto, *ofensa à ordem pública por ir de encontro a princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico que exige aceitação expressa das partes para submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem* (grifos nossos).⁵⁴

Neste ponto, expressa o Ministro Relator que a ofensa à ordem pública decorre da ausência de manifestação da requerida em aceitar a arbitragem. Dos trechos reproduzidos da decisão anterior, vê-se que, como fizera o STF, entende o Ministro Relator que fica aniquilada a autonomia da vontade das partes, princípio basilar da arbitragem. Não podendo se cogitar em aceitação tácita de juiz arbitral, constituindo-se ofensa à ordem pública.⁵⁵

Poder-se-ia cogitar que se trata de um caso em que a violação à ordem pública foi embasada além dos requisitos objetivos ou formais enumerados na LAB ou na Res. 9 do STJ, vigente à época. Nesse condão, haveria, ao que tudo indica, uma convenção de arbitragem (art. 37-II da LAB), supostamente válida segundo o direito inglês (art. 38-II da LAB). Porém, a alegação de que as leis inglesas permitiriam uma cláusula de arbitragem dentro de um contrato para legitimar o foro arbitral foi rechaçada. Não existiria no ordenamento jurídico pátrio a correspondente regra apontada do direito inglês. Assim, a ofensa à ordem pública estaria coerente com a doutrina apresentada.

Entretanto, é igualmente plausível entender que a falta de uma convenção de arbitragem resulta em incompetência do juízo arbitral, sendo hipóteses claras e satisfatórias para a denegação da homologação. É o que sugerimos ocorrer em boa parte dos casos seguintes, a seguir analisados.

5.2 CASO MORENO V. PAULISTA (SEC 866)

Nessa ação homologatória, julgada em 2006, a Oleaginosa Moreno, sociedade constituída de acordo com as leis argentinas, requereu a homologação de sentença arbitral proveniente da *The Grain and Feed Trade Association* (GAFTA) contra a Moinho Paulista (requerida). A decisão arbitral condena, entre outras coisas, a requerida ao pagamento de cerca de US\$ 1.6 milhões de dólares.⁵⁶

Relembrou o Ministro Relator que o controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento. Neste sentido, ao analisar os aspectos factuais do caso, entendeu ser incontroverso que os aludidos contratos foram negociados verbalmente entre as partes, o que a própria requerida admite e informa. Entendeu, ainda, que o fato de os contratos firmados entre as partes terem sido celebrados verbalmente não impediria, por si só, a estipulação de cláusula compromissória. Em consonância com a CNY (Artigo 2, II) e a LAB (Artigo 4, §1), bastaria que houvesse uma cláusula compromissória pactuada de forma expressa e *escrita* em outro documento referente ao contrato originário ou em correspondência apartada.⁵⁷

Estabeleceu, então, o Ministro Relator que a ausência de dita cláusula compromissória impunha o reconhecimento da *incompetência* do juízo arbitral e a ofensa à ordem pública. Mencionou, ainda, a posição do então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro e a SEC 6753/UK, julgada pelo STF em 2002, no mesmo sentido. Quer-se dizer: a ausência de cláusula compromissória

escrita impede aferir a competência do juízo prolator, configurando ofensa à ordem pública nacional.⁵⁸

Na linha da análise anterior, entendemos que a inexistência de convenção arbitral válida (art. 37, II da LAB) e a consequente incompetência do juízo arbitral são hipóteses por si só suficientes para que a homologação fosse indeferida.

5.3 CASO SUBWAY V. HTP (SEC 833)

A SEC 833/US de relatoria inicial da Ministra Eliana Calmon e de relatoria, para o acórdão final, do Ministro Luiz Fux, foi julgada em agosto de 2006. Esta envolvia pedido de homologação de sentença arbitral proferida pela Associação de Arbitragem Americana (AAA-EUA). Figurava como requerente a sociedade empresária *Subway Partners*, com sede nos Estados Unidos da América, e como requerida a HTP, também conhecida como Subway Brasil. O acórdão não faz referência expressa à quantia prevista na condenação, mas apenas ao fato de que a parte credora obteve decisão, rescindindo o contrato e estabelecendo as sanções contratualmente previstas.⁵⁹

À decisão da Ministra Relatora, em 2005, seguiu-se pedido de vistas do Ministro Fux. Reconheceu o Ministro que não se tratava de discussão sobre a existência ou não de convenção de arbitragem, mas muito mais o fato de o processo ter corrido à revelia e não ter havido prova inequívoca da citação. Ainda, segundo o Ministro, seria cediço, na jurisprudência do STJ, que a homologação de sentença estrangeira reclama prova de citação válida da parte requerida mediante carta rogatória, fazendo alusão ao art. 217, II, do RISTF (correspondente ao art. 38, III da LAB). Não toca o Ministro, diretamente, sobre a questão da ofensa à ordem pública.⁶⁰

Em realidade, o Acórdão toca o tema da ordem pública em *dicta*. No voto-vista do Ministro Nilson Naves, fez-se referência à manifestação do curador especial da requerida no sentido de ele mesmo apontar, pelo parágrafo único do artigo 39 da LAB, que a referida lei afasta a invocação de ofensa à ordem pública nacional se ocorre efetiva citação da parte no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem.⁶¹

A decisão gira, como se disse, muito mais sobre outras questões, como a ausência de prova inequívoca de qualquer citação.⁶² Assim, concordamos com o rumo tomado de que, ao configurar claramente uma hipótese enumerada pelos artigos 38 e 39 da LAB, distinta da ordem pública, não há de se fazer a ela referência ou discuti-la, segundo nossa perspectiva.

5.4 CASO INDUTECH V. ALGOCENTRO (SEC 978)

No caso relatado pelo Ministro Carvalhido, julgado em dezembro de 2008, a requerente (Indutech) requer a homologação de sentença arbitral estrangeira

proferida pela LCA, em valores aproximados de 416 mil dólares. A arbitragem decorre de descumprimento contratual, em face da requerida (Algocentro).⁶³

Em seu relatório, o Ministro Relator ressaltou que a requerida foi citada por meio de carta de ordem, não oferecendo contestação. Ante esse fato, nomeou-se curador – Defensoria Pública da União - para a parte. A defesa alegou, entre outros, a inexistência de anuência contratual da requerida para a instauração de processo arbitral. O Ministro Relator, em seu voto, fundamentou, com base nos arts. 3º, 4º, §§ 1º e 2º e art. 5º da Lei 9.307/96, a inexistência expressa e inequívoca da parte em aceitar a estipulação de juízo arbitral para solução de eventuais conflitos entre os contratantes. Apontou, ademais, que a anuência da parte poderia ter sido realizada em contrato ou em instrumento apartados aptos a demonstrar a inequívoca manifestação da parte em aderir à cláusula arbitral.

In casu, todavia, ao que se tem dos autos, a cláusula de eleição do juízo arbitral contida no contrato de fornecimento de algodão cru (fl. 57) e seu termo aditivo (fl. 66), bem assim a indicação de árbitro em nome da requerida (fl. 529), não possuem assinatura ou visto qualquer de Algocentro Armazéns Gerais Ltda, ressentindo-se, assim, da sua indispensável anuência ao juízo arbitral⁶⁴ (grifos originais).

Assim, na sequência, fundamentou o julgador que, em face da ausência de comprovação de que a requerida se utilizou da *autonomia da vontade* para instaurar como órgão de solução de litígios o juízo arbitral, é incabível a homologação da sentença arbitral estrangeira. Desrespeitar-se-ia o princípio da ordem pública, nos termos do art. 4º, parágrafo 2º, da Lei 9.307/96 e dos arts. 5º, I e 6º, da Resolução n. 9/05 do STJ.⁶⁵

Mais uma vez, tem-se que a ofensa à ordem pública ocorreu em concomitância à violação de outro critério objetivo elencado pela LAB, que se resume à falta de competência do juízo arbitral - crítica esta que já fizemos e retomaremos adiante.

5.5 CASO BIGLIFT V. TRANSDATA (SEC 11.593)

Apesar do decurso de tempo entre o último caso analisado (2008) e o corrente (2015), a discussão contida no Acórdão guarda semelhança com as anteriores. Narra-se que a empresa Biglift (requerente) solicitou homologação de sentença estrangeira, com base em contrato de afretamento de viagem (2011). Pelo contrato, obteve no juízo arbitral a condenação da requerida para pagar o valor de aproximadamente 100 mil dólares, em função de atraso (tecnicamente conhecido como *demurrage*) no transporte de transformadores de energia entre portos brasileiros, com aplicação da lei inglesa como regente na relação jurídica.⁶⁶

Entre vários pontos discutidos, o Ministro Relator se concentrou na incompetência do juízo arbitral (art. 15 da LINDB). Para chegar a essa conclusão,

relembrou que a requerente sustentava a validade da cláusula de foro arbitral e lei inglesa, mas, ao apreciar a validade, o Julgador entendeu que a opção arbitral e do direito material aplicável deveria se submeter à regra de regência da LINDB (art. 9 da LINDB). Havia um contrato, e ele foi executado, embora destaque o julgador que, mais do que não ter havido destaque à escolha da arbitragem ou faltado uma rubrica, “a inteira minuta do contrato deixou de receber a assinatura das partes”. E, segundo o §1 do art. 4 da LAB (resultado material da regra de conflito, pressupõe-se), deveria a cláusula compromissória ter sido estipulada por escrito.⁶⁷

Na sequência, o Acórdão cita como matéria pacificada no STJ, de acordo inclusive com entendimento anterior do STF, a necessidade de cláusula compromissória escrita e assinada para que se pudesse exigir das partes submissão à arbitragem.⁶⁸ As remissões são feitas, entre outras, às SEC 967, SEC 978, SEC 866, SEC 885, analisadas anteriormente.

O Acórdão, entretanto, não faz recurso expresso, como estamos a arguir, de que se trata de um indeferimento com base na violação à ordem pública. Apenas por remissão, foi o caso associado à, supostamente, violação à ordem pública. Ao nosso ver, de forma coerente com a hipótese proposta, concentra-se o Acórdão na questão da incompetência do juízo arbitral o que, por si só, seria suficiente para o indeferimento.

5.6 CASO THYSSENKRUPP V. CSN (SEC 12.236)

Por fim, também em dezembro de 2015, o STJ se defrontou com caso envolvendo a *Thyssenkrupp* (requerente) e CSN (requerida) em pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. A decisão havia sido proferida pela CCI, na Alemanha, por árbitro único, condenando a requerida ao pagamento de aproximadamente 760 mil dólares por inadimplemento contratual relativo ao fornecimento de bobinas de aço.⁶⁹

Não adentramos nas minúcias do caso quanto às relações societárias entre requerente e requerida e os contratos entabulados. Destacamos apenas que, dos contratos analisados pelos STJ (*Offtake* de 1999; *Termination* de 2004), concluiu-se pela validade do último, que determinava a resolução de controvérsia por três árbitros da CCI. Fazendo menção às SEC 11.529, SEC 10.658 e SEC854, conclui o julgador pela incompetência do juízo arbitral originário – singular e não uma tríade.⁷⁰

Com isso, indeferiu-se o pedido com base nos artigos 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ e do art. 15 da LINDB. Como estamos a sustentar, admissível que o indeferimento se desse apenas pela hipótese da incompetência, sem qualquer remissão à ordem pública, como feito (art. 216-F do RI do STJ).

6 CONCLUSÕES

Este artigo teve como proposta contrapor teoria e jurisprudência acerca da aplicação do princípio da ordem pública nos indeferimentos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Utilizou-se o instrumental teórico de Dolinger, desenvolvido desde 1979, para a referida apreciação. Nele, a ordem pública é descrita como principiológica, fluida e imprecisa, entre outros. Ao nosso ver, decorreria daí uma elevada dificuldade em apreciá-la, fazendo com que, nos indeferimentos com base na dita ofensa, estivesse-se simplesmente diante do não cumprimento de outros critérios objetivos enumerados pela LAB. Não haveria talvez a necessidade de se discutir ordem pública naqueles casos. A ordem pública, em si, estaria pouco enfrentada sob o aspecto da instabilidade, contemporaneidade, exogeneidade, gradação (tênue até gravíssima) ou internacionalidade.

Nos seis casos analisados qualitativamente, percebemos que o indeferimento poderia ter se concentrado apenas na ausência da convenção de arbitragem (art. 37-II da LAB), que guarda relação com falta de competência da autoridade arbitral estrangeira (art. 5, I, da antiga Res. 9 do STJ, art. 216-D-I do RI do STJ e art. 15, 'a', da LINDB), ou na falta de citação (art. 5, II, da antiga Res. 9 do STJ, art. 216-D-II do RI do STJ e art. 15, 'b', da LINDB). A análise dos casos mais recentes da amostra, SEC 11.593 e SEC 12.236, aliás, sugere que os requisitos formais foram suficientes, não tendo sido necessário adentrar em uma análise aprofundada da violação à ordem pública (embora tenha ela sido referenciada de forma oblíqua). Deve-se ter, ao mesmo tempo, precaução com uma afirmação mais categórica a respeito, em função das limitações da pesquisa.

Por exemplo, primeiramente, foram apenas seis os casos efetivamente analisados no qual havia a concomitância *violação à ordem pública e indeferimento* do pedido. Uma melhor apreciação do tema deve levar em conta os casos nos quais houve a arguição da violação à ordem pública, mas o deferimento total ou parcial da homologação - situações não tratadas no artigo. Estar-se-ia, nesses casos, revelando-se, quiçá, o que não se configura violação à ordem pública. A própria LAB traz uma dessas hipóteses, talvez prenunciando um caminho que a jurisprudência possa seguir, delimitando-se o *não ser*, face à dificuldade do *ser*. Em segundo lugar, uma apreciação mais ampla da ordem pública requer uma ampliação do objeto, para se incluírem as sentenças judiciais estrangeiras; caminho não trilhado por razões de delimitação do tema. Da mesma forma, a jurisprudência comparada na matéria, por meio da análise do dispositivo correlato da CNY em diversas jurisdições.

Decerto, a pesquisa merece continuidade, não só pelo desafio da análise ampliada, em si, mas também em função do crescente aumento das arbitragens internacionais envolvendo partes brasileiras, com o potencial de serem, em algum momento, apreciadas pelo STJ.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008.

AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**. São Paulo: Atlas, 2011.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 163-175, abr./jun. 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Rio de Janeiro, 4 set. 1942. D.O.U 9.9.1942. (LINDB).

BRASIL. **Lei 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. Rio de Janeiro, 20 nov. 1894. D.O.U. 25.11.1894.

BRASIL. **Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 23 set. 1996. D.O.U. 24.9.1996 (LAB).

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015. D.O.U. 17.3.2015. (NCPC).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n.º 833**. Relator. Min. Eliana Calmon. Relator para Acórdão: Luiz Fux. Corte Especial, Julgado em 16.08.2006. D.J. 30.10.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n.º 866**. Relator: Felix Fischer. Corte Especial, Julgado em 17.05.2006. D.J. 16.10.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n.º 967**. Relator: José Delgado. Corte Especial, Julgado em 15.02.2006. D.J. 20.03.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n.º 978**. Relator. Hamilton Carvalhido. Corte Especial, Julgado em 17.12.2008. D.J. 05.03.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n.º 11.593**. Relator: Benedito Gonçalves. Corte Especial, Julgado em 12.12.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n.º 12.236**. Relator: Mauro Campbell Marques. Corte Especial, Julgado em 16.12.2015.

COSTA, José Augusto Fontoura; TUSA, Gabriele. Expectativas e âmbito da aplicabilidade da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

CREMADES, Bernardo M.; CAIROS, David J. Orden público transnacional en el arbitraje internacional: cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 283-308, abr./jun. 2003.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Graf. Luna, 1979. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado.

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

GONÇALVES, Eduardo Damião. Artigo V (inciso II). In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). **Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEMES, Selma Ferreira; TIBURCIO, Carmen. Homologação de sentença estrangeira: ausência de citação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 211-238, abr./jun. 2007.

MANGE, Flavia Foz; AYMONE, Priscila Knoll. Arbitragem e poder judiciário. Relatório do grupo de trabalho: homologação de sentença arbitral estrangeira. **Direito GV Working Papers**, São Paulo, p. 73-78, set. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7713/Working%20paper%2061.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Competência concorrente - jurisdição internacional - jurisdição brasileira. Soluções Práticas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 3, p. 773, set. 2010.

SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 75, n. 606, p. 9-12, abr. 1986.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. 1.

1 Vejam-se Tabelas 1 e 2, na Seção 2 para as correspondentes hipóteses legais.

2 Conforme o art. 105, I, i da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passou a ser do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em substituição ao Supremo Tribunal Federal (STF).

3 BRASIL. **Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 23 set. 1996.

- 4 LAB, art. 34, parágrafo único: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”
- 5 Não se ignora que outros autores trabalharam hipóteses e constatações semelhantes. Vejam-se: MANGE, Flavia Foz; AYMONE, Priscila Knoll. Arbitragem e poder judiciário. Relatório do grupo de trabalho: homologação de sentença arbitral estrangeira. **Direito GV Working Papers**, São Paulo, p. 73-78, set. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7713/Working%20paper%2061.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2016. AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 49-51. Porém, entende-se que neste artigo, expande-se o período da pesquisa, bem como se propõe, a partir do marco teórico definido no trabalho de Dolinger, consequências em termos da utilização da ordem pública; qual seja, a de que a dificuldade de sua aplicação conduz a um metauso do princípio.
- 6 DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Graf. Luna, 1979. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado.
- 7 Tanto na redação anterior, quanto na atual, conforme a Lei nº 13.129, de 2015, prevê-se, na essência, que para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita à única homologação (conforme a redação atualizada do art. 35 da LAB). Sobre este ponto, na doutrina, vejam-se: ARAUJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 286. RECHSTEINER, Beat. **Direito internacional privado: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 334.
- 8 Por fim, a questão da sentença judicial de qualquer natureza, para que se registre, remete à discussão sobre a dispensa da homologação de sentença judicial estrangeira meramente declaratória de estado de pessoa, tal qual preconizava a redação do parágrafo único do art. 15 da LINDB, porém revogado em 2010. (DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 425-429; RECHSTEINER, op. cit., p. 317-318).
- 9 Para autores que também diferenciam cada fase: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 26-27; 67; e COSTA, José Augusto Fontoura; TUSA, Gabriele. Expectativas e âmbito da aplicabilidade da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 206.
- 10 SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996.
- 11 BRASIL. **Lei 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Rio de Janeiro, 20 nov. 1894. D.O.U. 25.11.1894.
- 12 SAMTLEBEN, op. cit., p. 49-50.
- 13 BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Rio de Janeiro, 4 set. 1942. D.O.U 9.9.1942. (LINDB).
- 14 Por exemplo, a inclusão da ofensa à dignidade da pessoa humana como hipótese de indeferimento do pedido. Porém, por não ter objeto deste artigo, não é desenvolvida esta problemática.
- 15 BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015. D.O.U. 17.3.2015. (NCPC).
- 16 Por exemplo, sobre medidas de urgência e dispensa de homologação em caso de sentença estrangeira de divórcio consensual que, igualmente, estão fora do escopo deste artigo.
- 17 BRASIL. **Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 23 set. 1996.
- 18 Gonçalves indica que “devido à semelhança dos dispositivos – CNY e LAB – neste quesito, aliado ao fato de que, por alguma razão, os julgadores no Brasil tendem a relegar ao segundo plano a aplicação de tratados internacionais, mesmo após a ratificação da CNY pelo Brasil, o STF, num primeiro instante, e o STJ, em seguida, continuaram aplicando a LBA quando a referência à CNY teria sido mais apropriada”. GONÇALVES, Eduardo Damião. Artigo V (inciso II). In: WALD, Arnoldo Wald; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). **Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- 19 Para uma discussão e sumário de distintos autores, AGRIPLIANO, op. cit., p. 51-55.
- 20 O dispositivo admite que o critério para citação do réu, residente ou domiciliado no Brasil, seja estipulado na convenção de arbitragem ou na lei processual do país onde se realizou a arbitragem. Afasta-se, assim, uma defesa comum observada na jurisprudência, em que a ré residente ou domiciliada no Brasil invocava a ofensa à ordem pública por não ter sido citada por carta rogatória.

- 21 Em sua introdução, Dolinger relembra que não foi o primeiro a se dedicar ao tema. Haveria, até então, quatro estudos; dois deles, como monografias para concursos de livre docência (Gama e Silva e Otávio Mendonça) e duas outras obras monográficas (Luiz Araújo Corrêa de Brito e Elmo Pilla Ribeiro). DOLINGER, *op. cit.*, Introdução: IX e X.
- 22 *Ibidem*, p. 3.
- 23 *Ibidem*, p. 8-11.
- 24 *Ibidem*, p. 13-14.
- 25 *Ibidem*, p. 15.
- 26 *Ibidem*, p. 10-11.
- 27 *Ibidem*, 1979, p. 8-12.
- 28 *Ibidem*, 1979, p. 40-42.
- 29 Valladão relembra a tradição francesa na qual a ordem pública se encontrava enunciada de modo específico e rígido. Porém assumiu, em realidade, sua preferência pelo sistema tradicional (fluido), dada a variabilidade do conceito, que seria dificultado com qualquer texto rígido. VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. 1. p. 496-497.
- 30 STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 75, n. 606, p. 9, abr. 1986.
- 31 NERY JUNIOR, Nelson. Competência concorrente - jurisdição internacional - jurisdição brasileira. Soluções Práticas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 3, p. 773, set. 2010.
- 32 ARAUJO, *op. cit.*, p. 95-111.
- 33 DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 394.
- 34 *Ibidem*, p. 397-402.
- 35 Dolinger, por exemplo, exemplifica com o divórcio a instabilidade e relatividade da ordem pública. Na França, o divórcio foi recepcionado pela legislação revolucionária e pelo Código de Napoleão em 1804. Posteriormente, ele foi abolido por lei em 1816, voltando a ser implantado no ordenamento jurídico em 1884. O Brasil, por outro lado, nessa época, reprimia e inadmitia o divórcio, com base no ideário de que o matrimônio era insolúvel, conforme se pode constatar pelas Constituições de 1937, 1937, 1946 e 1967/69, vindo esse instituto a ser permitido em 1977, por meio de uma Emenda Constitucional, e, posteriormente, por lei ordinária (*Ibidem*, p. 397-398).
- 36 DOLINGER, *op. cit.*, 1979, p. 118-125.
- 37 DOLINGER, *op. cit.*, 2008, p. 398-400.
- 38 *Ibidem*, p. 400-403.
- 39 Dolinger localizou em Esperson, doutrinador italiano, a origem da dicotomia, embora grande parte da doutrina tenha atribuído a distinção conceitual a Charles Brocher. Tal qual desenvolvida à época, a ordem pública interna era aquela aplicada apenas aos nacionais de um território e a externa aos nacionais e estrangeiros, sendo a distinção baseada no enfoque pessoal (DOLINGER, *op. cit.*, 1979, p. 26-28). Para discussão contemporânea, ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 203-216.
- 40 No plano doutrinário brasileiro, os autores adeptos à concepção dicotômica de ordem pública foram Rodrigo Otávio, Beviláqua, Espínola, Valladão e Strenger. Agrupando-se, contrariamente, Batalha, Tenório, Amílcar de Castro, Gama e Silva e Pilla Ribeiro (DOLINGER, *op. cit.*, 1979, p. 28-31; 36-37).
- 41 *Ibidem*, p. 237-246.
- 42 *Ibidem*, p. 247.
- 43 *Ibidem*, p. 251.
- 44 ARAUJO, *op. cit.*, p. 116-118.
- 45 DOLINGER, *op. cit.*, 1979, p. 250.
- 46 Para discussões correlatas, vejamos: BÖCKSTIEGEL, Karl-heinz. Public policy as a limit to arbitration and its enforcement. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 163-175, abr./jun. 2009 (discutindo os diversos conceitos de *public policy* no contexto europeu e os diversos momentos de sua apreciação); CREMADES, Bernardo M.; CAIROS, David J. Orden público transnacional en el arbitraje internacional. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 283-308, abr./jun. 2003. (discutindo ordem pública transnacional envolvendo corrupção e fraude).
- 47 AGRIPLIANO, *op. cit.*, p. 55.
- 48 Tendo sido 01 de janeiro de 2006 e 31 de dezembro de 2015 o intervalo delimitado no sistema de pesquisa quanto à publicação das decisões.

- 49 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- 50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n.º 967**. Relator: José Delgado. Corte Especial, julgado em 15.02.2006, p. 2.
- 51 *Ibidem*, p. 4.
- 52 *Ibidem*, p. 12-13.
- 53 *Ibidem*, p. 14. A base da extinção seria o artigo 267, V do CPC de 1973. Entretanto, o Acórdão não indicou os motivos determinantes para não ter sido prevalecente a tese, do Ministro Relator, de extinção da ação.
- 54 *Ibidem*, p. 16.
- 55 *Ibidem*, p. 16.
- 56 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n.º 866**. Relator: Felix Fischer. Corte Especial, julgado em 17.05.2006, p. 3.
- 57 *Ibidem*, p. 7-8.
- 58 *Ibidem*, p. 9-10.
- 59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n.º 833**. Relator: Luiz Fux. Corte Especial, julgado em 16.08.2006, p. 5; 10). Curiosamente, o pedido estava acompanhado da chancela (homologação) do Tribunal Distrital dos Estados Unidos da América, Distrito de Connecticut – órgão do poder judiciário daquele país, cumprindo-se exigência anterior à LAB; qual seja, o sistema de dúplice homologação, não mais necessário após a vigência da LAB.
- 60 *Ibidem*, p. 22.
- 61 *Ibidem*, p. 27.
- 62 Veja-se LEMES, Selma Ferreira; TIBURCIO, Carmen. Homologação de sentença estrangeira: ausência de citação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 211-238, 2007.
- 63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n.º 978**. Relator: Hamilton Carvalhido. Corte Especial, julgado em 17.12.2008, p. 3.
- 64 SEC n.º 978, 2008, p. 6.
- 65 *Ibidem*.
- 66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n.º 11.593**. Relator: Benedito Gonçalves. Corte Especial, julgado em 12.12.2015, p. 2.
- 67 *Ibidem*, p. 10-11.
- 68 *Ibidem*, p. 11-14.
- 69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n.º 12.236**. Relator: Mauro Campbell Marques. Corte Especial, julgado em 16.12.2015, p. 5-6. 2
- 70 *Ibidem*, p. 9-16.

THE PRINCIPLE OF PUBLIC ORDER IN THE DENIAL OF RECOGNITION OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS IN BRAZIL: WHEN IMPRECISION MAY LEAD TO UNNECESSITY

ABSTRACT

This article addresses the application of the principle of public order in the recognition of foreign arbitral awards by the Brazilian Superior Court of Justice. The topic is the object of an open-ended debate involving doctrine and courts. Using the ideas developed by Jacob Dolinger since 1979 as a theoretical framework, indicating the complexity and imprecision of the contents of public order, this article suggests that the denial of recognition in the analyzed cases could have been established without any mention of violations to public order. The basis for

the research was the foreign arbitral awards whose recognition was discussed between the years of 2006 and 2015; of these, six cases were identified as those in which the Superior Court of Justice denied recognition. This article suggests that the reasoning supporting the decisions could have been based on objective criteria: for instance, the absence of an arbitration convention, the incompetence of the arbitral tribunal and/or the absence of proper party notification – all such criteria are present in the Brazilian Law on Arbitration and its related statutes. Resorting to the argument of public order was unnecessary, although it reflects the complexity of the topic.

Keywords: Foreign arbitral award. Recognition. Public order. Denial. Superior Court of Justice

Submetido: 8 ago. 2016
Aprovado: 27 set. 2016

PARA ENTENDER O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Lenio Luiz Streck*
Francisco Borges Motta**

1 Considerações iniciais. 2 Da dignidade humana à decisão jurídica democrática. 3 O que é isto: o devido processo legal? 4 Em conclusivo: a dignidade do devido processo, ou: uma leitura moral do novo Código de Processo Civil.

Referências.

RESUMO

O presente texto visa a esclarecer e a entender o novo Código de Processo Civil, observando, a partir da dignidade humana, o devido processo legal. Estamos chamando a atenção para o fato de que o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16.3.2015) é, sem dúvida, a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil a ser concebida em um período democrático. Como se sabe, as codificações anteriores foram concebidas em períodos de exceção (1939 e 1973). Partindo dessa premissa, foi dado um belo passo pelo legislador rumo à construção de um *modelo democrático de processo*. Houve, é certo, mais avanços do que retrocessos. Será demonstrada uma ligação profunda entre dignidade humana e processo democrático conforme estabelece a Constituição do Brasil, em seu art. 5º, LIV, que *ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal* - como se sabe, a locução *devido processo legal* corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *due process of Law* - este é o primeiro passo para que nos aproximemos, no contexto do presente trabalho, do tema *devido processo legal*.

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Universidad Javeriana-CO e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABD-Const. Coordenador do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado. E-mail: <lenio@unisinos.br>.

** Mestre (2009) e Doutor (2014) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Visiting Scholar junto à Columbia Law School (jan./maio, 2013). É Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Professor junto à Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: <bmotta@mprs.mp.br>.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Dignidade da pessoa humana. Devido processo legal. Decisão jurídica democrática.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Temos chamado a atenção para o fato de que o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16.3.2015) é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil a ser aprovada em período democrático.¹ Como sabemos, os códigos anteriores foram forjados em períodos de exceção (1939 e 1973). Um belo passo rumo à construção de um *modelo democrático de processo* foi, sem dúvidas, dado pelo legislador. Houve, é certo, mais avanços do que retrocessos.

Boa parte desses *méritos*, pensamos, decorre da circunstância de a doutrina ter sido ouvida na elaboração do novo código. Sob certo aspecto, e ao menos durante alguns dos debates que antecederam a finalização da lei, *a doutrina voltou a doutrinar*. Percebe-se que, a rigor, grande parte das *inovações* trazidas pela lei nada mais são do que interpretações ajustadas à Constituição de institutos e cláusulas já existentes. Quer dizer, o dever de fundamentação *completa e estruturada* disciplinado no art. 489 do CPC/2015, por exemplo, nada mais é do que uma *explicitação de sentido* das normativas já presentes nos arts. 5º, LV (direito ao contraditório) e 93, IX (dever de fundamentação das decisões judiciais) da Constituição do Brasil. Diga-se o mesmo da incorporação do direito ao contraditório em sua dimensão material (garantia de influência e vedação à surpresa) ao longo do Código (por todos, confirmam-se os arts. 9º e 10 do CPC/2015). Ora, autores de diferentes *cepas*, como Ovídio Baptista da Silva e Dierle Nunes (para citar apenas estes), já defendiam bem antes, cada um com suas premissas, interpretações de certo modo semelhantes. Bem assim, nossos próprios trabalhos já vinham apontando, há algum tempo, para a necessidade de observância dos padrões *coerência* e *integridade* na produção jurisdicional do Direito,² finalmente encampadas na redação final do art. 926 do CPC/2015.

Quer dizer: talvez a grande *inovação* do novo Código não esteja *neste ou naquele artigo ou capítulo*, mas sim na disposição de se ouvir a doutrina e, sobretudo, *de se levar a sério* (em vários aspectos importantes) aquilo que a Constituição já determinava. É, a propósito disso, *simbólico* que, já no art. 1º do CPC/2015, o legislador tenha incorporado o regime de *força normativa* da Constituição.³ Esta *abertura* é indicativa de uma *guinada* dos estudos de processo civil em direção não apenas ao direito constitucional, mas a campos antes reservados apenas à teoria do direito. E isso é necessário. Do contrário, não se compreendem questões centrais para a produção democrática do Direito como o papel da *coerência* ou a força da *integridade*; o papel dos *precedentes* e da *jurisprudência* num país de matriz *legicêntrica* (art. 5º, II, da CF); a necessidade de se harmonizarem *direitos fundamentais* que, num primeiro olhar, conflitam entre si; a diferença entre *texto* e *norma*, que está na matriz da interpretação construtiva que pauta a jurisdição constitucional; *and so on and so forth*.

É, em meio a esse contexto, que resolvemos voltar a nossa atenção para duas cláusulas constitucionais *estruturantes* da interpretação do novo Código: a *dignidade da pessoa humana* e o *devido processo legal*. Não se compreende a dimensão e as implicações do que exige a nova ordem processual sem que se as levem em consideração. E nada disso é possível sem que se percorram questões éticas, morais e de filosofia política, como se verá.

2 DA DIGNIDADE HUMANA À DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA

Por um lado, o art. 8º do CPC/2015 faz referência à “promoção” da dignidade da pessoa humana; por outro, o art. 926 do CPC/2015 demanda, dos “tribunais”, que não apenas uniformizem a sua jurisprudência, mas também que a mantenham “estável, íntegra e coerente”. O que há de comum entre estes dispositivos?

O caso é que textos normativos como estes não devem ser interpretados mediante apenas o recurso, os conceitos léxicos de “dignidade”, “estabilidade”, “integridade” e “coerência”, senão com base em temas bem mais abrangentes, que dizem respeito à preservação da igualdade e da legitimidade de exercício do poder de coerção do Estado.⁴ Um autor cujas ideias são particularmente iluminadoras para a composição do argumento é o norte-americano Ronald Dworkin, mentor da concepção (de algum modo, tangida pelo novo Código) de *Law as integrity*. Antes, porém é necessário recorrer à filosofia de Kant.

Se, por um lado, a noção de valor intrínseco da vida humana tem raízes no pensamento clássico e no ideário cristão,⁵ por outro, é com Kant que o processo de racionalização e secularização do conceito de dignidade da pessoa humana se completa. Sua concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado, nem por ele próprio, como objeto.⁶ Na sua conhecida formulação,

O homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.⁷

Além disso, “os seres racionais denominam-se *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”; daí deriva a ideia de *dignidade* associada à *pessoa humana*, já que “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”⁸

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva ainda hoje identifica as bases de uma fundamentação da dignidade da pessoa humana, e não foi diferente com Ronald Dworkin. Na sua leitura, como veremos a seguir, o aspecto central do argumento kantiano consiste em considerar que o respeito pela nossa própria humanidade significa respeito pela humanidade *enquanto tal*, quer dizer: se o indivíduo trata os outros como simples *meios* (instrumentos), cuja vida não tem importância intrínseca, ele está, na verdade, desprezando a sua própria vida também.⁹

Explicando melhor, Dworkin estabelece, como centro de sua teoria moral, uma leitura particular do *princípio da humanidade* kantiano; para o autor, a dignidade humana tem uma *dupla dimensão*, que pode ser traduzida em dois princípios básicos: o princípio do *valor intrínseco da vida humana* e o princípio da *responsabilidade pela vida humana*; outra maneira de enunciá-los é: o princípio do *respeito próprio* (*principle of self - respect*) e o princípio da *autenticidade* (*principle of authenticity*).¹⁰

De acordo com o primeiro princípio (princípio do valor intrínseco), toda a vida humana tem um tipo de valor objetivo. Dworkin supõe que as pessoas, em geral, concordam com a afirmação de que sua vida tenha valor objetivo e que não há nenhuma boa razão para que a vida de alguém seja considerada mais ou menos importante do que qualquer outra. Nessa vereda, haveria uma falha grave, uma falta de *dignidade pessoal*, naquele que deixa de dar o devido valor à vida – seja à sua própria, seja à alheia. A importância objetiva não pode pertencer a uma vida humana sem que pertença, também, a todas as outras, de modo que é impossível separar o respeito próprio do respeito pela importância da vida dos demais.¹¹

De acordo com o segundo princípio (princípio da responsabilidade pessoal), cada um tem uma responsabilidade especial por buscar o sucesso em sua própria vida, uma responsabilidade que inclui a tomada de uma decisão sobre *que tipo* de vida poderia ser considerado um sucesso. O indivíduo não deve aceitar, portanto, que qualquer outro lhe imponha esses valores pessoais; ainda que ele aceite seguir alguma tradição ou código moral, isso deve ser o resultado de seu próprio julgamento. Não se pode alienar esse tipo de decisão nem se deve aceitar o direito de um terceiro impô-la, coercitivamente. Assim, não se concede ao Estado ou a qualquer outro grupo a autoridade de nos exigir a adesão a um esquema particular de valores, ou de nos impor escolhas particulares, como a nossa profissão ou o nosso cônjuge; isso implicaria *subordinação*, condenada pelo princípio em questão.¹²

Mas, atenção: isso não significa, para Dworkin, que o Estado não possa nos impor obrigações. Pode e deve. Inclusive, obrigações de conteúdo moral.

Para entendermos esse ponto, devemos ter presente a diferença por Dworkin traçada entre ética e *moralidade*. Enquanto nossas *convicções éticas* definem o que deve contar como uma vida boa *para nós mesmos*, nossos *princípios*

morais definem nossas obrigações *com os demais*. O princípio da responsabilidade pessoal *permite* que o Estado nos force a viver de acordo com decisões coletivas baseadas em princípios morais, mas *proíbe* que o Estado nos dite convicções éticas.¹³

Essas considerações vêm ao caso, aqui, à medida que Dworkin sugere que a sua concepção de dignidade humana, desdobrada nos princípios acima expostos, dá consequência a dois princípios estruturantes da democracia constitucional: a *igual consideração* (*equal concern*) e o *autogoverno* (*self-government*).

De acordo com o *princípio da igual consideração*, que é um desdobramento do primeiro princípio da dignidade humana (princípio do *valor intrínseco*), uma comunidade política deve demonstrar igual consideração pela vida de todos que estão sob a sua esfera de ação. Com relação ao *princípio do autogoverno*, trata-se de uma decorrência do *segundo princípio* (princípio da responsabilidade pessoal): os arranjos políticos, para se dotarem de legitimidade, devem respeitar a responsabilidade pessoal e inalienável dos indivíduos de identificarem valor na sua vida.¹⁴

Dito isso, vejamos como os princípios basilares de *igual consideração* e de *autogoverno* repercutem sobre os *processos* de formação de decisões públicas vinculantes. Dworkin defende o argumento de que as pessoas não têm o direito moral de exercer coerção sobre as demais, mesmo quando alegam agir no melhor interesse destas. Uma imposição desse tipo (heterônoma) seria ofensiva à dignidade humana. Portanto, num ambiente democrático, as obrigações impostas pelo poder público devem ser estabelecidas pelo próprio povo, quer dizer, no exercício de seu *autogoverno*. Daí porque é necessário garantir *participação* no processo de tomada de decisões vinculativas. Entenda-se bem: Democracia implica *autogoverno*. Assim, apesar de a nossa dignidade ficar comprometida quando nos submetemos à autoridade de outros, sem termos participado de suas decisões, não há dano à nossa dignidade quando, por outro lado, nós participamos, *como parceiros iguais* (daí a necessidade de *igual consideração e respeito*), na construção dessas mesmas decisões.¹⁵

Perceba-se: dos princípios éticos da dignidade (*autenticidade* e *valor objetivo*), fluem dois princípios políticos fundamentais (*autogoverno* e *igual consideração*); a partir destes, concebem-se as *condições de legitimidade* de um processo democrático.¹⁶

Nessa altura do raciocínio, posicionadas, desse modo, estas premissas, cabe-nos guardar a seguinte lição: o respeito à dignidade da pessoa humana - na interpretação dworkiniana, que consideramos correta e adequada, do pensamento de Kant - passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de um processo jurisdicional democrático.¹⁷ Ou, em palavras mais simples: processo democrático e dignidade humana estão inextricavelmente imbricados.

É este o *mote* para introduzirmos uma discussão sobre outro elemento nuclear dos estudos de direito processual: a cláusula do *devido processo*.

3 O QUE É ISTO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL?

Há uma ligação profunda entre, o que vimos acima, entre dignidade humana e processo democrático; este é o primeiro passo para que nos aproximemos, no contexto do presente trabalho, do tema *devido processo legal*.

Com efeito, a Constituição do Brasil estabelece, em seu art. 5º, LIV, que *ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal*. Como se sabe, a locução *devido processo legal* corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *due process of Law* – sendo útil a lembrança, porém, de que a palavra *Law* não diz apenas respeito à *lei* em sentido estrito (produto do processo legislativo), mas ao próprio *Direito*. Essa cláusula – cujas origens remontam, quando menos, à outorga da Magna Carta inglesa – está textualmente incorporada ao direito constitucional dos Estados Unidos da América, como se lê nas Emendas V¹⁸ e XIV¹⁹ à Constituição daquele país, o que significou, como se verá, um grande avanço na dogmática processual.²⁰

Tenha-se presente que, de início, a cláusula americana do *due process* implicava apenas a observância de certas formalidades processuais, como publicidade, defesa adequada etc. Entretanto, a partir da segunda metade do século XIX, mudanças na estrutura socioeconômica dos Estados Unidos propiciaram modificações na interpretação judicial dessa garantia.²¹ O principal marco desse câmbio interpretativo é, certamente, o processo envolvendo *Dred Scott v. Sandford* (1857), quando a Suprema Corte julgou inconstitucional o *Missouri Compromise Act*, de 1.820. Na ocasião, o Tribunal decidiu que indivíduos de descendência africana que eram escravos ou descendentes de escravos não poderiam ser considerados cidadãos em qualquer dos Estados da União nem teriam qualquer direito que os brancos estivessem obrigados a respeitar (“*no right which the white man was bound to respect*”). Esse caso é sempre lembrado porque, nele, deu-se à cláusula do *due process* o significado de um *direito substantivo*, ao reconhecer que a proibição da escravidão nos territórios federais (instituída pelo *Missouri Compromise Act*) violava os direitos dos senhores de escravos sem o devido processo legal.²²

A partir do momento em que, a par de caracterizar uma garantia processual, o *due process* passa a ser concebido como uma garantia de ordem *material*, passa-se a lidar com a noção de que a sua instituição implica uma limitação ao exercício dos poderes do Estado. O Judiciário não pode julgar alguém sem que a este sejam garantidos voz e meios para se defender; o Legislativo e o Executivo não podem adotar medidas que venham a ferir o núcleo de direitos fundamentais do cidadão – num primeiro momento, circunscritos a direitos individuais contra a ingerência do Estado.²³

Entenda-se: no contexto do Direito Constitucional norte-americano, estruturou-se, a partir desta compreensão, uma demarcação entre as chamadas *dimensões* do direito ao devido processo legal. Por um lado, há uma expressão *procedimental* da garantia; por outro, uma *material*, ou *substantiva*.

Fixemo-nos, por ora, nesta primeira *dimensão* (formal).

Nelson Nery Jr., citando a lição de Nowak-Rotunda-Young, aponta que, no direito processual americano, a cláusula do *procedural due process* significa basicamente o dever de propiciar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.²⁴ Este é, certamente, o sentido mais comum da expressão *devido processo*: o de uma garantia procedimental, mediante o qual se exige um certo caminho, uma série de formalidades, um *process*, enfim, para que se prive o indivíduo de algum direito fundamental.

Já no arranjo do constitucionalismo brasileiro, tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, ainda que com ênfases e enfoques distintos, o devido processo legal (para alguns, *devido processo constitucional*) tem sido tratado como um *princípio jurídico*,²⁵ por meio do qual se garante que todas as decisões sejam formal e materialmente de acordo com a Constituição. A ideia nuclear é a de que todo exercício de poder público deve ser formado por um processo que atenda aos direitos fundamentais.²⁶ A dimensão procedimental do *due process* dá ênfase, justamente, a esta necessidade de haver conformidade *formal* do processo com as diretrizes constitucionais.²⁷

Veja-se que a própria Constituição do Brasil aponta o caminho para a concretização do *devido processo* ao prever, expressamente, o seu conteúdo mínimo: é preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I); proibem-se provas ilícitas (art. 5º, LVI); o processo há de ser público (art. 5º, LX); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); as decisões não de ser motivadas (art. 93, IX); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV) e assim por diante.²⁸ Dito de outro modo: concretizam o *devido processo*, desde uma perspectiva *procedimental*, a observância dos direitos fundamentais processuais instituídos na própria Constituição.

É importante ter presente, neste passo, que não há uma relação de oposição ou contraposição entre as dimensões formal e material da cláusula do devido processo. Não há como se falar de um *devido processo legal procedimental* separado do *devido processo legal substancial*.²⁹ No seguinte sentido: a interpretação construtiva (Dworkin), substantiva, opera sobre as questões procedimentais, explicitando-as e tornando concretas suas exigências. Perceba-se que, ainda que a dimensão procedimental do devido processo legal esteja preocupada essencialmente com a obediência à forma, com o cumprimento de etapas procedimentais, não há como verificar o atendimento dessas exigências sem que haja um questionamento a respeito de seu conteúdo, concretamente considerado. Assim, é sempre uma questão de *moralidade substantiva* (no sentido em que Ronald Dworkin emprega essa expressão) saber se o cumprimento de

determinada formalidade ou etapa procedimental ocorreu, ou não, caso a caso, conforme o Direito.

Posicionada esta premissa, passemos à análise da chamada *substantive due process of Law doctrine*.

No contexto da cadeia de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, o argumento inaugurado em *Dred Scott* foi sendo gradativamente reformulado,³⁰ tendo havido uma evolução no sentido de se estabelecerem limites substantivos aos poderes governamentais (especialmente Legislativos) de ingerência nos direitos individuais dos cidadãos. Interessa notar que se, num primeiro momento, essa proteção vinha sendo invocada sobretudo para os direitos de propriedade e de liberdade econômica, a partir da década de 30 do século XX, a interpretação judicial da cláusula mudou de foco, passando a abranger outros direitos fundamentais – ainda que não enumerados expressamente na Constituição. Quer dizer, a legislação que se ocupasse de regular o exercício de um direito fundamental passou a ser objeto de um exame mais aprofundado, com a finalidade de observar se a intervenção pretendida pelo poder público estava ou não devidamente justificada. Essa concepção acabou conferindo à cláusula em análise o caráter de um veículo de afloramento e expansão, por intermédio da jurisdição de direitos constitucionais.³¹

Consagrada ou não, o fato é que é certamente controversa a interpretação da *due process clause* como uma imposição de limites substantivos à ação do Governo. Akhil Reed Amar, por exemplo, observa que a locução *substantive due process* beira o oxímoro, na medida em que *substância* e *processo* seriam expressões tradicionalmente utilizadas como opostos.³² Também Laurence Tribe demonstra algum ceticismo com relação aos fundamentos que guiaram a tal construção tribunalícia, caracterizada por alguns como um *nonsense* linguístico.³³ Contudo, conforme o próprio Tribe concede, o fato é que a prática de se tratar a garantia do devido processo como uma fonte central de limites materiais à autoridade governamental tem um longo *pedigree* e – apesar de sua origem reconhecida – não deve ser abandonada tão cedo.³⁴

Já no contexto jurídico brasileiro, é curioso notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assimilou a dimensão substantiva do devido processo legal de um modo bem peculiar, atribuindo-lhe o caráter de fundamento normativo das máximas da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*.³⁵ Trata-se, em todo caso, de parâmetros de controle material, para além da fiscalização da adequação de meros procedimentos.

Outro aspecto digno de nota a respeito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o de que a Corte, em regra, considera a violação à cláusula do devido processo legal uma ofensa *meramente reflexa* da normativa constitucional, o que acaba diminuindo a possibilidade de controle de decisões com base nesse argumento.³⁶ Há, entretanto, hipóteses em que o Tribunal tem reconhecido a insubsistência desta tese (de que a ofensa à Constituição, suficiente a ensejar

o conhecimento de recurso extraordinário, há de ser direta e frontal),³⁷ justamente com o objetivo de *relegar à inocuidade* princípios básicos de um Estado Democrático de Direito, como, além do devido processo, o da legalidade.³⁸

4 EM CONCLUSIVO: A DIGNIDADE DO DEVIDO PROCESSO, OU: UMA LEITURA MORAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Voltemos, em arremate, a Dworkin. Nosso objetivo é promover um encontro entre as exigências mais abrangentes dos *princípios da dignidade*, obedecida a formulação do autor norte-americano, com as lições a respeito de um *devido processo* acima apresentadas. Façamos, pois, uma *leitura moral*³⁹ da cláusula do devido processo legal.

Com efeito, a *leitura moral da Constituição* (Dworkin) recomenda que compreendamos seus dispositivos (em especial os que tratem de direitos individuais e que tenham sido vazados em linguagem abstrata) como *princípios morais*, que se incorporam ao Direito como limites ao poder do Estado. Esses princípios, por sua vez, devem ser interpretados em harmonia com as exigências de legitimação de um governo democrático, a saber: o dever de tratar as pessoas sob seu domínio com igual consideração e respeito, e o dever de preservar a responsabilidade pessoal desses indivíduos por sua vida. Num nível ainda mais geral, como vimos, estas demandas (pela imposição de limites ao *government*, pela preservação da igualdade, pelo dever de respeito à autonomia dos indivíduos) derivam de dois princípios éticos ainda mais abrangentes, os chamados *princípios da dignidade* (princípios do *valor intrínseco* e da *autenticidade*). Assim, dando à interpretação um *caráter integrado*, deve-se ter presente que a leitura moral da Constituição trata, no limite, da construção de interpretações que, respeitados os limites do texto, melhor preservem as dimensões da dignidade humana – ainda que isso (saber se uma determinada interpretação constitucional honra ou avilta a dignidade humana) seja, também, uma questão interpretativa.

Perceba-se, nesse passo, que o enunciado do art. 5º, LIV, da Constituição do Brasil passa pelos primeiros *testes* que autorizam a utilização da estratégia dworkiniana, a saber: o constituinte empregou uma linguagem abstrata⁴⁰ e estabeleceu direitos aos indivíduos. De fato, o texto constitucional não define, em detalhes, em que consiste o devido processo, limitando-se a proclamá-lo de forma genérica.

É bem verdade que, no caso brasileiro, a Constituição faz referências expressas a algumas garantias processuais (é o caso do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV); mas isso não invalida – e sim complementa – nosso argumento. A Constituição deve ser interpretada como um conjunto coerente, e os dispositivos que tratam das coisas processuais devem sustentar-se reciprocamente (não há *devido processo* sem *contraditório*; não há *devido processo* sem *ampla defesa*; não há *ampla defesa* sem *contraditório* e assim por diante). Não há dúvidas, pois, de que se pode interpretar a cláusula do devido processo

como um princípio moral abrangente, integrado ao Direito como um limite ao poder do Estado.

Sustentamos, em síntese, a partir deste quadro referencial, que a cláusula do devido processo enuncia, no âmbito de uma teoria jurídica que guarde premissas dworkinianas, um princípio moral extremamente robusto e que serve de parâmetro de configuração da jurisdição constitucional: esta deve assegurar a garantia das condições processuais para “o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos, no sentido da interdependência e da equiprimordialidade delas”.⁴¹ Note-se, em conclusivo, que essa tentativa nos aproxima, de algum modo, do pensamento de Marcelo Cattoni, quando este afirma que a jurisdição constitucional deve garantir a participação, nos processos jurisdicionais, dos possíveis afetados por cada decisão, por meio de uma *interpretação construtiva* que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos; nesta vereda, a jurisdição constitucional *aplica a si mesma o princípio do devido processo legal*, que passa a estruturar o *modelo constitucional do processo*.⁴²

Permitam-nos a insistência neste ponto: as cláusulas constitucionais que tratam do processo jurisdicional devem ser interpretadas de modo a harmonizá-lo com as exigências de uma democracia constitucional. É nesse sentido que se diz que o processo jurisdicional alcança a sua legitimidade *a partir da observância dos princípios da dignidade (autenticidade e valor objetivo)* e da concretização dos princípios políticos estruturantes da democracia (*autogoverno e igual consideração e respeito*).

Por isso, é possível dizer que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta aos interessados *participação*; por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação dirigida à *integridade*⁴³ do Direito.

Quer dizer: por um lado, preserva-se o *autogoverno* (e a *autenticidade*) assegurando-se a *participação* do interessado na construção das decisões que o vinculam (sendo que esta participação se dá, no âmbito específico do processo jurisdicional, *em contraditório*); por outro, a decisão jurídica final, além de ter de refletir a contribuição do debate processual (compartilhamento decisório), deve guardar coerência com a integridade do Direito, de modo a preservar o *tratamento igualitário* (princípio do *valor objetivo*).

Perceberam aonde chegamos? Eis aí uma proposta de interpretação do CPC/2015: há uma imbricação indissolúvel entre os arts. 8º (*promoção da dignidade humana*), 926 (*dever de coerência e integridade*) e o § 1º, IV, do art. 489 (*dever de consideração*), todos do CPC/2015. É disso que trata (*procedimento e resultados*) um *devido processo*. Não se trata de meras mudanças legislativas, mas de uma *guinada no que se entende por processo jurisdicional democrático*, que passa a ser concebido *como corolário da exigência de igualdade de consideração*

(decorrência dos princípios do *respeito próprio* e da *igual consideração*) e de *deferência à participação das partes na construção da resposta mais adequada a cada caso* (princípio da *autenticidade* ou, mais especificamente, *autogoverno*).

Registre-se, pois: assim como a dignidade é *indivisível*,⁴⁴ também os seus reflexos processuais são incindíveis e reciprocamente constitutivos. Devido processo legal e dignidade da pessoa humana estão entrelaçados. De nada adianta garantir *participação* aos interessados se a decisão final não estiver radicada numa teoria coerente, em princípio, com a integridade do Direito; de nada adianta uma resposta *correta* em seu resultado que tenha sido construída autocraticamente. Numa palavra final: o CPC/2015 tem de ser lido como o corolário dessa imbricação entre o devido processo legal com a principiologia que estabelece o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: é na a dignidade da pessoa humana que estão o alfa e o ômega de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a Biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005.

_____. **America's Unwritten Constitution: the Precedents and Principles We Live By**. New York: Basic Books, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAHIA, Alexandre et al. **Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE 428.991/RS, Rel. Rel. o Min. Marco Aurélio, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE-AgR 491923/DF, Rel. o Min. Lewnandowski, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira Lima. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. **Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Ainda no prelo no momento em que este texto foi produzido).

_____. **Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; RAMIRES, Maurício. O novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? In: SALOMÃO, George; STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo. **Hermenêutica e jurisprudência no NCPC**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Processo e jurisdição constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e conceito de princípio**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

_____. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 5 jan. /2015.

_____; MOTTA, Francisco José Borges. Coerência, integridade e decisão jurídica democrática no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria. (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Dignity, Rank, & Rights**. New York City: Oxford University Press, 2012.

-
- 1 Confira-se, por exemplo: STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Coerência, integridade e decisão jurídica democrática no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria. (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. v. 1. p. 29-40.
 - 2 Um dos autores deste texto (Lenio Streck) contribuiu não apenas em sede doutrinária, mas também na própria inclusão dos padrões *coerência* e *integridade* no atual art. 926 do CPC/2015, por meio de sugestão de emenda à redação inicial do dispositivo no Anteprojeto. Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 5 jan. 2015; **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 5 jan. 2015. Bem assim, ainda em 2012, um de nós (Francisco) registrou textualmente a observação, em crítica ao Anteprojeto inicial, que não haveria *qualquer ganho democrático em se estabilizar jurisprudência que não contasse com coerência e integridade*. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207.
 - 3 Um dispositivo como o art. 1º do CPC/2015 tem menos força normativa do que simbólica, no seguinte sentido: é claro que não adiantaria ao legislador dizer o contrário ou silenciar: o Código seguiria sendo *interpretado conforme as normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil*, sob pena de invalidade. Mas a disposição de se abrir esse novo capítulo da história da legislação processual a partir desse registro é louvável e serve, quando menos, de *alerta* aos seus aplicadores. Trata-se de uma advertência de que *não se deve interpretar o novo com os olhos do velho*.
 - 4 Ver, desenvolvendo este argumento: MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O Novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? In: SALOMÃO, George; STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo. **Hermenêutica e jurisprudência no NCP**. São Paulo: Saraiva, 2016.
 - 5 É o que observa Ingo Sarlet – muito embora com a ressalva de que não seria correto reivindicar para a religião cristã a exclusividade e/ou originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa. Lembra o autor gaúcho que na China, por volta do século IV a.c., o confucionista Meng Zi já afirmava que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus e indisponível para o ser humano e governantes. Além disso, uma noção preliminar de dignidade da pessoa já se encontrava subjacente a uma série de autores da Antiguidade, inclusive para além das fronteiras do mundo clássico greco-romano e cristão ocidental. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 212.

- 6 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 213.
- 7 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 58-65
- 8 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 58-65. É bem verdade que a obra de Kant comporta, na leitura de Vicente Barretto, sete conceitos de dignidade humana: “ser racional, *homo noumenon*, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade. Esses conceitos se sucedem e se complementam, o que irá permitir a conceituação final de dignidade humana.” BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 70-71.
- 9 DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 16-7.
- 10 É certamente controversa a opção de Dworkin de se valer do conceito de *dignidade humana* para enunciar os tais princípios éticos. De acordo com Jeremy Waldron, não ficam claras, em momento algum, as vantagens de se acrescentar a *etiqueta da dignidade humana* a esses princípios. Waldron chega a comparar Dworkin ao personagem Humpty Dumpty, de Lewis Carroll – sugerindo, portanto, que a utilização da expressão *dignidade humana* foi feita, na espécie, de forma arbitrária ou, ao menos, não devidamente justificada. Isso não invalida, de toda forma, o *conteúdo* das proposições, que, de fato, refletiriam valores bem enraizados na teoria política ocidental. Vale dizer que Waldron, por sua vez, concebe a dignidade como um *status*, comparável ao *status da nobreza*; porém, uma nobreza com a qual contam todas as pessoas humanas, sem discriminação. A dignidade seria, para o autor, a *nobreza para o homem comum*. WALDRON, Jeremy. **Dignity, rank, & rights**. New York City: Oxford University Press, 2012. p. 22-3.
- 11 DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 9-17.
- 12 DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 9-18.
- 13 DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 20-21.
- 14 DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 144-145.
- 15 Dworkin elabora esta formulação por intermédio das cognominadas *condições democráticas* (condições de *participação moral*). O autor norte-americano entende que uma comunidade política não pode fazer de um indivíduo um membro moral dela própria se não der a ele uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação a essa mesma decisão. A *participação* significa a oportunidade de poder modificar, de algum modo (sufrágio universal, representação etc.), as decisões coletivas. O *interesse* traduz-se na necessidade de que o processo coletivo expresse *reciprocidade* entre os participantes morais: um participante não pode ser considerado um membro da comunidade a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências dessa mesma decisão para a vida de todos os demais. Repare-se que, desse modo, uma sociedade que desprezasse os interesses da minoria em detrimento daqueles da maioria seria não apenas *injusta*, mas também *ilegítima*. Por fim, a *independência moral* representa a exigência de que se mantenha, a despeito da aceitação da coerção coletiva, uma esfera privada de decisões que não se pode alienar. DWORKIN, Ronald. **Freedoms law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 24.
- 16 Lembremos que Dworkin descreve o raciocínio moral (e o raciocínio jurídico tem, na sua concepção, a mesma estrutura do raciocínio moral) como um processo de “ascensão justificadora”, por meio da qual os juízos morais exprimidos pelas pessoas vão sendo colocados à prova por meio da reconstrução de suas ligações com princípios, concepções ou ideais mais abrangentes. Conforme o raciocínio moral vai se tornando mais amplo, desenvolve-se uma “teoria” – e é neste sentido que Dworkin emprega a expressão “teoria moral”. Daí por que é condição de legitimidade do raciocínio jurídico a possibilidade de sua recondução, num nível mais abstrato, aos abrangentes princípios da dignidade.
- 17 É certo que Dworkin tinha em consideração, na sua formulação original, o processo político, e não propriamente o jurisdicional. Mas é possível traduzir suas *condições* para o âmbito da jurisdição. Não só porque a decisão jurídica tem uma dimensão política (tenhamos presente que Dworkin concebe o Direito como uma subdivisão da moralidade política), mas também porque as condições processuais são, na verdade, condições *democráticas* e, nesse sentido, condições de legitimidade de qualquer decisão oficial. São, com efeito, desdobramentos dos princípios da dignidade.

- 18 Amendment V (1791): “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, **nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (sem destaques no original).
- 19 Amendment XIV (1868): “Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State where in they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law**; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” (sem destaques no original).
- 20 BAHIA, Alexandre et al. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 75.
- 21 LIMA, Maria Rosynete Oliveira Lima. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 72.
- 22 É sabido que, bem antes, *Sir Edward Coke*, já desenvolvera, a seu modo, um sentido *material* à cláusula do devido processo, quando de seu enfrentamento às prerrogativas do Rei no início do século XVII. Na verdade, Coke inaugura o controle difuso de constitucionalidade sem constituição. O juiz do *Common Pleas* é citado por Marshall no caso *Marbury versus Madison*, que por sua vez é referido por Rui Barbosa em 1890 na exposição de motivo do Decreto 890, que institui a justiça federal no Brasil. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, *passim*.
- 23 BAHIA, Alexandre et al. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 75.
- 24 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36.
- 25 Não há consenso, na doutrina, com relação ao conceito de princípio. Autores, como Marcelo Cattoni e Dierle Nunes, por exemplo, adotam uma concepção mais próxima ao pensamento do jusfilósofo alemão Jürgen Habermas, para quem princípios funcionam como normas que se aplicam de acordo com um juízo de adequabilidade, a ser discursivamente construído. Para Habermas, princípios têm caráter deontológico, não se confundindo com *valores*, que se aplicariam conforme a preferência do aplicador. Já processualistas como Didier Jr. e Daniel Mitidiero trabalham com variantes da teoria dos princípios de Humberto Ávila, segundo quem princípios são normas que *impõem um fim*. Nesse sentido, *os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a eles necessários*. Já os autores deste trabalho adotam uma compreensão de princípio como um *conceito interpretativo*, noção esta derivada, substancialmente, do pensamento de Ronald Dworkin. Para o jusfilósofo norte-americano, o princípio é um argumento, de natureza moral, que opera no discurso jurídico para favorecer o reconhecimento de direitos. É importante ter presente que, para Dworkin, interpretar é uma questão de *valor* e de *responsabilidade* – vetores estes que estruturam não apenas a interpretação jurídica, mas a tarefa interpretativa em geral. Para uma compreensão mais detalhada desta temática, conferir: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1; HOMMENDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo e Jurisdição Constitucional**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e conceito de princípio**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008; e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- 26 BAHIA, Alexandre et al. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 75.

- 27 Especificamente quanto ao processo civil, Nery Jr. assim resume o feixe de garantias que compõem o chamado *procedural dueprocessoflaw*: “a) igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório”. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 38.
- 28 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 66.
- 29 A partir de premissas diferentes, mas com conclusão semelhante, conferir: ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 163, 2008., por exemplo, *Mugler v. Kansas* (1.887).
- 31 LIMA, Maria Rosynete Oliveira Lima. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 121-124.
- 32 AMAR, Akhil Reed. **America’s Unwritten Constitution: the precedents and principles we live by**. New York: Basic Books, 2012. p. 119. O argumento de Amar, no contexto em que a referida observação aparece, é o de que seria mais natural que os tribunais encontrassem uma tal limitação na chamada *privilegesorimmunitiesclause*, alojada na Emenda XIV da Constituição Norte-Americana. É claro que a referência não se aplica a *Dred Scott* – caso resolvido antes da incorporação da referida Emenda XIV, ratificada em 1.868. De todo modo, a ideia é a de que a *dueprocessclause* tenha sido, no contexto constitucional norte-americano, superinterpretada (*overworked*), ao passo que a importância da chamada *privilegesorimmunitiesclause* viria sendo subestimada (*overlooked*). Laurence Tribe também tem opinião parecida (ver: TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 111). Aliás, diga-se de passagem, a Emenda XIV é fruto da chamada *Primeira Reconstrução* norte-americana – expressão esta empregada por Akhil Reed Amar para descrever a trilogia de emendas constitucionais que se seguiram à guerra civil norte-americana. A saber: em 1.865, a Décima Terceira Emenda deu cabo à escravidão; em 1.866, foi proposta a Décima Quarta Emenda (ratificada em 1.868), tornando todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos cidadãos americanos; em 1.869 foi proposta a Décima Quinta Emenda (ratificada em 1870), garantindo aos negros direitos políticos. Ver: AMAR, Akhil Reed. **America’s Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005. p. 351.
- 33 Tribe expõe, sem aderir expressamente, um dos argumentos articulados em favor da legitimidade da *substantive dueprocessdoctrine*. Segundo o autor, seria possível dizer que a *chave* da locução estaria na palavra *Law* (*dueprocessoflaw*), no sentido de que algumas privações impostas pelo Governo, em que pese possam ter a *forma* de direito, seriam injustas a ponto de não contariam como *verdadeiro Direito* (*real Law*). Dito de outra forma: a expressão *dueprocessoflaw* inclui não apenas referências processuais (*dueprocess*), mas também o conceito (possivelmente) substantivo *law*. TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 110-111.
- 34 TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 111.
- 35 Este não é, certamente, o espaço adequado para colocar em foco o estatuto teórico dos enunciados *proporcionalidade/razoabilidade*. Aliás, uma base minimamente necessária para que se estabeleça uma discussão produtiva passa pelo conceito de *princípio* que se adote – questão que, por sua vez, remete ao próprio conceito de *Direito* (confira-se, a propósito, nota de rodapé sobre o *conceito de princípio*).
- 36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE-AgR 491923/DF, Rel. o Min. Lewnandowski, 2006.
- 37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE 428.991/RS, Rel. Rel. o Min. Marco Aurélio, 2008.
- 38 BAHIA, Alexandre et al. **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 79.
- 39 Conferir: DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- 40 “Abstrata” no sentido de que o texto prevê, de forma abrangente, que não se pode privar o cidadão de direitos sem o “devido processo legal”, sem, contudo, defini-lo detalhadamente, explicitando as suas exigências formais ou substantivas. É nesse sentido, aliás, que Dworkin se refere à linguagem por vezes “abstrata” do texto constitucional – em oposição às suas disposições mais específicas, como aquela em que se prevê a idade mínima para o exercício da Presidência da República.
- 41 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 383.

- 42 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 384. Esta conclusão é aprofundada em: MOTTA, Francisco José Borges. **Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2016 (ainda no prelo no momento em que este texto foi produzido).
- 43 Com efeito, a noção dworkiniana de “Direito como integridade” supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente e fundada em princípios das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente o que isso significa; a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- 44 DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

UNDERSTANDING THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: FROM THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON TO DUE PROCESS OF LAW

ABSTRACT

This paper aims at clarifying and understanding the new Code of Civil Procedure, through human dignity and due process of law. We draw special attention to the fact that the new Code of Civil Procedure (Law No. 13105 of 03/16/2015) is undoubtedly the first major Brazilian regulation on civil procedure to be conceived in a democratic context. As it is well known, the previous Codes were designed during periods of exception (1939 and 1973).

From this premise, this was a considerable step by the legislature towards building a democratic procedural model. There were, it is clear, more advances than setbacks. The article will demonstrate there to be a deep connection between human dignity and the democratic process as established by the Constitution of Brazil, in its art. 5, LIV, that states no one shall be deprived of their liberty or property without due process - as is known, the phrase “devido processo legal”, used in the original, corresponds to the translation into Portuguese of the English expression *due process of Law* - this is the first step for us to approach in this work the subject of due process.

Keywords: New Code of Civil Procedure. Dignity of human person. Due process of Law. Democratic legal decision.

Submetido: 29 ago. 2016

Aprovado: 28 set. 2016

A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO E AS INFORMAÇÕES GENÉTICAS CONTIDAS NOS BIOBANCOS

Mário Furlaneto Neto*

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã**

1 Introdução. 2 Direito à Proteção do Patrimônio Genético Humano. 3 Dados e Informações Genéticas contidas nos Bancos de Dados e sua respectiva Proteção. 4 Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O mundo globalizado e o desenvolvimento tecnológico-humano geram impactos positivos e negativos no meio social. O contexto em tela figura-se na preocupação dos operadores do direito em traçar diretrizes para tutelar, limitar e proteger tais paradigmas visando a resguardar o patrimônio genético humano e a preservar os direitos fundamentais. A pesquisa se justifica pela necessidade da proteção do patrimônio genético humano e das respectivas informações genéticas contidas nos biobancos. Por meio de revisão bibliográfica e legislativa, questiona-se se as informações genéticas das pessoas, armazenadas em banco de dados, estão seguras, assim como se o conteúdo do biobanco se enquadra no contexto do conceito de banco de dados estipulado pelo Marco Civil da Internet e do decreto regulamentador. Conclui-se que as informações e dados contidos nos biobancos condizem com o contexto de banco de dados disposto pelo Marco Civil e do decreto regulamentador, porém, tendo em vista que estão correlacionados com o patrimônio genético humano, o padrão de segurança estabelecido merece melhor regulamentação, a fim de proporcionar maior segurança e rigidez quanto à tutela da intimidade e da privacidade.

Palavras-chave: Patrimônio genético humano. Informações genéticas. Proteção. Biobancos.

* Professor titular da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Doutor em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestre em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Marília Fundação Eurípides Soares da Rocha. E-mail: <mariofur@univem.edu.br>.

** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. E-mail: <bruna.guesso@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

O patrimônio genético é o conjunto de informações que formam o DNA, constituindo a identidade de cada indivíduo, sendo que a estrutura genética é a mesma, porém cada qual com suas combinações.

Desse modo, os genes contidos no DNA decidem o fenótipo de uma pessoa sendo, ainda, capazes de provocar mudanças no comportamento humano, que possui origem genética.

Com efeito, o patrimônio genético humano deve ser protegido pelos ordenamentos jurídicos, tendo em vista que a manipulação destes pode provocar danos irreversíveis à humanidade.

Assim, levando-se em conta que o patrimônio genético assume tal importância, observa-se que suas respectivas informações genéticas, contidas em banco de dados digitais de clínicas, laboratórios e de grandes empresas, devem ser preservadas de modo que assegure a total proteção dos dados ali contidos, evitando, dessa forma, invasões ou, ainda, vazão de informações que podem causar prejuízos e danos aos pacientes.

Assim sendo, a discussão proposta mostra-se relevante e se justifica em virtude da necessidade da efetiva proteção ao patrimônio genético humano e às respectivas informações genéticas contidas nos bancos de dados digitais (biobancos), máxime à vista da tutela dos dados pessoais e da proteção à privacidade previstos na Lei nº 12.965/2014, em especial diante da possibilidade de eventual violação das informações, a ponto de gerar danos e prejuízos, muitas vezes, irreversíveis, à pessoa proprietária dos dados genéticos depositados.

Dessa forma, o escopo da abordagem é analisar, por meio de revisões bibliográfica e legislativa, o conceito de patrimônio genético humano, assim como os conceitos de dados e informações genéticas, a fim de estabelecer critérios para efetivar a tutela, nomeadamente, diante dos parâmetros estabelecidos pelo Marco Civil da Internet e pelo decreto regulamentador.

Para tanto, como alicerce e referencial teórico, enfrentar-se-ão as dimensões dos direitos e garantias individuais da pessoa humana e os novos direitos, em especial no que se refere ao patrimônio genético humano, o que se fará a seguir.

2 DIREITO À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO

A difusão de pesquisas com humanos e suas respectivas manipulações genéticas exploram a possível cura de enfermidades e as probabilidades de evitá-las. Com os avanços biotecnológicos, passam-se a exigir do Direito regulamentações para tutelar, limitar e proteger tais paradigmas visando a resguardar o patrimônio genético humano e a preservar os direitos fundamentais.

O patrimônio genético humano é um dos maiores bens da humanidade, sendo este definido por Lehninger¹ como “[...] o conjunto de elementos que

formam o ácido desoxirribonucléico - DNA - que é o possuidor da informação genética, que caracteriza um organismo”.

Para Levine,² patrimônio genético “é a somatória dos caracteres inerentes a um organismo que se manifesta por meio dos fenótipos e dos genótipos”.

Diaféria³ explica que:

os fenótipos são as informações que caracterizam as expressões externas de um organismo, ou seja, suas características físicas, como cor da planta ou orelhas, cabelos, cor de olhos, sexo, etc. Essas informações são determinadas pelos genótipos e, também, pela influência das condições ambientais. Porém, as alterações ambientais do fenótipo não refletem alterações no genótipo, mas, sim, na resposta do organismo ao seu ambiente e nas atitudes comportamentais do ser vivo diante dessa influência. O ambiente, portanto, fornece a “arena” na qual o genótipo age; e, conseqüentemente, o fenótipo representa a expressão final da interação do genótipo com o ambiente. Já os genótipos são as informações que se transmitem de uma geração a outra, ou seja, são um composto de vários genes, que possuem propriedades químicas e físicas específicas, que determinam a natureza do fenótipo. Cada gene tem a capacidade de se autorreproduzir, e raramente essa reprodução conduz a um gene com propriedades diferentes do original. Com isso, é mantida a continuidade do genótipo de uma geração a seguinte.

Entretanto, Barbas⁴ vai além da definição do patrimônio genético e o distingue do genoma humano. Assim, patrimônio genético é o

[...] universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes, embora com naturais mutações ao longo das gerações, e que, em conjugação com fatores ambientais e num permanente processo de interação, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois transmitir. O genoma humano determina o patrimônio genético porque, se o genoma de um indivíduo for manipulado geneticamente (antes de seu próprio nascimento), este fica, à partida, alterado, condicionado às limitações impostas pelo genoma modificado. Ou seja, o patrimônio genético vai ser, desde logo, diferente porque cada pessoa vai ter o seu modo de ser, de pensar, e estar no mundo condicionado, *ab initio*, pelo que o genoma permite. Mas, por outro lado, o patrimônio genético transcende o genoma, uma vez que abrange outras realidades para além do próprio genoma.

Desta feita, de acordo com o entendimento de Pereira do Vale,⁵ “[...] DNA, molécula responsável pela informação genética, situada no núcleo da célula, que faz parte dos cromossomos, determinante do fenótipo (carac-

terísticas apresentadas pelo indivíduo, de ordem morfológica, fisiológica ou comportamental)” e o “genótipo (refere-se à constituição genética do indivíduo, ou seja, aos genes que ela possui, que determinam o fenótipo do indivíduo) dos indivíduos [...] causam “[...] causam alterações, tanto na fisionomia do homem, como na sua maneira de Ser”, isto porque “comportamentos humanos têm origem genética”.

Ao corroborar tal posicionamento, Barbas⁶ preceitua que “o fenótipo é dinâmico, emerge da interação do genótipo como um todo (milhares de genes) com complexo ambiente. A pessoa é, por excelência, um ser circunstanciado”.

Logo, observa-se que os genes são os que decidem o fenótipo de uma pessoa, sendo ainda capazes de provocar mudanças no comportamento humano, que possui origem genética.

Em contrapartida, conforme leciona Baracho,⁷ “o conceito de identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano e às bases biológicas da sua identidade”.

Assim, todos os indivíduos possuem a mesma estrutura molecular, mas diferenciando-se no conjunto de combinações do DNA.

Por outra banda, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos dispõe no artigo 1º que: “O genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade.”⁸

Isto é, em sentido simbólico, o genoma humano é patrimônio da humanidade, sendo que a responsabilidade de proteção e preservação do patrimônio genético é de toda a humanidade.

Em seu artigo 10º, disciplina a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos que:

Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for aplicável, de grupos humanos.⁹

Nesse diapasão, em decorrência da evolução social, surgem novos direitos e diretrizes para a proteção dos novos pressupostos sociais, alvo de tutela dos direitos de terceira e quarta dimensões. Aqui, destaca-se a qualidade de vida, o progresso e os avanços biotecnológicos, discussão esta que surge na terceira dimensão¹⁰ e que se estende à quarta dimensão de direitos fundamentais.

Com efeito, de acordo com Canotilho,¹¹ “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva”, isto é, em um primeiro plano, “constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de

competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual” e, em uma segunda dimensão, “implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

Em consonância, preceitua Miranda¹² que “por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*”.

Assim,

A terceira dimensão de direitos tem por finalidade básica a coletividade, ou seja, proporcionar o bem-estar dos grandes grupos, que, muitas vezes, são indefinidos e indeterminados, como o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, direitos esses reconhecidos atualmente como difusos¹³.

Moraes¹⁴ diz que se asseguram constitucionalmente “como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos [...]”.

Pérez Luño,¹⁵ em sua obra *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, enfatiza que a terceira dimensão é uma resposta à poluição das liberdades,¹⁶ ante a determinados usos das novas tecnologias que estão degradando os direitos fundamentais. Com efeito, literalmente é o que ocorre nos dias atuais com o avanço das pesquisas biotecnológicas envolvendo o patrimônio genético humano, sem a efetiva e a devida proteção, origina-se a “poluição da liberdade tecnológica” na seara do biodesenvolvimento.

Contudo, a biotecnologia destaca-se na quarta dimensão, sendo que:

Os direitos humanos de quarta e quinta dimensão seriam aqueles que surgiram dentro da última década, devido ao grau avançado de desenvolvimento tecnológico da humanidade, sendo estes ainda apenas pretensões de direitos. No caso da quarta geração, pode-se colocar que seriam os direitos ligados à pesquisa genética, surgida da necessidade de se impor uns controles à manipulação do genótipo dos seres, em especial o do ser humano.¹⁷

Em contrapartida, Bonavides¹⁸ entende que são direitos de quarta geração a democracia, a informação e o pluralismo, decorrentes da globalização dos direitos fundamentais. Segundo a lição de Bonavides,¹⁹ “os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la - a *subjetividade* dos direitos individuais [...]”.

Roberto Bobbio²⁰ elenca, em “A Era dos Direitos”, que as dimensões apenas surgem para impedir malefícios ou obter benefícios do poder que nasce das mudanças derivadas das condições sociais, ao enfatizar que:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros novos homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.²¹

Assim, para Bobbio,²² “[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

De outro lado, Motta & Barchet²³ dizem que, com essa geração, “urge a necessidade de seu reconhecimento para que não fique o mundo jurídico apartado da evolução científica”.

Deveras, preleciona Bobbio²⁴ que, em virtude de nos encontrarmos em uma era de tecnologia avançada, e, em razão de que a engenharia genética tende a criar soluções para os problemas humanos, pode ser dito que os direitos de quarta geração nasceram, porque foi propício seu nascimento.

Desta feita, a quarta dimensão dos direitos fundamentais cuida das manipulações do patrimônio genético, “se ocupando do redimensionamento de conceitos e limites biotecnológicos e, por isso, são direitos fundamentais relativos à humanidade”.²⁵

Nesse passo, aponta Maluf²⁶ que “[...] insere-se o biodireito nessa quarta geração de direitos humanos, pois grande é a preocupação atual em se normatizarem os efeitos da Revolução biotecnológica sobre a sociedade [...]”, em decorrência da “[...] preocupação com a difusão dessas novas tecnologias, com a humanização do ambiente hospitalar, com a proteção dos direitos dos pacientes, visando, assim, a integrar a ética com as ciências biomédicas”.

É indubitável que as dimensões existem para salvaguardar direitos fundamentais, pois, por trás da quarta dimensão, é possível vislumbrar bens e valores axiológicos que necessitam de proteção, como o patrimônio genético humano e a respectiva vida. Cumpre esclarecer que, a biotecnologia acerca das pesquisas em torno da genética humana tem como fito a concretização do direito à saúde, assim, observa-se que a quarta dimensão efetiva a terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Com efeito, quando se discute a tutela jurídica do material genético sob a ótica dos direitos fundamentais, busca-se assegurar a proteção ao patrimônio genético humano diante dos novos avanços.

Nesse sentir, diante dos avanços decorrentes da engenharia genética, destaca-se que, atualmente, já é possível identificar, por meio dos genes, futuras enfermidades que poderão afetar certos indivíduos. Nas palavras de Barbas,²⁷ “[...] estão já identificados e isolados genes humanos que explicam não só a origem como, ainda, as características de diversas enfermidades hereditárias”.

Barbas²⁸ explica que, “[...] graças aos testes genéticos, é possível prever, com bastante antecedência, doenças de que indivíduos aparentemente são virão a sofrer muitos anos mais tarde.” Além disso, é possível “‘descobrir’ no genoma predisposições para determinadas enfermidades cuja manifestação está dependente do ambiente, da alimentação, etc”, sendo, ainda, “também já viável verificar se uma pessoa sã é portadora de uma doença que poderá transmitir às gerações vindouras, apesar de nunca vir a padecer dela”.

Desse modo, perante as novas implicações na vida humana, discorre Diaféria²⁹ que, “[...] ao tratar-se das questões atreladas à manipulação genética do material humano, o objeto da proteção seria o próprio ser humano, não somente como indivíduo, mas, também, como gênero humano”.

Pois, de acordo com Barbas,³⁰ “a sujeição a um exame genético pode, ainda, pôr em causa o direito à privacidade do testado. A informação genômica constitui o núcleo, o cerne mais profundo da nossa intimidade biológica”, logo, “toda pessoa deve ter o direito de conhecer os elementos de investigação médica que lhe digam respeito e, em paralelo, o direito de preservar o conhecimento desses dados exclusivamente para si numa concepção mais ampla de privacidade”.

Assim, os dados e informações contidos nos bancos de dados devem ser preservados e protegidos, sob o risco de violação da privacidade e lesão ao patrimônio genético humano.

3 DADOS E INFORMAÇÕES GENÉTICAS CONTIDAS NOS BANCOS DE DADOS E SUA RESPECTIVA PROTEÇÃO

O avanço biotecnológico em torno da manipulação do patrimônio genético gera preocupação acerca de sua respectiva preservação. Assim, nessa seara, os bancos de dados laboratoriais, médicos e de grandes empresas assumem papel de grande importância, haja vista a necessidade de proteger as informações genéticas ali contidas.

Nesse passo, os elementos genéticos contidos no DNA humano compõem um patrimônio de informações, os quais, mapeados e armazenados para análise ou ainda pesquisas, são mantidos em banco de dados a fim de subsidiar diagnósticos futuros aos pacientes.

Com efeito, conforme considera Morgato,³¹ “[...] a biotecnologia tem viabilizado procedimentos médicos que possibilitam a cura de muitas doenças e a prevenção de outras, porém também gera situações tormentosas, uma vez que poderá capacitar o homem para programar a vida humana em laboratório [...]”.

Assim, diante da preocupação em preservar o patrimônio genético humano frente aos novos procedimentos médicos-científicos, deve-se ater à inviolabilidade dos dados e às informações genéticas.

Perez Luño,³² ao discorrer sobre a tutela dos dados pessoais no âmbito da biomedicina, enfatiza que:

A tensão surge, precisamente, da exigência dos poderes públicos de utilizar a transmissão desses dados médicos, especialmente aqueles que se referem a doenças contagiosas, ou aqueles que podem ser usados para o desenvolvimento de avanços na pesquisa científica e o desejo dos cidadãos de manter um controle sobre as informações que lhes dizem respeito.³³

Desse modo, observa-se que as informações e dados contidos nos bancos de dados laboratoriais, médicos e de grandes empresas estão sujeitos a invasões e a vazões dos elementos ali armazenados, visto que a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético devem ser objeto de proteção.

As expressões, os dados e as informações implicam uma relação de gênero e espécie. Assim, tudo o que trafega no meio ambiente da Internet é um dado (gênero), enquanto a informação (espécie) é o dado que deve trafegar de forma sigilosa, ou seja, de conhecimento apenas das partes interessadas. Assim, os dados pessoais se inserem no contexto das informações, uma vez que devem ser protegidos nos termos do Marco Civil da Internet.

Sob essa dimensão, Davara Rodríguez³⁴ explica que os dados pessoais têm conexão com a intimidade (unidos ao indivíduo e em seu entorno social) e que a privacidade é a possibilidade de mantê-los em sigilo, resguardados de acesso e intromissões alheias.

Nessa seara, os bancos que contêm os dados e as informações genéticas são chamados de biobancos. De acordo com Souza:³⁵

Embora relativamente recente, o termo biobanco (derivado da palavra inglesa biobank) é atualmente de uso corrente entre os profissionais da área da saúde, e o seu conceito pode ser compreendido como todo repositório de material biológico, no qual, de forma organizada e com objetivos definidos, são armazenadas amostras biológicas e informações associadas; ou, então, como coleções de amostras de substâncias corporais (v.g., células, tecidos, sangue, ou DNA) que são ou podem ser associadas com os dados pessoais e informação sobre seus doadores. De acordo com a finalidade, há dois tipos de biobancos médicos: a) biobancos assistenciais (diagnósticos e terapêuticos); e b) biobancos para pesquisa.

Partindo desse pressuposto, os biobancos devem assegurar máxima proteção aos proprietários dos materiais genéticos ali contidos, tendo em vista a necessidade de preservação do sigilo dos dados pessoais e das informações.

Nessa dimensão, preceitua Souza³⁶ que

[...] o biobanco deve organizar um sistema de informação e segurança garantindo que os dados pessoais dos sujeitos de pesquisa serão suficientemente protegidos no que se refere à confidencialidade das informações associadas às amostras, isto é, deve conter um sistema seguro de identificação, que garanta o sigilo, o respeito à confidencialidade e à recuperação dos dados dos sujeitos da pesquisa, para fornecimento de informações do interesse destes.

Deveras, o indivíduo possui o direito de manter aspectos de sua vida em sigilo, seja no âmbito familiar, profissional ou social. Destarte, a informação de caráter íntimo ou privado de cada pessoa, não poderá ser manipulada sem o consentimento do usuário, sob pena de violar a tutela à liberdade.

Nessa seara, Montesquieu³⁷ conceitua a liberdade como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”, contudo Silva³⁸ adverte que esse conceito traz um risco, pois deve levar em consideração, para fins de validade, leis consentidas pelo povo. Mais aceitável, de acordo com Silva,³⁹ é o conceito trazido pela Declaração de 1789, que condicionava o direito à liberdade aos limites que tangenciam os direitos dos demais membros da sociedade, que têm direito ao gozo dos mesmos direitos. Destaca que apenas a lei pode estabelecer tais limites, isto é, senão aqueles que sejam nocivos à sociedade.

Nessa dimensão, o conceito de liberdade, frente ao armazenamento de dados, abrange outros direitos fundamentais, tais como a privacidade, a intimidade e a vida privada.

Assim, dispõe o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, acerca da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.⁴⁰

Nas palavras de Lafer,⁴¹ privacidade é “o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

Na definição de Bastos,⁴² o direito à privacidade é “a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”.

Nesse passo, Silva⁴³ conceitua a privacidade como gênero, dos quais são espécies a intimidade, a vida privada, o direito à honra, à imagem das pessoas, entre outros. Dessa maneira, a privacidade compõe um conjunto mais amplo que a intimidade, pois todo íntimo é privado, mas nem todo o privado é íntimo, a ponto de agrupar no direito à privacidade.

Logo, “o conceito de direito à privacidade é subjetivo, pois é inerente a cada indivíduo delimitar os fatos e informações que deseja manter sob sigilo”.⁴⁴

Dotti⁴⁵ conceitua a intimidade como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais,” isto é, evitar disponibilizar ao conhecimento de outrem aquilo que é pessoal, íntimo ou particular.

Nota-se que os dados e as informações genéticas contidas nos bancos de dados merecem e devem ter a respectiva proteção, sob o manto da intimidade, da privacidade e da vida privada, pois, conforme explana Echtherhoff,⁴⁶ são “amplas possibilidades de ofensa ao direito à privacidade que o acesso, indiscriminado e ilegal, aos dados genéticos de uma determinada pessoa pode causar.”

Explica Echtherhoff⁴⁷ que “[...] com a compreensão do genoma humano, o tratamento de doenças genéticas está deveras facilitado”, sendo que “[...] esses testes podem confirmar diagnóstico, identificar portadores (sadios) de um gene patogênico e fornecer informações pré-sintomáticas, incluindo riscos de doenças futuras e morte precoce”, bem como “podem também revelar informações não somente sobre o indivíduo, mas sobre seus familiares”.

Assim, mesmo diante das inúmeras possibilidades que por vezes são benéficas, em caso de violação e propagação dos dados e informações genéticas, estes podem provocar discriminação e exclusão social, isto é, causar um processo de banimento e privação de certas pessoas ou grupos da sociedade.

Bandeira e Scariot⁴⁸ explicam que “[...] a intimidade e a privacidade genéticas são mais do que meras inquietudes científicas: envolvem sérios problemas éticos, com repercussão no cotidiano das pessoas [...]”.

Nesse sentido, advertem Bandeira e Scariot⁴⁹ que:

Ao lado do grande entusiasmo provocado pelos avanços da genômica e da ansiedade sobre as descobertas que ainda estão por vir, há uma outra realidade que vem evoluindo a passos lentos no meio social, mas que já preocupa. Trata-se de uma nova espécie de discriminação, fundada nos caracteres genéticos, prática que vem se difundindo especialmente no âmbito trabalhista, na exclusão de emprego para os portadores de anomalias genéticas, e de contratos de seguro.

Em decorrência da aquisição de conhecimentos na área genética, relativos à influência dos genes na determinação do comportamento do homem e no surgimento de doenças congênitas, ativistas e associações americanas e europeias temem o surgimento de um *genetic under class* (seres humanos de uma subclasse genética), considerada não empregável em razão do surgimento de uma nova forma de discriminação, de mais um atentado ao princípio da igualdade, denominada “discriminação genética”.

Dessa forma, constata-se que os riscos de discriminação e exclusão social estão relacionados, com a informação e sua respectiva aquisição, e ainda, com a utilização inapropriada e abusiva desses dados e informações contidos em biobancos.

Nessa seara, Echterhoff⁵⁰ afirma que:

[...] analisando detidamente o conceito de direito à privacidade, o âmbito das técnicas de engenharia genética que têm finalidades diagnósticas e as diversas consequências do conhecimento das informações genéticas humanas, constata-se claramente que os dados genéticos, como informações diretamente relacionadas ao ser humano, são integrantes da esfera íntima do homem, devendo ser protegidos [...].

Outrossim, nota-se que o princípio da confidencialidade contido na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos demonstra a preocupação com a má utilização das informações genéticas, isto porque, segundo Echterhoff,⁵¹ “[...] dentro do conceito de privacidade, inclui-se o de confidencialidade que se traduz no direito do indivíduo a determinar as circunstâncias nas quais deve ser revelada a informação genética e a quem se deve revelar [...]”.

Nesse sentido, Diaféria⁵² preleciona acerca do princípio da confidencialidade ao enfatizar que “as informações que serão passadas após a realização da manipulação são estritamente confidenciais, não sendo permitido o conhecimento do conteúdo do resultado a nenhuma outra pessoa, além da detentora do material genético experimentado, a não ser que esta autorize expressamente.”

Desse modo, constata-se que as informações e os dados genéticos afetam, além do entorno social dos portadores de anomalias, os seus respectivos entes familiares, motivo pelo qual a proteção aos biobancos deve ser eficiente.

Assim, partindo-se do pressuposto de que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), em especial no que se refere ao artigo 3º, assegura que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [...]”,⁵³ bem como a dispõe em seu artigo 7º:

O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; [...].⁵⁴

E, além disso, disciplina em seu artigo 10º que:

A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de **dados pessoais** e do conteúdo de comunicações privadas devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma

autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º. [...] § 4º As medidas e os **procedimentos de segurança e de sigilo** devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e **atender a padrões definidos em regulamento**, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.⁵⁵

Constata-se que o conceito de dados pessoais e os padrões de segurança estão previstos no Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016. Desse modo, pode-se dizer que o conteúdo do biobanco se enquadra no contexto do conceito de banco de dados estipulado pelo Marco Civil e do decreto regulamentador, porém, tendo em vista que se trata do patrimônio genético humano, o padrão de segurança estabelecido deve ser aprimorado, proporcionando maior segurança e rigidez, visando à tutela da intimidade e da privacidade dos envolvidos.

Destaca-se que o biobanco é composto por dois segmentos: o armazenamento do material biológico e o armazenamento de dados, como o resultado na análise do DNA, os resultados dos exames realizados e os dados pessoais dos pacientes. No entanto, a discussão ora proposta se preocupa com o entorno do armazenamento dos dados pessoais e do seu respectivo padrão de segurança.

O Decreto regulamentador conceitua dados pessoais como sendo todos aqueles relacionados “à pessoa natural ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”.⁵⁶ Desse modo, o acervo dos biobancos contém dados ou informações relacionados à pessoa natural, passíveis de tratamento, quando pertinentes às operações de “coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”,⁵⁷ motivo pelo qual, tais operações devem ser operacionalizadas dentro de um rigoroso padrão de segurança, nomeadamente, em face da importância e dos reflexos decorrentes da tutela de direitos personalíssimos a que as informações que compõem os biobancos correspondem.

Partindo do pressuposto de que o biobanco se enquadra no contexto da aplicação de Internet, o Decreto nº 8.771/2016 impõe critérios mínimos de segurança a serem observados pelo provedor, ou seja:

I - o estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários; II - a previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros; III - a criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações,

contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou do responsável pelo acesso designado pela empresa e o arquivo acessado, inclusive para cumprimento do disposto no art. 11, § 3º, da Lei nº 12.965, de 2014; e IV - o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes.⁵⁸

Verifica-se, portanto, que o provedor do biobanco deve proporcionar controle de acesso, níveis de privilégio,⁵⁹ registro de logs⁶⁰ e criptografia,⁶¹ porém outros padrões de segurança devem ser observados, nomeadamente, no que tange à infraestrutura da rede e sistema, assim como critérios para backups, visando à tutela da intimidade e da privacidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O referencial teórico apresentado possibilitou concluir que os avanços biotecnológicos relativos ao patrimônio genético humano e a seu respectivo conteúdo armazenado em biobancos merecem maior atenção e rigidez legislativa, por se tratarem do maior legado humano, isto é, sua própria genética, sendo capazes de provocar mudanças no comportamento e alterações nas bases biológicas da sua identidade.

Assim, os dados e informações contidos nos bancos de dados devem ser preservados e protegidos, sob o risco de violação da privacidade e lesão ao patrimônio genético humano.

De fato, o conceito de dados pessoais e os padrões de segurança estão previstos no Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016. *In casu*, buscou-se analisar se o conteúdo do biobanco se enquadra no contexto do conceito de banco de dados estipulado pelo Marco Civil e do decreto regulamentador.

Os direitos e garantias individuais da pessoa humana devem ser preservados, pois, mesmo diante das inúmeras possibilidades proporcionadas pela engenharia genética, que muitas vezes são benéficas, em caso de violação e propagação dos dados e informações genéticas, estas podem provocar a discriminação e a exclusão social, culminando em um processo de banimento e privação de certas pessoas ou grupos da sociedade em diversos setores sociais.

Conclui-se, portanto, que os dados e informações armazenados em biobancos se enquadram no contexto do conceito de banco de dados estipulado pelo Marco Civil e do decreto regulamentador. Contudo, o padrão de segurança estabelecido no Decreto regulamentador se preocupou apenas com alguns aspectos, mais voltados à segurança da manutenção do controle de acesso, havendo a necessidade de compreender outros aspectos, como a segurança da rede e do sistema, assim como o método para elaboração de *backups*, visando a salvaguardar, com maior propriedade, o direito à privacidade e à intimidade, principalmente no que tange ao patrimônio genético humano.

Por fim, conclui-se que, diante dos avanços biotecnológicos, deve-se

exigir do Direito maiores e melhores regulamentações para tutelar, limitar e proteger os novos paradigmas, objetivando resguardar o patrimônio genético humano e preservar os direitos fundamentais, respeitando os direitos humanos e em especial os bens jurídicos salvaguardados na Constituição Federal: a vida, a dignidade humana, o desenvolvimento, a privacidade e a intimidade.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 6, n. 1, p. 47-73, 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/tevjuridica/article/view/308>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano: bioconstituição: bioética e direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 88-92, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto74.html>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição Federal: de 05 de outubro de 1988. In: **Vade Mecum compacto**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 7-92.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 abr. 2014. ed. 77. Seção 1. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de Derecho Informático**. 10. ed. Navarra: Arazandi, 2008.

DIAFÉRIA, Adriana. **Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos**. 2000. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/limite/principios.htm#_ftn1>. Acesso em: 2 ago. 2016.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980.

ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: a declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Paraná, v. 1, n. 1, p. 206-239, ago./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32023-37643-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRONI, Fernanda. **Quais são as dimensões de direitos fundamentais?** 2011. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2011062115424915>. Acesso em: 4 ago. 2016.

MEIRA, Laís Moreschi de; SOARES, Matheus Fernandes de Souza; PIRES, Panmella Rodrigues. **Direito à privacidade e as relações na Internet**. 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7319>. Acesso em: 13 ago. 2016.

MENDES, Jéssica Coura. **Direitos de quarta dimensão**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27836/direitos-de-quarta-dimensao>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: tomo iv, direitos fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e Direito**: limites éticos e jurídicos na manipulação do material genético. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MOTTA FILHO, Sylvia Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Navarra: Arazandi, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, v. 56, n. 3, p. 268-273, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.amrigs.org.br/revista/56-03/biobancos.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

UNESCO. **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos**. 1997. Elaborado pelo Comitê Internacional de Bioética, da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), e apresentado na 29ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, que aconteceu entre os dias 21 de outubro a 12 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/15/mundo/13.html>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

- 1 (LEHNINGER, 1977, p. 375 apud DIAFÉRIA, 2000). DIAFÉRIA, Adriana. **Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos**. 2000. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/limite/principios.htm#_ftn1>. Acesso em: 2 ago. 2016.
- 2 (LEVINE, 1977, p. 3-6 apud DIAFÉRIA, 2000). DIAFÉRIA, Adriana. **Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos**. 2000. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/limite/principios.htm#_ftn1>. Acesso em: 2 ago. 2016.
- 3 DIAFÉRIA, Adriana. **Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos**. 2000. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/limite/principios.htm#_ftn1>. Acesso em: 2 ago. 2016.
- 4 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 12-13. (grifo do autor).
- 5 PEREIRA DO VALE, 1997, p. 143 apud DIAFÉRIA, 2000. DIAFÉRIA, Adriana. **Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos**. 2000. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/limite/principios.htm#_ftn1>. Acesso em: 2 ago. 2016.
- 6 Op. cit. 4, p. 13.
- 7 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano: bioconstituição: bioética e direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 88-92, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto74.html>>. Acesso em: 3 ago. 2016.
- 8 UNESCO. **Declaração universal do genoma humano e dos direitos humanos**. 1997. Elaborado pelo Comitê Internacional de Bioética, da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), e apresentado na 29ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, que aconteceu entre os dias 21 de outubro a 12 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/15/mundo/13.html>>. Acesso em: 11 ago. 2016.
- 9 Op. cit. 8.
- 10 Para alguns autores o termo gerações poderia desencadear a falsa ideia de que conforme fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra, razão pela qual utilizam a expressão “dimensão”, e não geração.
- 11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 383.
- 12 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: tomo iv, direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012. p. 7. (grifo do autor).
- 13 MARRONI, Fernanda. **Quais são as dimensões de direitos fundamentais?** 2011. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2011062115424915>. Acesso em: 4 ago. 2016.
- 14 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 29.
- 15 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Navarra: Arazandi, 2006. p. 28.
- 16 Contaminación de las libertades.
- 17 Op. cit. 13.
- 18 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 571.
- 19 Op. cit. 18. p. 572. (grifo do autor).
- 20 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 26.
- 21 Op. cit. 20, p. 26.
- 22 Op. cit. 20, p. 25.
- 23 MOTTA FILHO, Sylvia Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 96.
- 24 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 14.
- 25 MENDES, Jéssica Coura. **Direitos de quarta dimensão**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27836/direitos-de-quarta-dimensao>>. Acesso em: 7 ago. 2016.
- 26 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117.
- 27 Op. cit. 4, 296-297.
- 28 Op. cit. 4, p. 297.

- 29 Op. cit. 3.
- 30 Op. cit. 4, p. 299.
- 31 MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites éticos e jurídicos na manipulação do material genético**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 124.
- 32 Op. cit. 15, p. 137.
- 33 No original, La tensión surge, precisamente, de la exigencia de los poderes públicos de utilizar la transmisión de esos datos médicos, especialmente de los que hacen referencia a enfermedades contagiosas, o de aquellos que pueden ser utilizados para el desarrollo de avances en la investigación científica y el deseo de los ciudadanos de mantener un control sobre las informaciones que les conciernen.
- 34 DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de derecho informático**. 10 ed. Navarra: Arazandi, 2008. p. 55.
- 35 SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, v. 56, n. 3, p. 268-273, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.amrigs.org.br/revista/56-03/biobancos.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016. p. 268
- 36 Op. cit. 35, p. 268-269.
- 37 (MONTESQUIEU, 1956 apud SILVA, 2016, p. 233). SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- 38 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- 39 Op. cit. 38.
- 40 BRASIL. Constituição Federal: de 05 de outubro de 1988. In: **Vade Mecum compacto**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 7-92.
- 41 (LAFER, 1998 apud MEIRA, 2012). MEIRA, Laís Moreschi de; SOARES, Matheus Fernandes de Souza; PIRES, Pannmella Rodrigues. **Direito à privacidade e as relações na internet**. 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7319>. Acesso em: 13 ago. 2016.
- 42 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 55-56.
- 43 Op. cit. 38.
- 44 MEIRA, Laís Moreschi de; SOARES, Matheus Fernandes de Souza; PIRES, Pannmella Rodrigues. **Direito à privacidade e as relações na internet**. 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7319>. Acesso em: 13 ago. 2016.
- 45 DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980. p. 69.
- 46 ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: a declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Paraná, v. 1, n. 1, p. 230, ago./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32023-37643-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.
- 47 Op. cit. 46, p. 230.
- 48 BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 6, n. 1, p. 47-73, 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/308>>. Acesso em: 13 ago. 2016. p. 56.
- 49 Op. cit. 48, p. 57.
- 50 Op. cit. 46, p. 232.
- 51 Op. cit. 46, p. 235.
- 52 Op. cit. 3.
- 53 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 abr. 2014. ed. 77. Seção 1. p.1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- 54 Op. cit. 53.
- 55 Op. cit. 53. (grifo nosso).
- 56 BRASIL. Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 mai. 2016. ed. extra. p.7. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

57 op. cit. 56.

58 op. cit. 56.

59 Diferentes ações para cada tipo de usuário.

60 Registro de acessos contendo alguns dados relevantes, como por exemplo, usuário, ação realizada, duração, dentre outros.

61 Técnicas para cifrar a escrita.

THE PROTECTION OF HUMAN GENETIC HERITAGE AND GENETIC INFORMATION CONTAINED IN BIOBANKS

ABSTRACT

A globalized world and technological and human development generate positive and negative impacts on the social environment. The context under analysis regards the concern that jurists have in drawing guidelines to safeguard, protect and limit paradigms aiming to protect the human genetic heritage and to preserve fundamental rights. The research is justified by the need for protection of the human genetic heritage and the respective genetic information contained in biobanks. Through literature and legislative review, the article questions whether the genetic information of people stored in biobanks are safe and if the content of biological databases is encompassed by the concept of database prescribed by the Brazilian legislation on the civilian use of the internet and its regulatory decree. The article concludes that the data contained in the biological databases fits the aforementioned concept of database; however, given that it is related to human genetic heritage, the established safety standard requires better regulations, to provide greater safety and rigor in the legislation aiming at the protection of intimacy and privacy.

Keywords: Human genetic heritage. Genetic information. Protection. Biobanks.

Submetido: 17 ago. 2016

Aprovado: 30 set. 2016

PENSANDO NA ARTICULAÇÃO ENTRE A INTERNET COMO INSTRUMENTO DE PESQUISA JURÍDICA E O RIGOR ACADÊMICO

Nitish Monebhurrin*

1 Introdução. 2 A Internet como fonte moderna de pesquisa jurídica em conformidade com a lógica do rigor acadêmico. 2.1 Um problema *ab initio* nas fontes de pesquisa, independentemente da Internet. 2.2 Um problema superável, porém agravado pelo uso da Internet como instrumento de pesquisa. 3 Um uso ético da Internet na busca das fontes de pesquisa jurídica para manter o rigor acadêmico. 3.1 O uso ético da Internet decorrente da relação ética do discente com a universidade. 3.2 O uso ético da Internet pelos estudantes oriundo da ética de responsabilidade dos professores. 4 Conclusão. Referências. Anexo A.

RESUMO

Esse artigo propõe uma reflexão sobre o mau uso da Internet como instrumento de pesquisa, o que compromete o rigor acadêmico. Explica-se que o problema não é a Internet como um malefício por natureza, mas as lacunas na formação do(a) jurista que se depara como um mundo de pesquisa sem preparação. Se a Internet facilita consideravelmente o trabalho do(da) pesquisador(a), os problemas de formação e uma ética evanescente na corrida pelo diploma, tornam esse instrumento mais pernicioso. Sustenta-se que a situação emana também da postura dos professores de Direito, que transmitem aos alunos um medo de pensar, ao impor-lhes apenas trabalhos de compilação que não testam a sua capacidade como pensadores do Direito em formação. Ceder à tentação do mau uso da internet, como nos casos de plágio, é uma problemática de cunho ético, mas decorre também da postura dos professores segundo o seu entendimento da docência. Argumenta-se que a ética do aluno durante a sua pesquisa, seja pela Internet ou por qualquer outro meio, é oriunda da ética de responsabilidade do próprio professor.

Palavras-chave: Pesquisa. Formação do jurista. Internet. Rigor acadêmico.

* Doutor em Direito Internacional (Escola de Direito de Sorbonne, Paris, França); Professor de Direito (Programa de Graduação e de Pós-Graduação, Centro Universitário de Brasília, Uniceub, Brasília, Brasil); Professor Visitante (Programa de Mestrado em Direito Internacional, Universidade da Sabana, Bogotá, Colômbia; Escola de Direito, Paris, França.). E-mail: <nitish.monebhurrin@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

A presente reflexão surgiu da inquietação atinente ao emprego da Internet nas atividades de pesquisa e nos trabalhos universitários com a constatação de que, não raro, esse novo instrumento de pesquisa é utilizado com falta de rigor acadêmico. Esse artigo examina como esse problema é, de uma forma mais profunda, um sintoma das lacunas na formação do jurista.

A Internet, como veículo de informações, tornou-se uma fatalidade. Os mais reacionários adotaram-na, vez que os tentáculos do *international network* invadiram todas as esferas do cotidiano. Habitualmente, a Internet define-se como o espaço virtual constituído em redes informáticas que relacionam aparelhos informáticos no mundo afora¹. Ora, essa definição simples revolucionou o âmbito complexo das ciências — exatas, sociais, humanas — notadamente, no que tange à pesquisa científica e à necessária adaptação do pesquisador. No plano do Direito e no mundo dos juristas, a Internet facilitou seguramente o acesso à informação técnica, atuando como uma fonte *en vogue* para a pesquisa jurídica.

A fonte de pesquisa jurídica é a matéria-prima do jurista, isto é, os textos normativos — Constituição, lei, tratado... —, os costumes, os princípios gerais de direito, a jurisprudência, os relatórios e os dados oficiais, as informações atinentes aos estudos de campo e a doutrina. A Internet apresenta-se como uma plataforma, como um instrumento, que proporciona o acesso a essas fontes de pesquisa jurídica; ela atua como uma fonte para pesquisar as — e nas — fontes do Direito. Logo, por um lado, ela torna o Direito mais acessível; por outro, ela peca por sua opulência, que oferece um mar de informações e de dados sem que exista sempre uma pormenorização, uma classificação rigorosa ou um rigor científico. A Internet é também sinônimo de facilidade e de rapidez: é um instrumento que diminuiu consideravelmente o tempo dedicado à pesquisa, ao fornecer chaves para abrir frentes outrora inacessíveis. Entrementes, todas as informações disponibilizadas na Internet não seguem o mesmo padrão de qualidade e de excelência quanto a sua elaboração. Não basta saber ler um artigo com o olhar do jurista; é, outrossim, importante, saber escolher o artigo (ou o texto) cientificamente confiável no turbilhão de artigos (ou de textos) disponíveis. Por exemplo, o *Google* é, deveras, uma faca de dois gumes, um dos quais convida à facilidade e serve, às vezes, para cortar o rigor e o espírito crítico do pesquisador. Não seria exagerado dizer que muitos professores de Direito já se depararam com trabalhos cuja referência principal é aquele primeiro texto que se encontra no *Google* ao se fazer uma pesquisa básica com as palavras-chave do tema objeto do estudo. O mesmo comentário aplica-se àqueles artigos cuja inspiração é o *Wikipedia*, um blog de informação e de opinião, ou outros sites que disponibilizam artigos que não passam por uma avaliação científica rigorosa.

Ao preparar esse estudo, o presente autor enviou um questionário com cinco perguntas aos professores de algumas faculdades de Direito, assegurando-se de uma amostra geograficamente representativa. Essas perguntas foram: 1) Os alunos sabem fazer uma pesquisa jurídica científica na Internet? Isto é,

sabem buscar as fontes de pesquisa (textos normativos, jurisprudência, relatórios e pareceres, doutrina) nos sites oficiais?; 2) Em referência aos artigos doutrinários, as fontes mais consultadas são as revistas científicas pontuadas?; 3) Há uma tendência de abusar da Internet durante a pesquisa ao escolher os portais de “facilidade” (*wikipedia*, blogs, *Jus Navigandi*)?; 4) Os alunos sabem dissociar entre artigos oriundos de um trabalho rigoroso de pesquisa e de reflexão e artigos superficiais?; 5) Os alunos são devidamente informados/formados para poder utilizar a Internet como um instrumento de pesquisa?. As respostas encontram-se no Anexo 1².

Por óbvio, não é um espelho cristalino da realidade: os(as) professores(as) e colegas que responderam ao questionário expressaram sobretudo a sua experiência, a sua vivência e a sua opinião pessoal, o que não é generalizável à instituição à qual eles / elas pertencem e, *a fortiori*, a todas as outras universidades brasileiras. Utilizando o questionário mais como um tipo ideal, o objetivo era verificar se algumas inquietações são divididas por outros professores de Direito, em outros Estados do Brasil, no que tange ao uso da Internet como um instrumento de pesquisa. Logo, o questionário limita-se apenas a essa constatação, e ajuda, potencialmente, a situar o leitor/a leitora, sem ter qualquer outra pretensão científica. As conclusões da presente reflexão não decorrem das respostas disponíveis no questionário. Trata-se aqui de um alerta metodológico importante para os leitores.

Opulência, facilidade, informações, dados, pesquisas e trabalhos já prontos e já mastigados: eis o que também acompanha em filigranas a aura da Internet quando esta é utilizada como um meio para pesquisar. Logo, grande pode ser a tendência do discente de ceder à tendência da facilidade. A Internet domina um mundo que anda a uma velocidade altíssima, mas com um tempo de respiração curto e, com um mau uso, pode desregular o mesmo mundo que ela pretende regular. E disso decorre a postura ética esperada do universitário: a sua seriedade ao usar a tecnologia.

O rigor acadêmico entende-se como a integridade e a honestidade intelectual. Está embutido no que Max Weber chama de vocação do universitário³, isto é, aquele que tem a postura de contribuinte à ciência e não de usurpador; aquele que se esforça para erguer um pensamento próprio sem apropriar-se das obras de outrem. O universitário vocacional está a serviço da universidade e não coloca a universidade a seu serviço. A sua postura é a do/da cientista do Direito: ele/ela pesquisa para contribuir com o avanço da reflexão para a prática ou a teoria do Direito; calibra a pesquisa para que sirva às problemáticas jurídicas concretas. Todos os seus esforços são canalizados nesse sentido. Para tanto, os resultados que se esperam dele/dela devem, imprescindivelmente, decorrer de uma pesquisa séria.

Malgrado, o rigor acadêmico é facilmente testado e desafiado defronte à Internet como instrumento de pesquisa cada vez mais privilegiado. Tornou-se o horizonte inultrapassável no processo de pesquisa, muitas vezes em detrimento

das próprias bibliotecas. O virtual e o numérico conquistaram um espaço indubitável na pesquisa, e os juristas em formação se depararão cada vez mais com a abundância que caracteriza a Internet como fonte de informações torrenciais. É uma fatalidade com a qual se deve conviver e a coexistência deve ser a melhor, a mais produtiva. Logo, trata-se de algo cuja utilização deve ser controlada ao ser conjugada com a pesquisa rigorosa. Destrinchar o seu objeto de pesquisa pelo pensamento para construir um trabalho rigoroso deve ser articulado com a facilidade que se tem hoje em fazer uma pesquisa apenas pelo *googling*. A Internet deve estar a serviço da pesquisa e não ser um instrumento suspeito. Isso se torna possível a depender da postura do pesquisador.

Dessa feita, a problemática que emana dessas considerações é de saber se a Internet, como instrumento de pesquisa, prejudica o rigor acadêmico na determinação das fontes de pesquisa.

A isso responde-se pelo negativo, pois a Internet é indubitavelmente uma fonte moderna de pesquisa jurídica que está em conformidade com a lógica do rigor acadêmico (Tópico 2), considerando que um uso ético desse instrumento seja feito (Tópico 3).

2 A INTERNET COMO FONTE MODERNA DE PESQUISA JURÍDICA EM CONFORMIDADE COM A LÓGICA DO RIGOR ACADÊMICO

Ab initio, independentemente do uso da Internet, há um problema nas próprias fontes de pesquisa na academia jurídica brasileira (2.1.), e, até certo ponto, esse problema é superável pelo uso dessa tecnologia (2.2.).

2.1 UM PROBLEMA AB INITIO NAS FONTES DE PESQUISA, INDEPENDENTEMENTE DA INTERNET

No uso dos instrumentos de pesquisa clássicos ou modernos, percebe-se que os alunos não são incitados a atuar e a pensar como juristas, com uma mente independente e com uma vontade de pensar. Foi estabelecida uma inversão na ordem da pesquisa, dando um valor profético à doutrina. Há uma tendência de considerar os textos doutrinários (manuais, livros e artigos) como a fonte principal e primária de pesquisa. A matéria-prima do Direito, como a lei, a Constituição, os tratados ou, às vezes, o próprio conhecimento de pesquisa de campo são relegados a uma posição secundária — o que ocorre também com a jurisprudência e a sua análise crítica. Pensa-se que respostas prontas encontram-se na doutrina e tem-se a impressão de que o núcleo normativo e jurisprudencial é um artifício⁴. Não se trabalha com o Direito bruto. Assim, os alunos são incitados a confundir a sua opinião com aquela da doutrina; em outras palavras, são incitados a ver na doutrina um oráculo indefectível, dono da verdade, e defronte do qual eles devem se prosternar como fâmulos, num ato de sujeição, o que adormece a sua capacidade de refletir e de se expressar por si só, sem uma muleta doutrinária.⁵

Sendo assim, os alunos nunca encontram a *sensação contrariada* cara a Cioran, como uma fonte e como uma razão do pensamento próprio⁶; pois, ao serem tratados como autômatos, os alunos não desenvolvem o senso crítico mínimo para serem intelectualmente *contrariados* nas suas leituras e na sua formação como jurista. *Contrariar* aqui significa dar-se a possibilidade de não concordar e de poder manifestar essa discordância com argumentos próprios. Ou como diria um outro autor — num outro contexto similar ao presente —, “*lhe[s] falta a capacidade para hesitar*”⁷, assim como essa capacidade falta às máquinas. A formação do jurista não proporciona um tempo suficiente para que ele/ela possa contemplar com calma o seu próprio pensamento, a sua própria opinião⁸; ele/ela, especialmente no nível da graduação, não está preparado/a para expressar tecnicamente e defender metodologicamente sua opinião⁹. A sua educação é meramente “*um ato de depositar*” e os alunos são os “*depositários*”, como diria Paulo Freire¹⁰. Portanto, eles/elas começam a acreditar que não têm a habilitação ou a permissão para refletir. E com o passar do tempo, aceitam a ideia de que o não pensar é a segunda natureza do aluno de Direito¹¹. A sua opinião torna-se apenas aquela dos outros, cujas obras eles são incitados a ler ou a ingurgitar. Não se desenvolve a capacidade de problematizar o Direito — o primeiro passo para poder pensar o Direito.

Admite-se assim, escancaradamente, a derrota do pensamento: a individualidade dos alunos — e logo do seu pensamento — não é expressada, pois não são levados a superar “*a tirania das ideias preconcebidas*”;¹² ficando muitas vezes na trivialidade. Essa realidade se deve aos professores acomodados, que os ensinam a não pensar, ou que lhes ensinam que o ato de pensamento é liberado apenas no doutorado e que toda reflexão pessoal está condenada antes disso¹³. É a transmissão de um medo de pensar. O que dizia outrora Schopenhauer (século XIX) é ainda de uma infeliz atualidade:

Os professores ensinam para ganhar dinheiro e não se esforçam pela sabedoria, mas pelo crédito que ganham dando a impressão de possuí-la. E os alunos não aprendem para ganhar conhecimento e se instruir, mas para poder tagarelar e para ganhar ares de importantes. A cada trinta anos, desponta no mundo uma nova geração, pessoas que não sabem nada e agora devoram os resultados do saber humano acumulado durante milênios, de modo sumário e apressado, depois querem ser mais espertas do que todo o passado.¹⁴

Cria-se o discente cego e mudo. E com as mesmas características, o mesmo aluno/a mesma aluna pesquisa — perigosamente — as suas fontes supostamente técnicas, na Internet, para elaborar o seu trabalho, ora, sem saber separar o joio do trigo. Logo, por não ter o treinamento suficiente desde a graduação e por não estar habituado a ter esse senso crítico, a pesquisa na Internet — particularmente por muitos alunos da graduação —, não discrimina entre o artigo científico rigorosamente construído e os outros. Tudo vale: da tese de doutorado ao blog de opinião.

Portanto, há um problema grave no próprio método de pesquisa básica a montante mesmo de qualquer problema atinente às novas tecnologias. É esse problema — prioritário — que deve ser resolvido antes de qualquer outro. Os alunos não devem ser tratados como seres incapazes de reflexão e a graduação é o lugar para que eles se construam como seres pensantes sob a supervisão do professor¹⁵ — o que implica que eles errem várias vezes e que sejam corrigidos tantas vezes até lograr formular um pensamento crítico autônomo. Isso é de suma importância, pois para ser um bom operador do Direito é preciso ser um pensador afiado do Direito. Outrossim, é um processo de aprendizado que esculpe o cidadão consciente.¹⁶ O artigo 205 da Constituição Federal do Brasil dispõe que o papel da educação é, entre outros, a formação do cidadão, o que se faz com alguns corolários básicos que são a divulgação do pensamento e do saber, conforme a mesma Carta Magna.¹⁷ É nesta confluência que se destila, em parte, o rigor acadêmico: incitar os alunos a pensar com verde idade diminui o risco de mau uso dos novos instrumentos de pesquisa, como a Internet.

Dito isso, e considerando a internet como uma fatalidade com a qual é preciso conviver, é possível utilizar esse meio para superar o problema descrito nessa parte.

2.2 UM PROBLEMA SUPERÁVEL, PORÉM AGRAVADO PELO USO DA INTERNET COMO INSTRUMENTO DE PESQUISA

O problema é superável porque a Internet disponibiliza — com fácil acesso, com baixo custo e com grande variedade —, uma parte importante do material útil para a pesquisa jurídica. Antigamente, era bem mais complicado ter um acesso livre e permanente às coletâneas de leis ou de jurisprudência ou de livros e outros documentos, sobretudo em línguas estrangeiras. No Brasil, parte da doutrina critica a falta de referência à jurisprudência¹⁸ e à doutrina estrangeira¹⁹ nos trabalhos jurídicos. Entretanto, vários programas elaborados especificamente para a pesquisa jurídica *online* permitem contornar esse problema na pesquisa. Hoje em dia, quase todas as decisões dos tribunais — no nível nacional ou internacional — encontram-se disponíveis *online*, no próprio *website* dos órgãos jurisdicionais. Há, na mesma toada, uma miríade de programas ou de portais que permitem um acesso fácil e rápido — gratuito ou disponível por meio das bibliotecas — aos textos doutrinários estrangeiros ou nacionais. A título de exemplo, é possível citar: *SciELO*, *Isis Web of Science*, *HeinOnline*, *Westlaw*, *LexisNexis*, o próprio *Social Science Research Network*, o *New Journal* da Universidade de Georgetown, o *EbscoHost*, o *Directory of Open Access Journals*, o *Portal periódicos CAPES*, o *Directory of Research Journals Indexing*, o *WorldCat*, a *Biblioteca Online do Conselho de Justiça Federal*, a *Academia.edu*, entre outros. Aliás, várias revistas jurídicas dispõem de uma edição virtual gratuita, com uso facílimo. Sendo assim, o material básico de pesquisa está disponível *online* e, nesse sentido, a Internet é nada menos que uma biblioteca virtual que se coaduna com a biblioteca física. Dito isso, a disponibilidade de informações e

a possibilidade de uma conexão regular à Internet não significa que estas são devidamente consultadas e aproveitadas. Por exemplo, muitas teses de doutorado em Direito sequer se referem aos periódicos disponíveis gratuitamente na Internet²⁰. Preferem-se — em todos os níveis, da graduação ao doutorado —, outros portais de pesquisa como o *Jus Navigandi*, cuja seriedade é às vezes duvidosa, por não haver uma fiscalização rigorosa e minuciosa da qualidade e do teor dos artigos ali publicados.²¹

É interessante notar, por um lado, a Internet como um reservatório riquíssimo de dados e de informações para o jurista²² e, por outro, a sua exploração ineficiente para a pesquisa. Uma das razões para tanto é que os alunos não são formados para serem pesquisadores. Isto porque muitos Professores de Direito não são pesquisadores.²³ E sobre esse ponto, deve ser desmentido o mito segundo o qual há a prática por um lado e a pesquisa por outro. Para atuar séria e cabalmente em qualquer âmbito do Direito é, na maioria dos casos, imprescindível ser um bom pesquisador. Do advogado ao procurador, ao juiz, ao professor, ao consultor, todos devem, no âmbito do seu trabalho, procurar um volume importante de informações de cunho jurídico — ou não jurídico — para sustentar a sua argumentação, a sua decisão, a sua tese, o seu parecer. Dominar o passado e a atualidade de todas as fontes jurídicas aplicáveis para o entendimento de um determinado problema jurídico demanda uma dedicação considerável à pesquisa. Ademais, saber encontrar as informações certas, saber fazer um filtro seletivo na torrente de informações disponíveis requer uma qualidade, uma capacidade e, destarte, uma formação de pesquisador. É só dessa forma que se adquire o domínio orgânico do tema e o conforto intelectual suficiente para tratar seriamente de um assunto jurídico e de uma problemática jurídica. Ou seja, a pesquisa não se atrela apenas às atividades científicas universitárias. Por isso, a pesquisa requer uma formação real como pesquisador — o que não é devidamente proporcionada pela maioria das universidades. Por costume, os alunos começam cedo as atividades de estágio, seja nos escritórios de advocacia ou junto aos órgãos públicos; tão cedo, que chegam a esse mundo sem uma devida preparação técnica de pesquisador. E a pesquisa é uma das atividades principais do estagiário. Como os alunos passam um tempo considerável estagiando durante a sua vida de estudante, eles não logram dedicar-se suficientemente ao aprendizado dos métodos de pesquisa e do raciocínio jurídico — a parte, indubitavelmente, mais importante na preparação do jurista. Ora, estes devem ser ensinados na universidade, e logo a partir do primeiro ano, e não no final do curso. Não é algo que se aprende facilmente em campo.

O problema é que a grande e, às vezes, a única atividade de pesquisa para os alunos da graduação em Direito é a monografia, atividade com a qual eles se deparam repentinamente quase no final de sua formação. É também o momento mais tumultuado, por ser simultâneo à preparação para o Exame da Ordem. Por conseguinte, talvez não seja o melhor momento para ensinar aos alunos o passo a passo da pesquisa de forma geral, e, de forma particular, pelo instrumento da Internet: a realidade fria é que, nesse momento, muitos

querem apenas terminar o curso. Por isso, o trabalho de pesquisa na graduação conta, no melhor dos casos, com um mau uso — e no pior, com um abuso —, da Internet, o plágio sendo, por exemplo, uma consequência patológica típica disto. A Internet é, nesse caso, utilizada como uma facilidade e como um recurso que, na mente de alguns, oferece respostas prontas, utilizáveis para poupar ou contornar os esforços que deveriam embasar um trabalho sério. Em vez de ser utilizada de forma plena, mas cuidadosa, como um novo instrumento sofisticado e potente de pesquisa, a Internet tornou-se um servidor domesticado pela facilidade dominante e pela ética evanescente.

De forma alguma, isso significa que a Internet deva ser banida ou limitada como meio de pesquisa. É mais razoável propor um uso ético desse instrumento incontornável para atender ao esperado rigor acadêmico.

3 UM USO ÉTICO DA INTERNET NA BUSCA DAS FONTES DE PESQUISA JURÍDICA PARA MANTER O RIGOR ACADÊMICO

Se a ética deve ser oriunda do próprio discente (2.1), depende-se fortemente de um enquadramento e de um fulcro institucional — das universidades e dos professores — para efetivá-la (2.2.).

3.1 O USO ÉTICO DA INTERNET DECORRENTE DA RELAÇÃO ÉTICA DO DISCENTE COM A UNIVERSIDADE

De forma ideal-típica, é possível fazer um paralelismo entre a relação que o/a discente tem com a universidade e a postura que ele/ela mostra nos seus trabalhos de pesquisa, inclusive, pelo uso da Internet para tais fins. Estudos demonstram que algumas tendências perceptíveis na postura dos discentes na universidade tornam propício o uso sem ética da Internet como instrumento de pesquisa: são, por exemplo, a ausência de dedicação e de vocação para com os estudos, a desorganização pessoal na preparação dos trabalhos, o valor que se dá à busca e à construção do pensamento próprio ou à consciência de sua formação efetiva como um/uma profissional responsável, confiável, sério/a, e competente no futuro.²⁴ Em outras palavras, dá-se à pesquisa o mesmo valor que se confere à universidade e aos estudos. Por exemplo, a grande preocupação de muitos alunos com os concursos públicos — o horizonte intransponível do Direito no Brasil —, torna-os às vezes recipientes fáceis de uma educação *à la carte*, de uma formação mecânica cuja meta é precipuamente um certificado, e nem sempre a consciência de se tornar um jurista competente, rigoroso, eficiente e responsável. Quando a Internet se apresenta nesta configuração, é esperado que o seu uso não seja sempre ético.

A ética, no presente entendimento, é a postura intelectual pela qual o/a discente impõe-se um dever de conduta, de retidão, ao engajar-se a atuar com honestidade na execução dos diversos trabalhos e exercícios a ele/ela solicitados durante a sua formação. É um compromisso de se esforçar para

apresentar trabalhos que contenham uma pesquisa própria e reflexão próprias. Certamente, inspira-se de outrem, porém sem apropriar-se das ideias ou das palavras deste/desta. Essa virtude intelectual não é nata, mas ela se aprende e se cultiva pela prática.²⁵ Ser ético(a) é uma postura e implica, portanto, uma escolha: a virtude intelectual é um caminho que deve ser deliberadamente escolhido pelo livre-arbítrio.²⁶ Não se impõe uma postura ética ao discente: é algo que se incorpora, que se desenvolve e que se pratica até que se torne uma forma de ser. E, para alcançar isso, são, às vezes, necessárias poucas coisas como, por exemplo, acostumar-se a um repouso mental e a um tempo de reflexão²⁷ e de contemplação, de *otium*,²⁸ suficiente para pensar no seu papel como aluno(a) e na sua função como jurista em formação. Pensa na ética aquele(a) que tem tempo para pensar. Talvez seja aqui uma lacuna dos estudos universitários modernos: não proporcionar um tempo adequado para esculpir o pensamento próprio, não dissociar o tempo da leitura e dos estudos daquele da construção do pensamento. O frenesi ou o cansaço da sociedade²⁹ se importa e se repete nas universidades, que raramente enxergam esse lado da formação, ao se focarem mormente na preparação técnica dos discentes.

Quando essa realidade se articula com o mundo da pesquisa, a grande dádiva que pode ser a Internet, para o(a) pesquisador(a), torna-se facilmente um malefício. Convida, às vezes, a um uso fácil, sem esforço e sem ética da Internet. Para o discente desatento ou despreocupado ou até desorganizado, a Internet é uma tentação. É uma ferramenta que passa uma forma de confiança aos usuários por lhes dar a quase certeza de que a informação buscada estará, em princípio, facilmente disponível, logo, utilizável. E na confluência entre o volume de informação efetivamente disponível e uma falta de preparação como pesquisador ético, pode nascer uma tendência de *confundir* pesquisa e apropriação: a prática do plágio corrobora isso.

No Brasil, a legislação sobre os direitos autorais dispõe que é passível de danos morais quem “na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete [...]”.³⁰ O Supremo Tribunal de Justiça, referindo-se na realidade à doutrina, entende o plágio como “tanto assinar como sua obra alheia, como também imitar o que outra pessoa produziu. O plágio pode dar-se de maneira total (copiar ou assinar como sua toda a obra de terceiro) ou parcial (copiar ou dar como seus apenas trechos da obra de outro autor).”³¹ Num sentido similar, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) explica que o plágio:

[...] consiste na apresentação, como se fosse de sua autoria, de resultados ou conclusões anteriormente obtidos por outro autor, bem como de textos integrais ou de parte substancial de textos alheios sem os cuidados detalhados nas Diretrizes. Comete igualmente plágio quem se utiliza de ideias ou dados obtidos em análises de projetos ou manuscritos não publicados aos quais teve acesso como consultor, revisor, editor, ou assemelhado.³²

Embora não exista uma definição universalmente aceita do plágio,³³ boa parte da doutrina o reconhece como sendo uma apropriação, sem referências ou citações, por um autor, do texto ou da ideia (escrita) de outrem, deixando os leitores acreditarem que é oriundo da sua própria autoria.³⁴ Se é inconteste que o plágio existia antes da era digital³⁵ é, outrossim, indubitável que o fenômeno tende apenas a se agravar com o uso da Internet, que facilita muito as possibilidades de *'cópia e cola'*. Ora, o objeto desse estudo não é em si o plágio:³⁶ a questão do plágio se enquadra na presente reflexão para demonstrar um problema na formação dos discentes que não estão sempre preparados para assumir eticamente o trabalho de pesquisa. Reina uma certa arbitrariedade, pois se parte do princípio de que os alunos já têm ou já devem ter uma carga ética oriunda de outros componentes ou de outros momentos de sua educação.

A crítica aqui não é de cunho moral, mas sim de índole social. Não se julga moralmente a questão da ética: conforme visto, basta constatar que o plágio, como ato antiético, é algo jurídica e institucionalmente condenado. Entrementes, ter uma postura ética na universidade e na pesquisa não significa ter apenas um engajamento consigo mesmo. Não é apenas uma ética do tipo minimalista de autossatisfação e de boa consciência, oriunda de uma boa conduta ou de boas práticas.³⁷ A ética do universitário — docente ou discente — é uma ética de responsabilidade, consequencialista.³⁸ Os juristas em formação são, por assim dizer, 'inofensivos', quando praticam atos de plágio dentro dos muros das faculdades de Direito. Não obstante, eles terão amanhã, como advogados, juízes, professores, promotores e procuradores, técnicos e servidores, a mesma relação com a ética que têm hoje como discentes. Inexiste, às vezes, uma ética de responsabilidade, pois os alunos em formação têm como único alvo o diploma, independentemente do caminho que devam percorrer. Não se pensa que a formação atual é de suma importância para determinar como os juristas formados exercerão futuramente a sua função para o interesse da sociedade na qual vivem; numa lógica individualista, não se pensa nas consequências que uma formação aproximativa, incompleta ou medíocre pode ter como repercussão social. A ultra-leveza ou a dedicação titubeante que caracteriza a desonestidade nos trabalhos universitários e que tipifica o mau uso da Internet como fonte de pesquisa anuncia o tipo de profissional que será formado. Outrossim, um jurista em formação que se acostuma a não ter o cuidado metodológico para verificar as suas fontes ou que adota intencionalmente o plágio como forma de elaborar os seus trabalhos seguramente não será um profissional confiável: não se pode confiar num jurista que não respeita a lei. Fazer mau uso da Internet ao ceder ao plágio é, além de um problema ético, o sintoma de um mal-estar nas faculdades de Direito. Parece que se forma o discente só para ele/ela. Talvez as universidades não insistam suficientemente na formação dos alunos para — também — servir aos interesses da sociedade. Um certo individualismo que já se irradiou pela sociedade descolorou-se também nas universidades. Os alunos não são realmente instigados a pensar na razão de ser de sua presença na universidade. A formação valoriza sobretudo a individualidade. Nas universidades públicas, eis algo ainda

mais grave, vez que os alunos estudam — e tem a possibilidade de estudar — às custas da sociedade. Mas, independentemente da origem da universidade, faz justamente parte da ética de responsabilidade pensar que uma formação atual deve permitir uma retribuição direta ou indireta futura à sociedade. Eis aqui também uma função das instituições de ensino e dos professores que devem oferecer um enquadramento sólido para que se respeite uma certa retidão ética na formação dos alunos. A ética de responsabilidade destes dimana da ética de responsabilidade dos seus mestres.

3.2 O USO ÉTICO DA INTERNET PELOS ESTUDANTES ORIUNDO DA ÉTICA DE RESPONSABILIDADE DOS PROFESSORES

É claro que ter uma aula sobre a ética não torna repentinamente o(a) aluno(a) mais ético(a),³⁹ capacitando-o(a) para fazer um uso ético da Internet. O processo para esse fim é não só pedagógico, mas também duradouro. Emana, na realidade, da própria ética de responsabilidade dos professores.

Alguns autores, com os quais concorda-se plenamente, propõem um controle ético do tipo formal: refletem nas modalidades institucionais e formais para prevenir, punir e combater o plágio. Propõem, nesse sentido: a adoção e a divulgação de códigos de condutas para os discentes, a constituição de comissões específicas para julgar casos de plágio, a utilização de programas informáticos para detectar o plágio, o condicionamento do depósito de um trabalho universitário por uma declaração de autenticidade.⁴⁰ As diretrizes do CNPq sobre a integridade nos trabalhos científicos seguem uma lógica similar.⁴¹ São, sem dúvida, possibilidades para prevenir o mau uso do mundo digital para elaborar trabalhos científicos. É uma forma de conscientizar os alunos e de frisar a gravidade que caracteriza os atos de plágio.

Embora louváveis e necessárias, essas propostas e medidas não são suficientes. Não influenciam muito a essência do problema e, até certo ponto, podem equiparar-se a um policiamento dos trabalhos universitários — o que, na realidade, já se tornou uma prática comum e infeliz.

Sustenta-se aqui que o uso ético da Internet — e, de forma geral, a postura ética dos estudantes — decorre da ética de responsabilidade dos professores. Até certo ponto, o discente é o espelho do docente. Destarte, defende-se que a essência do problema apresentado ao longo desse trabalho obterá um tratamento adequado e substancial apenas se a capacidade de pensamento e de reflexão pessoal dos alunos não for sufocada, paralisada ou imobilizada pelos próprios professores. É responsabilidade ética do professor instigar, forçar, extrair o pensamento dos estudantes, logo a partir do primeiro ano da faculdade. Por causa de alguns professores, os alunos são mal acostumados a um mimetismo acadêmico pelo qual são incitados a compilar as ideias de outrem e a reverenciar determinados autores,⁴² sem ter a possibilidade de construir o seu próprio pensamento. Malgastam assim gerações de recursos humanos. Impõem-se nas faculdades

de Direito trabalhos jurídicos cujo objeto é compilar a doutrina. Substitui-se a crítica pela complacência. Ter as premissas de uma reflexão pessoal parece um tabu e muitos professores acomodaram-se com a ideia de que o(a) graduando(a) ou até o(a) mestrando(a) é, quase por natureza, inapto(a) a pensar por si só ou a ter um espírito crítico. Não se pensa que são esses estudantes que serão os juristas — e eventuais professores — no futuro e que não se pode deixar entrar no mundo profissional alguém que não sabe pensar o Direito. Tampouco se pensa que um estudante não acostumado ao exercício do pensamento pode mais facilmente ceder à tentação de apropriar-se dos trabalhos ou das ideias de outrem ou que ele/ela não fará necessariamente uso inteligente e sábio dos instrumentos de pesquisa, como a Internet. Ajudar os estudantes a esculpir o seu pensamento significa também erigir barragens contra práticas não éticas na universidade e na prática profissional ulterior: se, desde cedo, todos os trabalhos requisitados aos estudantes tivessem como objetivo a busca da opinião técnica e argumentada deles, o fato de poder erguer um pensamento próprio sobre uma determinada problemática jurídica tornar-se-ia um reflexo intelectual normal no decorrer do tempo da formação. Essa valorização da opinião pessoal permite uma autoestima racionalizada e afasta potencialmente os alunos da tendência de se apropriarem das obras dos outros, ensinando os alunos a respeitar os escritos dos autores. Além disso, confere-lhes a maturidade suficiente para fazerem um uso mais crítico das informações oriundas da Internet.

Ora, é bem verdade que assumir essa função requer uma dedicação maior e um trabalho considerável da parte do corpo docente, pois demanda um acompanhamento permanente dos alunos⁴³ e exige uma correção minuciosa de seus trabalhos para averiguar a formação e a consolidação da sua capacidade de pensar científica e criticamente. Depende também, por óbvio, da orientação e do método de ensino de cada instituição, mas em um nível micro, são os professores que têm um papel determinante. Pensar o Direito, assim como ensinar a pensar o Direito, são, em si, uma profissão. Calibrar a mente dos alunos, explicar as técnicas e os métodos de raciocínio jurídico, ensinar como (e por quê) separar as predisposições ou os preconceitos ideológicos da tecnicidade, tudo isso requer uma articulação permanente entre docentes e discentes. É também essa presença forte do professor que pode evitar a ubiquidade descontrolada da Internet e o seu uso pernicioso.

4 CONCLUSÃO

Percebe-se, portanto, que a Internet não é, por natureza, um instrumento duvidoso para a pesquisa jurídica. Num mundo universitário desleixado, caracterizado pela ausência de pensamento, torna-se um instrumento que tem a capacidade de dominar, de subjugar os alunos. No entanto, num âmbito universitário governado pela primazia e pelo esforço da reflexão, são os próprios alunos que conseguiriam domar esse instrumento e colocá-lo a serviço da pesquisa. Uma das condições para tanto é a presença do professor durante o

processo de formação, a qual não deve sufocar o(a) aluno(a), ocupando todo o seu espaço, mas para ajudá-lo(a) a saber pensar. Para afiar a postura ética dos estudantes, sustenta-se que é a ética do ensino do Direito que deve ser revista para estimular um ser pensante em cada aluno(a).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Paulo Roberto de. Falácias acadêmicas, 3: o mito do marco teórico. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n. 89, 2008.
- ARISTÓTELES. *Éthique de Nicomaque*. Paris: GF-Flammarion, 1992.
- BAST, Carol M.; SAMUELS, Linda B. Plagiarism and Legal Scholarship in the Age of Information Sharing: the Need for Intellectual Honesty. **Catholic University Law Review**, United States, v. 57, n. 3, p. 777- 815, 2008.
- CIORAN, Emil Michel. *De l'inconvénient d'être né*. Paris: Gallimard, 1973.
- DUNNEWOLD, Mary. Plagiarism: Proceed with Caution. **Student Lawyer**, v. 40, n. 1, 2011.
- FINKIELKRAUT, Alain. *La défaite de la pensée*. Paris: Gallimard (Folio-Essais), 1987.
- FREIRE, Paulo. *A pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GOUDY, Henry. Plagiarism: a Fine Art. **The Juridical Review**, v. 20, p. 302-315, 1909.
- HAN, Byung-Chul. *A sociedade do cansaço*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.
- LATOURETTE, Audrey Wolfson. Plagiarism: Legal and Ethical Implications for the University. **Journal of College and University Law**, v. 37, n. 1, p. 1-91, 2010.
- MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; VARELLA, Marcelo Dias. Plágio em trabalhos acadêmicos: proposta de políticas institucionais de integridade. **Revista de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 354-365, 2015.
- MARQUES, Verônica Teixeira; CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. Sobre a pesquisa e a produção científica na área de Direito: algumas questões para reflexão. In: PORTO, Cristiane; FERRONATO, Cristiano; LINHARES, Ronaldo. *A produção científica brasileira na contemporaneidade: exigências e interlocuções*. Aracaj: Edunit, 2015.
- MONTEBHURRUN, Nitish. *Manual de Metodologia Jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MUNHOZ, Ana; DINIZ, Débora. Nem tudo é plágio, nem tudo é igual: infrações éticas na comunicação científica. **Argumentum**, Vitória, v. 3, n. 1, p. 50-55, 2011.

_____; _____. **Plágio**: palavras escondidas. Brasília: LetrasLivres; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. **Human, All Too Human**: a Book for Free Spirits. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

OGIEN, Ruwen. **L'éthique aujourd'hui**: maximalistes et minimalistes. Paris: Gallimard, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código Hamurabi. A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: _____. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

POSNER, Richard. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Pantheon Books, 2007.

RIBEIRO, Darcy. De fracasso a fracasso. In: _____. **O Brasil como problema**. Brasília: Editora UnB, 2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; BORGES, Marcus Vinicius Motter. O método do caso na educação jurídica. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1363-1391, 2016.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2012. _____ . **Do mundo como vontade e representação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Oficinas de legislação e de jurisprudência: desenvolvendo um olhar autônomo sobre Direito. In: GHIRARDI, José Garcia;

ANZELLA, Rafael Domingos Faiardo (Org.). **Ensino jurídico participativo**: construção de programas: experiências didáticas. São Paulo: Saraiva/FGV, 2009.

VARELLA, Marcelo Dias; MONEBHURRUN, Nitish. O que é uma boa tese de Doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 423-443, 2013.

_____; ROESLER, Claudia. Dificuldades de avaliação de publicações na área do Direito. **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, Brasília, v. 9, n. 18, p. 663-701, 2012.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2002.

1 Ver, por exemplo: Houaiss, *Dicionário da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p.302; Oxford *Advanced Learner's Dictionary*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p.711; *Larousse de poche* 2007, Paris: Larousse, 2006, pp.437-438; *Le dictionnaire encyclopédique*, Paris: Hachette, vol.II, 1996, p.776.

2 Ver o Anexo I no final desse artigo.

3 Max Weber. *Ciência e Política*. Duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2002, pp.25-58.

4 Ver: Rodrigo Pagani de Souza, "Oficinas de legislação e de jurisprudência: desenvolvendo um olhar autônomo sobre o Direito", in : José Garcia Ghirardi, Rafael Domingos Faiardo Vanzella (org.), *Ensino*

- Jurídico Participativo. Construção de Programas. Experiências didáticas*, São Paulo: Saraiva/FGV, 2009, pp.113-127; Nitish Monebhurrn, *Manual de Metodologia Jurídica. Técnicas para argumentar em textos jurídicos*, São Paulo: Saraiva, 2015, pp.37-40.
- 5 Essa ideia foi desenvolvida em: Nitish Monebhurrn, *Manual de Metodologia Jurídica. Técnicas para argumentar em textos jurídicos*, São Paulo: Saraiva, 2015, pp.29-31. Ver também: Paulo Roberto de Almeida, “Falácias acadêmicas, 3: o mito do marco teórico”, *Revista Espaço Acadêmico*, no.89, 2008, pp.1-5; Luciano Oliveira, “Não fale do Código Hamurabi. A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito”, in, Luciano Oliveira, *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp.143-145.
 - 6 Cioran, *De l'inconvénient d'être né*, Paris: Gallimard (Folio-Essais), 1973, p.38.
 - 7 Byung-Chul Han, *A sociedade do cansaço*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.54.
 - 8 Sobre essa questão, ver de forma geral a reflexão interessante do: Arthur Schopenhauer, *A arte de escrever*, Porto Alegre: L&PM Pocket, edição de 2012, p.21.
 - 9 Sobre o problema com a expressão de opiniões pessoais de forma geral, ver: Nietzsche, *Human, All Too Human. A Book for Free Spirits*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp.131-133.
 - 10 Paulo Freire, *A pedagogia do oprimido*, 17a. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.37.
 - 11 Eis o que mostra a experiência do presente autor por ter ministrado várias aulas de metodologia jurídica em várias faculdades de Direito no Brasil.
 - 12 Alain Finkielkraut, *La défaite de la pensée*, Paris: Gallimard (Folio-Essais), 1987, p.168 (Tradução livre do autor).
 - 13 Nitish Monebhurrn, *Manual de Metodologia Jurídica. Técnicas para argumentar em textos jurídicos*, São Paulo: Saraiva, 2015, p.29.
 - 14 SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2012. p. 19.
 - 15 Deveria, na realidade, ser o papel do colégio antes mesmo da universidade.
 - 16 RIBEIRO, Darcy. De fracaso a fracasso. In: _____. **O Brasil como problema**. Brasília: Editora UnB, 2010. p. 67.
 - 17 Constituição Federal do Brasil, Artigo 206, inciso II.
 - 18 Marcelo Dias Varella, Nitish Monebhurrn, “O que é uma boa tese de Doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol.10., no.1, 2013, pp.432-433; Luciano Oliveira, “Não fale do Código Hamurabi. A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito”, in, Luciano Oliveira, *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p.143.
 - 19 Marcelo Dias Varella, Cláudia Roesler, “Dificuldades de avaliação de publicações na área do Direito”, *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, vol.9, no.18., 2012, p.674.
 - 20 Marcelo Dias Varella, Nitish Monebhurrn, “O que é uma boa tese de Doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol.10., no.1, 2013, p.432.
 - 21 Marcelo Dias Varella, Nitish Monebhurrn, “O que é uma boa tese de Doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol.10., no.1, 2013, p.432.
 - 22 De forma geral, ver: Carol M. Bast, Linda B. Samuels, “Plagiarism and Legal Scholarship in the Age of Information Sharing: The Need for Intellectual Honesty”, *Catholic University Law Review*, vol. 57, 2008, pp.777-815.
 - 23 Ver também nesse sentido: Verônica Teixeira Marques, Grasielle Borges Vieira de Carvalho, “Sobre a pesquisa e a produção científica na área de Direito: algumas questões para reflexão”, in, Cristiane Porto, Cristiano Ferronato, Ronaldo Linhares, *A produção científica brasileira na contemporaneidade. Exigências e Interlocuções*, Aracaj: Edunit, 2015, p.167.
 - 24 MUNHOZ, Ana; DINIZ, Débora. Nem tudo é plágio, nem tudo é igual: infrações éticas na comunicação científica. *Argumentum*, Vitória, v. 3, n. 1, p. 50-55, 2011. p. 52.
 - 25 ARISTÓTELES. **Éthique de Nicomaque**. Paris: GF-Flammarion, 1992. p. 51.
 - 26 ARISTÓTELES. **Éthique de Nicomaque**. Paris: GF-Flammarion, 1992. p. 59.
 - 27 Ver: OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código Hamurabi. A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 145.
 - 28 NIETZSCHE, Friedrich. **Human, all too human: a book for free spirits**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 132.

- 29 HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p. 69 *et seq.*
- 30 Lei 9.610 (19/02/1998), artigo 108.
- 31 Superior Tribunal de Justiça, CC 101592, 2008/0269821-5 [02/08/2010], Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima.
- 32 CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq). Relatório da Comissão de Integridade de Pesquisa do CNPq. p. 4 Disponível em: <<http://www.cnpq.br/documents/10157/a8927840-2b8f-43b9-8962-5a2ccfa74dda>>.
- 33 POSNER, Richard. **The little book of plagiarism**. New York: Pantheon Books, 2007. p. 11-12; LATOURETTE, Audrey Wolfson. Plagiarism: legal and ethical implications for the university. **Journal of College and University Law**, v. 37, n. 1, p. 15, 2010.
- 34 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; VARELLA, Marcelo Dias. Plágio em trabalhos acadêmicos: proposta de políticas institucionais de integridade. **Revista de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 358, 2015; MUNHOZ, Ana; DINIZ, Débora. Cópia e pastiche: plágio na comunicação científica. **Argumentum**, v. 3, n. 1, p. 14, 2011; MUNHOZ, Ana; DINIZ, Débora. **Plágio: palavras escondidas**. Brasília: Letras Livres; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014. p. 24; DUNNEWOLD, Mary. Plagiarism: proceed with caution. **Student Lawyer**, v. 40, n. 1, p. 17, 2011; GOUDY, Henry. Plagiarism: a fine art. **The Juridical Review**, v. 20, p. 302, 1909; LATOURETTE, Audrey Wolfson. Plagiarism: legal and ethical implications for the university. **Journal of College and University Law**, v. 37, n. 1, p. 15-18, 2010.
- 35 LATOURETTE, Audrey Wolfson. Plagiarism: legal and ethical implications for the university. **Journal of College and University Law**, v. 37, n. 1, 2010. p. 9 *et seq.*
- 36 Para alguns estudos sobre a questão do plágio, os leitores podem consultar: MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; VARELLA, Marcelo Dias. Plágio em trabalhos acadêmicos: proposta de políticas institucionais de integridade. **Revista de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 355-365, 2015; MUNHOZ, Ana; DINIZ, Débora. **Plágio: palavras escondidas**. Brasília: Letras Livres; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014. p. 193; LATOURETTE, Audrey Wolfson. Plagiarism: legal and ethical implications for the university. **Journal of College and University Law**, v. 37, n. 1, p. 1-91, 2010.
- 37 Sobre o conceito de ética minimalista, ver: OGIEN, Ruwen. **L'éthique aujourd'hui: maximalistes et minimalistes**. Paris: Gallimard, 2007. 252 p.
- 38 WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 114. Max Weber estabelece uma distinção entre a ética de convicção e a ética de responsabilidade da forma seguinte: “[...] oposição profunda há entre a atitude de quem se resigna às máximas da ética da convicção — diríamos, em linguagem religiosa, “O cristão cumpre seu dever e, quanto aos resultados da ação, confia em Deus” — e a atitude de quem se orienta pela ética da responsabilidade, que diz: “Devemos responder pelas previsíveis conseqüências de nossos atos”. Ver também: SCHIELL, Timothy C. Using the concept of “traditional ethics” to teach introductory ethics. **Teaching Ethics: The Journal of the Society for Ethics Across the Curriculum**, v. 11, n. 2, p. 117.
- 39 Ver nesse sentido: SCHOPENHAUER, Arthur. **Do mundo como vontade e representação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 153.
- 40 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; VARELLA, Marcelo Dias. Plágio em trabalhos acadêmicos: proposta de políticas institucionais de integridade. **Revista de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 363, 2015.
- 41 As diretrizes encontram-se em: <<http://cnpq.br/diretrizes>>.
- 42 Ver: OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código Hamurabi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: _____. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 143-144; ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Falácias acadêmicas**, 3: o mito do marco teórico. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n.89, p. 1-5, 2008.
- 43 Ver sobre essa questão: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; BORGES, Marcus Vinicius Motter. O método do caso na educação jurídica. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1367, 2016.

ON THE ARTICULATION BETWEEN THE INTERNET AS A RESEARCH INSTRUMENT FOR JURISTS AND ACADEMIC INTEGRITY

ABSTRACT

This article proposes a reflection on the misuse of the Internet as a means for research work. This idea is articulated with the expected academic seriousness in legal works and it is argued that there is no intrinsic problem with the Internet, but rather with jurists' training and the lack of preparation to face the world of research activities. Undoubtedly, the Internet is a boon for the researcher. That being said, the problems related to lawyers' training and a lack of ethics in the maze towards the obtention of the law degree have converted the Internet into a pernicious tool. However, this situation also emanates from the teaching techniques of some law professors, who incite and train law students to compile documents in their works without deploying the reflection expected from a jurist. Giving in to a pernicious use of the Internet, like in cases of plagiarism, is a conundrum of ethical color but, at the same time, originates from the professional stature of law professors. This paper explains that the student's ethics during research work is a declination of the ethics of responsibility of their own professors.

Keywords: Research work. Students' training as jurists. Internet. Ethics. Academic Rigor.

Submetido: 16 dez. 2016
Aprovado: 23 jan. 2017

ANEXO A - Questionário enviado aos Professores das Instituições de Ensino Superior em alguns estados do Brasil.

Estado e Cidade do(a) responsável	Os alunos sabem fazer uma pesquisa jurídica científica na internet? Isto é, sabem buscar as fontes de pesquisa (textos normativos, jurisprudência, relatórios e pareceres, doutrina) nos sites oficiais?	Em referência aos artigos doutrinários, as fontes mais consultadas são as revistas científicas pontuadas?	Há uma tendência de abusar da internet durante a pesquisa ao escolher os portais de "facilidade" (wikipedia, blogs, <i>jus navigandi</i>)?	Os alunos sabem dissociar entre artigos oriundos de um trabalho rigoroso de pesquisa e de reflexão e artigos superficiais?	Os alunos são devidamente informados/formados para poder utilizar a internet como um instrumento de pesquisa?
Ceará — Fortaleza	Parcialmente. Praticamente todos sabem buscar textos de normas e jurisprudências. Quanto à doutrina, observa-se que a busca é uma constante, com referência a diversos sites, mas por vezes a qualidade/densidade da doutrina pode ser questionada.	Não. Fazemos um trabalho constante de divulgação de portais de periódicos, site do CONPEDI e de outros	Sim. O corpo docente da instituição faz um trabalho veemente de educação e alerta quanto ao cuidado com as fontes utilizadas. No caso de sites como JusNavigandi, recomendamos que se observe o currículo do autor e sua titulação.	Muitos não sabem. É preciso o olhar atento do orientador. Ainda se vê com certa frequência, por exemplo, citações de cursos, manuais e sites como Âmbito Jurídico.	Se tem realizado ao longo dos anos algumas atividades educativas nesse sentido, sobretudo com os alunos de Projeto de TCC e das disciplinas de TCC e com os alunos dos programas de pesquisa. Agora em agosto teremos uma atividade agendada para tratar desse assunto com Monitores e alunos de Iniciação Científica.
Ceará — Fortaleza	Em geral, pouco. Tendo mais a dizer "não". Na universidade, por meio do Núcleo de Pesquisa oferece cursos de pesquisa na internet.	Não	Sim	Raramente	Não (apesar de, como disse, haver um curso, que todavia é pouco divulgado entre os alunos do PPGD).
Ceará — Fortaleza	Não. Muitos alunos realizam buscas em sites que sistematizam e resumem as informações	Não. De maneira geral, as buscas de artigos giram em torno das primeiras respostas apresentadas pelo google; no máximo, buscam em anais de congressos, como o CONPEDI.	Sim. Estes sites compõem a maioria dos resultados apresentados pelos alunos em fase inicial de pesquisa.	Não. Como a maioria dos alunos não sabe buscar artigos de qualidade, se baseia em artigos superficiais como se bons fossem.	Não. Apesar dos esforços institucionais em adquirir bases de dados de qualidade, workshops explicativos atingem pequena parcela do alunato, bem como poucos professores dedicam tempo de aula para explicar como fazer pesquisa em bases de dados.

Estado do Nordeste - informação inespecífica a pedido do respondente	Em sua grande maioria, não.	Há um desconhecimento, ainda, em relação à questão do escalonamento de notas do Qualis, entre os alunos, e parte dos professores tem uma ideia genérica sobre esse ranking. Na graduação, os alunos não sabem quais as revistas que estão mais bem pontuadas, nem qual a pontuação que cada estrato representa.	Infelizmente, Jus Navigandi e Wikipédia continuam sendo usados de rotina. No caso da Wikipédia, os orientadores reclamam muito com seus alunos, mas há quem ache "normal" o uso do Jus Navigandi.	Não. Por vezes, falta senso crítico e discernimento sobre o que é um trabalho de pesquisa confiável. Na academia nem sempre se percebe quando um artigo é "opiniático" - pura doxa. Pode se achar normal que um artigo tenha um viés "advocaticio" sem se perceberem os grandes prejuízos de se transferir a lógica enviesada do fórum para dentro da Academia. Ou seja, numa pesquisa jurídica, é fundamental que haja dialeticidade, mediante o confronto desapaixonado de muitas posições discrepantes.	A julgar pelo estágio atual, creio que precisamos continuar sensibilizando os atores sociais envolvidos na cena acadêmica.
Distrito Federal — Brasília	Graduação- nem sempre. Os alunos ainda estão começando a estagiar ou lidar com tais fontes. Mestrado/doutorado - SIM Em geral, são funcionários públicos ou pesquisadores acadêmicos que já atuam com tais fontes.	NAO. As fontes mais utilizadas continuam sendo livros, principalmente na graduação. Talvez pela dificuldade em localizar periódicos, falta de informação ou simplesmente tradição de não procurar em revistas.	NAO, no primeiro encontro já oriento que tais sites são proibidos.	Na pós-graduação talvez, mas observo que os alunos vão mais para buscar artigos por autores renomados do que efetivamente verificar o conteúdo dos mesmos.	NAO. Não é oferecida uma formação para os alunos nesse sentido nem na graduação nem na pós graduação
Distrito Federal — Brasília	Sim, entretanto muitos ainda precisam do auxílio do professor.	Não, as fontes mais consultadas são retiradas de pesquisas simples na Internet.	Sim, principalmente <i>Jus Navigandi</i> e blogs.	Não, definitivamente.	Depende muito do professor para informação. Formação acredito que não.
Distrito Federal — Brasília	Não. Há alguns sites de doutrina que são frequentemente visitados (Jota, Jus navigandi, Ambito jurídico etc.), o que talvez se explique pela quantidade de artigos disponíveis em tais endereços. Há artigos de qualidade e artigos ruins, e os alunos definitivamente não sabem como diferenciá-los, o que é normal, já que estão em processo de aprendizado. Quanto à jurisprudência, os alunos de graduação não sabem como pesquisar.	Não, de modo algum. Em quinze anos como professor, orientando e participando de inúmeras bancas de TCC, raramente vi citações de revistas científicas. Este é um problema da academia brasileira de um modo geral, não dos alunos. Professores não leem tais revistas. Isso talvez se explique pela baixíssima qualidade de alguns artigos publicados, mesmo em revistas com a mais alta pontuação. Entretanto, há algumas disciplinas em que a consulta a revistas é mais constante, como Direito do Trabalho, por exemplo (publicação da RT, que não sei nem se é qualificada!).	Sim, mas a resposta não pode ser tão categórica, pois depende do tema. Se o tema for geral, percebo o uso de manuais; já quando o assunto é mais específico, af a Internet se torna a fonte principal. Quanto ao uso do Wikipédia, acredito que os próprios alunos possuem certo receio em utilizá-lo, então não vejo muita citação desta fonte nos trabalhos que leio.	Não. Havia dito isso anteriormente (pergunta 1). Acredito que eles ainda nem possuem a capacidade de realizar tal avaliação. Compete, portanto, aos professores, guias-los, indicando autores e artigos de qualidade para temas específicos.	Não. Hoje é negável que o aluno sabe utilizar a Internet, o problema é utilizá-la para fins acadêmicos. Não há, nas faculdades, laboratórios para que o aluno aprenda a fazer uma boa pesquisa.

Minas Gerais — Unaf	Não. Um dos problemas que mais enfrentamos aqui é a utilização de fontes com pouco ou quase nenhum valor científico.	Não. A maioria dos artigos utilizados pelos acadêmicos são de revistas sem qualificação, nem mesmo reconhecimento de autoria e relevância. Representa um grande problema enfrentado desde o primeiro período pela Instituição com a realização de artigos científicos pelos acadêmicos.	Sim. Os acadêmicos insistem em realizar pesquisas em locais com pouquíssima ou nenhuma credibilidade, inclusive para a coleta de jurisprudências, muitas vezes não sabem nem acessar os sites dos tribunais.	Não. Preferem a facilidade de encontrar material mais acessível e com primeira busca nos sites, sem verificação de autoria e de origem das informações.	Sim. A Instituição, há aproximadamente 03 (três) anos, implantou, a nível global, a prática de atividades de iniciação científica com os acadêmicos, realizando uma Mostra Científica a cada ano. Os acadêmicos são incentivados à realização de artigos e ao longo do curso busca-se direcioná-los os mesmos para a utilização de artigos de relevância e com fontes cada vez mais confiáveis. Percebe-se uma melhora na atuação dos acadêmicos à medida que são informados da existências destas fontes não seguras
Minas Gerais — Paracatu	Não. Porque não são preparados para a citada atividade.	Sim. Porque estão à disposição na biblioteca e usam as mais conhecidas.	Sim. Pela facilidade e falta de interesse de buscar conhecimento.	Sim. Pela dificuldade de entendimento do primeiro.	Sim. Dando inclusive opções de biblioteca virtual.
Minas Gerais — Patos de Minas	Sim, apesar de não serem adeptos do formalismo acadêmico, possuímos um sistema com vasta base de dados e eventualmente necessitam buscar conteúdos sobre determinada disciplina.	Sim, no caso do UNIPAM o portal vLex é o mais utilizado, em segundo RT Online.	Sim, o que dificulta o aprofundamento de conteúdos, e os instrumentos a evitar tais ferramentas	Poucos alunos conseguem, e são sempre os que possuem tendência à vida acadêmica.	Sim, e são estimulados a usar várias bases de dados, sempre as que possuem maior peso em cada disciplina, no UNIPAM eles têm acesso via portal acadêmico à RT Online, Sarava, vLex, Editora Fórum, Minha Biblioteca, e o sistema de publicações EBSCO.
Paraná — Curitiba	Não. De um modo geral desconhecem revistas eletrônicas e chegam mesmo a citar o Wikipedia	Não. Desconhecem a utilidade e até mesmo a existência de artigos e revistas.	Sim. Buscam “entregar” um trabalho e não aprender com a pesquisa.	Desconhecem por completo. Chegam mesmo a citar em seus trabalhos livros de “resumos”	Sim, mas acham que é desnecessário.
Paraná — Maringá	Não.	Não. No geral os alunos não sabem quais são as revistas mais “pontuadas”. É preciso ensiná-los a buscar essas fontes.	Sim.	Não.	Não. Mesmo os cursos promovidos pela faculdade deixam a desejar.
Pará — Belém	Sim, a Universidade tem livre acesso ao portal de periódicos da CAPES, além de site oficiais	Não tenho essa informação	Não tenho essa informação	Sim, buscamos identificar a confiabilidade da fonte	Sim.

<p>Piauí — Teresina</p>	<p>Depende, dou aula em duas instituições completamente diferentes institucionalmente, em uma delas, a maioria dos alunos de graduação conseguem ter uma noção boa de uma pesquisa de qualidade, já na outra IES a maioria tem um conhecimento e habilidade baixa sobre o assunto, deixando a desejar.</p>	<p>Não, via de regra os artigos são aqueles encontrados nas fontes de acesso aberto na internet. Não importando o conceito de tal revista.</p>	<p>Há, percebe-se com mais facilidade em uma IES, já em outra é raro esse tipo de referência.</p>	<p>Sim, sabem diferenciar, porém não se preocupam em citar os superficiais.</p>	<p>Sim, pelo menos nas minhas aulas eu apresento boas revistas e sites de pesquisa confiáveis.</p>
<p>Rio de Janeiro — Rio de Janeiro</p>	<p>Não. E acho muito controverso chamar de pesquisa científica a tradicional busca exaustiva pelas “fontes” do Direito. Dogmática, ainda que bem feita, não é ciência. Outra questão são os sites oficiais: ainda que dominemos os processos de construção, manutenção e tratamento das bases que eles disponibilizam – o que não fazemos – é muito duvidosa sua capacidade de nos fornecer subsídios para uma pesquisa de caráter científico.</p>	<p>Não. Em parte porque não possuem treinamento para tratar a “doutrina” como bibliografia, ou uma “tese” como um problema de pesquisa. Noutra parte, porque a área de Direito é assaz ineficiente na atividade de indexação e organização de periódicos de alto nível.</p>	<p>Sim. O Google ainda é a mais utilizada ferramenta de busca, e a baixa cientificidade da área bloqueia nos alunos a capacidade de distinguir entre a literatura científica e as “fontes cinzentas”.</p>	<p>Não. Raramente recebem formação metodológica multidisciplinar, muito menos habilidade para reconhecer tratamento de dados quais sejam. São advogados da própria hipótese.</p>	<p>Não. E a Internet também não se apresenta ainda como ferramenta privilegiada para tanto. Poucas são as pesquisas cujas fontes estão amplamente disponibilizadas online.</p>

Rio de Janeiro	Sim. Os alunos conseguem localizar as fontes de que necessitam para realizar suas pesquisas.	Não. A pontuação da revista no Qualis é menos relevante que o renome da instituição de origem.	Não. Os portais de facilidades são pouco prestigiados por serem considerados pouco confiáveis e mal vistos como referências.	Sim. Embora o critério para a seleção de material seja mais impactado pelo viés do pesquisador que pelas referências ou evidências disponíveis.	Não. A instituição espera que esses conhecimentos já sejam dominados pelos alunos.
Rio Grande do Sul — Porto Alegre	Sim. Não creio que isso seja um problema para os nossos alunos. Quando eu lecionava metodologia de pesquisa, eu ensinava tudo isso aos alunos, e imagino que o atual professor da disciplina também o faça.	Não necessariamente. Acredito que isso seja mais uma preocupação dos alunos da pós-graduação. Acredito que na graduação a pontuação das revistas não seja levada em conta.	Não, esses sites não são citados pelos meus alunos.	Depende do nível de desenvolvimento do aluno. Certamente os alunos de primeiro ano de Faculdade não conseguem, mas nos semestres mais avançados essa reflexão se torna possível. Em nível de graduação, gostaria de fazer uma distinção entre alunos que se engajam em grupos de pesquisa versus aqueles que não o fazem. Os alunos do primeiro grupo são muito mais aptos para fazer essas dissociações. Na pós-graduação, este tipo de dissociação é certamente esperado. Sua capacidade de fazê-lo dependerá da formação de base (curso de graduação) do aluno de mestrado.	Tenho conhecimento de que a biblioteca da Universidade oferece cursos de treinamento, assim como empresas tipo Westlaw, que também oferecem treinamentos.

<p>Rio Grande do Sul — Porto Alegre</p>	<p>Sim, os alunos sabem, quando atingem a fase em que é oferecida a minha disciplina, fazer uma pesquisa jurídica científica na Internet, ou possuem facilmente acesso à informação de como se faz isso, seja com consulta a colegas ou com apoio da bibliotecária da IES e os recursos de Internet que a biblioteca oferece. No mais, com uma simples orientação do professor, conseguem potencializar a busca, uma vez que pode o professor indicar sites ou bancos de dados a tanto. Já os alunos de pós-graduação estão mais experientes ainda em tais buscas. Todavia, tal experiência vem mais de conversas com determinados professores e determinados colegas de aula, do que por uma capacitação oferecida pelo curso.</p>	<p>Não, as fontes mais citadas são ainda livros e capítulos de livros disponíveis em meios físicos ou na internet, mas não tanto artigos de revistas disponíveis na Internet. Os alunos ainda não se pautam em revistas eletrônicas pontuadas, por não terem clara essa métrica das pontuações, por um lado, e por terem ainda certo preconceito frente às informações obtidas na Internet – preconceito esse ainda alimentado por orientadores e pesquisadores mais tradicionais. Já na pós-graduação, o sistema Qualis é mais difundido e é levado em conta parcialmente para a citação de uma revista. Eu diria, contudo, que o tema do artigo ainda tem mais relevância do que a pontuação da revista em que ele foi citado, para receber uma eventual citação em um trabalho acadêmico.</p>	<p>Não, na IES em que atuo, não vejo essa tendência, até porque o orientador em algum contato sempre abordará a impropriedade de consultas assim, tão livres e sem parâmetros, na Internet, e abordará o inconveniente de citações assim em bases tão frágeis cientificamente. Todavia, pode que um artigo com título e abordagem interessante, publicado em tais sites, sejam usados como uma referência inicial de investigação.</p>	<p>Sim, os alunos sabem, e mais ainda sabem os de pós-graduação. Todavia, muitos são atraídos a um artigo pelo seu título e pela possibilidade de esse artigo sustentar uma tese sua, e não tanto pelo trabalho rigoroso de pesquisa que ele ensejou.</p>	<p>Não, não vejo em minha IES um esforço institucional para tanto. Eventualmente, aparece um comerciante de alguma revista ou de algum site promovendo um seminário e tal. Penso que os alunos aprendem tais técnicas ou com algum orientador comprometido ou com os próprios colegas.</p>
---	---	--	--	---	--

Rondônia — Porto Velho	Em geral, quanto à jurisprudência e textos normativos os alunos estão habituados a fazer essas buscas na internet, até mesmo em razão dos estágios que fazem. Noto que a grande dificuldade diz respeito à doutrina. Ainda há uma visão muito manualesca na graduação, assim estão acostumados em pesquisar em livros, desconhecendo, na maioria das vezes, os repositórios de artigos científicos de qualidade e como procurá-los na internet. Algumas vezes citam artigos de pouco reconhecimento científico como jus navigandi e outros.	Os alunos, em geral, desconhecem o sistema de pontuação QUALIS dos periódicos, então não buscam artigos com base nesse sistema de pontuação. Os artigos citados são aqueles facilmente achados pelo google, sem maior cuidado quanto à qualidade da fonte.	Sim, é o mais fácil para os acadêmicos, então, acaba sendo a fonte mais usada.	Em geral, não. Os alunos citam o que for específico quanto ao seu tema, sem se atentar para a qualidade da pesquisa feita. Na sua maioria desconhecem o diferencial entre algo superficial e um estudo aprofundado.	Nas aulas de metodologia o professor ensina as ferramentas de busca científicas disponíveis, mostrando as fontes confiáveis de artigos científicos na internet. Da mesma forma o professor orientador faz essas ponderações durante a orientação.
São Paulo — São Paulo	Sim, os alunos têm bastante facilidade. A dificuldade me parece estar em separar o que é material relevante (boa fonte de conhecimento, boa qualidade) de artigos com menos importância científica.	Não. Em geral, os alunos não recorrem à pontuação como referência de qualidade. Autores “conhecidos”, “notórios” são os mais citados – independentemente da fonte.	Sim. Revista Conjuntem se tornado referência – notadamente, artigos curtos de doutrinadores mais tradicionais. Há, contudo, boas exceções.	Difícilmente. O critério é ainda “notoriedade” de pareceristas (e não pesquisadores, mais propriamente). Há, contudo, boas exceções.	Não suficientemente. Cursos de metodologia e orientadores que trazem essa problemática costumam ser exceção.

UMA ANÁLISE CONCEITUAL DA DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INVOCAÇÃO EM DECISÕES DO STF E DA CIDH

Rafael Seixas Santos*
Marcelo Dias Varella**

1 Introdução. 2 A dignidade como um fundamento dos direitos humanos. 2.1 A dignidade funda o reconhecimento dos Direitos Humanos do semelhante. 2.2 A diversidade dos meios e discursos de invocação da dignidade como fundamento dos direitos humanos. 2.3 A fragilidade da dignidade como único fundamento. 3 A defesa dos Direitos Humanos por meio da dignidade em decisões do STF e da CIDH. 3.1 Da força da construção jurisprudencial, ou do porquê de se analisar o arcabouço das decisões judiciais. 3.2 O discurso jurisprudencial na tentativa de formatar um conceito operacional de dignidade: julgados distintos com fundamentação abrangente. 4 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O princípio da dignidade da pessoa humana tem funcionado como fundamento dos Direitos Humanos de modo recorrente em Instituições de relevo nas sociedades democráticas, a exemplo do Supremo Tribunal Federal (STF), no Brasil, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Avaliar como a dignidade pode justificar a aplicação dos Direitos Humanos, inclusive apresentando algumas decisões dessas Cortes, como propõe este texto, contribui para tecer uma fundamentação abrangente a fim de reforçar o emprego da expressão nas diversas esferas sociais. Assim, por meio de uma construção teórica do conceito operacional “dignidade fundamentando Direitos Humanos” e da verificação de seu posicionamento em algumas decisões desses Tribunais, verifica-se a validade e a eficácia do emprego do fundamento. Ainda há amplo campo fértil para o aperfeiçoamento conceitual e para a definição de paradigmas de emprego do fundamento.

Palavras-chave: Dignidade. Fundamento. Direitos Humanos. STF. CIDH.

* Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Discente vinculado ao Programa de Mestrado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). E-mail: <rafaelseixas.email@gmail.com>.

** Doutor em Direito pela Universidade de Paris, Panthéon-Sorbonne (2002). Livre-docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013). Pós-Doutorado em Direito nas Universidades da Califórnia, em Berkeley; George Washington; e Georgetown (2011 e 2012). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. E-mail: <marcelodvarella@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

A importância que o conceito de dignidade da pessoa humana vem assumindo na seara dos preceitos políticos, filosóficos e jurídicos que justificam a defesa das pessoas em face do Estado ou dos outros indivíduos tem posicionado o princípio como um dos fundamentos dos Direitos Humanos. A construção dessa estrutura, que funda os Direitos Humanos em macroprincípios ou valores, como a dignidade, tem sido realizada de modo declarado ou incidental, por Instituições de relevo nas arenas nacionais das diversas sociedades democráticas, a exemplo das Cortes Constitucionais.

A proposta deste texto é avaliar como a dignidade pode fundamentar a aplicação dos Direitos Humanos, especialmente na atividade do Supremo Tribunal Federal e, em nível comparativo, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por meio da análise de conceitos e considerações amplas, formuladas por diversos autores, será construída uma plataforma conceitual homogênea que elucide, em linhas gerais, como ocorre a fundamentação dos Direitos Humanos pela dignidade. Em seguida, será testada a aplicação prática da dignidade como fundamento. O teste se dará por meio da apresentação de alguns casos em que ocorreu o uso da dignidade pelo STF e pela CIDH para fundamentar a tutela de Direitos Humanos.¹

A dignidade é um dos conceitos mais reiteradamente empregados em todo o Direito Constitucional e em Direitos Humanos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico da República e insere a dignidade como fundamento de direitos notadamente humanos em, pelo menos, outras três articulações, como nos artigos 226, §7º;² 227³ e 230⁴. É de se notar que o princípio se encontra previsto, também, nas Constituições de Portugal (art. 1º), da Espanha (art. 10º), da Itália (art. 41), dentre diversas outras.

Quando põe a dignidade da pessoa humana na posição de fundamento dos Direitos Humanos integrantes do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal brasileira reconhece que é o Estado que existe em função dos seres humanos, e não o contrário, uma vez que o bem-estar do ser humano constitui a finalidade precípua, e não um meio da atividade estatal.⁵ E mais, a teoria crítica dos Direitos Humanos urge por uma nova perspectiva, com base em práticas sociais emancipatórias, sob a visão de que os Direitos Humanos são resultados provisórios, e em construção, de lutas sociais por dignidade.⁶

Como um preceito Constitucional, o princípio da dignidade (enquanto componente fundamental dos Direitos Humanos) está em recorrente vertente no Supremo Tribunal Federal. De fato, no Brasil, o STF ocupa destacada posição no campo da definição e do emprego da dignidade como fundamento para os Direitos Humanos, especialmente pela importância e relevância constitucional, social e política conferida a essa Corte e às suas Decisões. Por isso, é importante apresentar o modo como essa Corte Constitucional recorre ao fundamento da

dignidade na defesa dos Direitos Humanos e como as suas Decisões são consentâneas (ou não) com as Decisões da CIDH.

Todavia, como se verá no decorrer do texto, a Suprema Corte tem se valido do argumento da dignidade como fundamento de Direitos Humanos não somente em casos relevantes do ponto de vista da abstração conceitual, mas também em passagens ordinárias.⁷ De igual modo, o Tribunal tem empregado o conceito operacional⁸ com tão amplo espectro de alcance que, em incontáveis episódios, se pode verificar sua invocação – o que representa uma banalização do instituto. Com efeito, isso não representa algo necessariamente ruim para o universo dos Direitos Humanos, como se revelará adiante. Tais limites são definidos em razão do desenvolvimento histórico-cultural da sociedade e de seus valores.⁹

Como já anotado, o emprego exacerbado do princípio da dignidade como fundamento de Direitos Humanos conduz a sua efemerização. É recomendável certa cautela, por parte do STF (e de seus membros) e da CIDH, no emprego da expressão como fundamento das suas Decisões, especialmente em razão da grave missão que lhes é confiada na Carta Política e nas normas internacionais. É preciso atenção ao emprego do princípio da dignidade da pessoa humana, pois os excessos de aplicações inflacionadas podem ensejar seu esvaziamento material e eficaz, e uma postura mais harmônica ou padronizada parece ser uma alternativa para não se cair em um vazio conceitual.

Portanto, o texto objetiva validar o emprego da dignidade como fundamento para aplicação dos Direitos Humanos por meio da exploração de conceitos gerais e da apresentação de alguns casos em que ocorre a invocação do conceito operacional nas Decisões do STF e da CIDH.

2 A DIGNIDADE COMO UM FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Um dos campos de mais acidentado relevo na esfera da dignidade humana é o da sua conceituação e assimilação como fundamento para os Direitos Humanos. Em razão disso, é necessário adotar um sentido prático, um conceito abrangente e viável, a fim de se amalgamar e comparar com aquele que o STF e a CIDH têm construído.

Ao se verificar a dignidade enquanto princípio e escopo de interpretação, é preciso imaginar um sujeito dotado de valor intrínseco, que conta com garantias (e com Direitos Humanos) e que deve ser encarado como um fim em si mesmo, em que pesem as consequências que suas ações (ou omissões) possam trazer à sociedade de que faz parte, dado que a dignidade humana condecora um ser racional, que carrega um fim em si mesmo.¹⁰

De início, não há como olvidar da ideia kantiana, segundo a qual a dignidade diferencia o ser racional dos demais e, ao lhe conferir autonomia,

torna o indivíduo capaz de se autodeterminar.¹¹ A autonomia é, assim, um dos elementos caracterizadores da dignidade. Tal autonomia somente encontra pleno exercício quando seu titular dispõe de liberdade, de modo que o próprio Estado tenha a obrigação negativa (de não interferir no campo das liberdades humanas básicas, exceto nos casos de violações inter-humanas) e desde que os cidadãos semelhantes reconheçam e respeitem a liberdade individual. Em outras palavras, dignidade pressupõe igualdade.

É que o universo dos Direitos Humanos é transdisciplinar e goza de atributos especiais: a universalidade e a indivisibilidade.¹² Isso decorre da miríade de os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais serem resultantes da soma do valor da liberdade com o valor da igualdade; e o cenário se torna mais complexo à medida que o movimento da internacionalização do Direito se intensifica e por ele passam as torrentes de mecanismos e meios de promoção de Direitos Humanos pela desconstrução individualista de valores. Valores individuais passam a sobressair em face de valores coletivos.¹³

Sob o aspecto jurídico e político-constitucional, uma pessoa que decide praticar comportamentos que sejam protegidos pela reserva de intimidade da vida privada em local público, por exemplo, não está, em virtude desse comportamento, renunciando seu direito, mas sim o exercendo conforme suas próprias preferências e concepções.¹⁴

Assim, dada a inserção social dos agentes detentores de Direitos Humanos, associada às liberdades civis, políticas, econômicas e diversas outras, o campo de aplicação desses direitos permeia a realidade política que seus portadores e que os próprios direitos integram. Desse modo, verifica-se que a dignidade, ao supedanear Direitos Humanos, não prevê a necessária adoção de um meio específico de vida ou de existência.

2.1 A DIGNIDADE FUNDA O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DO SEMELHANTE

Somente por meio da apreensão de que o desenvolvimento do direito do semelhante é gerado pela existência de dignidade no outro é que se podem fundar Direitos Humanos que são, por sua natureza, intrínsecos, mas de reconhecimento exterior.

As arenas que empregam o fundamento da dignidade em suas decisões – sobretudo as Cortes Constitucionais – devem ter em verte, na construção de seus conceitos jurídicos, a ideia de dignidade como igualdade e, por isso, decorrente do reconhecimento do indivíduo pelos semelhantes, o que acaba por tornar o instituto um conceito político, mas que, ao mesmo tempo, deve ser abrangente o suficiente para fundamentar os Direitos Humanos. Curioso é como tal percepção se amolda ao liberalismo político que dispõe caber aos cidadãos o estabelecimento da forma de relacionamento de valores de domínio político com outros valores de sua doutrina abrangente.¹⁵

Portanto, a dignidade, como princípio-âncora dos Direitos Humanos, deve repousar em uma visão política e abrangente, para que se construa uma conceituação plana e homogênea sob o aspecto do alcance e da durabilidade, e não como algo meramente utilitarista. Sobre os mecanismos de alcance e de promoção dos direitos, a dignidade da pessoa humana tem de ser vista como fundamento de um direito geral e amplo de igualdade e liberdade, atingível pela instrumentalização de um direito de igual liberdade.¹⁶

Como macroprincípio, a dignidade é um instrumento de avaliação da dimensão normativa da Constituição, tendo a função de fundamentar a Ordem Jurídica dos Direitos Humanos, sendo, inclusive, fonte de observação e integração.¹⁷ Desse modo, quando os Tribunais, de um modo geral, constroem a doutrina da dignidade como fundamento judicial, devem estar atentos à Ordem Constitucional e ao processo de formação da jurisprudência – elemento que edifica conceitos reprodutíveis e que deve ser encarado como tecido fino, de cuja construção somente podem participar vetores caros ao Direito.¹⁸

Ao buscar elementos-padrão que sirvam de fundamento aos direitos humanos, é necessário que as Instituições¹⁹ busquem superar a vagueza da definição do conceito, a volatilidade ou variabilidade de tal categoria de direitos e a heterogeneidade e a antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas – tão perceptíveis quando estão em discussão os direitos sociais.

Com efeito, a dignidade humana não deve ser utilizada como forma de repressão a um grupo minoritário (ainda que radical) ou como fundamento para cercear a liberdade de expressão, como ocorre em alguns movimentos sociais domésticos e internacionais. O uso indefinido da dignidade como argumento de reforço do discurso do ódio pode conduzir à banalização do princípio e à sua ruína enquanto pilar para os Direitos Humanos.

A teor dos usos extremistas ou indevidos da dignidade fundamentando Direitos Humanos, quando se buscam definições para “dignidade humana” ou “igual reconhecimento e respeito”, pode-se recorrer às várias definições legais ou apenas pensar na Gestapo Alemã torturando um oponente político do Holocausto²⁰ em nome da “dignidade” de alguns.

Dada a relatividade temporal e física a que se sujeitam os Direitos Humanos, o estabelecimento de elementos padronizados – os quais, em tese, se repetiriam em cada situação concreta e em cada conceito de direito humano de cada sociedade – não aponta para uma uniformidade ou para a universalização do conceito.

Por outro lado, a fundamentação, o pavimento sobre o qual se desenvolvem os Direitos Humanos pode ser composto de uma amálgama de macroprincípios que carregam consigo a dignidade humana.

2.2 A DIVERSIDADE DOS MEIOS E DISCURSOS DE INVOCAÇÃO DA DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Na investigação dos fundamentos imutáveis dos direitos do homem, repousa a asseverada crítica de que essa “ilusão” já não é mais possível hoje e toda busca do fundamento absoluto somente pode ser infundada.²¹ É preciso verificar como a dignidade pode integrar a composição basilar dos direitos fundamentais em um dado momento histórico e, em outro, por mais absurdo que possa parecer, seja a dignidade invocada como meio de repelir aqueles direitos.²²

É que os Direitos Humanos, além de relativos e oscilantes em modalidades e em âmbito de aplicação, apresentam, também, um comportamento crescente, desde que sejam preenchidos os requisitos democráticos básicos e sejam aceitos os meios de *enforcement* domésticos e internacionais mais comuns.

Quanto mais direitos são concedidos a um indivíduo, maior será sua propensão a exigir mais e mais direitos – especialmente direitos humanos. Isso se deve ao fato de que o indivíduo, ao perceber o “aumento” (e não a mera inflação) de sua dignidade, sente-se mais confortável para requerer maiores liberdades, como se houvesse uma tendência ou efeito cascata/dominó.²³

Sobre o sistema expansionista que adotam os Direitos Humanos – em razão de maiores avanços sociais, por exemplo – parece assentar uma curiosa harmonia entre polos opostos de poder. É que a bandeira dos Direitos Humanos (ou de sua expansão) é deveras conveniente a reforçar os variados discursos, por meio da formação de uma ideologia dominante.²⁴

A difusão dos Direitos Humanos e as exigências no tocante a sua promoção permitem verificar que o exercício continuado da democracia política admite, paulatinamente, a ampliação do gozo dos Direitos Humanos, criando um círculo virtuoso no qual a cultura política também se modificaria,²⁵ especialmente porque os referidos direitos integram uma plataforma ou um palanque para a obtenção de mais direitos.²⁶

A dignidade é invocada como fundamentação de Direitos Humanos quando, por exemplo, tal categoria de direitos é maculada, ferida ou ignorada, eis que os direitos são manifestações das transformações da sociedade moderna.²⁷ Nessa situação, os Estados – provedores de liberdade e autonomia (componentes da dignidade) –, por não desempenharem o papel estabilizador de maneira eficiente, recaem em crises institucionais de legitimidade e de política nacional. É que os Direitos Humanos proveem um padrão moral da legitimidade política nacional e também emergem como um “padrão político internacional de legitimidade.”²⁸

Pelo que se pode depreender que a violação de Direitos Humanos, por carência do provimento de elementos que lhes sejam fundantes – como a dignidade, em exemplo concreto – compromete a legitimidade das instituições nacionais e internacionais. O aludido comprometimento reforça o discurso dos

excluídos e dá azo aos movimentos de reforma social e enseja diversas manifestações, o que faz da crise um instrumento de transformação.²⁹

Portanto, a jurisprudência de casos, construída pelo STF, quando pertinente ao emprego da dignidade como mecanismo de promoção ou proteção de Direitos Humanos, deve construir uma estrutura sólida, de modo que seja válida a formar um conceito útil para a interpretação de normas atinentes àqueles direitos (humanos).

2.3 A FRAGILIDADE DA DIGNIDADE COMO ÚNICO FUNDAMENTO

Há oposição, na realidade acadêmica, para a dignidade servir de único fundamento aos Direitos Humanos. A referida corrente, apesar de considerar a dignidade inerente ao ser humano, refuta, e com razão, a fundação dos Direitos Humanos unicamente pela dignidade.³⁰

Compreende-se que a dignidade não pode funcionar como único esteio para os Direitos Humanos. Inclusive, se assim o fosse, de um lado, sua quebra seria facilitada e, de outro ângulo, o surgimento de valores ou vontades humanas travestidas de “direitos” seriam facilmente justificados como ensejadores ou promotores da dignidade e, sob tal égide, deveriam ser tutelados pelo Estado.

O objetivo primordial dos Direitos Humanos, enquanto processos de conquista e ampliação do campo de desenvolvimento da vida humana, é o de assegurar (ou promover) a vida com dignidade, como o é feito na positivação constitucional brasileira, e a promoção da vida com dignidade pressupõe um corolário de Direitos Humanos que sejam pautados em processos igualitários na aquisição e no acesso aos bens e aos valores humanos.

A Constituição Cidadã, ao prever a dignidade como fundamento da República, erigiu o macroprincípio à vertente de interpretação dos direitos fundamentais – previstos no art. 5º da CF e em tantas outras passagens –, que consubstanciam a aplicação doméstica dos Direitos Humanos.

Anote-se que a Constituição, ao gravar a dignidade humana como cláusula pétrea,³¹ pretende conferir máxima efetividade aos direitos humanos fundamentais, por situá-la em lugar de destaque no ordenamento jurídico-constitucional. Referida constatação reforça a reflexão que defende o alto preço do preceito ‘dignidade’ e corrobora a tese de que o emprego do instituto pelos tribunais deve ser reservado a construções jurídicas de relevo na estrutura social.

Como o titular da dignidade é o sujeito que ostenta Direitos Humanos, resta ao Estado prover-lhe condições para o desenvolvimento desses direitos e repelir injustas agressões. Isso se dá, em larga medida, porque o atributo “dignidade” está desvencilhado das circunstâncias pessoais de seu portador.³²

O reconhecimento do direito do outro como resultante de sua dignidade advém da noção de igualdade, de sorte que, características de índole étnica, de raça, de condição social, ou gênero, não possuem o condão de repelir a funda-

mentação do direito daqueles humanos em sua dignidade e em outros valores e macroprincípios, por exemplo, o da isonomia.

3 A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DA DIGNIDADE EM DECISÕES DO STF E DA CIDH

Diariamente, as Decisões do Supremo Tribunal se tornam manchetes dos principais jornais brasileiros, e nos mais variados temas, como política, economia, cultura, sexualidade, etc. A interpretação e jurisdição constitucionais têm verificado um elo político fundamental entre indivíduos e Estados, traçado pelos Direitos Humanos, em vista do que o Supremo, em suas decisões multifacetadas, tem-se tornado objeto de diversos estudos.

É surpreendente a atenção que os não especialistas voltam ao STF, e é instigante o crescimento do número de brasileiros que vai verificando, nas decisões do Tribunal, questões cruciais de natureza política, moral ou econômica, a partir de uma linguagem de compreensão difícil.³³ A proeminência do Tribunal no cenário político do país é fato notório, e suas orientações do emprego da dignidade como mecanismo de justificação dos Direitos Humanos têm influência ímpar nas decisões judiciais, políticas e econômicas do país.

3.1 DA FORÇA DA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL, OU DO PORQUÊ DE SE ANALISAR O ARCABOUÇO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ao ocupar destacada posição no campo da definição e do emprego da dignidade como fundamento para os Direitos Humanos, a Corte Constitucional do Brasil deve oferecer socorro às questões que lhe são apresentadas e, naturalmente – dada a universalidade e transnacionalidade daqueles direitos – elaborar decisões consentâneas com as decisões da CIDH.

No entanto, o conceito operacional³⁴ tem aparições usuais carregadas de uma abrangência tão marcante que o desenho que se esboça é de efemerização do instituto.

O fortalecimento da autoridade da Corte Suprema (e dos Tribunais em geral) parece ter sido uma consequência do descrédito da população no Congresso Nacional e nas arenas políticas em planos regionais,³⁵ enquanto legítimos garantidores dos Direitos Humanos, e na expansão do sistema econômico de mercado. Nesse contexto, para os detentores de poder econômico (e de influência política), os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, usualmente premiados por demandas populistas.³⁶

Entrementes, o resultado da apreciação de certos casos pelo STF, quando atinentes à utilização da dignidade como fundamento e mecanismo de aplicação ou garantia de Direitos Humanos, deve conduzir à conceituação da relação e à

sedimentação do princípio enquanto matiz válido de interpretação de normas atinentes àqueles direitos (humanos).

Especialmente no contexto de mudança cultural e da exigência popular de repressão aos abusos e às violações, o Governo (pelas Instituições que, em um cenário natural, elaboram políticas públicas) ou as Instituições preexistentes, mas não elaboradoras voluntárias de políticas públicas, como o STF, devem preconizar a garantia e a promoção dos Direitos Humanos. Tal fato decorre da crescente pressão das organizações internas e internacionais para que se promovam e cumpram Direitos Humanos.³⁷ Na mesma via, correm as decisões da CIDH, que tutelam os Direitos Humanos em âmbito Americano.

Por isso, é importante apresentar os julgados daqueles Tribunais, onde se encontram razões ou justificativas para a invocação da dignidade como plano de sustentação dos direitos de liberdade, de cidadania, de autonomia, de qualidade de vida, enfim, de Direitos Humanos.

A construção do conceito de dignidade da pessoa humana na CIDH e em outros tribunais internacionais deriva de certa forma dos conceitos criados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. O texto se inicia com a evocação do princípio da dignidade da pessoa humana logo no primeiro parágrafo do preâmbulo,³⁸ e, da sua mera leitura, percebe-se que a dignidade não é fundacional dos Direitos Humanos, mas reconhecida em paralelo com o direito à igualdade. Dignidade e igualdade fundamentam liberdade, justiça e paz. Em seguida, a Declaração coloca os demais direitos como requisitos (e não apenas como fundamento) para que haja dignidade. Desse modo, a fim de que exista dignidade, é preciso segurança social, cooperação internacional, respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais,³⁹ além de trabalho com salário suficiente para manter uma “existência digna.”⁴⁰ De qualquer modo, houve o êxito de determinar o repúdio ao sexismo, antissemitismo, racismo.

A Convenção Americana de Direitos Humanos garante o direito à vida. A Corte IDH precisa o conceito ao falar em vida *digna*. A dignidade é condição para o exercício do direito à vida. O direito à vida está no art. 4º e compreende a proteção contra a morte. Nesse contexto, considera-se a vida desde a concepção. O início da vida na concepção é questionado na Corte IDH, sobretudo no tocante ao descarte de embriões *in vitro*. A partir da interpretação evolutiva do texto, que claramente coloca o início da vida na concepção, discutiu-se a legalidade da legislação da Costa Rica que previa a existência da proteção da vida na concepção extrauterina e, portanto, a proibição de descarte e uso de embriões. Logo, acabava-se por proibir a fertilização *in vitro*.

Na visão da Corte, dizer o início da vida significaria violar o direito de liberdade religiosa, porque o próprio início da vida varia conforme a religião. O artifício argumentativo viabilizou a interpretação contra o texto literal do tratado. O momento do início da vida foi finalmente concluído pela implantação do óvulo. A Corte usa ainda como argumento que uma interpretação diferente

significaria o uso do aborto ilegal, inseguro e seria sim uma violação ao direito à vida. Provavelmente teria sido melhor usar da margem nacional de apreciação, deixando a cada Estado regular o tema, conforme sua cultura e especificidade ou então ter ponderado melhor os fundamentos da sentença.⁴¹

De outro, na jurisprudência da Corte, não se proíbe a pena de morte, que fica restrita aos delitos mais graves e quando houver condenação judicial. Determina-se o não reestabelecimento da pena de morte nos países em que houver sido abolida; a inexistência de pena de morte para crimes políticos, para os menores de dezoito e para maiores de setenta anos.

A pena de morte exige a individualização da pena e sua punição na medida da sua culpabilidade e participação.⁴² A ideia, já exposta em diferentes casos, é a redução gradual da pena de morte até o desaparecimento. A interpretação contínua do princípio *pro persona* e o não retrocesso previsto no art. 4º da CADH garantem a evolução gradual em direção a sua extinção. A questão se colocou em Barbados, no tocante às competências do Conselho Privado de Barbados, que exercia o poder de aconselhamento ao Governador sobre a clemência dos condenados à morte.⁴³

No tocante aos presos, por exemplo, a Corte IDH assente que o Estado tem o dever de zelar pelo desenvolvimento de vida digna, de todos aqueles sob sua jurisdição, inclusive presos.⁴⁴ Os detentos não devem ser submetidos a níveis “inevitáveis de sofrimento intrínseco à detenção”, assegurando-se a sua saúde e o seu bem-estar de forma adequada, bem como assistência médica.⁴⁵

No contexto europeu, várias decisões confirmam a responsabilidade do Estado quando está intervindo em outros países, ainda que a intervenção não seja reconhecida pela comunidade internacional. A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou em diferentes ocasiões os Estados europeus agindo em nome da Organização das Nações Unidas como responsáveis por ações e omissões que geraram violações aos Direitos Humanos.⁴⁶

O mesmo conceito se desenvolve em vários elementos, dentro da ideia de projeto de vida, vida digna como direito de conhecer sua história (comissões da verdade, leis de anistia), morte digna, falta de dignidade na espera pelo corredor da morte, individualidade, liberdade e propriedade, com forte desenvolvimento argumentativo.

3.2 O DISCURSO JURISPRUDENCIAL NA TENTATIVA DE FORMATAR UM CONCEITO OPERACIONAL DE DIGNIDADE: JULGADOS DISTINTOS COM FUNDAMENTAÇÃO ABRANGENTE

O STF emprega a dignidade para repelir qualquer agressão ao ser humano, a fim de evitar prisões, torturas, maus-tratos e qualquer outra forma de violação da autonomia individual inclusive em âmbito processual. Tal orientação parece emergir de uma tentativa de escapar de eventuais submissões de seus julgados à Corte Internacional por meio da expansão da tutela doméstica (prestada pela Corte Constitucional).

Nesse diapasão, é oportuno reforçar o caráter plurivalente dos Direitos Humanos, esteados na dignidade, e frisar a lição de que, em uma visão abrangente, os Direitos Humanos devem ser considerados como a colocação em prática de disposições críticas em relação ao conjunto de posições desiguais que as pessoas e os grupos ocupam.⁴⁷

Passa-se, nesse ponto, a apresentar o comportamento – por vezes volátil – da jurisprudência, enquanto discurso construído pelo STF, a fim de verificar como a conceituação da dignidade pode representar um argumento na defesa de Direitos Humanos pelo Tribunal.

A Corte constrói bases para os Direitos Humanos – suas garantias e seus meios de exercício – com o emprego da dignidade, por exemplo, ao firmar que a duração prolongada e irrazoável da prisão cautelar de uma pessoa ofende o postulado da dignidade da pessoa humana.⁴⁸ O argumento central do Tribunal é a altivez do princípio veiculado no artigo 1º, inciso III, da CF/88,⁴⁹ como valor-fonte conformador de todo o ordenamento constitucional vigente no país.

No mesmo sentido, de linha exemplificativa, pode-se extrair pequeno trecho do Voto condutor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental versante sobre os presídios domésticos – em que, apenas no julgamento das medidas cautelares pleiteadas, já foi construída uma lição de direitos fundamentais. A Corte esposou uma argumentação interessante, no que concerne à viabilidade da dignidade como fundamento. Na hipótese, entendendo-se a relevância da impopular pauta dos Direitos Humanos dos presidiários (um grupo estigmatizado), buscou-se a dignidade para deferir algumas das medidas cautelares, consistentes na liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, e a realização de audiências de custódia.⁵⁰

O caso em verte, no tocante ao cenário caótico dos presídios brasileiros e da conseqüente violação dos Direitos Humanos dos presidiários, autoriza pelos mais diversos argumentos – devidamente esposados no julgamento das cautelares – a ampla invocação da dignidade com fundamento para a decisão, quando presentes elementos concretos, construídos no próprio texto, para a prática. Apenas para ilustrar, veja-se que a expressão ‘dignidade’ aparece no inteiro teor do Acórdão mais de 90 (noventa) vezes (no julgamento das medidas cautelares, uma vez que ainda não se julgou o mérito da questão), – a denotar a preocupação do Tribunal com o preceito fundamental (e fundante).

Com a mesma orientação julga a Corte IDH, ao assentar que o isolamento prolongado e a falta de comunicação de um preso representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas à liberdade psíquica e moral da pessoa e do direito de todo detido ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.⁵¹

A inteligência das cortes é conferir a máxima efetividade à proteção da pessoa humana contra tratamentos desumanos ou degradantes, por meio da invocação da dignidade como fundamento. Quando se priva uma pessoa da

vida, também é infringida sua integridade pessoal, de modo que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.⁵²

Assim, naqueles casos, a veiculação do argumento é amparada pelo elevado valor das garantias envolvidas e protegidas pelos setores. À mercê da carência de ação do Poder Público, o Poder Judiciário tem assumido o papel de orientador da ação pública coordenada e lavrado decisões, em que pese acoimadas de ativistas, mas que garantem efetivamente, e em casos concretos, Direitos Humanos.

Exemplo processual interessante foi a Ação Direta (ADI) que objetivou a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do estado de Santa Catarina que previa a chamada “defensoria pública dativa”, empregada pelo estado com o fito de burlar a obrigatoriedade da criação da Defensoria Pública Estadual.⁵³ Ao apreciar o caso, o STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição estadual por afronta à dignidade do ser humano, que lhe garante direitos de ampla defesa, livre acesso à justiça, “defensor natural”, enfim, Direitos Humanos.

A conceituação daquele Tribunal é de que o direito à Assistência Judiciária gratuita, como caráter de direito inerente à pessoa humana, pauta-se na dignidade. A dignidade é um “valor-fonte” de todo o ordenamento constitucional e, portanto, deve ser invocada na defesa de qualquer direito humano em virtude da posição central e da essencialidade do instituto.

No Brasil, em virtude do conceito produzido jurisprudencialmente pelo Tribunal, verifica-se que o “direito sexual” pode ser fundamentado na dignidade. Tal foi o caso do reconhecimento do instituto da união homoafetiva,⁵⁴ em que se assentou que a busca da felicidade se posiciona como direito do ser humano no exercício de sua dignidade.

O reconhecimento do direito à orientação sexual prepara terreno para o exercício do “direito à autoestima”, e toda forma de preconceito deve ser banida, em virtude do “direito à busca da felicidade” com a proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual.

A inclusão, no corpo social, do direito à escolha de orientação sexual particulariza-se, para o STF, como emanção direta do princípio da dignidade. Como direito à autoestima, situado no mais elevado ponto da consciência do indivíduo, a dignidade fundamenta o direito humano “da busca da felicidade”, seja ela na área afetiva, sexual, seja em qualquer manifestação da vida privada. Mais uma vez, a Suprema Corte cuidou de abrir o corolário da dignidade para dela emergirem Direitos Humanos, o que reforça a tese de fundamento.

No entanto, as invocações da dignidade pelo STF nem sempre se preocupam com a altivez do princípio e podem, conseqüentemente, representar momentos de inflação do conceito. A Ação Direta⁵⁵ que tratou do regime de

preferências subjetivas para o recebimento de precatórios, estatuído pela EC nº 62/2009, de cunho tributário e processual, é outro julgado em que se empregou a dignidade para fundar um processo de aquisição de Direitos Humanos no Brasil. A dignidade é razão de preferir idosos e portadores de deficiência no pagamento das verbas, porque o pagamento prioritário promove, de modo razoável, a dignidade da pessoa humana.

Assim, Direitos Humanos de caráter econômico podem ser ranqueados em virtude de condições pessoais de seu detentor porque tal escalonamento, na inteligência do STF, promove a dignidade da pessoa humana.

Na seara eleitoral, é de se anotar a ADI que questionava os critérios de doações para partidos políticos, por pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos, que foi julgada parcialmente procedente, a fim de coibir doações por pessoas jurídicas a partidos políticos. No caso, a inconstitucionalidade foi fundamentada em diversos preceitos⁵⁶ e, curiosamente, exsurtiu, na argumentação para retificar os limites previstos na legislação, a expressão da dignidade, empregada em uma “postura mais ativa” do Supremo Tribunal Federal.⁵⁷ No julgado, a dignidade emerge em excerto de citação do Acórdão: “em matérias como a presente não se reduz jamais ao campo estrito da hermenêutica constitucional, exurgindo, antes de tudo, como autêntica questão de modelagem institucional no Estado Democrático brasileiro.”⁵⁸

Outra passagem que segue o ímpeto de abrangência do Tribunal foi a garantia do levantamento dos valores recolhidos a título de FGTS⁵⁹ aos empregados admitidos para desempenhar funções administrativas no poder público sem a realização de concurso e desligados até 28 de julho de 2001.⁶⁰ É que, para a Corte, mesmo que ‘contratados’ a título precário e com incorreção procedimental, o caráter social do fundo evidencia uma ponderada escolha legislativa, que cuida de aperfeiçoar a aplicação e a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. De modo que a liberação para levantamento dos importes deve ser assegurada também àquele contratado por instrumento eivado da nulidade consistente na ausência de submissão do trabalhador a prévio certame público. As passagens abaixo ilustram a ideia:

O caráter social do FGTS, enquanto integrante de política pública de notáveis dimensões comunitárias e sociais, evidencia quão ponderada foi a escolha legislativa, para aperfeiçoar a eficácia dos princípios da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e do emprego, ao assegurá-lo também no contrato de trabalho nulo pela ausência de submissão do trabalhador a certame público. [...] Os dispositivos acimados de inconstitucionais na presente ADI visam apenas a diminuir, ainda que minimamente, o prejuízo sofrido pelo trabalhador que entrega a sua força de trabalho de boa-fé à Administração Pública -, como poderia fazê-lo a qualquer outro empregador-, mas resta privado dos direitos trabalhistas basilares consagrados no art. 7º da Magna Carta, fundamentais à dignidade da pessoa humana.

No sistema jurídico brasileiro, há normas expressas⁶¹ proibindo condutas que violem a dignidade e, não raro, disciplinam como aplicar o preceito, o que significa a densificação do instituto por incorporação ou por produção normativa direta do constituinte, ou do legislador. Em tais casos, intuitivamente, o intérprete aplicará a regra positivada, sem a necessidade da busca hermenêutica pelo valor ou princípio mais elevado.⁶²

Ocorre que a atividade de recorrência ao princípio da dignidade em tantas atividades usualmente ordinárias pelo STF não é o preenchimento de lacunas normativas, mas a retórica via da facilidade da argumentação principiológica.

Ora, frise-se que a dignidade está em jogo quando é negada ao indivíduo a sua capacidade de autodeterminação em esferas básicas de sobrevivência, mas não em qualquer violação ou aparente desrespeito a seus valores inerentes.

A ideia subjacente é que o próprio conceito de dignidade da pessoa humana pode deslegitimar-se quando for utilizado como recurso argumentativo em temas que tem relação muito indireta com esse conceito, como o Direito Tributário, por exemplo. Se todos e quaisquer temas forem enquadrados como “dignidade da pessoa humana”, o resultado pode ser negativo para a própria seriedade da construção do conceito de dignidade da pessoa humana.

Violações à autonomia do indivíduo que tenham o condão de prejudicar sua autonomia, liberdade e seu projeto de vida é que se apresentam violação à dignidade. Assim se tece um conceito valoroso e resguardado da dignidade fundamentadora.⁶³

Com tal alargamento conceitual, o Tribunal tem materializado a dignidade num curinga jurídico, o que contribui para seu uso como plataforma de Direitos Humanos. O que o Tribunal empreende quando recorre à dignidade para fundamentar as mais diversas (e até antagônicas) situações é uma constitucionalização simbólica⁶⁴ do conceito operacional, para validar questões distantes do próprio conceito.

É preciso atenção da Corte para evitar as aplicações exageradas do conceito operacional.⁶⁵ A invocação de princípios se apresenta como uma panaceia que soluciona todos os conflitos de cunho jurídico-constitucional, sabendo o Tribunal que a popularização desta invocação empresta um tom de respeitabilidade a qualquer tese, mesmo as mais absurdas.⁶⁶

Como já registrado, não é um aparente desrespeito, por vezes, de resvalada importância, a valores tangenciais aos Direitos Humanos que autoriza o emprego da dignidade para, no amplamente debatido exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da lei do estado do Rio de Janeiro que regulamentava exposições e competições entre aves. A promoção de brigas entre aves das raças combatentes no emblemático caso, para o STF, ofende a dignidade humana, ao estimular emoções primitivas e irracionais, porque diminuem o ser humano:⁶⁷ rinha de galos afronta a *dignitás*.

Os diversos casos decididos pelo STF revelam inconstância no cuidado com os princípios constitucionais. Cuida-se, muitas vezes, de construções dogmáticas sem o crivo seletivo de uma percepção jurídico-constitucional nacionalizada.⁶⁸ A afirmação dos Direitos Humanos como decorrentes da garantia de dignidade ao ser humano cria espaço de discussão quanto aos mecanismos de segurança e garantia de tais direitos.

Assim, a “novidade” do emprego dos Direitos Humanos como supedâneo digno de decisões judiciais e a grande repercussão que o tema alcança no âmbito jurídico-constitucional e internacional contribuem para a dificuldade de conceituação da categoria, mas, ao mesmo tempo, corroboram o emprego da dignidade como elemento fundante. Tais mecanismos inovadores de garantia dos Direitos Humanos já foram apontados como causas dos problemas de interpretação e fundamentação.⁶⁹

Em que pese a fundamentação dos Direitos Humanos na dignidade, esta está, *a priori*, excluída de fatos cotidianos ou banais,⁷⁰ a invocação costumeira e consuetudinária do fundamento em relações causais confere reconhecimento popular ao conceito operacional. Isso ocorre porque o uso exacerbado do fundamento “dignidade” contribui para o seu crescente emprego e para a recorrência de sua invocação nas variadas esferas sociais, elucidando uma possível fundamentação abrangente para o emprego da expressão.

De toda sorte, a justa medida no emprego do fundamento, em que pese o favorecimento na expansão das bases dos Direitos Humanos que o emprego recorrente encerra, é medida recomendada. A banalização, por mais resultados positivos que encerre em curto prazo, deve ser comedida, uma vez que o exagero do emprego conduz à perda de valor e a inserção do fundamento na barafunda dos chavões jurídicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode repelir a dignidade da base de desenvolvimento e da aplicação dos Direitos Humanos. Pelo contrário, a evolução do conceito de dignidade e a sedimentação de sua aceitação prática, em especial na democracia brasileira, podem proporcionar avanços tanto no reconhecimento quanto na aplicação dos Direitos Humanos.

O fulcro que os Direitos Humanos encontram na dignidade contribui para o desenvolvimento da democracia, haja vista a conseqüente assimilação de que é o Estado que existe em função do ser humano, e não o contrário.

Nesse contexto, o plano sobre o qual se desenvolvem os Direitos Humanos é cravejado de macroprincípios, dentre os quais se destaca a dignidade humana.

A dignidade, como reconhecimento do ser humano pelos semelhantes, é um conceito político e deve ser abrangente o suficiente para fundamentar os Direitos Humanos. Portanto, a dignidade deve ser desenvolvida como conceito e como prática, numa visão política abrangente.

O elemento fundante “dignidade” está associado, em termos gerais, com as condições que favorecem a vida e o desenvolvimento das virtudes humanas que se consubstanciam em Direito Humanos de cunho político, social, econômico.

Quanto mais direitos são concedidos a um indivíduo, maior será sua propensão a exigir mais e mais direitos humanos. Assim, o fenômeno “cascata” toma força, em larga medida, porque o atributo “dignidade” está desvencilhado das circunstâncias pessoais de seu portador e funda Direitos Humanos, que são universalizáveis.

Ao mesmo tempo, é necessária cautela na invocação da dignidade como fundamento de direitos, especialmente em razão dos malefícios oriundos de aplicações inflacionadas e do uso indevido na justificação do discurso do ódio ou de quaisquer discursos extremistas.

Somente quando a autonomia do indivíduo sofrer ameaças de consideração que tenham o condão de lhe minorar as condições de sobrevivência é que se apresenta uma quebra de dignidade, uma violação de Direitos Humanos.

Todavia, o STF, ao promover a “constitucionalização simbólica” do conceito operacional nos casos analisados, parece empregar a dignidade para repelir qualquer agressão aos Direitos Humanos, fundamentando que a dignidade é um “valor-fonte” de todo o ordenamento constitucional e, assim sendo, deve ser invocada na defesa de qualquer direito humano, dada a posição central e da essencialidade do instituto.

Assim agindo, a Corte encampou a tese de que a dignidade humana, como basilar fundamento dos Direitos Humanos, é um princípio constitucional supremo, erigindo, para tanto, o conceito operacional a um imperativo categórico.⁷¹

De fato, a Suprema Corte entende que a garantia dos Direitos Humanos é proporcionada pelo fundamento da dignidade quando ocorre (I) a vedação à duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém; (II) a obrigatoriedade de instituição de Defensoria Pública; (III) a preferência a idosos e portadores de deficiência no pagamento de precatórios; e (IV) o reconhecimento do direito à orientação sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”, por exemplo – ou seja, a amplitude conceitual não permite operacionalizar o conceito.

Por outro lado, com visto, o emprego do fundamento já aparece de forma mais comedida na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Percebe-se, dos casos apresentados, que a invocação consuetudinária do fundamento e da relação de causa e efeito (dignidade/Direitos Humanos) confere reconhecimento popular ao conceito operacional e auxilia a recorrência de sua invocação nas variadas esferas sociais, elucidando uma possível fundamentação abrangente para o emprego da expressão, sobretudo com os argumentos trabalhados pela CIDH.

No entanto, o emprego exacerbado do fundamento reforça a retórica conducente à banalização do preceito e a sua minoração enquanto base para os direitos, o que requer atenção das Cortes para que sejam evitadas aplicações oportunistas. A dignidade não deve estar incluída em constructos banais ou efêmeros em conteúdo.

O trabalho verificou a posição e o uso do conceito operacional em algumas Decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Corte Interamericana e reforçou a emergência do tema e a importância da fundamentação dos Direitos Humanos na dignidade, de sua difusão e da elucidação das melhores oportunidades de sua invocação – existem relevantes motivos para a conceituação da dignidade como fundamento para aplicação dos Direitos Humanos.

Com isso, amalgamou-se uma argumentação para o emprego da dignidade como um fundamento dos Direitos Humanos, em diversas esferas sociais, com a moderação necessária e requerida pelo amadurecimento político nacional e americano, levando-se em consideração decisões do STF na sua retórica sobre o tema e a inteligência da CIDH.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- BEITZ, C. **The Idea of Human Rights**. Oxford: OUP, 2009.
- BENDA, Ernst. The protection of human dignity (article 1 of the Basic Law). **SMU Law Review**, United States, v. 53, n. 2, p. 443-454, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016).
- _____. Supremo Tribunal Federal. (ADPF 347 Medida Cautelar, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).
- _____. Supremo Tribunal Federal. (ADI 3127, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 04-08-2015 PUBLIC 05-08-2015).
- _____. Supremo Tribunal Federal. (HC 98878, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009).

_____. Supremo Tribunal Federal. (ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

_____. Supremo Tribunal Federal. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212).

_____. Supremo Tribunal Federal. (ADI 4270, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012).

_____. Supremo Tribunal Federal. (ADI 1856, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011. DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220-01 PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413).

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 1.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil, o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Hassan c. Royaume-Uni - Requête no 29750/09.** Arrêt 16 sept. 2014. Ver também *Mastromatteo c. Italie* [GC], 37703/97, 24 octobre 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [Corte IDH]. Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

_____. Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducação del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

_____. Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 26, párr. 98; Caso *Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003.

_____. Caso “Niños de La Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Sentença de 19 noviembre de 1999.

_____. Caso *Neira Alegría y otros v. Perú*. Sentença. 19 Jan. 1995a.

_____. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentença. 29 July 1988.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu.** São Paulo: Saraiva, 2014.

- COSTAS, Douzinas. **Human Rights and Empire: the political philosophy of cosmopolitanism**. Abingdon: Roudedge, 2007.
- DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. [S.l.]: Westview Press, 2013.
- _____. **Human Dignity and Human Rights**. Denver: University of Denver, 2009. Agenda for Human Rights – 60 Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights
- DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- GUNTHER, Klaus. Human rights and political culture. In: ALSTON, Philip. **The EU and Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Metaphilosophy**, United Kingdom, v. 41, n. 4, p. 464-480, July 2010.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HUNT, L. **Inventing Human Rights: a history**. New York: Norton, 2007.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. International Human Rights Law and Practice in Latin America. **International Organization**, United Kingdom, v. 54, n. 3, p. 633-659, 2000.
- MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. **British Medical Journal**, United Kingdom, v. 327, n. 7429, p. 1419- 1420, 2003.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 41-63, 2009.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico (CONJUR)**, São Paulo, out. 2012.
- PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa: Edições 70, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of Human Rights? **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, New York, n. 12-73, Jan. 2013. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2196074>>.

-
- 1 O trabalho não objetiva ponderar sobre o que são direitos humanos para o STF, mas verificar como essa Corte emprega a dignidade para fundamentar o reconhecimento de direitos humanos. Assim, serão analisados julgados em que o Tribunal recorre à dignidade para conferir aplicação prática a direitos humanos.
 - 2 § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
 - 3 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, [...], crueldade e opressão.
 - 4 Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
 - 5 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 80.
 - 6 HERRERA FLORES, Joaquín. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 20.
 - 7 Na defesa do emprego e invocação da dignidade, Luís Roberto Barroso argumenta que, “*No Brasil, como regra geral, a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que com o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais, muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica*”. (“**A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação”. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010).
 - 8 Neste texto, tratar-se-á da fundamentação dos direitos humanos pela dignidade funcionando como um conceito operacional.
 - 9 BENDA, Ernst. The protection of human dignity (article 1 of the Basic Law). **SMU Law Review**, United States, v. 53, n. 2, p. 443-454, 2000.
 - 10 COSTA NETO, João. **Dignidade humana**: visão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu. São Paulo: Saraiva, 2014.
 - 11 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
 - 12 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
 - 13 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.
 - 14 CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 1.

- 15 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 185.
- 16 CANOTILHO; MOREIRA (op. cit., 2007).
- 17 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.
- 18 Nesse sentido, o trabalho de Ingeborg Maus, em “Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”” (Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000), quando o autor assevera que: “*Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada*” (p. 189).
- 19 Especialmente o Supremo Tribunal Federal, no âmbito doméstico, e a CIDH, no plano americano.
- 20 GÜNTHER, Klaus. Human Rights and Political Culture. In: ALSTON, Philip. **The EU and Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p.126: “*If you want to know what is meant by “human dignity” or “equal concern and respect” for every human being, you can either look of various kind of legal definitions, or you can think of the German Gestapo torturing a political opponent of the Holocaust of the European Jews.*”
- 21 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 37.
- 22 STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa: Edições 70, 2009. p.30: “[...] o pensamento humano depende essencialmente de algo que não pode ser antecipado, ou que nunca pode ser um objecto, ou que nunca pode ser dominado pelo sujeito; «ser» no sentido mais elevado do termo não pode significar ou, em todo o caso, não significa necessariamente «ser sempre».”
- 23 HUNT, L. **Inventing human rights: a history**. New York: Norton, 2007. p.147: “*Rights issues, therefore, showed a tendency to succeed cascading.*”
- 24 COSTAS, Douzinas, op. cit., p. 33: “*The rhetoric of human rights seems to have triumphed because it can be adopted by left and right, the north and the south, the state and the pulpit, the minister and the rebel. This is the characteristic that makes them the only ideology in town, the ideology after the end of ideologies, the ideology at the end of history. But this ‘broad church’ allure of rights is also their weakness.*”
- 25 Sobre o tema, destaca-se a obra de José Murilo de Carvalho, intitulada: **Cidadania no Brasil, o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- 26 HERRERA FLORES, Joaquín, op. cit., p. 3.; p. 33.
- 27 DONNELLY, Jack. **Human Dignity and Human Rights**. Denver: University of Denver, USA. 2009. Agenda for Human Rights – 60 Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights. Research project on human dignity.
- 28 DONNELLY, Jack. **International human rights**. [S.l.]: Westview Press, 2013. p. 21: “*Human rights thus provide a moral standard of national political legitimacy. They are also emerging as an international political standard of legitimacy. More precisely, the full legitimacy of regimes that grossly and systematically violate human rights is widely seen as compromised.*”
- 29 COSTAS, Douzinas. **Human rights and empire: the political philosophy of cosmopolitanism**. Abingdon: Routledge, 2007. Routledge-Cavendish Park Square, Milton Park. Abingdon, OX 14 4RN, UK, p. 105: “*The excluded may try to claim political recognition by adopting the existing rules of the game and turning their demands into regional expressions of the established order. This is the case with reformist social movements. There is another scene however in which the excluded group or the banned ideology challenges the social hierarchy. This kind of antagonism or ‘dissensus’, is not a conflict of interests, opinions or, values; it is a division put in the “common sense”: a dispute about what is given, about the frame within which we see something as given.*”
- 30 WALDRON, Jeremy. Is Dignity the Foundation of Human Rights? **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, New York, n. 12-73, p. 6, Jan. 2013. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2196074>>. “*Potential difficulties with the idea that dignity is the foundation of human rights crop up also from another direction. Perhaps the phrase “human dignity” is too vague to be of any foundational use. (...) there is no explicit definition of “human dignity” in any of the charters that invoke it. “Its intrinsic meaning has been left to intuitive understanding. . . Without a reasonably clear general idea of its meaning, we cannot easily draw specific implications for relevant conduct.*”
- 31 Art. 60, § 4º, IV, da CF/88.
- 32 BEITZ, C. **The idea of human rights**. Oxford: OUP, 2009. p. 49: “*In summary, human rights are rights possessed by all human beings (at all times and in all places) simply in virtue of their humanity.*”
- 33 VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., p. 3.
- 34 A fundamentação dos direitos humanos pela dignidade.
- 35 É o caso das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais.
- 36 VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit. 2008.

- 37 LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. *International Human Rights Law and Practice in Latin America. International Organization*, United Kingdom, v. 54, n. 3, p. 633-659, 2000. "Domestic human rights organizations demanded that their governments respect human rights and allied with international human rights networks to publicize human rights violations and demand change".
- 38 "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".
- 39 Art. XXII. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.
- 40 "Art. XXIII, 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social".
- 41 Vale citar um trecho da decisão da Corte: "50. *Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten*".
- 42 Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, Párrafo 50 e 226; Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 106; *Caso Raxcacó Reyes*, supra nota 37, párr. 68. Cfr. también *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supranota 7, párr. 55.
- 43 Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, Párrafo 52
- 44 Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 26, párr. 98; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 111; y *Caso Bulacio*, supra nota 56, párr. 138. En el mismo sentido, cfr. *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, supra nota 54, considerando sexto; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004, considerando décimo tercero. Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducação del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párrafo 152
- 45 Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducação del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párrafo 159. Na Europa: *Eur. Court H.R. Kudla v. Poland, judgement of 26 october 2000*, no. 30210/96, párr. 93-94
- 46 Neste sentido (CEDH. Hassan c. Royaume-Uni - 29750/09 Arrêt 16.9.2014. Ver também Mastromatteo c. Italie [GC], 37703/97, 24 octobre 2002, Note d'information 46; Maiorano et autres c. Italie, 28634/06, 15 décembre 2009, Note d'information 125; et Chorefakis et Chorefaki c. Grèce, 46846/08, 17 janvier 2012, Note d'information 148) "Em 2014, os oficiais das Nações Unidas no Iraque, em especial da Croácia, receberam reclamações de um homem dizendo que sua família estava ameaçada, mas se omitiram de tomar providências. No dia seguinte, a esposa, advogada no Iraque, reforçou a reclamação. A polícia do Iraque chegou a deter o criminoso na véspera do crime, mas o soltou, porque não fora comunicada das ameaças pelas tropas britânicas. O resultado foi a morte da advogada, seguida de suicídio do assassino. A Croácia foi condenada por danos morais em 20 mil euros, com base nos art. 2 e 41 da CEDH".
- 47 HERRERA FLORES, Joaquin, op. cit., p. 96.
- 48 HC 98878, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009.
- 49 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.
- 50 ADPF 347 MC, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 9/9/2015.
- 51 Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, par. 156.
- 52 Corte IDH, Neira Alegria y otros vs. Perú, 1995a, par. 86.

- 53 É o que também se extrai do Julgamento da ADI 4270 da Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.
- 54 ADI 4277, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011.
- 55 ADI 4425 QO, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/3/2015.
- 56 Tais como os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política.
- 57 (ADI 4650, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015).
- 58 ADI 4650, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015. E continua: “[...] porque a pessoa jurídica tem interesse, o ser humano tem dignidade, e dignidade é que é a base, o ponto fundamental da democracia. E é para se chegar à democracia que nós votamos, que nós fomos votados, que nós podemos eleger. Portanto, faltaria um dado essencial ao humano que é o processo de formação da vontade geral.”
- 59 Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.
- 60 ADI 3127, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/3/2015. Do julgado extraem-se os seguintes excertos: “O caráter social do FGTS, enquanto integrante de política pública de notáveis dimensões comunitárias e sociais, evidencia quão ponderada foi a escolha legislativa, para aperfeiçoar a eficácia dos princípios da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e do emprego, ao assegurá-lo também no contrato de trabalho nulo pela ausência de submissão do trabalhador a certame público. [...] Os dispositivos acoimados de inconstitucionais na presente ADI visam apenas a diminuir, ainda que minimamente, o prejuízo sofrido pelo trabalhador que entrega a sua força de trabalho de boa-fé à Administração Pública -, como poderia fazê-lo a qualquer outro empregador-, mas resta privado dos direitos trabalhistas basilares consagrados no art. 7º da Magna Carta, fundamentais à dignidade da pessoa humana”. p. 30.
- 61 Por exemplo o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015).
- 62 Como registrado por BARROSO, op. cit., p. 13: “Mas, por exemplo, à falta de uma norma específica que discipline a revista íntima em presídio, será possível extrair da dignidade humana a exigência de que mulheres não sejam revistadas por agentes penitenciários masculinos”.63 DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 335: “[...] *They (the people) have a right to be treated with attitude that these debates presuppose and reflect – a right to be treated as human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right – the right to an attitude – is the basic human right.*”
- 64 NEVES, Marcelo, op. cit., p. 87.
- 65 Como se verifica, a plasticidade e a maleabilidade do emprego conceitual da dignidade têm evado alguns autores a se posicionar pela inutilidade do preceito. Por exemplo: MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. **British Medical Journal**, United Kingdom, v. 327, n. 7429, p. 1419, 2003.
- 66 NEVES, op. cit., 2012.
- 67 O julgamento, que versa sobre a (in)constitucionalidade da Lei nº 2.895/98, do estado do Rio de Janeiro, assentou que “a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”, no esclarecimento do Ministro Cezar Peluso, e também registrou que “está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana”, no esclarecimento do Ministro Ricardo Lewandowski (ADI 1856, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011).
- 68 NEVES, op. cit., 2012.
- 69 BEITZ, C. **The idea of human rights**. Oxford: OUP, 2009. p. 44: “*These features together emphasize the novelty of the practice of human rights. Reflection about them points towards several problems of interpretation an justification.*”
- 70 DWORKIN, op.cit., p. 366.
- 71 HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Meta-philosophy**, United Kingdom, v. 41, n. 4, p. 464-480, July 2010.

A CONCEPTUAL ANALYSIS OF DIGNITY AS THE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS AND ITS USE AND MENTION IN DECISIONS OF THE SUPREME COURT AND THE IACHR

ABSTRACT

The principle of human dignity has recurrently been raised as the foundation of human rights in institutions in democratic societies, such as the Brazilian Federal Supreme Court (STF) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). To evaluate how dignity can justify the application of human rights, by presenting some decisions by the IACHR, as it is done in the present article, helps to weave a comprehensive foundation in order to enhance the use of the term in various social spheres. Thus, through a theoretical construction of the operational concept of “dignity as a foundation for human rights” and by analyzing decisions on human rights emanating from those courts, the article verifies the validity and efficacy of the use of such basis. There is still ample breeding ground for perfecting concepts and for the definition of paradigms regarding the use of said argument.

Keywords: Dignity. Foundation. Human Rights. Brazilian Supreme Court. IACHR.

Submetido: 26 ago. 2016

Aprovado: 28 set. 2016

MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS: REFLEXÕES SOBRE A ADEQUAÇÃO DA TÉCNICA EM FAVOR DA EFETIVIDADE

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau*

Ludmila Costa Reis**

1 Introdução. 2 Mediação, conciliação ou negociação em conflitos coletivos. 3 A construção do consenso: técnica ou utopia? 4 Espécies de conflitos coletivos e a adequação da técnica. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar as normas que disciplinam os meios autocompositivos de resolução de conflitos no direito brasileiro e confrontá-las com a sua possibilidade de aplicação aos conflitos coletivos. Busca-se problematizar a aplicação das técnicas de conciliação, negociação e mediação às diversas espécies de conflitos, tendo em vista seus traços distintivos. Pretende-se demonstrar que, diante das características inerentes aos conflitos coletivos, impõe-se a busca por soluções técnicas adequadas, sob pena de comprometimento dos resultados consensuais almejados. Assim, apresenta-se a mediação como meio autocompositivo potencialmente adequado para a resolução de conflitos coletivos, desde que seja considerada a necessidade de adequação da técnica às peculiaridades apontadas.

Palavras-chave: Solução de conflitos. Meios autocompositivos. Conflitos Coletivos.

1 INTRODUÇÃO

A ênfase nos meios alternativos ou adequados de resolução de conflitos está em voga no direito brasileiro. Não apenas em razão da cultura consensual propagada pela Resolução n° 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, e, mais

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Atual Vice Diretora da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes Ipanema. E-mail: <tthibau@gmail.com>.

** Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Administração Pública pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: <ludmilareis@hotmail.com>.

recentemente, pela Resolução nº 118/14 do Conselho Nacional do Ministério Público, pela Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação) e pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), mas, sobretudo, em razão do contexto fático-jurisdicional que deu ensejo a toda essa gama de inovações normativas. Em verdade, a percepção do cidadão jurisdicionado, dos operadores do direito e dos estudiosos do sistema de justiça em geral já há muito constatou: o acesso ao sistema judicial não se traduz em sinônimo de acesso à justiça.

Diversos fatores são comumente apontados como causas dessa insuficiência, tais como excesso de demandas, número insuficiente de profissionais, inadequação da legislação processual, cultura social do litígio, formação acadêmica essencialmente adversarial dos bacharéis em direito, dentre outros. Nesse mesmo contexto é que a ciência do direito processual coletivo também encontrou campo fértil para o seu desenvolvimento, apresentando soluções técnico-processuais que pudessem reduzir o número de ações propostas, beneficiar o maior número de pessoas possíveis atingidas pela mesma situação fática e reduzir a insegurança jurídica decorrente da possibilidade de decisões contraditórias.

Contudo, a inexistência de órgãos jurisdicionais especializados no julgamento das ações coletivas¹ fez que tais procedimentos coletivos consubstanciassem “mais um” nas prateleiras das secretarias e nas mesas dos magistrados, recebendo tratamento de priorização jurisdicional, na prática, quase equivalente às demandas individuais. E não sem razão, pois, na prática, disputam o *status* de prioridade com ações individuais que versam sobre alimentos, família, saúde, meio ambiente, direitos do idoso e da criança e do adolescente, fazenda pública, dentre outros. Passando-se a considerar as inúmeras comarcas de varas únicas pelo país, as ações cíveis urgentes ainda concorrem, em prioridade, com os processos criminais de réus presos e feitos relacionados à violência doméstica.

Na tentativa de estabelecer alguma diferenciação ou regra de priorização de trâmite e julgamento, o CNJ passou a estabelecer, a partir do ano de 2014, metas direcionadas a tais espécies de ações.² A necessidade de estabelecimento de tais metas autoriza uma conclusão inexorável: a eficiência na prestação jurisdicional buscada por meio da técnica processual coletiva também encontrou as mesmas dificuldades de tramitação identificadas nas demandas individuais. Assim, no ano de 2016, novas metas foram estabelecidas em favor da celeridade no julgamento daquelas ações,³ constituindo verdadeira política pública visando ao aprimoramento da duração da prestação jurisdicional.

Conclui-se, até este ponto, que as mesmas razões que ensejaram a busca por meios extrajudiciais e consensuais de resolução de conflitos para as pretensões individuais também são válidas para as pretensões coletivas. Contudo, as soluções até então apresentadas, ao menos em âmbito normativo, não atendem às peculiaridades dos conflitos que envolvem interesses coletivos.

Com efeito, a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça

apenas regulamenta os centros de mediação e conciliação a serem instalados nos juízos e tribunais e faz breve referência à possibilidade de incentivo às mediações comunitárias, sem esclarecer do que se trata ou da forma como ocorreriam. Além disso, a citada resolução estabeleceu princípios e regras para mediação e conciliação aplicáveis, conforme previsto, às áreas empresarial, familiar, civil (consumerista, trabalhista, previdenciária etc), bem como à área penal e à justiça restaurativa.⁴

Por seu turno, a Resolução nº 118/14 do Conselho Nacional do Ministério Público refere-se ao uso da mediação para conflitos *bilaterais* e ainda estende a sua possibilidade para as *mediações comunitária e escolar*, sem especificar como seria a técnica aplicada em cada uma das hipóteses. Além disso, deixou de considerar todas as outras hipóteses de conflitos de natureza coletiva e complexa, com múltiplas partes, nas quais o procedimento da mediação também poderia ser empregado. Ao mesmo tempo, a citada Resolução previu o instrumento da *negociação* para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de *direitos e interesses da sociedade*, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal. Poder-se-ia concluir, portanto, à luz de tais regras, que a mediação e a negociação cumpririam papéis distintos e estanques nos conflitos coletivos.

A Lei nº 13.140/15 já estabelece, em seu preâmbulo, que se destina à mediação entre *particulares* como meio de solução de controvérsias. Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil destina-se a regular os procedimentos de ações judiciais individuais e, apenas subsidiariamente, às ações coletivas. Ressalte-se que o único artigo que tratava, de alguma forma, das ações coletivas (artigo 333) foi vetado.

Assim, verifica-se que, embora haja uma legislação consolidada no Brasil destinada a regulamentar a resolução dos conflitos coletivos pela via judicial – o denominado microsistema de tutela coletiva constituído em especial pela parte processual do Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública –, verifica-se que ainda não há uma clareza, seja normativa seja doutrinária, quanto aos procedimentos e técnicas que podem ser utilizados na via extrajudicial para se alcançar uma solução autocompositiva do conflito coletivo. E nem se diga que tal técnica ou procedimento seria o termo de ajustamento de conduta, uma vez que tal instrumento consubstancia apenas um meio de formalização do acordo, e não uma técnica de *como se chegar ao acordo*.

Diante dessa lacuna normativa e doutrinária, cumpre-se indagar quais técnicas autocompositivas poderiam ser empregadas para buscar soluções consensuais nos conflitos coletivos, sem perder de vista as particularidades inerentes a tais espécies de conflitos. É nesse contexto que se faz necessário o estudo e a análise dos exemplos do direito comparado.

Nos Estados Unidos, a popularização dos denominados *ADR – Alternative*

Dispute Resolution, ou meios alternativos de resolução de conflitos, iniciou-se na década de 60 a partir de um esforço de expansão das técnicas autocompositivas das relações de trabalho para as relações da comunidade. Aponta-se que, em meados dos anos 70, o procedimento de mediação foi aplicado em uma questão ambiental, provavelmente pela primeira vez, relacionada à proposta de uma construção de barragem no Rio Snoqualmie, no estado de Washington. Nas décadas seguintes, observou-se que a aplicação da mediação a questões que envolvem largo interesse público se institucionalizou nas agências e órgãos públicos americanos, substituindo o processo judicial.⁵ Desde então, a forma mais comum de mediação no setor público norte-americano tornou-se a mediação ambiental, o que se refletiu na vasta produção de trabalhos acadêmicos sobre o tema.⁶ De fato, a mediação ambiental é comumente tratada, naquele país, como sinônimo de mediação no setor público⁷. Em alguns casos, os mediadores em questões ambientais se engajam em atividades que se traduzem em capacitação das partes, métodos de participação pública e mediação propriamente dita.⁸ Por outro lado, em se tratando de conflitos que se referem a interesses individuais, defende-se uma técnica mais “pura” de mediação, na qual o terceiro, considerado imparcial, apenas auxilia que as partes, por si, cheguem a um consenso.

2 MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO OU NEGOCIAÇÃO EM CONFLITOS COLETIVOS

Os métodos voluntários e autocompositivos de resolução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a negociação, conferem às partes a oportunidade de moldar o procedimento, participar ativamente do resultado, revelar ou descobrir interesses ao invés de posições, despender menos recursos para resolver o conflito e acelerar a sua solução, transformar as relações e promover soluções que melhor atendem às suas necessidades.

Não há dúvidas de que os instrumentos utilizados para a busca de consensos ou acordos entre particulares, titulares de direitos individuais, também podem ser empregados para o alcance do mesmo objetivo entre titulares de direitos coletivos ou seus representantes adequados (no caso do direito brasileiro, estabelecidos pela lei) e as partes que porventura os tenham violado ou ameaçado violar.

O novo Código de Processo Civil pouco contribui para diferenciar as técnicas de conciliação e mediação. Pelo que se depreende das disposições legais, em especial dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 165, a distinção principal consistiria na possibilidade de o terceiro imparcial propor ou não soluções para o conflito. O conciliador poderia fazê-lo, ao passo que ao mediador incumbiria estimular que as partes identificassem por si as soluções. Além disso, ao estabelecer que a conciliação se dará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e que a mediação, por seu turno, seja aplicada preferencialmente quando houver esse vínculo anterior, extrai-se que o objetivo maior da conciliação é a obtenção do acordo, e o da mediação é a preservação do vínculo existente entre as partes, preservando-se a comunicação entre estas.

O ato de conciliação, seja em juízo seja extrajudicialmente entre as partes, pode ser considerado, sob o ponto de vista procedimental, o mais simples dentre os instrumentos autocompositivos, uma vez que não se lhe impõem regras. Trata-se, em verdade, de ato corriqueiro das relações humanas, apropriado pelo Direito como espécie dos meios autocompositivos. Na prática, dentro ou fora do Poder Judiciário, a conciliação se traduz em uma conversa informal entre as partes com o objetivo de findar, ou ao menos reduzir, um conflito de interesses juridicamente tutelados, com o auxílio de um terceiro imparcial.

A negociação, por seu turno, trata-se de procedimento autocompositivo oriundo, majoritariamente, das práticas e acordos comerciais, de cunho estritamente patrimonial. É um dos métodos mais difundidos nos Estados Unidos, sobretudo após a publicação do disseminado livro *Getting to Yes*, de William Ury e Roger Fisher.⁹ O renomado Programa de Negociação de Harvard, constituído entre uma parceria dessa universidade com o Massachusetts Institute of Technology (MIT), é um dos principais responsáveis pela reprodução e desenvolvimento das ideias originariamente concebidas na obra citada. Apesar de estar sediado na Faculdade de Direito de Harvard, o referido Programa contempla cursos de interesse de diversas áreas do conhecimento e profissionais, sobretudo de administradores de empresas, vendedores e gestores públicos e privados.¹⁰

Nos casos de tentativa de conciliação ou negociação, o pressuposto indispensável para a obtenção de um consenso satisfatório - sob o ponto de vista do sentimento de justiça experimentado pela parte de que se tenha alcançado, de fato, o melhor acordo possível - é a garantia de equilíbrio de representação e poder de negociação entre as partes à mesa. Caso tal garantia não seja alcançada, os referidos instrumentos não se revelam, *a priori*, a melhor forma de acesso à justiça.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) não prevê a negociação como um instrumento próprio de busca de consenso. Em seu art. 166, §3º, admite a aplicação de *técnicas negociais* com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. A opção do legislador em excluir, da codificação da legislação processual civil, a negociação como instrumento próprio de obtenção de acordo parece decorrer do fato de que tal procedimento normalmente ocorre fora das instâncias do Poder Judiciário, antes que as partes procurem o órgão jurisdicional, ou mesmo após, durante a tramitação do processo. Contudo, a referida exclusão em nada afasta a aplicação do procedimento de negociação às fases da conciliação ou mediação, sobretudo diante da liberdade procedimental prevista no §4º do citado artigo.¹¹

Assim, estabeleceu-se uma espécie de fungibilidade entre os instrumentos autocompositivos, com o intuito de adaptá-los às características dos conflitos e garantir maior eficácia na obtenção da solução consensual.

Mas qual procedimento se revela, em verdade, mais adequado à busca de consensos em conflitos coletivos? Neste ponto, também não se pode perder

de vista qual a espécie de interesse coletivo envolvido e quais são os representantes de tal interesse.

A princípio, não se concebe, por exemplo, no âmbito dos meios autocompositivos, que uma pretensão que visa a concretizar *direitos individuais homogêneos* ou *direitos coletivos stricto sensu* seja satisfeita por meio da obtenção de um consenso de cujo procedimento os próprios titulares dos direitos individuais não hajam participado de alguma maneira, uma vez que as características inerentes à titularidade não perdem a sua importância em virtude do tratamento de repercussão coletiva dado à questão. Além disso, há que se ter a participação do representante, de fato ou de direito, da classe, grupo ou categoria de pessoas envolvidas na relação jurídica conflituosa. No que se refere aos *direitos difusos*, embora os titulares sejam indetermináveis, a legislação brasileira atribui a determinados órgãos e entes públicos a legitimidade para firmar acordos em nome da coletividade (art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85). Contudo, em se tratando de um procedimento consensual sobre a forma de se chegar a tal acordo, tem-se como desejável a participação de representantes da sociedade civil organizada, pessoas físicas afetadas, conselhos de políticas públicas e outros órgãos públicos, além daqueles formalmente legitimados para a adoção de providências em juízo.

Verifica-se, portanto, que a legitimidade para participar do procedimento autocompositivo do conflito coletivo nem sempre coincide com a legitimidade ativa processual conferida pela lei para veicular a pretensão coletiva em juízo. Cumpre-se, nesse contexto de pluralidade de participantes, identificar qual é o procedimento que se revela mais adequado para buscar a autocomposição, sobretudo quando se tem em vista a natureza complexa e de maior abrangência dos interesses envolvidos.

No Brasil, a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, estabeleceu a previsão de que a negociação é aplicável às controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal. Assim, por meio da referida resolução, estendeu-se a possibilidade de aplicação da técnica da negociação aos conflitos coletivos. Contudo, conforme destacado acima, embora o Ministério Público e outros entes e órgãos públicos possuam legitimidade ativa para representarem em juízo, em nome da coletividade, determinados interesses, cumpre-se anotar que, em sede de procedimentos extrajudiciais e consensuais, a participação dos titulares dos interesses representados revela-se não apenas possível, mas, sobretudo, desejável.

Sob essa perspectiva participativa, afirma-se que o procedimento que requer maior reflexão, sob o ponto de vista de sua aplicação aos conflitos coletivos, é o da mediação.¹² Com efeito, conforme já ressaltado anteriormente, a atual disciplina normativa existente no direito brasileiro sobre a mediação revela-se insuficiente para orientar a sua aplicação aos conflitos coletivos, muito embora

o procedimento tenha a potencialidade para se traduzir no método autocompositivo mais eficaz quando aplicável a essas espécies de conflitos.

E por que, afinal, a mediação? É o questionamento que orientará o desenvolvimento dos próximos itens.

3 A CONSTRUÇÃO DO CONSENSO: TÉCNICA OU UTOPIA?

Em termos gerais, a mediação pode ser definida como um procedimento voluntário no qual uma terceira parte neutra, que não tenha autoridade para impor uma solução, auxilia os participantes a alcançar a sua própria solução para resolver uma disputa ou para planejar uma solução.¹³

Entre os operadores do direito, o procedimento da mediação é comumente pensado como técnica a ser empregada em conflitos envolvendo duas ou até três partes, pessoas físicas ou pessoas jurídicas privadas. Contudo, conforme observou Lawrence Susskind, professor do Departamento de Urbanismo e Planejamento Ambiental do Instituto de Tecnologia de Massachussets (MIT), o mediador pode auxiliar em um variado número de situações envolvendo grande diversidade de partes e questões de significativo interesse público, particularmente antes que uma ação coletiva seja ajuizada.¹⁴

Nesse contexto, há que se atentar para o fato de que os requisitos para um procedimento de mediação bem sucedida nos conflitos que envolvem múltiplas partes e questões multifacetadas – particularmente nas questões relacionadas às políticas públicas – são significativamente diversos daqueles aplicáveis à mediação envolvendo duas partes, seja antes seja após o ajuizamento de uma demanda judicial.

Observa-se, por exemplo, que nos procedimentos autocompositivos entre particulares, as partes buscam no acordo a solução que seja, obviamente, satisfatória para ambas ou que possam satisfazê-las na melhor medida possível para um acordo.¹⁵ Nesses casos, os interesses envolvidos, as variáveis, os efeitos, a representação da parte, as regras legais aplicáveis e a forma de execução do acordo são comumente muito claros para ambas as partes. O maior desafio reside mesmo, ou tão somente, no alcance do conteúdo do consenso.

Entretanto, quando se está diante de um conflito complexo – que envolve múltiplas partes, pressupõe a interferência de agências ou órgãos públicos, não está claro em sua extensão e em relação aos interesses atingidos, depende de análise técnica, não apresenta precisão quanto à sua repercussão patrimonial, dentre outras características – a melhor alternativa consensual nem sempre é previsível ou possível de ser delineada de antemão por todos os envolvidos.

Assim, o procedimento a ser aplicável em tais casos não pode perder de vista as particularidades inerentes à espécie do conflito considerado. Com efeito, em muitos casos, algumas das partes envolvidas podem, em um primeiro momento, até mesmo se recusarem à busca da solução consensual, prejudicando

a predisposição de todos os demais interessados nesse sentido. Além disso, há que se considerar que a própria escolha ou aceitação do mediador – ou agente facilitador do acordo – poderá se tornar um ponto de controvérsia, tornando ainda mais intrincado o procedimento.

Sob o ponto de vista de Lawrence Susskind, espera-se do mediador, em um conflito que envolve interesses públicos, que ele consiga convencer as partes a “virem para a mesa” e negociarem as regras do procedimento por meio do qual o acordo será buscado. Segundo o mencionado autor, espera-se, ainda, que o mediador, a partir do que for discutido pelas partes, seja o responsável por elaborar a minuta dos termos do acordo, apresentá-lo aos envolvidos e, após alcançado o consenso, monitorar a sua implementação.¹⁶

Além disso, o mediador deve ser o responsável por identificar as partes que ainda porventura não estejam “à mesa”, mas precisariam estar em razão da natureza do conflito e dos interesses envolvidos. Incumbe ao profissional, ainda, a responsabilidade de aferir se as partes presentes constituem verdadeiros e suficientes *representantes adequados* daquelas que não participarão diretamente das negociações e discussões, mas serão afetadas por seu resultado.

A depender do objeto em discussão, a celebração do acordo somente pode ser possível a partir da assunção de compromissos provisórios e contingenciais, sobretudo quando paira insegurança sobre o que pode ou não acontecer a partir de determinado momento da execução do acordo (no caso das obrigações a serem assumidas por um ente público, pode-se exemplificar com a hipótese de drástica frustração de receita orçamentária).

Veja-se, portanto, que é possível vislumbrar, a partir do que foi exposto até aqui, significativas diferenças e particularidades entre o procedimento de mediação voltado para conflitos individuais bilaterais e aquele que deve ser aplicável aos conflitos coletivos, os quais são, por sua natureza, multipartes. Frise-se que a expressão *parte*, aqui utilizada no sentido de *indivíduo ou pessoa jurídica interessada*, não se confunde com o sentido processual de *figurar como parte ativa ou passiva em ações coletivas*.¹⁷

Não sem razão, as particularidades ora tratadas podem ser concebidas, à primeira vista, como dificuldades ou, ainda, como verdadeiros obstáculos à obtenção do consenso e à consequente celebração de um acordo com repercussões coletivas. Entretanto, não apenas o número de acordos celebrados em âmbito nacional, formalizados em termos de ajustamento de conduta,¹⁸ fornece uma perspectiva otimista para a análise, como também os relatos de casos de sucesso encontrados na literatura comparada, sobretudo na norte-americana.¹⁹

Assim, o alcance do consenso em conflitos coletivos, não obstante a sua inerente complexidade, não se trata, portanto, de utopia acadêmica, mas de um resultado desejável que pode ser aprimorado e potencializado com o aperfeiçoamento da técnica adequada.

4 ESPÉCIES DE CONFLITOS COLETIVOS E A ADEQUAÇÃO DA TÉCNICA

A par do que foi exposto, não se descarta a possibilidade de que, a depender das espécies de conflitos coletivos considerados, a conciliação ou a negociação entre as partes ou seus representantes sejam procedimentos suficientes e adequados para a obtenção do consenso. Pense-se, por exemplo, em uma negociação entre os sindicatos patronais e dos trabalhadores (relação trabalhista), em uma conciliação entre determinados consumidores lesados e a empresa responsável pela lesão (relação consumerista) ou entre pais de alunos de uma escola e a respectiva direção do estabelecimento em relação ao preço das mensalidades escolares (relação de prestação de serviços educacionais privados). É perfeitamente possível – como de fato ocorre – que o consenso seja alcançado em tais casos sem que quaisquer agentes intervenientes, sejam mediadores ou facilitadores, estejam presentes durante os atos do procedimento.

Por outro lado, imaginem-se, por exemplo, os conflitos decorrentes da pretensão de instalação de determinada usina hidrelétrica em um afluente de rio com população ribeirinha;²⁰ de um município que não esteja prestando o ensino médio a todos os alunos que o pretendem cursar; do projeto de construção de uma penitenciária em área geográfica com grandes vulnerabilidades sociais; e da insuficiência de leitos de atendimento de urgência e emergência em um hospital público. A própria natureza de tais conflitos já nos evidencia, quase que intuitivamente, a dificuldade inerente à busca de uma solução ou de um consenso minimamente aceitável entre as pessoas e entes envolvidos. Para tais casos, não há dúvidas, a interveniência de um agente imparcial e comprometido com a busca dos interesses comuns entre as partes revela-se de crucial importância.

O papel do mediador é de tal modo diferenciado nos conflitos coletivos que, a partir das atribuições que lhe são conferidas, torna-se possível falar até mesmo em *ativismo* do mediador,²¹ como forma de conferir a necessária distinção e ênfase às atividades por ele exercida durante o procedimento. Esse denominado *ativismo* pode ser identificado precipuamente a partir das seguintes condutas: 1) adoção das medidas necessárias para garantir a equalização da qualidade de representação das partes à mesa;²² 2) identificação dos interesses que porventura ainda não estejam representados; 3) coleta de informações e análises técnicas suficientes à análise qualificada das questões controversas (colheita conjunta de provas); 4) definição das partes que devem se reunir em cada ato do procedimento; 5) advertência às partes quanto a eventual comportamento que possa comprometer a integridade e a credibilidade do procedimento.

Em uma primeira análise, falar-se em *ativismo* do mediador pode parecer um contrassenso diante da imparcialidade que a rigor se espera de sua atuação. Contudo, as características acima elencadas bem ilustram que tal denominação se deve, em verdade, ao seu papel desempenhado visando a garantir a lisura, a idoneidade e o equilíbrio do procedimento.

Um dos aspectos mais destacados da mediação que envolve direitos coletivos diz respeito à importância da interação face a face dos titulares ou de seus representantes. Por tal motivo, sustenta-se que o processo decisório desenvolvido por meio do procedimento de mediação relacionado, por exemplo, a políticas públicas,²³ favorece os mecanismos de democracia participativa.²⁴

Contudo, é preciso atentar para o fato de que nem todos os conflitos coletivos são mediáveis. E isso se deve não apenas em virtude da impossibilidade de obtenção de consenso em relação a determinadas questões, mas, sobretudo, porque as técnicas autocompositivas não são aplicáveis ou suficientes em alguns casos.²⁵ Por exemplo, questões que envolvem questionamentos de ordem constitucional sobre o que se pode ou não fazer, definição de conteúdo de direitos fundamentais ou valores morais, determinação se pessoas físicas ou jurídicas podem ou não agir de determinada forma que dependeria de autorização legal expressa ou ainda quando há grande disparidade de poder de negociação entre as partes representadas, sem que haja reais possibilidades de equalizá-lo.²⁶ Com efeito, os processos decisórios dos poderes legislativo e judiciário revelam-se mais adequados em tais casos. Assim, vislumbra-se principalmente a possibilidade de utilização da mediação em conflitos coletivos nas hipóteses em que se discute alocação e distribuição de recursos ou ainda *quando e como* se executar obrigações de fazer.

Um questionamento que se impõe no contexto da análise da mediação em conflitos coletivos no direito brasileiro é quem poderá exercer o papel de mediador. Nos Estados Unidos, os requisitos para exercer a atividade de mediação, quando determinada por algum juízo ou tribunal, devem atender aos critérios do próprio juízo, estadual ou federal. A competência para legislar em matéria processual é concorrente entre os poderes legislativos estaduais e federal. No âmbito federal, o *Uniform Mediation Act* regulamenta a matéria, mas não trata dos requisitos para que um profissional exerça a atividade de mediação. Na maioria dos Estados, também não há uma regulamentação normativa específica, exceto quando os próprios tribunais estabelecem os requisitos a serem cumpridos em relação aos casos por eles encaminhados.²⁷ Alguns Estados, por seu turno, exigem que o mediador possua alguma graduação específica, que conclua determinado número de horas de treinamento ou que tenha algum certificado de programa reconhecido.²⁸

Quando se trata da mediação em âmbito extrajudicial, o mediador deve ser alguém que tenha credibilidade perante todas as partes envolvidas no conflito. Assim, todas elas devem ter a oportunidade de opinar a respeito do profissional que irá exercer a função.²⁹ A principal dificuldade prática que se apresenta à efetiva utilização da mediação em conflitos coletivos no Brasil consubstancia-se, por ora, na ausência de profissionais com capacitação e formação específicas, embora já se tenha notícia de oferta de cursos voltados especificamente para esse fim.³⁰

Impõe-se observar, outrossim, que, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República de 1988 delinea o perfil institucional de órgãos públicos cujos integrantes, em virtude de sua formação profissional e atribuições funcionais, poderiam – e pelas razões acima expostas, seria desejável que o fizessem – desempenhar o papel de mediadores ou facilitadores nos conflitos que se lhes apresentassem no exercício das funções, tais como os membros do Ministério Público (art. 127), da Advocacia Pública (art. 131) e da Defensoria Pública (art. 134), sem prejuízo da possibilidade de contratação de mediadores privados, a depender da natureza do conflito e das partes envolvidas.

Vê-se, portanto, que o arcabouço normativo e as razões fáticas que fundamentam a busca pelas soluções consensuais dos conflitos estão mais do que evidenciadas no ordenamento jurídico brasileiro e sua moderna teoria e prática do direito processual. Identifica-se ainda a necessidade, entretanto, além de promoção da qualificação profissional específica, de se buscar melhor adequação da técnica aplicada às espécies de conflitos para os quais se pretende o alcance do consenso, sob pena de comprometermos os resultados passíveis de serem alcançados no plano do direito material, individual ou coletivo.

5 CONCLUSÃO

Foram apresentadas, no presente artigo, algumas reflexões a respeito da importância de se buscar a adequação das técnicas autocompositivas às espécies de conflitos nos quais se pretende aplicá-las. Essa preocupação se justifica não apenas em virtude do esforço normativo de promover a referida diferenciação em relação à natureza da relação jurídica considerada (se continuada e preexistente ao conflito ou se eventual e concomitante ao conflito), mas, sobretudo, em razão de suas repercussões sobre a própria efetividade do meio empregado.

Demonstrou-se, assim, que as atuais normas que disciplinam os meios autocompositivos de resolução de conflitos no direito brasileiro não oferecem parâmetros suficientes e adequados para que sejam aplicadas também aos conflitos coletivos, haja vista as peculiaridades inerentes às questões controversas que atingem as coletividades ou grupos de pessoas.

Nesse contexto, buscou-se problematizar o papel desempenhado pelo mediador nessas espécies de conflitos, bem como em que medida a postura do profissional poder-se-ia revelar imparcial diante de questões essenciais à obtenção do justo consenso. Além disso, evidenciou-se que as fases do procedimento autocompositivo, em especial a mediação, devem contemplar o esclarecimento de questões técnicas e a mobilização de diversos interessados que porventura ainda não estejam à mesa com vistas a obter o almejado consenso.

Os exemplos extraídos da experiência comparada demonstram que os meios autocompositivos de resolução de conflitos podem assumir importância e aplicação ainda mais extensas do que aquelas inicialmente vislumbradas a partir das normas que recentemente foram editadas no Brasil. Extrai-se que, assim

como o microsistema do direito processual coletivo apresenta significativas distinções em relação às regras aplicáveis ao processo civil individual, constituindo ramo próprio de estudo, verifica-se que essa diferenciação também se aplica aos meios autocompositivos de resolução de conflitos. O desafio que se descortina aos operadores do direito consubstancia-se na necessidade de adequação das técnicas aplicáveis, conforme a exigência da natureza do conflito. Espera-se que as reflexões ora apresentadas possam contribuir para esse esforço e para o necessário debate.

REFERÊNCIAS

DUKES, Franklin. **Resolving Public Conflict: Transforming Community and Governance**. New York: Manchester University Press, 2006.

FISHER, Roger; URY, William. **Getting to Yes**. London: Penguin Books, 1983.

FORESTER, John; SLITZEL, David. Beyond Neutrality: the Possibilities of Activist Mediation in Public Sector Conflicts. **Negotiation Journal**, United States, v. 5, n. 3, p. 251-264, 1989.

INNES, Judith. **Consensus Building: Clarifications for the Critics**. Planning Theori. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2004.

MOORE, Christopher. **The Mediation Process**. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

MOSS, Daniel. **Evaluating the Use of Mediation to Settle Land Use Disputes: a Look at the Provincial Facilitator's Office of Ontario**. 1997. 82 f. Thesis (Master in City Planning) - Institute of Technology, Massachusetts, 1997.

NADER, Laura. Disputing without the Force of Law. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 88, n. 5, p. 998-1021, 1979.

O'LEARY, Rosemary; NABATCHI, Tina; BINGHAM, Lisa. Assessing and Improving Conflict Resolution in Multiparty Environmental negotiations. **International Journal of Organization Theory and Behavior**, United States, v. 8, n. 2, p. 181-209, 2005.

PREIS, Mary. Mediation: Who Will Answer the Policy Questions? **Maryland Bar Journal**, Baltimore, v. 26, Oct. 1993.

REIS, Ludmila Costa. **As ações coletivas e os limites democráticos à judicialização das políticas públicas sociais no Brasil**. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUSSKIND, Lawrence. Multi-Party Public Policy Mediation: a Separate Breed. **Dispute Resolution Magazine**, v. 4, n.1, Fall 1997.

SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. **The Consensus Building Handbook: a Comprehensive Guide to Reaching Agreement**. Thousand Oaks: SAGE Publications, 1999.

SUSSKIND, Lawrence. Environmental Mediation and the Accountability Problem. **Vermont Law Review**, South Royalton, v. 6, n. 1, p. 1-47, 1981.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual**. 2003. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

ZEINEMANN, Robert. The Characterization of Public Sector Mediation. **Environmental Law and Policy Journal**, v. 24, p. 49-63, 2001.

-
- 1 Apesar de já se ter notícias sobre projetos de implantação de algumas varas especializadas no norte do país, tais como no estado do Amazonas. Disponível em: <<http://www.ale.am.gov.br/2014/02/06/amazonas-podera-ganhar-vara-de-aco-es-coletivas-e-crimina-is-nas-relaco-es-de-consumo-ate-marco/>>. Acesso em: 20 jul. 2016.
 - 2 Meta nº 6/CNJ do ano de 2014 para a Justiça Estadual e Justiça do Trabalho: Identificar e julgar, até 31/12/2014, as ações coletivas distribuídas até 31/12/2011, no 1º grau e no TST, e até 31/12/2012, no 2º grau.
 - 3 META 6 - Priorizar o julgamento das ações coletivas: STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho - Identificar e julgar até 31/12/2016: 1) No STJ, 60% dos recursos oriundos de ações coletivas distribuídas a partir de 01/01/2015; 2) Na Justiça Estadual, 60% das ações coletivas distribuídas até 31/12/2013 no 1º grau, e 80% das ações coletivas distribuídas até 31/12/2014 no 2º grau; 3) Na Justiça Federal, 100% das ações coletivas distribuídas até 31/12/2012 no 1º e 2º graus; 4) Nos Tribunais Regionais e Juízes do Trabalho, as ações coletivas distribuídas até 31/12/2013 no 1º grau e até 31/12/2014 no 2º grau; e 5) No Tribunal Superior do Trabalho, as ações coletivas distribuídas até 31/12/2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoricnj/metad/609-gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/metad-do-judiciario>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
 - 4 Conforme previsão do item 1.1, alínea "i", do Anexo I da Resolução CNJ nº 125/2010, com a redação dada pela Emenda nº 2, de 08/03/2016.
 - 5 ZEINEMANN, Robert. The characterization of public sector mediation. **Environmental Law and Policy Journal**, v. 24, p. 49, 2001.
 - 6 Dentre as características que distinguem a mediação ambiental dos procedimentos que envolvem mediação entre particulares podem ser citadas: as disputas centram-se nas relações entre o homem e o meio ambiente, apresentam níveis elevados de complexidade e incerteza, afetam bens de uso comum, envolvem múltiplas partes e interesses contrapostos (cidadãos, empresários e industriais, agências governamentais, agentes políticos, associações não governamentais), implicam possibilidades de efeitos intergeracionais etc.
 - 7 Op. cit., p. 50;
 - 8 FORESTER, John; SLITZEL, David. Beyond neutrality: the possibilities of activist mediation in Public Sector Conflicts. **Negotiation Journal**, Unites States, v. 5, n. 3, p. 251-264, 1989; SUSSKIND, Lawrence. Environmental Mediation and the accountability problem. **Vermont Law Review**, South Royalton, v. 6, n. 1, p. 1-47, 1981.
 - 9 FISHER, Roger; URY, William. **Getting to Yes**. London: Penguin Books, 1983.

- 10 Detalhamento dos cursos oferecidos. Disponível em: <<http://www.pon.harvard.edu/executive-education>>. Acesso em: 30 jun. 2016.
- 11 Ar. 166, §4º “A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.
- 12 De acordo com o *Uniform Mediation Act*, em vigor nos EUA, mediação significa “um processo no qual um mediador facilita a comunicação e a negociação entre partes para assisti-las no alcance de um acordo voluntário relativo à sua disputa”. Sob o ponto de vista doutrinário, a mediação é concebida como “um processo de resolução de conflito no qual um terceiro mutuamente aceito pelas partes, que não tem autoridade para tomar decisões vinculantes, intervém em um conflito ou disputa para assistir as partes em prol da melhoria de seu relacionamento, aumentar a comunicação, e utilizar procedimentos de negociação e solução de problemas efetivos para alcançar entendimentos ou acordos voluntários e mutuamente aceitos em questões controversas” (MOORE, Christopher. *The mediation process*. San Francisco: Jossey-Bass, 2014. p. 20).
- 13 PREIS, Mary. Mediation: who will answer the policy questions? *Maryland Bar Journal*, Baltimore, v. 26, Oct. 1993.
- 14 SUSSKIND, Lawrence. Multi-party public policy mediation: a separate breed. *Dispute Resolution Magazine*, v. 4, n. 1, p. 4, Fall 1997.
- 15 No procedimento da negociação, Ury e Fisher intitularam de BATNA (“best alternative to a negotiated agreement” ou “melhor alternativa para um acordo negociado”) o conteúdo mínimo de um acordo negociado que seja satisfatório para ambas as partes.
- 16 SUSSKIND, Lawrence. *Multi-party...*, op. cit., p. 5.
- 17 Sobre o tema, vide: THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. 2003. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- 18 Para uma abordagem mais profunda e detalhada, vide: RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- 19 MOSS, Daniel. Evaluating the use of mediation to settle land use disputes: a loof at the Provincial Facilitator’s Office of Ontario. 1997. 82 f. Thesis (Master in City Planning) - Institute of Technology, Massachusetts, 1997.; SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah. *Evaluating the use of mediation to resolve wetlands appeal cases: analysis and recommendations*. Cambridge: CBI.; SUSSKIND, Lawrence; McKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The consensus building handbook: a comprehensive guide to reaching agreement*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 1999; DUKES, Franklin. *Resolving public conflict: transforming community and governance*. New York: Manchester University Press, 2006.
- 20 Sobre as particularidades e complexidades da resolução de conflitos que envolvem questões ambientais, vide: O’LEARY, Rosemary; NABATCHI, Tina; BINGHAM, Lisa. Assessing and improving conflict resolution in multiparty environmental negotiations. *International Journal of Organization Theory and Behavior*, United States, v. 8, n. 2, p. 181-209, 2005.
- 21 ACTIVIST mediation: is that a contradiction in terms or a new opportunity? *Planning Journal*, Chicago, v. 79, p. 41, 2013; “ACTIVIST” Mediation, *American Planning Association Magazine*, p. 41 2013.
- 22 A possibilidade de o mediador adotar medidas para equalizar a representação das partes não é consenso entre os doutrinadores, mas trata-se de questionamento frequentemente levantado em casos nos quais se afiguram partes em evidente desvantagem social, financeira ou técnica. PREIS, Mary L. Mediation: who will answer the policy questions? *Maryland Bar Journal*, Baltimore, v. 26, p. 26, 1993.
- 23 Sobre os mecanismos de controle de políticas públicas pela via judicial, vide: REIS, Ludmila Costa. *As ações coletivas e os limites democráticos à judicialização das políticas públicas sociais no Brasil*. 2009. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2009.
- 24 INNES, Judith. *Consensus building: clarifications for the critics*. Planning Theori. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2004.
- 25 Conforme alerta Humberto Dalla, não se deve “imaginar que os métodos autocompositivos são a solução mágica para a crise do Estado-juiz ou mesmo que tenham capacidade para substituir integralmente a jurisdição”. PINHO, Humberto. *A mediação e o código de processo civil projetado*. Disponível em: <https://www.academia.edu/4246510/A_MEDIACAO_E_O_CPC_PROJETADO_280612>. Acesso em: 1 mar. 2016.

- 26 Para uma abordagem sobre os casos em que a “força da lei” se faz mais adequada do que os meios autocompositivos, vide: NADER, Laura. Disputing without the force of Law, *Yale Law Journal*, New Haven, v. 88, n. 5, p. 998-1021, 1979.
- 27 Para informações mais detalhadas sobre as exigências de cada estado norte-americano, vide <<http://www.mediationworks.com/medcert3/staterequirements.htm>>. Acesso em: 1 mar. 2016.
- 28 PREIS, Mary L. Mediation: Who Will answer the policy questions? *Maryland Bar Journal*, Baltimore, v. 26, p. 26, 1993.
- 29 SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 115.
- 30 Vide o curso de Resolução Consensual de Conflitos Coletivos envolvendo Políticas Públicas, ofertado pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/enam/mod/book/view.php?id=83&chapterid=73>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN COLLECTIVE CONFLICTS: REFLECTIONS ON THE SUITABLE TECHNIQUE IN FAVOUR OF EFFECTIVENESS

ABSTRACT

This article proposes to examine the rules governing alternative dispute resolution methods in Brazilian Law and to confront them with their possible application to collective disputes. The aim is to discuss the application of conciliation, negotiation and mediation techniques to various kinds of conflict, given their distinctive features. The article shows that, considering the characteristics inherent to collective conflicts, legal professionals must search for appropriate technical solutions; otherwise the desired consensus results might be compromised. Thus, mediation is presented as the alternative dispute resolution technique potentially suitable for resolving collective conflicts, as long as the need to adapt such technique be considered.

Keywords: Conflict resolution. Alternative dispute resolution techniques. Collective conflicts.

Submetido: 8 ago. 2016
Aprovado: 27 set. 2016

POTERE E POLITICA NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE DEL BRASILE POSTCOLONIALE. UNA RIFLESSIONE A PARTIRE DA UN'OPERA DI MACHADO DE ASSIS

Jacopo Paffarini*

1 L'Europa, le ex-colonie e la globalizzazione. 2 Machado de Assis e la società brasiliana tra impero e repubblica. 3 Un romanzo "di rottura." 4 La piaga dello schiavismo. 5 Una «modernizzazione conservatrice». Riferimenti.

RIASSUNTO

La complessità delle relazioni di potere è ascrivibile a molte opere di Machado de Assis, attraverso i suoi scritti si accede ad un ritratto della società carioca in un'epoca in cui lo Stato brasiliano era ancora alla ricerca di un definitivo assetto istituzionale. La posizione di Machado de Assis acquista in questo senso un duplice rilievo per lo studioso europeo: da un lato, costituisce una testimonianza delle tensioni sviluppatesi intorno ai processi di diffusione oltreoceano del pensiero politico e filosofico del Vecchio Continente; dall'altro, identifica la realtà brasiliana come il prodotto di questa contraddizione tra l'arcaico e il moderno, tra i canoni antichi e il progresso guidato dall'ambizione individuale.

Parole-chiave: Diritto e letteratura. Studi Post-coloniali. Dialogo accademico Brasile-Italia. Circolazione e recezione modelli giuridici occidentali.

1 L'EUROPA, LE EX-COLONIE E LA GLOBALIZZAZIONE

Nel corso degli ultimi decenni le esperienze di collaborazione accademica tra Italia e Brasile hanno promosso un avvicinamento tra due paesi comunemente ritenuti lontani, evidenziando una serie di legami culturali, storici ed economici a cui non sempre era stata concessa un'opportuna considerazione. Con la moltiplicazione dei luoghi e dei momenti di dialogo, inoltre, sono emersi nuovi punti di vista attraverso i quali è stato possibile

* Pós-Doutor em Direito Público (Faculdade Meridional IMED). Doutor em Direito Público (Università degli Studi di Perugia/Itália). Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Faculdade Meridional - IMED. Bacharel em Direito pela Università degli Studi di Perugia. Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado - Heidelberg (Alemanha). E-mail: <jacopo.paffarini@imed.edu.br>.

riorganizzare un bilancio delle esperienze e delle narrazioni diffuse relative al processo di civilizzazione sudamericano.

Nel presente *Convegno Italo-Brasiliano* è stato giustamente scelto un percorso ampio ed interdisciplinare, nella consapevolezza che i “punti di contatto” possono affermarsi anche in opposizione alle conoscenze maturate fino ad oggi nei vari settori accademici. D'altronde si tratta di una sfida non più rimandabile, tenuto conto che in ogni area delle scienze sociali è finalmente emerso il bisogno di “superare i confini” della tradizione scientifica del mondo occidentale.

Gli effetti disgreganti attribuiti all'intensificarsi dei flussi di circolazione di persone, idee, *commodities* e denaro esprimono infatti una crisi che colpisce, oltre alla “sovranità nazionale”, gli stessi modelli istituzionali prodotti dal pensiero occidentale. Il ritorno dei particolarismi sociali, delle istanze localistiche, la sfiducia verso la democrazia rappresentativa identificata con il sistema dei partiti e, non ultimo, il prepotente ritorno dell'intolleranza razziale sono generalmente (e sbrigativamente) descritti come le conseguenze di un processo di globalizzazione che ha dato attenzione solamente ai mercati.¹ Ancor prima del recente consolidamento di una dimensione transnazionale dei rapporti economici e comunicativi, tuttavia, gran parte di queste problematiche erano già emerse, seppur separatamente, in diverse aree del pianeta. Si dovrebbe perciò sostenere che la globalizzazione ha promosso, in alcuni casi, la loro “emigrazione”, in altri, soltanto la generalizzazione del disagio ad esse legato.

A partire da queste considerazioni la continuazione di un dialogo accademico può servire, se non a tracciare delle soluzioni comuni, perlomeno a sollevare le questioni in un'ottica non più limitata da un solo sistema di pensiero, ma plurale e partecipata. Non si vuole ritornare sulle accuse di “eurocentrismo” avanzate in più occasioni nei confronti degli studi europei, soprattutto nel settore delle scienze sociali.² Piuttosto si vuole richiamare l'attenzione sulla *circolazione di idee* che ha sempre unito il “centro” alla “periferia” del sistema produttivo capitalista e sull'inevitabile “*manipolazione*” a cui le stesse vengono sottoposte nel processo di ricezione e di adattamento alla nuova realtà ricevente.³

La civilizzazione del Brasile assume una rilevanza particolare in questo discorso per una serie di peculiarità del suo percorso storico. In primo luogo, l'insediamento della Corona Portoghese a Rio de Janeiro, durante il periodo coloniale, contribuì ad intensificare l'influenza europea nel paese latinoamericano, che diventò un punto di passaggio per molti artisti e scrittori del Vecchio Continente. In secondo luogo, il Brasile è una nazione che non ha mai smesso di ricevere “stranieri” (siano essi conquistatori, pionieri, schiavi, migranti in fuga dalla carestia e dalle guerre europee o, infine, investitori). Questo contribuisce alla sua complessità, alla diversificazione estrema delle condizioni di vita, alla conflittualità esistente sulla proprietà delle terre tra autoctoni (indigeni) e colonizzatori delle diverse generazioni, a concentrare le rivendicazioni in senso geografico (Nordest contro Sudest; élite agrarie dell'entroterra di discendenza italiana e tedesca contro le élite della costa atlantica di discendenza portoghese;

indigeni dell'Amazzonia di oggi contro l'avanzamento delle città industriali e delle metropoli).

Le asimmetrie del processo di modernizzazione del Brasile sono ovviamente riconducibili alla varietà del suo tessuto sociale, dove i modelli della cultura occidentale si sono insediati passando attraverso importanti fasi di adattamento, che ne hanno determinato, per così dire, una "brasilianizzazione". È nell'ambito di quest'ultimo passaggio che i processi di *trapianto* degli istituti occidentali hanno manifestato le maggiori difficoltà, spesso deludendo le aspettative.⁴ Si considerino, a titolo di esempio, le specificità del presidenzialismo brasiliano: la tipica concertazione delle funzioni di indirizzo politico presso il Capo dello Stato è "corretta" dalla frammentazione prodotta dalla scelta di un sistema proporzionale puro per l'elezione dei membri del Congresso. L'effetto rappresentativo è dunque compreso tra due tendenze asimmetriche, con l'instaurazione di equilibri notevolmente complessi dentro le alleanze di governo ed il rischio imminente di un uso fazioso degli strumenti di garanzia della legalità costituzionale (come è accaduto di recente nel caso dell'*impeachment* della Presidente Dilma Rousseff).⁵

Le contraddizioni che si costituiscono attraverso e all'interno del processo di recezione delle idee occidentali rappresentano un tratto distintivo dello sviluppo di molti paesi che hanno intrapreso il cammino dell'indipendenza dopo un periodo di colonizzazione. Sul versante degli studi giuridici, ad esempio, si possono incontrare diversi rilievi critici delle più recenti esperienze di cooperazione internazionale, finalizzate a coniugare investimenti finanziari nei paesi in via di sviluppo con la promozione e la tutela dei diritti fondamentali.⁶

Il sentimento di disillusione verso la realizzazione delle istanze di emancipazione individuale e sociale è stato interpretato, in diverse epoche e contesti, da molti scrittori degli "ex-territori coloniali."⁷ È significativo, inoltre, il fatto che questi ultimi hanno più o meno apertamente "risposto" alla tradizione letteraria occidentale opponendo una autonoma ricerca di stili e di metodologie.⁸ Un elemento che accomuna la prosa degli scrittori sudamericani e africani, ad esempio, è l'esaltazione del contrasto tra le proclamazioni messianiche di libertà delle costituzioni post-coloniali e la continuità dell'ordine sociale del colonialismo.⁹ In tal senso, la carica emotiva degli autori che avevano accompagnato la fase indipendentista si spegne negli anni successivi, lasciando spazio al pessimismo della ragione.¹⁰

2 MACHADO DE ASSIS E LA SOCIETÀ BRASILIANA TRA IMPERO E REPUBBLICA

La complessità delle relazioni di potere è ascrivibile a molte opere di Machado de Assis, che è tuttora considerato uno dei maggiori esponenti della letteratura brasiliana. Attraverso i suoi scritti si accede ad un ritratto della società carioca in un'epoca in cui lo Stato brasiliano era ancora alla ricerca di un definitivo assetto istituzionale. La narrativa machadiana, in questo senso,

rappresenta una testimonianza diretta degli anni che segnarono il tramonto della monarchia costituzionale¹¹ e la nascita della Repubblica presidenziale ispirata all'esperienza del liberalismo nordamericano.

Machado de Assis è un osservatore importante perché racconta il suo paese sotto una prospettiva diversa rispetto ai suoi contemporanei, soprattutto a partire da quella che è comunemente definita «la seconda fase dell'opera machadiana».¹² Mentre, da un lato, chiede di essere considerato «un uomo del suo tempo e del suo paese», dall'altro, lo scrittore rivendica la libertà di trarre ispirazione da «temi remoti e lontani». Così, nella sua fase più matura, la prosa di Machado de Assis percorre un orizzonte letterario del tutto inedito, collocandosi in aperta polemica con diversi scrittori del periodo imperiale che, seguendo la tradizione, consideravano «autenticamente brasiliano» solamente il romanzo ispirato dalla realtà locale.¹³

Questo spirito di rottura si esprime pienamente in *Memórias Póstumas de Brás Cubas*¹⁴, nel quale l'autore si avvale di molte risorse letterarie e filosofiche della tradizione europea per esporre la sua percezione della società nazionale in un'ottica non più limitata dall'esperienza *positiva* dei fatti. L'opera è stata accolta dalla critica come il primo romanzo «realista» della letteratura brasiliana, nonostante sia solamente in parte riconducibile a questo approccio. Oltre alla narrazione delle vicende di vita e delle condizioni delle classi sociali dell'epoca, infatti, assumono una rilevanza fondamentale le componenti del romanticismo europeo e del romanzo di fantasia, a cui l'autore fa ampio rinvio aggiungendo singolari sfumature di sarcasmo.

La rivoluzione di Machado consiste dunque nell'aver reinterpreto i temi e i personaggi dei romanzi europei da una prospettiva autenticamente brasiliana, dando vita ad un scrittura del tutto originale nel suo stile e presentando una realtà locale sconosciuta agli occhi del mondo. L'ambiente esotico, l'indio coraggioso e selvaggio, il colono avventuriero lasciano il posto al ritratto di una società arcaica, in cui, dietro gli abiti e i costumi antichi, si nasconde la violenza di una civilizzazione fondata sullo schiavismo e sul predominio della razza bianca.¹⁵

La diffusione dell'opera di Machado de Assis in Europa avviene già venti anni dopo la sua morte, in un periodo in cui la critica letteraria del Vecchio Continente era poco incline ad aperture verso orizzonti culturali così remoti.

Nel 1928 viene pubblicata la traduzione in italiano di «*Memórias Póstumas de Brás Cubas*», presentata nell'introduzione di Mario da Silva come «il più originale e umano romanzo che possenga la letteratura brasiliana e uno dei più profondi di tutta la letteratura della lingua portoghese».¹⁶ È opportuno ricordare, tuttavia, che diversi anni prima era già uscito in Francia un ampio studio su Machado de Assis condotto da Victor Orban, Anatole France e Oliveira Lima:¹⁷ un omaggio a «*le génie latin*» la cui opera artistica ha dato prova di un approccio narrativo, al contempo, «nazionale ed universale».¹⁸

Negli anni a seguire tale interpretazione dello stile machadiano non perde la sua attualità e viene ribadita nella riedizione italiana del romanzo, pubblicata nel 1953, con il titolo «*Memorie dall'aldilà*». Nelle pagine dell'introduzione Laura Marchiori, che è anche la traduttrice dell'opera, definisce Machado de Assis «uno degli scrittori più universali del suo tempo», capace di condurre uno studio approfondito dell'animo umano e dei conflitti psicologici restando immune da qualsiasi «interferenza del folklore». ¹⁹ Questa presentazione è capace cogliere un tratto fondamentale, il quale trapela dal pessimismo di fondo che caratterizza la maggior parte degli scritti di Machado e dall'ironia più esplicita con cui quest'ultimo dipinge le gesta, del tutto prive di audacia, dei suoi personaggi. La trama del romanzo, articolata attorno alle vicende della vita di Brás Cubas, si interrompe infatti più volte per lasciare spazio alla rappresentazione dei “residui” di un Brasile precapitalista: lo schiavismo, la classe parassitaria e arrogante dei ricchi proprietari, la staticità del tessuto sociale, il conservatorismo dei costumi.

La posizione di Machado de Assis acquista in questo senso un duplice rilievo per lo studioso europeo: da un lato, costituisce una testimonianza delle tensioni sviluppatesi intorno ai processi di diffusione oltreoceano del pensiero politico e filosofico del Vecchio Continente, dall'altro, identifica la realtà brasiliana come il prodotto di questa contraddizione tra l'arcaico e il moderno, tra i canoni antichi e il progresso guidato dall'ambizione individuale. La terra del protagonista, lontana dall'essere la patria romantica dell'eroe borghese europeo, è il luogo di una oscena polarizzazione sociale. ²⁰

3 UN ROMANZO “DI ROTTURA”²¹

La scena del racconto è la capitale carioca, la Rio de Janeiro che in quel periodo era probabilmente la più europea delle città del Nuovo Continente. Il trasferimento della Corona portoghese tra il 1808 e il 1821 aveva infatti condizionato profondamente la crescita della città, che a partire da questo momento diventa un punto di passaggio di molti studiosi e diplomatici d'oltreoceano. ²² Rio de Janeiro è il cuore dell'ex-colonia sudamericana nel XIX secolo, sebbene non l'unico: ²³ i grandi centri di produzione di caffè, San Paolo e Minas Gerais, incalzano infatti il primato economico carioca per tutto il Secondo Impero (1840-1889) e diventano i poli di riferimento della vita politica durante la Prima Repubblica (1889-1930). ²⁴

La voce della narrazione è quella di Brás Cubas, che parla dall'oltretomba. È infatti morto di polmonite e, soltanto quando è passato a miglior vita, si decide di scrivere la sua autobiografia. *L'incipit* del romanzo preannuncia la fusione degli stili del racconto: il sarcasmo coinvolge da subito il lettore, verso il quale Brás Cubas alterna un tono ossequioso e sferzate di umorismo molto vicine all'affronto; ²⁵ l'introspezione psicologica mostra l'animo sconfitto, ma non affranto, del protagonista; la componente di fantasia fa la sua apparizione con la descrizione della veglia funebre da parte dello stesso «defunto-autore». Il carattere irriverente del romanzo trova il suo apice in un passaggio dell'apertura.

Brás Cubas si addentra in una comparazione storica per “giustificare” le sue memorie postume, spiega perciò che non è la prima volta in cui un defunto sia anche uno scrittore: si riconduce infatti alla tradizione biblica, in particolare a Mosè, il quale descrisse la sua morte nel Libro dell’Esodo. Tuttavia, precisa il protagonista, la «differenza radicale» tra il suo libro e la Sacra Scrittura consiste nel fatto che Mosè raccontò la sua morte alla fine della storia e non all’inizio. Infine, la scelta stilistica di Bras Cubas è rappresentata dal rifiuto di una «usanza volgare», ossia iniziare le memorie dai primi anni di vita, e dalla preferenza per una «scrittura più galante e più moderna».

La veglia funebre è accompagnata dal pianto di Virgilia, l’amore nascosto del defunto-autore, morto celibe e con soli undici amici che presenziano al suo funerale. Un’ironia macabra trapela fin dalle prime pagine del libro e rimane fino alla fine sullo sfondo del racconto. La “narrazione-da-morto” permette infatti a Brás Cubas di riportare i fatti della sua vita con una totale esenzione, il trapasso rappresenta una liberazione dal “peso dell’esistenza” più volte rievocato nel racconto degli episodi della vita.²⁶

Il malessere interiore del defunto-protagonista viene posto immediatamente a contrasto con il benessere economico di cui ha sempre goduto in vita.

Brás Cubas è il simbolo della élite carioca del XIX secolo, una classe di *renters*, proprietari di terre e di schiavi, senz’altro estranei all’etica individualista del *self-made man* che aveva caratterizzato l’ascesa della borghesia europea. La sua educazione è fortemente influenzata dalla famiglia schiavista: durante l’infanzia il gioco preferito è cavalcare Prudêncio, figlio coetaneo di uno dei servitori della famiglia. Così, si guadagna l’appellativo di «*menino diabo*» tra la servitù costretta a sottomettersi ai suoi vizi per evitare le violente sfuriate, come quando colpisce in testa una schiava che gli rifiuta il dolce di cocco.

Nel racconto dell’infanzia viene anticipato l’elemento che secondo diverse ricostruzioni costituisce il filo conduttore dell’opera, ossia il “capriccio.”²⁷ Nessuno dei personaggi di primo piano del romanzo è animato infatti da nobili sentimenti: al contrario, inseguono l’ascesa sociale o la carriera politica per consolidare il potere della famiglia di appartenenza o per la semplice soddisfazione personale. Sotto questa prospettiva il capriccio rappresenta una declinazione in chiave satirica dei sogni e delle ambizioni degli eroi del romanticismo europeo, di cui Brás Cubas e gli altri ne sono evidentemente la “versione goffa”.

Il capriccio è infine all’origine dei tormenti dell’animo dei personaggi che conducono delle esistenze quasi del tutto prive di iniziative nobili e incapaci di conquistare le emozioni del lettore. Così, ad esempio, l’incapacità di resistere a Marcela e i suoi “costosi capricci” condannano il giovane Brás Cubas a subire la punizione del padre, il quale, quando arriva il conto della gioielleria, deciderà di imbarcare a forza il figlio in una nave diretta in Portogallo, per iniziare gli studi di diritto all’Università di Coimbra. Una volta tornato in terra natia, però, è Brás Cubas la vittima dei fallimentari progetti del padre, che a tutti i costi vuole

vedere suo figlio seduto alla Camera dei Deputati. Al fine di garantire il seggio al giovane candidato, l'uomo aveva infatti programmato il matrimonio dell'ignaro figlio con Virgilia, appartenente all'importante discendenza dei Dutra. Il disegno tuttavia fallisce proprio quando Bras Cubas, dapprima disinteressato alla proposta del padre, incomincia a provare un forte sentimento per la donna che avrebbe dovuto essere la sua futura sposa. Il padre di Virgilia infatti preferisce cedere la mano della figlia a Lobo Neves, anche lui intenzionato a candidarsi alla Camera dei Deputati. Infine, il capriccio di incontrare di nuovo Virgilia dà avvio ad una relazione clandestina tra il protagonista e la donna, che tuttavia è destinata a non durare a lungo. Poco tempo dopo Virgilia è infatti costretta a lasciare Rio de Janeiro al seguito del marito Lobo Neves, il quale è stato eletto presidente di una provincia del Nord del Brasile.

La narrazione prosegue tra progressi e delusioni: Cubas diventa deputato, ma non riesce a divenire ministro e i suoi progetti di fondare un giornale di opposizione svaniscono. Si sposa con una giovane donna presentatagli dalla sorella, che però poco tempo dopo muore e lo lascia vedovo.

Infine, ritorna l'elemento del fantastico nella narrazione: Brás Cubas tenta di redimere la sua inutile esistenza cercando di fare qualcosa che lo riesca ad «elevare tra le prime file degli esseri umani, al di sopra della scienza e della ricchezza, perché diretta ispirazione divina». È l'«*Emplasto Bras Cubas*», una panacea contro tutti i mali. Ironia della sorte, però, si ammala di polmonite per essere uscito in strada nel tentativo di prendersi cura del suo progetto («il caso ha determinato il contrario, e per questo ora voi soffrite di ipocondria»).

L'epilogo del romanzo, al di là dell'ironia, non lascia alcuno spazio alla realizzazione dei progetti di vita di Brás Cubas e degli altri personaggi. Il defunto-autore, nonostante tutto, si rallegra dell'assenza di ulteriori patimenti, ossia per non aver mai dovuto pagare il pane con il sudore della sua fronte e per non essere impazzito come il suo amico Quincas Borba. E in ultimo, aggiunge: «non ho avuto figli, non ho trasmesso a nessuna creatura l'eredità della nostra miseria».²⁸ In tal senso si spiega la singolare dedica collocata in epigrafe alle memorie: «al verme che per primo ha rosicchiato la carne fredda del mio cadavere».

4 LA PIAGA DELLO SCHIAVISMO

Non è sufficiente una sola interpretazione per comprendere l'opera nella sua densità di stili e contenuto. Le diverse posizioni che si sono confrontate nella critica (non solo letteraria) lasciano intendere la difficoltà di trovare una collocazione definitiva del romanzo secondo gli schemi classici della narrativa. *Memórias Póstumas de Brás Cubas* è, tuttavia, un'opera che non vuole fare «solo» narrativa, pertanto, una delle chiavi di lettura che si impone è quella della polemica nell'ambito della quale l'autore esprime la sua idea di «istinto di nazionalità».²⁹

Machado de Assis, come già detto, è uno scrittore critico verso gli esponenti della letteratura nazionale a lui contemporanei, di cui non condivide

l'ideologia "localista": ritiene infatti che rifiutando il confronto con i temi europei si sarebbe ritardato lo sviluppo della narrativa brasiliana.³⁰ Nella seconda fase della prosa di Machado de Assis la contemplazione della natura, il racconto dei conflitti passionali e dei costumi dei popoli passano in secondo piano. È invece la coscienza di un popolo, le sue miserie e la sua falsa moralità che l'autore voler esplorare e portare alla luce, inaugurando un cammino letterario all'epoca del tutto nuovo. Machado de Assis è consapevole che una scrittura apertamente filosofica o politica non avrebbe diffusione tra i suoi connazionali, non esistendo una tradizione di opere basata su «studi solidi».³¹ La sua intenzione è quella di arrivare alla sua gente, ed è per questo che sceglie il romanzo e fa ampiamente ricorso a tutte le risorse stilistiche a disposizione per raggiungere il suo obiettivo.

Uno degli strumenti più efficaci della prosa machadiana è la costruzione dei personaggi, attraverso la quale è possibile percepire tutta la sfiducia dell'autore sia verso la società brasiliana, sia verso la natura umana.³² L'obiettivo della critica di Machado de Assis è specialmente l'élite della Capitale: ciò appare evidente nella misura in cui viene enfatizzata la fiacchezza morale ed esistenziale di Brás Cubas e dei suoi pari, arricchita dalla descrizione sarcastica delle loro vite e dei loro insuccessi.³³ Nondimeno, è opportuno tener presente che il punto di osservazione dal quale Machado d'Assis racconta la società del Secondo Impero brasiliano è condizionato dalla sua singolarissima esperienza esistenziale.

La vita dello scrittore è infatti caratterizzata da una irrefrenabile ascesa professionale, che gli ha permesso di attraversare gradualmente la società brasiliana dal basso verso l'alto. Machado d'Assis cresce nel barrio Livramento, proveniente da una famiglia discendente da schiavi "alforriados", ossia liberati da un precedente proprietario. Per tutta la sua infanzia e la sua adolescenza sopravvive in condizioni precarie, ma non miserabili: fa parte di una "famiglia aggregata", ossia dipendente di una altra famiglia di ricchi proprietari di terre che dava lavoro ai genitori. Conduce degli studi discontinui, che però risultano sufficienti a farlo assumere presso la tipografia di Paula Britto, frequentata da diversi autori importanti. Poco dopo la pubblicazione del suo primo poema nel 1855³⁴ e la relativa stabilità economica, passa dalla mansione di tipografo a quella di revisore e, infine, alla redazione del "Correio Mercantil". A trenta anni è già uno scrittore conosciuto.

Da figlio di imbianchino e di una lavandaia Machado d'Assis diventa dapprima giornalista, successivamente poeta, drammaturgo, scrittore di romanzi e, infine, Presidente Onorario dell'*Academia Brasileira de Letras*.

La particolare sensibilità verso i temi della disuguaglianza razziale, unita alla disillusione verso i proclami liberali della borghesia brasiliana, sono il prodotto sia di esperienze di vita privata sia del contatto diretto con la politica.

Sotto il primo profilo, si noti che la storia di Machado offre, di per sé, una testimonianza chiara della crudeltà sprigionata da un sistema di *apartheid* e delle consuetudini discriminatorie in materia *miscegenation*. Nel 1869 nono-

stante lo schiavismo sia stato profondamente criticato dalla corrente liberale, il Parlamento brasiliano ancora non ha raggiunto un accordo sull'abolizione della antica piaga.³⁵ È in questo anno che Machado de Assis, il cui colore della pelle rivelava le discendenze africane del nonno paterno, affronta per l'ennesima volta il preconceito razziale, questa volta da parte della famiglia portoghese della sua futura moglie Carolina.³⁶ Il fratello, Faustino Xavier, si oppone infatti al matrimonio, ma alla fine lo scrittore riesce a vincere le resistenze grazie alla sue conoscenze illustri.

Sul versante politico, invece, è importante ricordare che nel 1874 Machado entra nel Ministero dell'Agricoltura, dove lavora in una sezione incaricata di vigilare l'applicazione di uno dei più importanti provvedimenti del parlamento brasiliano a favore della fine della schiavitù: la "*Lei do ventre livre*". La legge fu promulgata il 28 settembre 1871 e stabiliva che a partire da quella data tutti i figli nati da una donna in condizioni di schiavitù dovevano considerarsi liberi, mentre i genitori continuavano a rimanere sottomessi ai loro proprietari. Dopo anni di accese discussioni alimentate dalle pressioni diplomatiche, soprattutto inglesi, viene data alla luce una riforma molto contestata e che, soprattutto, non produce rilevanti effetti nell'immediato. Sotto il primo profilo, si ricorda che il processo di approvazione della legge aveva dovuto superare la dura opposizione dei parlamentari eletti negli stati di Minas Gerais, San Paolo e Rio de Janeiro, dove i profitti delle élite dei coltivatori di caffè ancora dipendevano ampiamente dalla manodopera servile. D'altra parte, l'attuazione del provvedimento svuotava di senso i principi ispiratori della riforma: i «figli liberi» di genitori ancora in condizioni di schiavitù dovevano rimanere in custodia presso i «signori» fino all'età di 21 anni (prevedendo la possibilità per i tutori di avvalersi del loro lavoro) o, alternativamente, potevano essere affidati allo Stato (con la conseguente nascita del diritto del signore ad essere indennizzato per la perdita delle prestazioni del minore).³⁷

Questa riforma era evidentemente ben lontana dall'esprimere l'idea di liberalismo patrocinata dagli autori europei e, probabilmente, per Machado de Assis è l'ennesima dimostrazione del provincialismo del paese latinoamericano. Nel percorso abolizionista del Brasile non vi è infatti alcuna traccia di una genuina maturazione di istanze egualitarie. Così come per molti altri paesi del Continente Americano, la rottura con la tradizione schiavista viene forzata dai parlamenti europei, la cui retorica dei diritti e dell'autonomia dell'individuo cresceva di pari passo con l'avanzamento del processo di industrializzazione. Ciò spiega perché l'Inghilterra in quel periodo conduceva le pressioni diplomatiche verso molti degli ex-mercati coloniali, compreso il Brasile.

È importante ricordare, infatti, che nel 1845 il Parlamento britannico aveva approvato un provvedimento destinato a inasprire notevolmente i rapporti con l'Impero del Brasile, il c.d. *Aberdeen Act*, che deve il nome all'allora Segretario degli Esteri della Corona inglese. In realtà si tratta di un dispositivo rivolto a dare effettività ad un accordo di un ventennio precedente siglato dal

Re inglese Giorgio V e dell'Imperatore del Brasile Dom Pedro I:³⁸ la necessità di un rafforzamento delle misure di contrasto al commercio degli schiavi si era resa necessaria alla luce dell'accondiscendenza, nemmeno troppo velata, riservata dalle istituzioni brasiliane verso i trafficanti.³⁹ Pertanto, con un'iniziativa unilaterale, il Parlamento britannico ripristinava la giurisdizione dei tribunali marittimi inglesi per la repressione del traffico di schiavi in alto mare, precedentemente sospesa in attuazione della convenzione che affidava tale compito alle commissioni giudicanti "miste", ossia composte da arbitri brasiliani e britannici. Infine, veniva conferito alla marina reale la prerogativa di intercettare in alto mare le navi brasiliane sospettate di nascondere e trasportare degli schiavi, catturarne eventualmente i trafficanti per condurli in giudizio davanti ad un tribunale marittimo inglese («*Her Majesty's High Court of Admiralty and any Court of Vice Admiralty within Her Majesty's Dominions* »).

La storiografia ci segnala, tuttavia, che l'attuazione del provvedimento non impedì la continuazione clandestina della tratta.⁴⁰ L'unico effetto immediato fu quello di aumentare il costo degli schiavi nel mercato brasiliano, dato il maggiore rischio che i trafficanti dovevano affrontare nell'attraversare l'Atlantico. Un simile risvolto della vicenda fu reso possibile dalla già accennata ambiguità della classe dirigente delle ex-colonie sudamericane, i cui privilegi sociali e politici poggiavano sui proventi della tratta degli africani.

La formazione dello Stato brasiliano assumeva pertanto due opposte inclinazioni: da un lato, la ricerca di una legittimazione internazionale promuoveva l'adozione formale dei principi liberali nella Costituzione imperiale del 1824,⁴¹ dall'altro, l'assenza di una politica abolizionista rivelava l'incapacità delle istituzioni di rimediare all'incoerenza etica della élite che rivendica una "fratellanza ideale" con la borghesia europea. L'esportazione del liberalismo nel Nuovo Continente si risolve, almeno in un primo momento, nella nascita di democrazie censitarie e su base razziale che segneranno la storia della "civiltà" d'America dal Nord al Sud.⁴²

In un secondo momento prevalsero, tuttavia, le ragioni dell'abolizionismo, nella misura in cui la transizione alla manodopera salariata risultava essenziale per l'attrazione di investimenti stranieri e per aprire un nuovo mercato ai prodotti della crescente industria inglese. Dopo la *Lei do Ventre Livre* è infatti la *Lei Aurea* ("la legge d'oro") del 1888 che abolisce ufficialmente la schiavitù.

Durante il suo incarico al Ministero dell'Agricoltura Machado d'Assis osserva quest'ultimo momento di vigenza dello schiavismo senza credere minimamente in una liberazione compiuta attraverso il diritto positivo. È facile rilevare il generale scetticismo dell'autore verso le transizioni storiche a cui avrà modo di assistere durante la sua vita: la stessa proclamazione della Repubblica, la quale appare nelle opere *Esau e Jaco* e *Memorial de Aires*, è presentata come un cambiamento di facciata, dove l'etica e la base ideologica delle classi dirigenti rimangono invariate.⁴³

5 UNA «MODERNIZZAZIONE CONSERVATRICE»

Memórias Póstumas de Brás Cubas è infine un romanzo sulle classi sociali che caratterizzarono la formazione dello Stato brasiliano, le ambizioni che le accomunavano e il diverso destino che l'ordine sociale del Secondo Impero riservò a ciascuna di esse. Sotto questa prospettiva, il pessimismo machadiano che fa da sfondo alla narrazione esprime una sfiducia verso la bontà dei sentimenti umani, la capacità dell'uomo di liberarsi dall'invidia (trasformata in virtù dalla strampalata filosofia "humanista" di Quincas Borba),⁴⁴ l'effettiva esistenza di ciò che viene chiamato "progresso".

Il distacco riservato da Machado de Assis nei confronti dei suoi contemporanei è "totale", molto simile a quello di Brás Cubas, al quale la morte ha donato il privilegio di narrare i fatti della sua vita con leggerezza e ironia. Nessuna delle classi sociali viene risparmiata, nemmeno i poveri ostentano delle virtù o una coscienza morale superiore a quella dei proprietari. Si riportano, in tal senso, due importanti passaggi dell'opera, nei quali vengono narrati altrettanti episodi che intendono esprimere, secondo la più attenta critica letteraria, l'idea machadiana della «sorte dei poveri».⁴⁵ A metà del romanzo (Capitolo LXVIII) appare di nuovo Prudêncio, il quale, dopo essere stato liberato dal padre di Bras, aveva usato i suoi risparmi per comprare a sua volta uno schiavo a cui non risparmia le frustate che aveva ricevuto dai Cubas. Poche pagine dopo, viene introdotta la figura di Dona Plácida, vedova con una figlia denutrita a carico, costretta ad umili lavori giorno e notte che non riescono comunque a garantire ad entrambe un'esistenza dignitosa. La donna si mostra in un primo momento riluttante rispetto alla proposta di offrire rifugio, nella sua piccola casa, agli incontri segreti tra il protagonista e Virgilia (già sposa di Lobo Neves). Successivamente Bras Cubas, con un'impennata di cinismo, racconta come le perplessità di Plácida scomparvero davanti all'offerta di una discreta somma di denaro, accompagnata da discorsi romantici sul suo amore per Virgilia (Capitolo LXX).

Dalle pagine di *Memórias Póstumas de Brás Cubas* si innalza una critica che dunque sarebbe riduttivo limitare alla sola élite brasiliana. La mentalità schiavista, il destino dei poveri, che nonostante una dura vita di lavoro devono continuare a cercare protezione presso i "signori proprietari", rappresentano un capitolo di un racconto molto più lungo: quello della sconfitta della cosiddetta "civiltà" del Brasile e delle mistificazioni del pensiero positivista che l'ha guidata. Si presti attenzione all'ironia con la quale l'autore sminuisce gli studi di diritto del giovane Brás Cubas: «Avevo conquistato a Coimbra la nomea di gran festaiolo; ero un accademico dissoluto, superficiale, tumultuoso e petulante, completamente donato alle avventure, facendo del romanticismo pratico e del liberalismo teorico, vivendo di fede pura negli occhi neri e nelle costituzioni scritte». Ma il positivismo, creazione di una Europa attraversata dalla paura delle insurrezioni, se da un lato assume il linguaggio dei rivoluzionari nelle carte costituzionali che "pianificano" una società di uguali, dall'altro, con le sue verità scientifiche, contribuisce a smentire le utopie di uguaglianza dimostrando la

“gerarchia delle razze” che legittima il colonialismo.⁴⁶

La sfiducia di Machado d'Assis verso le capacità della élite brasiliana di aprire la strada allo sviluppo delle istituzioni liberali del Brasile ha avuto, in un certo senso, un ruolo premonitore rispetto alle successive fasi della storia del paese. Il ritardo del Brasile nel processo di industrializzazione, così come le fasi alterne che ha vissuto il consolidamento della democrazia, sono in gran parte imputabili alla forma oligopolistica che per lungo tempo hanno assunto i vari settori dell'economia ed ai pericolosi legami che questi ultimi, in alcuni frangenti storici, hanno sviluppato con i settori meno liberali delle forze armate.

Oggi la cultura politica e la struttura della società brasiliana è certamente distante da quella narrata dal romanzo di Machado de Assis. Tuttavia, ancora una volta, il processo di modernizzazione che ha attraversato il Brasile negli ultimi anni non è ascrivibile ad un cambiamento culturale guidato dalla élite, bensì ad un massiccio interventismo statale nell'economia, nell'educazione e, in generale, nell'accesso ai diritti sociali. Sotto questo profilo la storia brasiliana presenta dei punti in comune con quella italiana.⁴⁷

Sta accadendo però qualcosa di nuovo, come testimoniano le tensioni che oramai da due anni attraversano le istituzioni e la popolazione brasiliana:⁴⁸ apparentemente questa presenza dello Stato è divenuta ingombrante. Improvvisamente compaiono richieste di maggiore libertà per le imprese, di abbassamento della pressione fiscale, di flessibilizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro e, infine, di riduzione della spesa pubblica. Ecco un secondo paragone possibile con l'Italia del “dopo-tangentopoli”: l'Italia che chiede meno politica, quando non la rifiuta esplicitamente perché preferisce l'economia. Non è agevole dar conto in poche righe dei molteplici punti di osservazione da cui si potrebbe tracciare un parallelo tra le inchieste *Lava-Jato* e *Mani Pulite*. È preferibile, in questa sede, limitarsi a rilevare la pressione mediatica che accompagna le indagini del potere giudiziario, il crescente distacco dei cittadini dal sistema dei partiti e la riduzione del dibattito politico a due opposti schieramenti di “favorevoli” e “contrari” all'opera della magistratura.

Mentre tutto questo accade sullo sfondo del ritratto del Brasile del XXI secolo appare una “nuova classe” di grandi proprietari, alla maniera di Bras Cubas, sebbene sicuramente meno identificabili perché celati dietro le sigle delle *corporations* che operano nella finanza e nei media. Sono questi proprietari che oggi dettano i tempi e le dinamiche della politica istituzionale e che chiedono un cambiamento di rotta difficilmente riconducibile nei confini dell'esperienza costituzionale del Brasile democratico.

RIFERIMENTI

ALBERTAZZI, Silvia. *Lo sguardo dell'altro. Le letterature postcoloniali*. Roma: Carocci, 2000.

AMIN, Samir. *L'eurocentrismo, critique d'une idéologie*. Parigi: Anthropos, 1988.

ASHCROFT, Bill; GRIFFITHS, Gareth; TIFFIN, Helen. *The Empire Writes Back: theory and practice in post-colonial literatures*. London-New York: Routledge, 2002.

CALMON, Pedro. *História social do Brasil*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. v. 3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição-dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CORONEL, Cristina et al. *Usaid en Paraguay: la asistencia como estrategia de dominación*. Asunción: Base Investigaciones Sociales, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AMATUZZI, Bruna Araujo. *Ensaio sobre a constitucionalidade, a razoabilidade e a prisão especial no Processo Penal contemporâneo*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/ensaio-sobre-a-constitucionalidade-a-razoabilidade-e-a-prisao-especial-no-processo-penal-contemporaneo-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho-e-bruna-araujo-amatuzzi/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

FANON, Frantz. *Black Skin, White Masks*. New York: Grove Press, 1967.

FRANCE, Anatole; ORBAN, Victor; LIMA, Oliveira. *Machado de Assis et son oeuvre littéraire*. Parigi: Louis-Michaud, 1909.

GUITIAN, Manuel. *Fund conditionality: evolution of principles and practices*. Washington: IMF Pamphlet Series, 1981.

JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo. *Por que gritamos ao golpe?* São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

LAJOLO, Marisa. *Machado de Assis: literatura comentada*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAVER, Roberto. The World Bank and Judicial Reform: Overcoming “Blind Spots” in the Approach to “Judicial Independence.” *Duke Journal of Comparative and International Law*, Durham, v. 22, p. 183-238, 2012.

LAZARUS, Neil. *Resistance in Post-Colonial African Fiction*. New York: Yale University Press, 1990.

LOSURDO, Domenico. *Controstoria del liberalismo*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Críticas**. Joinville (SC): Clube de Autores, 2010.

_____. **Memorias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Metalibri, 2006.

_____. **Memorie dall'aldilà**. Milano: Rizzoli, 1953.

_____. **Memorie Postume di Braz Cubas**. Milano: Edizioni Cabbaccio, 1928.

_____. **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. 3.

MALAGUTI BATISTA, Vera. O positivismo como cultura. **Passagens Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 293-307, maio/ago. 2016.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali**. Milano-Torino: Bruno Mondadori, 2010.

MEMMI, Albert. **The Colonizer and the Colonized**. Boston: *Beacon Press*, 1965.

MOTTOSO, Kátia de Queirós. **Modèles politiques et culturels au Brésil: emprunts, adaptations, rejets, XIXe et XXe siècles: colloque de l'Institut de Recherches sur les Civilisations de l'Occident Moderne, les 8, 9 et 10 mars 1999 en Sorbonne**. Parigi: Presses de l'Univ. de Paris-Sorbonne, 2003.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2001.

POLASKI, Sandra. Protecting Labor Rights through Trade Agreements: an Analytical Guide. **Journal of International Law and Policy**, n. 14, p. 13-26, July 2004.

SCHWARTZ, Roberto. **Que horas são?** São Paulo: *Companhia das Letras*, 1987.

SEN, Amartya. **La democrazia degli altri: perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente**. Milano: Oscar Mondadori, 2010.

SILVA SANTOS, Valdoir de. **Multiculturalismo e pluralismo jurídico: a luta pela liberdade e o direito**. São Paulo: Biblioteca24horas, 2013.

SOMMA, Alberto. **Introduzione al Diritto Comparato**. Roma-Bari: Laterza, 2014.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Hegemonia e direito transnacional? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1166-1187, set./dez. 2015.

TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. **O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: análise de casos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

VERISSIMO, José. **História da Literatura Brasileira**. Brasília: Ministério da Cultura-Fundação Biblioteca Nacional, 1915.

XYPOLIA, Iliá. Eurocentrism and Orientalism. In: RAY, Sangeeta et al. **The Encyclopedia of Postcolonial Studies**. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2016.

- 1 STAFFEN, 2015.
- 2 Su questo tema, tra i vari contributi, vedere: XYPOLIA, 2016; SEN, 2010; AMIN, 1988.
- 3 Tra i più recenti contributi della dottrina comparatistica italiana in tema di circolazione delle idee occidentali nel contesto latinoamericano, cfr. SOMMA, 2014, p. 119: «Giungiamo così a lambire il tema della modernità come vicenda che occorre analizzare al plurale, per individuare più centri da cui essa prende corpo, magari proprio laddove l'impostazione tradizionale pretende di ravvisare una semplice periferia. [...] In tale prospettiva la diffusione della modernità, che alcuni reputano inevitabile, cessa di coincidere con l'occidentalizzazione dei contesti in cui si manifesta. Contesti nei quali non si verificano meri recepimenti, bensì, quantomeno, contaminazioni tra influenze esterne comunque esercitate e dati identitari interni in perenne trasformazione, ma ineliminabili».
- 4 SILVA SANTOS, 2013.
- 5 Per una analisi critica in merito alla possibilità di rilevare «*crimini di responsabilità*» nel corso del mandato di Dilma Rousseff (necessari, ai sensi dell'art. 86 della Costituzione brasiliana, per la procedibilità dell'*impeachment*), cfr. TAVARES; PRADO, 2016. Per una critica rivolta, più in generale, alle ambiguità del processo di *impeachment*, cfr. JINKINGS; DORIA; CLETO, 2016.
- 6 Cfr. GUITIAN, 1981; LAVER, 2012; POLASKI, 2004; CORONEL et al., 2012. Per una analisi critica più generale degli effetti della condizionalità dei trattati internazionali di investimento, cfr. MATTEI; NADER, 2010.
- 7 MEMMI, 1965; FANON, 1967. *Sul versante della critica letteraria brasiliana, in questa prospettiva*, cfr. SCHWARTZ, 1987.
- 8 ASHCROFT; GRIFFITHS; TIFFIN, 2002. *Tra le ricostruzioni della letteratura postcoloniale operate dagli studiosi italiani*, cfr. ALBERTAZZI, 2000.
- 9 Su questo punto cfr. LAZARUS, 1990.
- 10 Il "messianismo" dei rivoluzionari indipendentisti viene riprodotto infatti in molte opere africane, ma la sua celebrazione critica in contrapposizione alla miseria della realtà popolare è stata resa popolare dall'opera di FANNON, 1969. Cfr., inoltre, LAZARUS, 1990, p. 27.
- 11 Con riferimento al "quasi-parlamentarismo" che caratterizzò il Secondo Impero del Brasile cfr. PINHO, 2001, p. 144-145: «Não se tratava de um regime parlamentarista puro, pois, para se conservar no poder, o Gabinete precisava continuar a merecer a confiança do Parlamento e também do Imperador, titular do Poder Moderador. Dom Pedro II utilizou-se disso com sabedoria para alternar no exercício do poder liberais e conservadores, conforme as conveniências de cada momento».
- 12 Su tutti, cfr. VERISSIMO, 1915, p. 188.
- 13 MACHADO DE ASSIS, 1994.
- 14 MACHADO DE ASSIS, 2006.
- 15 LAJOLO, 1980, p. 102.
- 16 MACHADO DE ASSIS, 1928, p. 7.
- 17 FRANCE; ORBAN; LIMA, 1909.
- 18 MOTTOSO, 2003, p. 37.
- 19 MACHADO DE ASSIS, 1953, p. 5.
- 20 SCHWARZ, 2000, p. 9.
- 21 VERISSIMO, op. cit., p. 188: «As Memórias póstumas de Brás Cubas eram o rompimento tácito, mais completo e definitivo de Machado de Assis, com o Romantismo sob o qual nascera, crescerá e se fizera escritor».
- 22 Tra i primi provvedimenti che contribuirono ad elevare lo status internazionale del Brasile vi è infatti il decreto di apertura dei porti alle nazioni amiche, emanato dal il 28 gennaio 1808 dal Principe reggente Dom João de Bragança. La misura era finalizzata a garantire la continuità del commercio (soprattutto con il Regno Unito), nonché delle relazioni diplomatiche e politiche. Sarà seguita da ulteriori provvedimenti come: la fondazione del Banco do Brasil (1808) e dell'Accademia Real Militar (1810), l'istituzione della stampa regia (1808), l'apertura di due scuole di Medicina e della Missão Artística Francesa (1816).
- 23 La città infatti continua ad essere la capitale dopo la dichiarazione di indipendenza, nel 1821, e per tutta la Prima Repubblica, che ha inizio nel 1889.
- 24 Cfr. CALMON, 2002: «A República fora feita no Rio de Janeiro: mas a sua energia civil, o alento económico, vieram de São Paulo. Joaquim Nabuco tratou-a de "republica militar cafezista...". Formara-se entretanto no

sul outra mentalidade. Não era mais o liberalismo. Era o positivismo, a política "orgânica"»

- 25 I tratti impertinenti e superbi di cui fa ampio uso l'Autore sono stati giustificati da alcuni critici con l'intenzione di imitare, ridicolizzandolo, un modo di fare tipico della classe dominante dell'epoca: cfr. SCHWARZ, op. cit., p. 14.
- 26 La pesantezza della vita viene più volte contrapposta alla leggerezza e perfino alla "vitalità" del nuovo status post-mortem: «*Juro-lhes que essa orquestra da morte foi muito menos triste do que podia parecer. De certo ponto em diante chegou a ser deliciosa. A vida estrebuchava-me no peito, com uns ímpetos de vaga marinha, esvaía-se-me a consciência, eu descia à imobilidade física e moral, e o corpo fazia-se-me planta, e pedra e lodo, e coisa nenhuma*» (Cap. I).
- 27 Su tutti cfr. SCHWARZ, op. cit., p. 23-24.
- 28 Il riferimento è al Capitolo CLX di *Memorias Postumas de Bras Cubas*, intitolato «*Das negativas*»: «*[...] Este último capítulo é todo de negativas. Não alcancei a celebridade do emplasto, não fui ministro, não fui califa, não conheci o casamento. Verdade é que, ao lado dessas faltas, coube-me a boa fortuna de não comprar o pão com o suor do meu rosto. Mais; não padeci a morte de Dona Plácida, nem a semi-demência do Quincas Borba. Somadas umas cousas e outras, qualquer pessoa imaginará que não houve minguá nem sobra, e, conseqüentemente que saí quite com a vida. E imaginará mal; porque ao chegar a este outro lado do mistério, achei-me com um pequeno saldo, que é a derradeira negativa deste capítulo de negativas: -- Não tive filhos, não transmiti a nenhuma creatura o legado da nossa miséria.*»
- 29 MACHADO DE ASSIS, 2010, p. 14 e ss.
- 30 «*Devo acrescentar que neste ponto manifesta-se às vezes uma opinião, que tenho por errônea: é a que só reconhece espírito nacional nas obras que tratam de assunto local, doutrina que, a ser exata, limitaria muito os cabedais da nossa literatura*» *Ivi*, p. 26.
- 31 Di nuovo si ritorni alle osservazioni del saggio citato, *Noticia da atual literatura brasileira. Instinto de nacionalidade*: «*Não se fazem aqui (falo sempre genericamente) livros de filosofia, de lingüística, de crítica histórica, de alta política, e outros assim, que em alheios países acham fácil acolhimento e boa extração; raras são aqui essas obras e escasso o mercado delas. O romance podese dizer que domina quase exclusivamente. Não há nisto motivo de admiração nem de censura, tratando-se de um país que apenas entra na primeira mocidade, e esta ainda não nutrida de sólidos estudos.*»
- 32 LAJOLO, op. cit., p. 101.
- 33 *Ibidem*: «*Criando suas personagens, Machado nada lhes perdoa: as mesquinhas pequenas e grandes; as indecisões, o oportunismo disfarçado; a falsa devoção; e a moral de fachada.*»
- 34 Poesia dal titolo «*Ela*», pubblicata il 12 gennaio 1855 nel periodico carioca *Marmota Fluminense*.
- 35 I liberti, inoltre, non erano equiparati alla popolazione libera. Fino al 1865 l'*alforria*, mediante il pagamento di denaro o liberamente concessa dal proprietario, poteva essere revocata dietro la semplice accusa di ingratitude verso l'antico signore. Cfr. FAUSTO, 2012, p. 194.
- 36 Marisa LAJOLO, op. cit., p. 4.
- 37 La scelta di consegnare i figli allo Stato non spettava alla madre, bensì al «signore», ritenendosi ancora prevalente l'interesse economico del proprietario e la mancanza di autonomia privata della madre. A quest'ultimo spettava infatti un'indennità di 600 mila reais in caso di cessione del neonato allo Stato (art. 1, §1). Lo Stato avrebbe dovuto affidare i figli ad associazioni che si sarebbero dovute occupare della loro educazione, ma potevano anche esse usufruire dei loro «servizi gratuiti» fino all'età di 21 anni, oppure «affittare» tali servizi a terzi (art. 2, §1). La legge è consultabile nel sito del governo brasiliano: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM2040.htm
- 38 *Convention between His Majesty and the Emperor of Brazil, for the Regulation and final Abolition of the African Slave Trade*, firmata il 23 novembre 1826 a Rio de Janeiro.
- 39 Si noti il passaggio di cui al paragrafo III nel quale il parlamento inglese denuncia esplicitamente l'ambiguità dei funzionari dell'Imperatore: «*[...] it should not be lawful for the Subjects of the Emperor of Brazil to be concerned in the carrying on of the African Slave Trade under any Pretext or in any Manner whatever, and that the carrying on such Trade after that Period by any Person, Subject of His Imperial Majesty, should be deemed and treated as Piracy [...]*»
- 40 Cfr. FAUSTO, op.cit., p. 167 e ss.
- 41 La Costituzione imperiale del 1824 introduceva, oltre ad una forma di parlamentarismo fortemente condizionata dal *Poder Moderador* della Corona, le garanzie tipiche della tradizione liberale. Nella formulazione di chiusura (l'art. 179) è contenuto un elenco dei principi e dei diritti fondamentali, tra i quali, oltre ai principi classici del liberalismo come quello di legalità, di irretroattività della legge

penale e dell'indipendenza del potere giudiziario, è opportuno ricordare per la loro rilevanza: il divieto di discriminazione religiosa (V); il diritto dei detenuti ad un trattamento umano (XXI); il diritto di petizione e il ricorso al Potere Legislativo per le violazioni della Costituzione (XXX); la previsione dei soccorsi pubblici (XXXI); il diritto all'istruzione primaria gratuita a tutti i cittadini (XXXII).

- 42 Su questo bilancio della diffusione delle idee liberali oltreoceano, cfr. LOSURDO, 2005, p. 38 e ss.
- 43 LAJOLO, op. cit., p. 103.
- 44 Nell'incontro tra Brás Cubas e Quincas Borba il protagonista ascolta stupefatto le teorie del filosofo, lasciandosi coinvolgere dalla «chiarezza dell'esposizione» (Cap. CXVII). L'esattezza dell'Humanitismo viene dimostrata con una serie di deduzioni, a partire dalla divertente esaltazione delle virtù bellicose generate dall'invidia: «*Nota que eu não faço do homem um simples veículo de Humanitas; não, ele é ao mesmo tempo veículo, cocheiro e passageiro; ele é o próprio Humanitas reduzido; daí a necessidade de adorá-lo e a si próprio. Queres uma prova da superioridade do meu sistema? Contempla a inveja. Não há moralista grego ou turco, cristão ou muçulmano, que não tropeje contra o sentimento da inveja. O acordo é universal, desde os campos da Iduméia até o alto da Tijuca. Ora bem; abre mão dos velhos preconceitos, esquece as retóricas rafadas, e estuda a inveja, esse sentimento tão sutil e tão nobre. Sendo cada homem uma redução de Humanitas, é claro que nenhum homem é fundamentalmente oposto a outro homem, quaisquer que sejam as aparências contrárias. Assim, por exemplo, o algoz que executa o condenado pode excitar o vão clamor dos poetas; mas substancialmente é Humanitas que corrige em Humanitas uma infração da lei de Humanitas. O mesmo direi do indivíduo que estripa a outro; é uma manifestação da força de Humanitas. Nada obsta (e há exemplos) que ele seja igualmente estripado. Se entendeste bem, facilmente compreenderás que a inveja não é senão uma admiração que luta, e sendo a luta a grande função do gênero humano, todos os sentimentos belicosos são os mais adequados à sua felicidade. Daí vem que a inveja é uma virtude».*
- 45 SCHWARZ, op. cit., p. 55 e ss.
- 46 MALAGUTI BATISTA, 2016, p. 299. Il principale riferimento dell'Autrice è alle teorie "igeniste", importate dalla tradizione del diritto penale portoghese ancora scarsamente secolarizzato, le quali trovarono continuità in Brasile anche dopo l'Indipendenza. Si faccia attenzione infatti ai seguenti passaggi: «*É nesse cenário que, em Portugal, a religião se torna cada vez mais uma questão de Estado, associada às noções de ordem e segurança pública, ou seja, surgiam espaços de secularização sem ruptura com o poder clerical. [...] É esse positivismo que vai ocupar um espaço central na conjuntura da República brasileira. Nas nossas margens esse discurso médico impôs uma densa patologização dos africanos e dos afro-brasileiros bem como dos povos originários [...] O curioso é a recepção na periferia de uma cultura que nos deprecia e legitima nosso massacre. O dilema do Império Brasileiro, da Independência à República, era como conjugar liberalismo e escravidão e como dar conta das tentativas e desejos de protagonismo de um povo "inferior e degenerado", patológico ontologicamente»* (p. 298-299).
- 47 L'ultima Costituzione brasiliana del 1988, con i suoi 250 articoli ed i 91 emendamenti che sono stati operati fino ad oggi, contiene una lunga e variegata serie di disposizioni in materia economica e sociale che hanno dato fondamento alla fortunata tesi della «*Constituição dirigente*» di CANOTILHO, 1982, p. 11.
- 48 Si fa riferimento alle mobilitazioni di piazza e alle divisioni interne alla magistratura e alla classe politica seguite all'apertura del processo di *impeachment* contro Dilma Rousseff e agli sviluppi dell'inchiesta «*Lava-Jato*». Quest'ultima, in particolare, ha portato alla luce un vasto schema di corruzione con riferimento gli appalti del colosso petrolifero a partecipazione pubblica (*Petrobras*), nella quale sono risultati coinvolti gran parte dei partiti politici brasiliani. Tra le opposte ricostruzioni delle vicende che hanno scandito l'inchiesta giudiziaria si veda la riflessione di COUTINHO e AMATUZZI, 2016.

POWER AND POLITICS IN THE CONSTITUTIONAL EXPERIENCE OF POST- COLONIAL BRAZIL. A REFLECTION FROM A TITLE BY MACHADO DE ASSIS

ABSTRACT

The complexity of relations of power can be discerned in many of Machado de Assis' works, through writings that portray the society of Rio de Janeiro in a moment when the Brazilian State was still taking steps towards a permanent institutional arrangement. In this context, the position of Machado de Assis is twice as significant for a European scholar: on the one hand, it is testimony of the tensions that developed regarding the process of dissemination of the political and philosophical theories emanating from the Old Continent; on another hand, it identifies the Brazilian reality as a product of the contradiction between the archaic and the modern, between the old canons and the progress driven by individual ambitions.

Keywords: Law and literature. Post-Colonial studies. Academic dialogue Brazil-Italy. Circulation and reception of western legal models.

Submetido: 7 out. 2016
Aprovado: 20 out. 2016

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: NOVOS DESAFIOS PARA A COMPREENSÃO DO SISTEMA JURÍDICO PELA CONSAGRAÇÃO DO INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA EM MATÉRIA DE DIREITOS DE PERSONALIDADE

*Patrícia Cardoso Dias**

1 Introdução. 2 A Doutrina da Alternativa Menos Restritiva de Direitos. 3 Da Dignidade da Pessoa Humana e da Autodeterminação. 4 O Direito Subjetivo de Personalidade. 5 Procurador de Cuidados de Saúde. 6 Desfuncionalização do Princípio da Intransmissibilidade dos Direitos de Personalidade. 7 Conclusões. Referências.

RESUMO

As diretivas antecipadas de vontade foram expressamente reconhecidas no ordenamento jurídico português, com a aprovação da Lei N^o 25/2012, de 16 de julho. A aprovação dessa lei trouxe novos desafios para a compreensão do sistema jurídico, designadamente, pela consagração da representação voluntária em matéria de cuidados de saúde. Em uma época em que a autonomia é objeto de uma valorização crescente, esse instrumento se apresenta como um profícuo mecanismo de resposta a uma incapacidade específica limitada à área da saúde: a expressão da vontade. As decisões médicas incidem sobre o núcleo fundamental da personalidade física e psíquica, o que determinaria o exercício do direito pelo seu titular. Convoca, assim, uma figura jurídica sensível: os direitos de personalidade. Os direitos de personalidade enformam a pessoa e tutelam elementos concretos da pessoa. O consentimento ou dissentimento prospetivo para uma intervenção médica, concretizado nas diretivas, tem por objeto esses elementos concretos da pessoa. Da limitação de direitos de personalidade, mesmo quando admitida nos termos do art. 81 do CC, não pode resultar a sua transmissão, pois aqueles são intransmissíveis. Com efeito, tendo presente que o poder sobre os bens da personalidade, apenas pode pertencer à pessoa relativamente à qual se encontram integrados, esse instrumento vem legitimar a atuação de outrem sobre os bens da personalidade alheia, no

* Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”. E-mail: <dias.patriciacardoso@gmail.com>.

momento em que a pessoa não consegue beneficiar ou cuja capacidade de beneficiar destes, tornando-se necessário que seja esse representante, na específica área da saúde, a exercer um poder específico sobre aqueles, no interesse do respetivo titular.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de Vontade. Consentimento Informado. Autonomia Prospetiva. Procurador em Cuidados de Saúde.

1 INTRODUÇÃO

As diretivas antecipadas de vontade, acompanhando Yvon Kenis e Helena Pereira de Melo na esteira daquela, são

instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas a tratamentos que deseja ou (mais frequentemente) que recusa receber no fim da vida, para o caso de se tornar incapaz de exprimir as suas vontades ou de tomar decisões por e para si própria.¹

Assumindo fundamentalmente duas formas, o testamento vital e a nomeação de um procurador em cuidados de saúde, o ordenamento jurídico português veio receber essas duas modalidades de diretivas antecipadas de vontade, com a aprovação da Lei Nº 25/2012, de 16 de julho.²

As declarações antecipadas de vontade são, nesse sentido, a forma de assegurar que, depois de incapacitados a exprimirmos a nossa vontade real de sermos submetidos, ou não, a alguma intervenção médica, seremos nós, ainda assim, a decidir sobre o destino da nossa vida e do nosso corpo.

Expressão máxima da autonomia do indivíduo enquanto ser único e ir-repetível, é também um mecanismo de salvaguarda do respeito pela dignidade da pessoa humana, de cada pessoa individualmente considerada e do projeto de vida que para si idealizou.

Em bom rigor, as mais fundamentais decisões da vida de cada um devem ser tomadas pelo próprio que, concomitantemente, deve chamar a si a responsabilidade por tais decisões. Trata-se da consagração da ética da responsabilidade de que fala Rui Nunes.³

O conceito de autonomia refere-se à perspectiva de que cada ser humano deve dispor das condições mínimas para se autorrealizar. No plano da relação clínica com o doente, todas as intervenções carecem de consentimento informado, livre e esclarecido [...] Enquadra-se, ainda, no direito à autodeterminação o respeito que merece a vontade doente, previamente manifestada.⁴

Com efeito, entendemos que a consagração, no ordenamento jurídico português, das diretivas antecipadas de vontade se encontra subjacente à ideia de respeito pela dignidade da pessoa humana, na sua vertente de prossecução de cumprir e salvaguardar a autonomia prospetiva do paciente, resultante da

progressiva rejeição do paternalismo médico e destaque progressivamente conferido à autonomia do paciente no processo de decisão em relação aos cuidados de saúde que deseja, ou não, receber.

Pretendemos, com a nossa reflexão, contribuir para a discussão dogmática concernente ao respeito pela vontade manifestada sobre a esfera física e psíquica da pessoa humana e a proteção desta, que se encontra sob tutela do direito geral de personalidade (art.º 70 do Código Civil, doravante designado CC):⁵ deste decorrem outros direitos especiais de personalidade. Referimo-nos ao direito à vida, o direito à integridade física e psíquica e o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde.

É profícuo esclarecermos que a autodeterminação é agora assegurada pelo consentimento ou dissentimento prospetivo, materialmente concretizado nas diretivas antecipadas de vontade, enquanto instrumento adequado à proteção dos direitos especiais da personalidade colocados em causa no campo de ação dos atos médicos, quando o outorgante se encontrar incapaz de facto.

Por conseguinte, há que convocar o recorte temporal entre a outorga da diretiva antecipada de vontade e o momento em que esta inicia a sua produção de efeitos. Falamos de consentimento ou dissentimento prospetivo quando o momento temporal se reporta à redação da diretiva antecipada de vontade – o outorgante estabelece neste momento orientações para o futuro, relativas a situações incertas, mais ou menos prováveis.

Por outro lado, estaremos já no plano da autonomia precedente quando o recorte temporal do momento da decisão se reportar ao evento no qual já se verifica a incapacidade de facto para consentir ou dissentir do paciente.

Nesse desiderato, ambas as modalidades de DAV respeitam ao recorte temporal da autonomia prospetiva, porquanto a autonomia precedente encerrará o momento em que aquelas já produzem efeitos, resultando que o consentimento ou dissentimento dependem do objeto da decisão a ser tomada, mediante a informação prestada e quadro clínico real.

Pretendendo realçar de início a importância das DAV, convocamos algumas situações reais, que não nos foram certamente indiferentes e que vivemos, ainda que nas profundezas, da nossa memória.

Karen Ann Quinlan, de 21 anos de idade, em abril de 1975, deixou de ventilar, o que originou lesões cerebrais irreversíveis, ficando em estado vegetativo persistente durante 10 anos, com total ausência de funções cognitivas e dependência absoluta de suporte ventilatório. Faleceu em 1985. Viveu até 1975.

Nancy Beth Cruzan, em 1983, sofreu um grave acidente de automóvel, que a reconduziu ao estado vegetativo persistente, estado em que se manteve durante quase 8 anos. Ao contrário de Karen Quinlan, ventilava autonomamente. Contudo, dependia de alimentação e hidratação por via de tubo introduzido no seu corpo para o efeito, bem como não conseguia

estabelecer qualquer tipo de comunicação com quem a rodeasse. Faleceu em 1990. Viveu até 1975.

Terri Schiavo, em estado vegetativo persistente durante 15 anos, alimentada e hidratada por meio de uma sonda, faleceu em 2005. Viveu até 1990.

Eluana Englaro permaneceu em estado vegetativo persistente desde 1992 até 2009, data em que o Tribunal Italiano permitiu a retirada do suporte de alimentação artificial.

Cabe ainda recordar Ramón Sampedro, paraplégico desde 1968 até 1998, data em que foi encontrado morto. Ele invocava o direito a ser eutanasiado, o direito a libertar-se do corpo em que estava preso. Consideramos que a sua luta de 29 anos poderia ter sido evitada se as diretivas antecipadas de vontade estivessem legalizadas em 1968 no ordenamento jurídico espanhol e se Ramon tivesse expresso anteriormente a sua vontade, livre e esclarecida.

Julgamos que os casos agora chamados à colação poderiam ter sido evitados caso os “intervenientes” tivessem anteriormente manifestado as vontades respetivas por meio das diretivas antecipadas de vontade.

Devemos ressaltar que, quando utilizamos a expressão “Faleceu em... Viveu até...”, o que pretendemos deixar claro é que a vida não pode apenas ser perspetivada enquanto biológica, mas deve, de igual forma, ser equacionada como biográfica.

Assim, a vida é um complexo de vida biográfica, ou seja, a vida “constituída pelas acções, decisões, motivos e acontecimentos que compõe o que agora chamamos biografia” e vida biológica.⁶

Esclarecendo a nossa posição, seguimos a orientação de James Rachel, defendendo que há de facto uma diferença entre viver e ter uma vida; o ser humano pode estar vivo na medida em o organismo cumpre as suas funções vitais (vida biológica), com suporte artificial ou sem ele, não obstante a vida biográfica, a vida de acordo com o projeto individual de cada um, pode já ter terminado.⁷

2 A DOCTRINA DA ALTERNATIVA MENOS RESTRITIVA DE DIREITOS

A figura do procurador de cuidados de saúde teve origem no Direito norte-americano, datando de 1976, e corresponde ao *springing durable power of attorney*, cuja eficácia da representação só produz efeitos após a incapacitação do representado.⁸

Foi pensada como uma alternativa aos rígidos procedimentos judiciais de suprimimento da vontade dos adultos com capacidade diminuída e enquadra-se na raiz na Doutrina da Alternativa Menos Restritiva de Direitos, que determina uma intervenção mínima no que respeita à restrição da liberdade dos adultos com capacidade diminuída.⁹

Esta era, também, a orientação propugnada pelo Conselho da Europa, que preconizava a adoção de mecanismos os menos restritivos possíveis. Assim, a Recomendação N^o99/4¹⁰ apelava à necessidade de tomar em consideração as disposições tomadas antecipadamente pela pessoa incapaz, em uma altura em que ainda seja plenamente capaz, apontando como exemplos desse tipo de instrumentos o mandato¹¹ ou a procuração permanente.

O Princípio 3, sob a epígrafe “máxima preservação da capacidade”, prescreve no n^o 2 que as medidas de protecção não devem acarretar uma privação automática da faculdade de decisão do adulto incapaz em matérias pessoais, incluindo nestas, expressamente, o direito de voto, de fazer testamento e de tomar posição quanto a intervenções respeitantes à sua própria saúde.¹²

No mesmo sentido, a mais recente Recomendação 2009/11 – Relativa aos Princípios Respeitantes ao Procurador de Cuidados de Saúde e às Diretivas Antecipadas de Vontade,¹³ apelava para que os Estados-Membros introduzissem, ou atualizassem, as leis relativas a procuradores de cuidados de saúde e diretivas antecipadas de vontade.¹⁴

Considerando que a autonomia é o *pruis* crescente a ser prosseguido, designadamente, por meio do seu principal veículo, a expressão da vontade, tornou-se imperativo potenciar a autodecisão com caráter vinculativo, em detrimento de soluções heterónomas e paternalistas.¹⁵

No âmbito de uma sociedade laica e plural, as mais fundamentais decisões da vida de cada um devem ser tomadas pela própria pessoa que, concomitantemente, deve chamar a si a responsabilidade por tais decisões. Assim, a dignidade da pessoa humana é convocada para densificar o direito à autonomia da vontade, enquanto corolário do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (n^o 1 art.º 26 da Constituição da República Portuguesa, doravante designada CRP),¹⁶ também ele ligado à integridade pessoal.¹⁷

Impôs-se, assim, criar instrumentos adequados a obviar as perplexidades resultantes da incapacidade de manifestar o consentimento ou dissentimento para ato médico, admitindo-se a qualquer sujeito que, antecipadamente e enquanto plenamente capaz, previsse uma futura situação de doença e incapacidade, escolhendo a forma de resolver a situação suscitada.¹⁸

Um dos mecanismos previstos para desempenhar essa função é a nomeação de um procurador de cuidados de saúde atendendo às suas virtualidades e ao caráter simples e flexível.

Trata-se de reconhecer uma autonomia inerente aos adultos incapazes de facto, de organização da própria vida, com o efeito performativo de possibilitar, na sua esfera jurídica pessoal, o exercício de autorrealização da personalidade.

3 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AUTODETERMINAÇÃO

Quando falamos em Diretivas Antecipadas de Vontade – seja sob a forma de testamento vital, seja de nomeação de um procurador de cuidados de saúde – falamos no respeito pela dignidade da pessoa humana e na faceta da personalidade humana que é a autodeterminação prospectiva da pessoa.¹⁹ Falamos, assim, de uma concepção de dignidade da pessoa humana fundada na pessoa enquanto ser capaz de se autodeterminar.

De facto, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre, também, o reconhecimento do poder de a pessoa se autodeterminar, de dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida, incluindo aí o poder de se vincular ao não exercício ou invocação de uma posição de direito fundamental.²⁰

A dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, concretizado em várias normas, por isso suscetível de diversas interpretações, contudo encerra uma dimensão geral de que a pessoa é colocada como fim último. Com Rui Nunes, “a dignidade confere-lhe o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria”.²¹

Enquanto conceito dotado de um elevado grau de abstração e generalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido objeto de várias interpretações que, de acordo com Vera Lúcia Raposo, podem reduzir-se a duas grandes concepções: a dignidade como proteção do indivíduo, tradicional da cultura jurídica norte-americana; e a dignidade como autonomia do indivíduo, tradicional da cultura jurídica europeia.²²

Da segunda concepção, podemos assacar o resultado de que o conceito de dignidade deve ser interpretado em harmonia com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em virtude da proteção constitucional que lhe foi conferida.

Com o reconhecimento constitucional de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, procura-se deixar consagrado um direito à liberdade do indivíduo em relação aos modelos de personalidade, que integra um direito à diferença e que permite a cada um eleger o seu modo de vida desde que não cause prejuízo a terceiros.²³

Com efeito, Stela Barbas esclarece que “a pessoa é um ser dotado de liberdade, ou é de per si liberdade; goza de autonomia, autodetermina-se, é um ser racional e autónomo”.²⁴

Na esteira de Rui Nunes, podemos ainda afirmar que a riqueza do paradigma do livre desenvolvimento e expressão da personalidade humana reside na diversidade individual de autodeterminação. Assim, no desenvolvimento da personalidade da cada pessoa, individualmente considerada, revela-se o poder de autodeterminação do seu titular.²⁵

As diretivas antecipadas de vontade revelam, assim, a consagração do direito ao consentimento/dissentimento informado antecipado, em virtude da regra de que todas as intervenções médicas têm por base o consentimento informado, livre e esclarecido,²⁶ pois trata-se aqui de uma intromissão terceira em uma zona de domínio e reserva da pessoa, que é o seu próprio corpo.

Já antes da regulação expressa da Lei Nº 25/2012, de 16 de julho, a concessão de autonomia prospectiva em si mesma não podia receber o repúdio do ordenamento jurídico interno.

Nesse sentido, no contexto europeu, o art. 9º da Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina (doravante designada CDHB) propugnava já expressamente a valorização da vontade anteriormente manifestada,²⁷ sendo que essa Convenção é um instrumento internacional de caráter vinculativo para os países que a ratificaram e foi acolhida na ordem jurídica portuguesa no momento da sua ratificação, em 3 de janeiro de 2001.²⁸

No plano interno, o bem jurídico protegido pelo tipo do art. 156 do Código Penal (doravante designado CP)²⁹ não é a vida nem a saúde do paciente, mas sim a sua autodeterminação, enquanto liberdade de dispor sobre a vida e sobre o corpo, o que implica que, pese embora o princípio *in dubio pro vita* seja o princípio norteador do sistema penal que preside à atuação médica,³⁰ o legislador tenha admitido que o direito à autodeterminação prevaleça, inclusivamente, sobre o direito à vida e à própria integridade física em determinadas circunstâncias.³¹

Por isso, a recusa de tratamento não pode ser considerada suicídio, nem mesmo quando daí resulte a morte, e, conseqüentemente, a supressão da esfera jurídica do titular dos bens da personalidade em causa (e de onde emanou a declaração de vontade), pois trata-se apenas de uma afirmação do direito fundamental à autodeterminação sobre matérias relativas ao corpo, à saúde e à vida, o qual resulta do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (nº 1 do art. 26, CRP).³²

O direito à vida é um direito logicamente essencial e prioritário à existência da pessoa e é condição de todos os outros direitos fundamentais. Todavia, o direito à vida não é integrado por um dever de viver, pois não existe um dever de proteção da vida pelo seu titular e, em bom rigor, é na sua essência um direito da pessoa sobre si mesma.³³ “Num sentido normativo, o direito à vida significa primeiro e acima de tudo, *direito de não ser morto*, de não ser privado da vida.”³⁴

A pessoa tem direito a realizar a sua vontade de forma autônoma e livre, decidindo a sua própria vida, e a ordem pública apenas intervirá no caso de se sentir afetada – nesse sentido, uma eventual recusa não deixará de respeitar o âmbito do nº 1 do art. 81³⁵ e art. 340³⁶ do CC.

Os artigos 156º e 157º do Código Penal, precisamente sobre *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, procuram em qualquer caso, “definir um equilíbrio (necessariamente instável e precário) entre direitos tão fundamentais como de um lado, a

liberdade e a autodeterminação pessoal, um dos «nomes» da própria dignidade pessoal; do outro lado, *a integridade física, a saúde e [em casos extremos] a vida*, afinal de contas o pressuposto existencial da dignidade”.³⁷

Entendemos que o aparente conflito entre a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação, que determina a prevalência daquela primeira, é apenas residual e motivado por um raciocínio que faz coincidir a dignidade humana com a vida humana.³⁸ Com efeito, basta atender à tipicidade da norma penal incriminadora, ainda que a recusa se faça contra a vida, para que se evidencie a fragmentaridade da norma, deixada pelo legislador na livre disponibilidade do seu titular.

É porque a pessoa é ela própria um poder de autodeterminação que tem o poder de exigir o respeito de si própria como sede conformadora desse poder, e, nesse sentido, convocamos o desenvolvimento do tema para a Teoria Geral do Direito Civil, tendo presente que o Direito Civil é a zona de igualdade jurídica e do reconhecimento, pelo sistema do direito objetivo, do valor eminente da pessoa *tout court*.³⁹

Ora, para que cada um seja verdadeiramente pessoa, é necessário garantir-lhe condições essenciais ao seu ser e devir e, portanto, ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no n.º 1 do art. 26 da CRP: essas condições são os direitos de personalidade, enquanto mecanismos operativos dos próprios direitos fundamentais.

A consagração legal da representação voluntária em matéria de cuidados de saúde, veiculada pela nomeação de um procurador de cuidados de saúde, verificada a incapacidade de facto de consentir ou recusar do paciente, consubstancia uma manifestação da dignidade da pessoa humana, titular inelutável de direitos fundamentais, reconhecidos e protegidos pelo Estado de Direito Democrático.

Com efeito, é esse conceito pluridimensional que convoca ao ordenamento jurídico a necessidade de reconhecer o espaço de liberdade, planeamento e conformação da pessoa em relação à sua própria vida e que impõe, com garantia jurídica, que à própria pessoa deva ser assegurada uma área de autodeterminação,⁴⁰ concordantemente prática com medidas privadas de proteção da sua vontade: trata-se, nesse sentido, de uma dimensão objetiva do direito à autodeterminação em cuidados de saúde.

4 O DIREITO SUBJETIVO DE PERSONALIDADE

A principal regulamentação jurídica dos direitos de personalidade encontra-se nos art. 70 a 81 do CC, e, nessas disposições, o Direito protege a personalidade, recorrendo ao direito subjetivo.

Neste, concebe-se o direito subjetivo substancialmente como uma posição jurídica vantajosa e predominantemente ativa, inerente ao aproveitamento jurídico

de um bem que integra, e da qual emergem poderes e vinculações necessários ao êxito desse aproveitamento: o fim que o direito subjetivo de personalidade visa a proteger é a dignidade do seu titular.⁴¹

Se quisermos, e em uma outra concepção de direito subjetivo, tratam-se de direitos da pessoa sobre a própria pessoa, verdadeiros *iura in se ipsum*, em que a pessoa é simultaneamente sujeito de direitos e objeto desses mesmos direitos.

Com efeito, os direitos de personalidade são um mecanismo jurídico de proteção das pessoas enquanto pessoas, reconhecem poderes e protegem bens pessoais, elementos concretos da pessoa.⁴² Nesse sentido, são em simultâneo instrumento da autonomia pessoal e mecanismo de tutela dessa autonomia.

As declarações de vontade, que exprimem o consentimento ou dissentimento para intervenções médicas, referem-se a bens jurídicos da personalidade com dignidade constitucional – vida e integridade física e psíquica – que se encontram sob a tutela da cláusula geral do art.70 do CC.⁴³

Em virtude do caráter pessoalíssimo dos bens envolvidos, a doutrina tem defendido a intransmissibilidade dos poderes sobre a personalidade física e psíquica, pelo que não se poderia admitir a representação voluntária, pois esta teria por referência a prática de negócios jurídicos em representação, argumentando que tal equivaleria a entregar a um terceiro o direito subjetivo que abrange esse bem, exigindo-se, por isso, que o direito seja sempre exercido pelo seu titular.⁴⁴

Por conseguinte, a regra norteadora do hodierno Direito médico português, acolhida pelo art. 156 do CP, que consagra o reconhecimento do consentimento ou dissentimento como pedra de toque da relação médico-paciente, é de que todas as intervenções médicas têm por base o consentimento informado.

Nesse contexto, o médico só pode atuar mediante prévio consentimento do paciente, o qual deve ser livre e informado, nos termos do art. 157⁴⁵ do CP e nº 1 do art.º 45⁴⁶ do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (doravante designado CDOM), pelo que conforma *de per si* uma *lege artis* da prática médica.⁴⁷

Exceção a essa regra é apenas o privilégio terapêutico, convocado sempre que as informações possam causar dano ao paciente, também previsto na parte final do artigo 157 do CP, cuja epígrafe é precisamente “Dever de esclarecimento”.

Ora, se para o caso de um doente adulto e plenamente capaz, a regra do nº 1 do art. 156 do CP é clara e a decisão quantos aos cuidados de saúde que deseja, ou não, receber cabe-lhe exclusivamente, o mesmo não se verifica quando determinadas circunstâncias tornam os indivíduos incapazes de manifestar decisões por si formadas, sendo que, nesses casos, é necessário o recurso ao consentimento presumido.⁴⁸

O consentimento presumido funda-se na vontade hipotética do paciente (critério subjetivo) e não na consideração do que seja o maior bem para o paciente (critério objetivo). Tratando-se de doentes sem prévia manifestação

de vontade, a resolução do caso dependerá do consentimento presumido, avaliado pelo médico e, caso este não possa ser apurado com rigor, daquilo que ele próprio entenda como sendo o mais correto em face às *leges artis* e ao princípio da beneficência na situação suscitada.⁴⁹

Assim, se a decisão compete apenas ao paciente, ou à forma como o médico presume o consentimento deste, em virtude de o consentimento ser um ato meramente pessoal e incidir sobre o núcleo da personalidade física e psíquica da pessoa, a única exceção legalmente reconhecida a essa regra é, agora, a existência de um procurador de cuidados de saúde.

Colocou-se, assim, o problema específico de saber, nos termos do Direito constituído português, por que forma se admitia a representação voluntária em matéria de consentimento ou dissentimento para a realização de tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, estando aqui em causa direitos de personalidade – designadamente a vida, a integridade física e psíquica – que são de exercício pessoal e intransmissíveis.⁵⁰

Esse princípio deve sofrer limitações em casos excepcionais, nos quais a pessoa não consegue realmente se beneficiar desses bens, sendo necessário que outrem exerça um poder sobre bens da personalidade alheios no interesse do respectivo titular,⁵¹ como sucede, a título de exemplo, no caso específico de incapacidade de manifestação do consentimento ou recusa de uma intervenção médica.

O direito subjetivo de personalidade tem como fim a realização, o respeito e a proteção da dignidade humana do seu titular e tem como meios uma pluralidade de poderes de diversa ordem que são adequados a assegurar o êxito na realização daquele fim: os direitos de personalidade são, em simultâneo, instrumento da autonomia pessoal e mecanismo de tutela dessa autonomia, como já referimos.⁵²

Assim, o resultado de uma limitação voluntária de um direito de personalidade não pode nunca consistir em uma perda, ainda que parcial, desse direito por parte da pessoa em causa. O poder sobre os bens da personalidade apenas pode pertencer à pessoa a que esses bens estão integrados, o que, bem assim, determina que o correspondente exercício se encontre reservado ao seu titular.⁵³

Em bom rigor, por uma pessoa ter limitado um direito de personalidade, esse direito não deixa de ter os poderes e as demais posições ativas que tinha anteriormente e que o integram inelutavelmente. A limitação dos direitos de personalidade incide sobre os meios de tutela, defesa ou garantia. O titular do direito de personalidade limita voluntariamente os meios de tutela de modo a que não reajam em face de uma intervenção do terceiro sobre o bem da personalidade abrangido.⁵⁴

5 PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE

Resulta do n.º 1 do art. 11 da Lei Reguladora das Diretivas Antecipadas de Vontade (doravante designada Lдав) que o procurador de cuidados de saúde é o representante escolhido pelo paciente, em um momento em que se

encontra na posse das suas capacidades intelectuais e volitivas, para que, na eventualidade de se encontrar incapaz de tomar decisões, este tome as, ou apenas determinadas, decisões necessárias para prover à sua saúde.^{55 56 57}

A decisão do PCS é vinculativa,⁵⁸ pois atua em nome e por causa do paciente com base em um mandato expresso que aquele lhe outorgou, e, portanto, tem o mesmo valor que a vontade manifestada pelo próprio paciente,⁵⁹ caso se encontrasse competente para consentir.

A nomeação de um procurador de cuidados de saúde surge, assim, como uma resposta a uma incapacidade específica limitada à área da saúde e emerge como um meio de suprimento da incapacidade para prestar consentimento ou dissentimento para ato médico, que pensamos ser o pódio do regime em referência.

Como refere Rui Nunes:

apesar de o Testamento Vital ser o corolário natural de uma trajetória de reforço do direito à autodeterminação da pessoa, convém referir também alguns dos seus limites e insuficiências. Desde logo a dificuldade em traduzir a complexidade de muitas situações clínicas em palavras, que posteriormente serão plasmadas num documento com valor jurídico. Daí que apesar de surgirem inúmeras tentativas de discriminar os actos médicos passíveis de consentimento ou dissentimento prospectivo – através da elaboração de directivas médicas circunstanciadas – a generalidade das legislações aprovadas neste domínio opta por formulários simples, com expressões genéricas, em que mais do que caracterizar os actos médicos específicos se dá uma indicação clara dos valores éticos a respeitar.⁶⁰

A atuação sobre bens da personalidade alheios apenas deve resultar de mecanismos jurídicos que não impliquem a integração desse bem na esfera jurídica de terceiro. Portanto, o que poderá fazer o representante é agir sobre esse mesmo bem, mas sempre com base em figuras jurídicas que, embora pesem, consigam servir de suporte a essa atuação, não causem domínio sobre esse bem.⁶¹

Ora, partindo da premissa de que a nomeação de um PCS não implica a transferência de direitos de personalidade, em virtude de estes não se poderem transmitir porque são inerentes à própria pessoa e insuscetíveis de dela se separarem, qualquer negócio que operasse essa transmissão seria, *ab inito*, contrário à lei e à ordem pública, nos termos do art. 81 e do art. 280, CC, desenvolvemos o nosso raciocínio.

Contudo, a doutrina mais tradicional aduzia tese contrária, alegando que o procurador estaria a substituir ao paciente na decisão do curso da sua vida, do seu corpo e da sua personalidade, decidindo, por vezes, até a sua morte, sendo certo que tal equivaleria a entregar a um terceiro o direito subjetivo que abrange esses bens.

Na verdade, o que se transmite, sim, é o seu exercício, e isso já se admite por meio do recurso à analogia com o instituto da representação voluntária.

Entendemos, assim, que a procuração outorgada em matéria de cuidados de saúde, no interesse exclusivo do *dominus* nos termos do n° 2 do art. 265 do CC,⁶² encontrava já acolhimento por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, e vários argumentos advogam nesse sentido.

6 DESFUNCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Em sede de Teoria Geral do Direito Civil há representação, em geral, e no estritos termos do n° 2 do art.º 265 do CC,⁶³ quando uma pessoa pode fundadamente agir em nome e no interesse de outrem⁶⁴ e estes três elementos são observáveis na representação em matéria de cuidados de saúde.

A atuação no interesse de outrem impõe ao representante a prossecução de interesses alheios – do representado – e não próprios. Nesse contexto, atuando o representante no interesse de outrem, na verdade, ele está investido de poderes-funcionais e não de verdadeiros direitos subjetivos.

Ora, o poder funcional demarca-se dos direitos subjetivos *stricto sensu* por nele se verificar a dissociação entre a titularidade do poder, que cabe a certa pessoa, e a titularidade do interesse, de outrem, por meio dele prosseguido,⁶⁵ ou seja, o representante serve-se do seu poder jurídico apenas na prossecução da realização do interesse do representado, no caso, de acordo com o critério dos melhores desejos do paciente, recorrendo-se ao julgamento substitutivo.

Atendendo, ainda, à regulamentação legal da procuração, parece, em primeira análise, que esse instrumento apenas serviria para conceder poderes representativos para a prática de negócios jurídicos, e, em bom rigor, esta é a interpretação que resulta do n° 2 do art. 262 do CC⁶⁶, que define a forma da procuração com referência ao negócio jurídico a celebrar em representação.

Em matéria de cuidados de saúde, encontraremos o procurador de cuidados de saúde, muitas vezes, a celebrar atos que são pacificamente considerados negócios jurídicos (*v.g.* contratar profissionais de saúde, autorizar o ingresso em hospitais). Todavia, o ato que enformará a mais importante incumbência do procurador de cuidados de saúde é o consentimento ou dissentimento médico. Ora, o consentimento médico não é unanimemente considerado um negócio jurídico.⁶⁷

Na verdade, o consentimento deverá ser caracterizado como um simples ato jurídico, pessoal e de natureza formal, manifestado por uma vontade expressa, que, por força e relevância da vontade expressa, integra a categoria dos quase negócios jurídicos, pois os efeitos resultam *ex lege*, não relevando autonomamente a vontade quanto à produção dos mesmos.⁶⁸

Por conseguinte, o regime jurídico aplicável em sede de consentimento será o resultante da norma remissiva do art. 295 do CC,⁶⁹ que determina a aplicação aos atos jurídicos, que não são negócios jurídicos, das disposições precedentes relativas aos negócios jurídicos, sempre que a analogia das si-

tuações o justifique, e, no caso concreto, observando o regime especialmente regulado na LDAV.⁷⁰

Nessa perspectiva, o problema do objeto da representação em matéria de cuidados de saúde – consentimento ou dissentimento – e o problema de o instituto da representação voluntária se referir apenas a negócios jurídicos encontrar-se-ia resolvido, também, por via da analogia.

Contudo, a posicionar-se de forma cabal relativamente à matéria da representação voluntária concernente a problemas da personalidade, verificamos que a tese do princípio da intransmissibilidade dos direitos de personalidade se revelava contraditória com a aceitação do regime da representação legal em matéria de direitos de personalidade no âmbito das incapacidades jurídicas, ou seja, a interdição e a inabilitação, cujos meios de suprimento são a tutela e a curatela respetivamente.

A nomeação do procurador de cuidados de saúde visa à proteção da pessoa incapaz, tal como as medidas de proteção instituídas no âmbito das incapacidades jurídicas.⁷¹ Por conseguinte, entendemos que, embora o âmbito da representação legal se encontrasse já definido, como fenómeno de substituição de vontades que tem por fonte a lei e uma sentença judicial, e o mesmo não se verificasse para a representação voluntária em matéria de cuidados de saúde, a lógica subjacente que preside a ambos os institutos é a mesma.

Acresce que as medidas de proteção no âmbito das incapacidades jurídicas foram desenhadas obedecendo ao modelo tradicional de proteção do património do incapaz, pretendendo se assegurar a sua participação no tráfego jurídico.⁷²

Ora, a nomeação de um procurador de cuidados de saúde garante o respeito da vontade da pessoa incapaz em matéria de cuidados de saúde, mesmo quando foi instaurada uma medida de proteção, o que implica que, mesmo que se verifique em simultâneo um representante legal e um representante voluntário e que os dois instrumentos coincidam na mesma pessoa, o padrão de atuação do procurador de cuidados de saúde deverá pautar-se pelo critério dos melhores desejos do paciente, e não o dos melhores interesses, que se identifica mais facilmente com o critério da diligência do bom pai de família previsto no art. 1935 do CC.⁷³

Ora, um representante legal pode tomar decisões médicas (art. 145, CC),⁷⁴ mas não pode, por exemplo, casar a pessoa incapacitada. A pessoa incapacitada judicialmente, designadamente no caso da interdição, não tem sequer capacidade de gozo desses direitos – alínea b, art. 1601, CC e alínea b, art. 2189, CC.

A ordem de razão aqui subjacente é, assim, a de que decisões médicas têm de ser tomadas para a proteção dos bens essenciais da personalidade, e, assim, admitia-se a substituição de vontades relativamente a problemas da personalidade no âmbito da representação legal.

Contudo, há de realizar uma distinção dentro da categoria dos atos meramente pessoais. Com efeito, certos atos (*v.g.* casar, perflhar ou testar) não

são decisões necessárias, no sentido em que terão de ser tomadas sob pena de deixarem desprotegida a vida, a saúde ou a integridade física da pessoa incapaz,⁷⁵ e, portanto, não é necessário que um terceiro (representante) intervenha, por isso mesmo não custa compreender que um dever específico do tutor seja o de cuidar especialmente da saúde do interdito, nos termos do art.145, CC.

Todavia, daqui resulta mais um argumento. O Direito vigente em Portugal admitia o recurso à procuração para efeitos de celebração de casamento (art.1620, CC)⁷⁶ e de perfilhação (art.1849, CC),⁷⁷ também atos pessoais e livres, pelo que, em bom rigor, entendemos que não havia justificação para não o admitir em matéria de cuidados de saúde.⁷⁸

Acresce que não se compreende, e tornaria tautológica a unidade do sistema jurídico, que existissem normas como a da alínea b do n^o 1 do art. 143 do CC⁷⁹, que consagram a possibilidade de os pais, ou o progenitor que exerce o poder paternal, designarem o futuro representante da pessoa a incapacitar e não se admitisse esse tipo de escolha por parte do próprio representado.

7 CONCLUSÕES

Beneficiando do contributo dogmático da Teoria Geral do Direito Civil, há representação, em geral, quando uma pessoa pode fundadamente agir em nome e no interesse de outrem, e deste resultam os três elementos do conceito de representação: atuação em nome de outrem, atuação no interesse de outrem e poder representativo.

Ora, se o representante prossegue interesses alheios – do representado – e não próprios, na verdade, ele está investido de poderes-funcionais e não de verdadeiros direitos subjetivos, e, assim, o representante serve-se do seu poder jurídico apenas na prossecução da realização do interesse do representado.

O terceiro elemento do conceito (legitimidade indireta) implica a necessidade de ao representante serem atribuídos poderes representativos, uma vez que neles se fundam a legitimidade da intervenção do terceiro em esfera jurídica alheia.

Tratando-se de uma área tão específica como a saúde, aplicar-se-á a regra geral que vale para as procurações outorgadas no âmbito da representação em negócios jurídicos, admitindo-se, por isso, que o outorgante defina limites e condições de atuação ao procurador de cuidados de saúde – trata-se, aqui, de salvaguardar a proteção da vontade, da autonomia e do interesse do *dominus*.

Essa salvaguarda deverá operar-se ao nível do conteúdo da procuração, ou seja, aos poderes do procurador de cuidados de saúde, e à definição, ou não, de limites à vontade manifestada pelo procurador de cuidados de saúde.

Esta era, aliás, a orientação da Associação Portuguesa de Bioética, que já havia destacado a importância de que o conteúdo da procuração fosse preciso, claro e inequívoco, delimitando com exatidão os poderes que competem ao

procurador e a cujo exercício corresponderá a produção de efeitos jurídicos na esfera do paciente.⁸⁰

Pretende-se assegurar que o procurador de cuidados de saúde prossegue o interesse do outorgante em matéria de cuidados de saúde, além disso, a preservação residual da autonomia do paciente incapaz de facto, e não reduzir a figura do procurador à condição de mero núncio.

Pelo contrário, pois, atendendo às virtualidades da figura do procurador de cuidados de saúde, a sua nomeação acaba permitindo uma decisão casuística, uma vez que decide contemporaneamente ao surgimento da necessidade do ato médico, bem como tem acesso à informação atualizada sobre o estado do paciente e sobre as terapêuticas possíveis, pelo que poderá tomar decisões mais conformes com o próprio conceito de consentimento informado.⁸¹

Trata-se de um instrumento flexível, que permite uma atuação em qualquer estado de doença, facultando a possibilidade de se modelar a manifestação de vontade delegada a objetivos muito específicos.

A figura do procurador de cuidados de saúde enquadra-se numa trajectória de reforço da autonomia da pessoa sendo outro instrumento de defesa dos direitos inalienáveis dos doentes. Ou seja, espera-se que a decisão seja tomada com base no quadro de valores da pessoa doente, e só quando este referencial axiológico é desconhecido é que aplica o critério genérico do melhor interesse do paciente.⁸²

Beneficiando, aqui, mais uma vez da dogmática da Teoria Geral do Direito Civil, a figura da representação exige a atribuição ao representante de um mínimo de poder de decisão, ainda que este coexista com instruções do representado, às quais aquele deve obedecer escrupulosamente.

Como refere João Loureiro, representar é

uma forma de exercício da autonomia pelo cidadão, que não será posta em causa se observados certos requisitos, proibindo-se que se passe um cheque em branco, de forma a obstar que a decisão seja entendida como uma decisão do representante, sem qualquer referência às orientações do representado.⁸³

Por isso, entendemos que esses poderes devem ser atribuídos de forma mais concreta e pormenorizada uma vez que, se a procuração for pouco detalhada, poderá ser requerido ao Tribunal que intervenha e se substitua ao procurador de cuidados de saúde, caso desponham motivos sólidos para entender que aquela não seria a vontade do paciente.

Na verdade, não existindo manifestação antecipada de vontade na forma de testamento vital, ou existindo dúvidas quanto ao seu conteúdo, o procedimento seria o de apurar a vontade presumida, leia-se, recorrer ao consentimento presumido, pois resulta claro que uma apreciação judicial não se compadece com situações de urgência.

O recurso ao consentimento presumido apenas é admitido quando o paciente se encontra inconsciente ou, por qualquer outra razão, incapaz de consentir a intervenção médica, sendo esta absolutamente inadiável, e, também agora, afastando a decisão do procurador de cuidados de saúde.⁸⁴

Ora, nesse caso, e pretendendo-se com as diretivas antecipadas de vontade, concomitantemente, afastar o recurso ao consentimento presumido, será mais proficiente que esta seja manifestada por alguém escolhido em momento anterior, livremente e conscientemente, pelo “agora” paciente incapaz de expressar autonomamente a sua vontade, do que a própria lei, pois nele reside o juízo respeitante à pessoa competente para conhecer a sua vontade – assim, entendemos que uma salvaguarda cabal da vontade do adulto com capacidade diminuída se opera da definição do conteúdo claro e preciso de instruções do representado.

Esse representante não tem de ser um familiar, porém, mesmo que o seja, há uma grande diferença entre o papel da pessoa quando é ouvida na pura vertente de familiar e quando é ouvida na qualidade de PCS, pois, no primeiro caso, a sua opinião é tida em conta como mero indício de qual seria a vontade do paciente (consentimento presumido nº 2 do art. 156 do CP), logo, não é vinculativa; ao passo que, no segundo caso, como PCS, a sua decisão é vinculativa, pois atua em nome e por conta do paciente com base em um mandado exposto que aquele lhe concedeu, ou seja, tem o mesmo valor que a vontade manifestada pelo próprio paciente. As decisões do PCS, dentro dos limites da procuração que lhe foi concedida, prevalecem sobre as de qualquer outra pessoa, exceto as do próprio outorgante.⁸⁵

A admissão da representação voluntária em matéria de cuidados de saúde, por meio da nomeação de um procurador de cuidados de saúde, assegura, na verdade, essa faceta da personalidade humana que é a autodeterminação prospetiva, não colocando em causa sequer o princípio da unidade do ordenamento jurídico, uma vez que o contrário apenas poderá resultar de uma conceção tendencialmente absoluta da intransmissibilidade dos direitos de personalidade.⁸⁶

Em bom rigor, na maioria das vezes, o âmbito da decisão implicará o direito a morrer de uma forma digna, mas, por outro lado, poderá permitir uma intervenção terapêutica que, com toda a probabilidade, venha a possibilitar o desenvolvimento do projeto de vida do representado de acordo com os seus valores pessoais e com qualidade.⁸⁷

A nomeação de um procurador de cuidados de saúde é um profícuo mecanismo de salvaguarda do cumprimento da vontade do representado e da sua autodeterminação prospetiva: é uma manifestação da autonomia pessoal, e, embora a decisão não seja tomada pelo próprio paciente, apresenta-se como um reforço da autonomia da pessoa, sendo outro instrumento de defesa dos direitos inalienáveis dos doentes. Assim, o reconhecimento legal desse exercício delegado era eminente e impunha-se em um domínio tão proeminente como os cuidados de saúde.

Concluindo, julgamos que cumpridos certos requisitos substanciais, designadamente quanto ao conteúdo dos poderes representativos, essa vertente da representação voluntária concernente aos tratamentos e às intervenções médico-cirúrgicas era já admissível nos termos do Direito constituído no ordenamento jurídico português, permitindo-se a autodeterminação prospectiva e a representação do exercício de direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Parecer n° P/05/APB/06 sobre as directivas antecipadas de vontade.** Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano.** Coimbra: Edições Almedina, 2007.

CANOTILHO, Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da República Portuguesa:** artigos 1º a 107º. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textosinternacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Recommendation CM/REC (2009) 11 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advanced Directives for Incapacity.** Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1563397&Site=CM>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Recommendation n° R(99)4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults.** Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2016.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria Geral do Direito Civil:** introdução e pressupostos da relação jurídica. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. v. 1.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria Geral do Direito Civil:** fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. v. 2.

LOUREIRO, João Gonçalves. *Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico. Cadernos de Bio-Ética*, Coimbra, n. 8, p. 27-65, dez. 1994.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, tomo i, artigos 1º a 79º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 1. p. 263-335

NUNES, Rui. Consentimento informado e boa prática clínica. *Julgur*, Lisboa, número especial, p. 115-138, 2014.

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. *Testamento vital*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Nuno. O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 8, n. 15, p. 29-33, jan./jun. 2011.

ORDEM DOS MÉDICOS. Código deontológico da ordem dos médicos. Disponível em: <<https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

PEREIRA, André Dias. Diretivas antecipadas de vontade em Portugal. *Julgur*, Lisboa, número especial, p. 287-304, jul. 2014.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento médico informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>>. Acesso: 1 ago. 2016.

PORTUGAL. Associação Portuguesa de Bioética. *Estudo nº E/17/APB/10 – Testamento vital*. Reator: Rui Nunes. Porto, 18 set. 2010. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2016.

PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrito de Lisboa. Código Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0070&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.

PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrito de Lisboa. Código Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0156&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 2 ago. 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art26>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

PORTUGAL. **Lei nº 25/2012, de 16 de julho**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, sob a forma de testamento vital e procurador em cuidados de saúde, e cria o RENTEV. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 169-218, jan./mar. 2011.

RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18 p. 115-141, jul./dez. 2012.

RAPOSO, Vera Lúcia. No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade). **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, Coimbra, ano 22, n. 24, p. 79-109, dez. 2013.

REGO, Fabiana. A força jurídica das declarações antecipadas de vontade. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 8, n. 16 p. 159-178, jul./dez. 2011.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. Direito à autodeterminação e directivas antecipadas: o caso português. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 10, n. 19, p. 107-126, jan./jun. 2013.

SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento vital: o que é? como elaborá-lo?** Porto: Sextante Editora, 2011.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **A procuração irrevogável**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. **A autorização**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

VÍTOR, Paula Távora. O apelo de Ulisses: o novo regime do procurador de cuidados de saúde na lei portuguesa. **Julgar**, Lisboa, número especial, p. 224-248, jul. 2014.

VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde: a importância de um novo decisor. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 121-134, jan./jun. 2004.

- 1 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. **Testamento vital**. Coimbra: Edições Almedina, 2011. p. 157.
- 2 PORTUGAL. **Lei n.º 25/2012**, de 16 de julho. Regula as diretivas antecipadas de vontade, sob a forma de testamento vital e procurador em cuidados de saúde, e cria o RENTEV. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2016.
- 3 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. **Testamento vital**. Coimbra: Edições Almedina, 2011. p. 123.
- 4 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. **Testamento vital**. Coimbra: Edições Almedina, 2011. p. 115, 122.
- 5 Artigo 70.º - Tutela geral da personalidade. 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Cfr. PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrito de Lisboa. **Código civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0070&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- 6 SANTOS, Laura Ferreiro dos. **Testamento vital: o que é? como elaborá-lo?** Porto, Sextante Editora, 2011. p. 100.
- 7 SANTOS, Laura Ferreiro dos. **Testamento vital: o que é? como elaborá-lo?** Porto, Sextante Editora, 2011. p. 100-101.
- 8 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Parecer n.º P/05/APB/06 sobre as diretivas antecipadas de vontade**. p. 3. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346diretivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- 9 VÍTOR, Paula Távora. O apelo de Ulisses: o novo regime do procurador de cuidados de saúde na lei portuguesa. **Julgar**, Lisboa, número especial, p. 227-228, 2014.
- 10 COUNCIL OF EUROPE. **Recommendation n.º r(99)4 of the committee of ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults**. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2016.
- 11 No Brasil, a figura do procurador de cuidados de saúde tem paralelo com o instrumento de mandato duradouro. Cfr. TESTAMENTO VITAL. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 5 ago. 2016.
- 12 PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009. p. 13. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2016.
- 13 COUNCIL OF EUROPE. **Recommendation cm/rec (2009) 11 of the committee of ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advanced directives for incapacity**. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1563397&Site=CM>>. Acesso em: 30 jul. 2016.
- 14 VÍTOR, Paula Távora. O apelo de Ulisses: o novo regime do procurador de cuidados de saúde na lei portuguesa. **Julgar**, Lisboa, número especial, p. 228, 2014.
- 15 REGO, Fabiana. A força jurídica das declarações antecipadas de vontade. **Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 8, n. 16, p. 162, jul./dez. 2011.
- 16 Artigo 26 - Outros direitos pessoais. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos. Cfr. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art26>>. Acesso em: 3 ago. 2016.
- 17 RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 116, jul./dez. 2012.
- 18 VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde: a importância de um novo decisor. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 121, jan./jun. 2004.
- 19 REGO, Fabiana. A força jurídica das declarações antecipadas de vontade. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 8, n. 16, p. 159-160, jul./dez. 2011.; RAPOSO, Vera Lúcia. Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 208-210, jan./mar. 2011.

- 20 NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 1. p. 327.
- 21 NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de. Testamento Vital. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 31.
- 22 RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 206, jan./mar. 2011.
- 23 OLIVEIRA, Nuno. O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 8, n. 15, p. 32, jan./jun. 2011.
- 24 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 498.
- 25 NUNES, Rui. Consentimento informado e boa prática clínica. **Julgur**, Lisboa, número especial, p. 124, 2014.
- 26 No Código Civil brasileiro, encontramos solução paralela no art.º 15.
- 27 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Parecer nº p/05/apb/06 sobre as directivas antecipadas de vontade**. p. 3. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- 28 CONVENÇÃO para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina: convenção sobre os direitos do homem e da biomedicina. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textosinternacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em: 27 jul. 2016.
- 29 Artigo 156 - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. 1 - As pessoas indicadas no artigo 150 que, tendo em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 - O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. 3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 4 - O procedimento criminal depende de queixa. Cfr. PORTUGAL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0156&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 2 ago. 2016.
- 30 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Parecer nº p/05/apb/06 sobre as directivas antecipadas de vontade**. p. 9-11. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- 31 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Parecer nº p/05/apb/06 sobre as directivas antecipadas de vontade**. p. 11. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016; RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 210-211, jan./mar. 2011; RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 116, jul./dez. 2012.; RAPOSO, Vera Lúcia. No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade). **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, Coimbra, ano 22, n. 24, p. 80-81, dez. 2013.
- 32 RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 210-211, jan./mar. 2011.
- 33 RAPOSO, Vera Lúcia. No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade). **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, Coimbra, ano 22, n. 24, p. 80-81, dez. 2013.
- 34 CANOTILHO, Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da República Portuguesa: artigos 1º a 107**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 447.
- 35 Artigo 81. - Limitação voluntária dos direitos de personalidade. 1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. Cfr. PORTUGAL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.

- 36 Artigo 340 - Consentimento do lesado. 1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. 3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível. Cfr. PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- 37 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada, tomo I, artigos 1º a 79º**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 259.
- 38 RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 210-211, jan./mar. 2011.
- 39 CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 102-106, 228.
- 40 OLIVEIRA, Nuno. O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 8, n. 15, p. 29-33, jan./jun. 2011.
- 41 VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2014. p. 57, 64.
- 42 VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. **A autorização**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 14-16; VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2014. p. 64.
- 43 PEREIRA, André Gonçalves Dias. **O consentimento médico informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 172-173.
- 44 SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 402-404.
- 45 Artigo 157- Dever de esclarecimento. Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica. Cfr. PORTUGAL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0156&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 2 ago. 2016.
- 46 Artigo 45 - Consentimento do doente. 1 - Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais. 2 - Sempre que possível, entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar-se. 3 - O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves consequências. **ORDEM DOS MÉDICOS. Código deontológico da ordem dos médicos**. Disponível em: <<https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- 47 RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 115-116, 118, jul./dez. 2012.
- 48 VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde: a importância de um novo decisor. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 121, jan./jun. 2004.; RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 118, jul./dez. 2012.
- 49 RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 116-118, jul./dez. 2012.
- 50 Esta é, também, a solução prevista pelo legislador no Código Civil brasileiro, que no seu art.º 11 determina a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, não se admitindo a limitação voluntária do seu exercício, salvaguardadas as exceções previstas na lei.
- 51 VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. **A autorização**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 19.
- 52 VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2014. p. 60.
- 53 VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. **A autorização**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 17-19, 124-125.
- 54 VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. **A autorização**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 24-25.
- 55 RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 177, jan./mar. 2011; RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 120 jul./dez. 2012.

- 56 As decisões do PCS, dentro dos limites da procuração que lhe foi concedida, prevalecem sobre as de qualquer outra pessoa, exceto as do próprio outorgante (n.º 2 art.º 13 LDAV). A força vinculativa da decisão do procurador de cuidados de saúde resulta do preenchimento dos requisitos formais constantes do n.º 1 do art.º 3 e 4.º da LDAV, sendo certo que os poderes conferidos ao representante assumem, por via de regra, a forma expressa em documento (n.º 1 art.º 12 LDAV).
- 57 VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde: a importância de um novo decisor. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 121, jan./jun. 2004.
- 58 As decisões do PCS, dentro dos limites da procuração que lhe foi concedida, prevalecem sobre as de qualquer outra pessoa, exceto as do próprio outorgante (n.º 2 art.º 13 LDAV). A força vinculativa da decisão do procurador de cuidados de saúde resulta do preenchimento dos requisitos formais constantes do n.º 1 do art.º 3 e 4.º da LDAV, sendo certo que os poderes conferidos ao representante assumem, por via de regra, a forma expressa em documento (n.º 1 art.º 12 LDAV).
- 59 RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 177, jan./mar. 2011.; RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 120, jul./dez. 2012.
- 60 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Estudo n.º E/17/AAPB/10: testamento vital**. p. 16. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2016.
- 61 VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. **A autorização**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 19-20.
- 62 VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **A procuração irrevogável**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p. 6.
- 63 Artigo 265 - Extinção da procuração. 1. A procuração extingue-se quando o procurador a ela renuncia, ou quando cessa a relação jurídica que lhe serve de base, excepto se outra for, neste caso, a vontade do representado. 2. A procuração é livremente revogável pelo representado, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação. 3. Mas, se a procuração tiver sido conferida também no interesse do procurador ou de terceiro, não pode ser revogada sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa. Cfr. PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- 64 FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil: fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. v. 2. p. 252-253.
- 65 FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil: introdução e pressupostos da relação jurídica**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007. v. 1. p. 267.
- 66 Artigo 262 - Procuração. 1. Diz-se procuração o acto pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos. 2. Salvo disposição legal em contrário, a procuração revestirá a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar. Cfr. PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- 67 PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento médico informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 133-137; VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde: a importância de um novo decisor. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 123-124, jan./jun. 2004.
- 68 PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento médico informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 250-251; RIBEIRO, Geraldo Rocha. Direito à autodeterminação e directivas antecipadas: o caso Português. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 10, n. 19, p. 108-109, jan./jun. 2013.
- 69 Artigo 295 - Disposições reguladoras. Aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente. Cfr. PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- 70 LOUREIRO, João Gonçalves. Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico. **Cadernos de Bio-Ética**, Coimbra, n. 8, p. 41, dez. 1994.
- 71 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Parecer n.º P/05/APB/06 sobre as directivas antecipadas de vontade**. p. 15. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

- 72 PINHEIRO, Jorge Duarte. **As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. incapacidades e suprimento**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009. p. 10. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2016.
- 73 VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde: a importância de um novo decisor. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 125, jan./jun. 2004.
- 74 Artigo 145- Dever especial do tutor. O tutor deve cuidar especialmente da saúde do interdito, podendo para esse efeito alienar os bens deste, obtida a necessária autorização judicial. Cfr. PORTUGAL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016
- 75 VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde: a importância de um novo Decisor. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 124, jan./jun. 2004.
- 76 Artigo 1620 - Casamento por procuração. 1. É lícito a um dos nubentes fazer-se representar por procurador na celebração do casamento. 2. A procuração deve conter poderes especiais para o acto, a designação expressa do outro nubente e a indicação da modalidade do casamento. Cfr. PORTUGAL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- 77 Artigo 1849 - Carácter pessoal e livre da perfilhação. A perfilhação é acto pessoal e livre; pode, contudo, ser feita por intermédio de procurador com poderes especiais. Cfr. PORTUGAL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- 78 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Parecer nº P/05/APB/06 sobre as directivas antecipadas de vontade**. p. 15. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- 79 Artigo 143 - A quem incumbe a tutela. 1. A tutela é deferida pela ordem seguinte: a) Ao cônjuge do interdito, salvo se estiver separado judicialmente de pessoas e bens ou separado de facto por culpa sua, ou se for por outra causa legalmente incapaz; b) À pessoa designada pelos pais ou pelo progenitor que exercer o poder paternal, em testamento ou documento autêntico ou autenticado; c) A qualquer dos progenitores do interdito que, de acordo com o interesse deste, o tribunal designar; d) Aos filhos maiores, preferindo o mais velho, salvo se o tribunal, ouvido o conselho de família, entender que algum dos outros dá maiores garantias de bom desempenho do cargo. 2. Quando não seja possível ou razões ponderosas desaconselhem o deferimento da tutela nos termos do número anterior, cabe ao tribunal designar o tutor, ouvido o conselho de família. Cfr. PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0081&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- 80 APB. **Parecer nº P/05/APB/06 sobre as directivas antecipadas de vontade**. p. 15. Disponível em <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- 81 VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde: a importância de um novo decisor. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 1, n. 1, p. 129-130, jan./jun. 2004.
- 82 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. **Estudo nº E/17/AAPB/10 – testamento vital**. p. 16. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2016.
- 83 LOUREIRO, João Gonçalves. Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico. **Cadernos de Bio-Ética**, Coimbra, n. 8, p. 41, dez. 1994.
- 84 RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 118, jul./dez. 2012.
- 85 RAPOSO, Vera Lúcia. entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 120-121, jul./dez. 2012.; RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 177, jan./mar. 2011.
- 86 PEREIRA, André Dias. Directivas antecipadas de vontade em português. **Julgar**, Lisboa, número especial, p. 289, 2014.
- 87 RAPOSO, Vera Lúcia. Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, ano 9, n. 18, p. 119-120, jul./dez. 2012.

ADVANCED DIRECTIVES OF WILL: NEW CHALLENGES FOR THE UNDERSTANDING OF THE LEGAL SYSTEM THROUGH THE RECOGNITION OF THE INSTITUTE OF VOLUNTARY REPRESENTATION IN MATTERS OF PERSONALITY RIGHTS

ABSTRACT

Early declarations of will were expressly recognized by the Portuguese legal framework upon the approval of Law 25/2012, of July 16th. Such decision brought to light new challenges for understanding the legal system, namely by the recognition of voluntary representation regulation regarding healthcare. In a time when autonomy is increasingly valued, this instrument presents itself as a fruitful response mechanism to a specific incapacity, limited to the health area, i.e., an expression of will. Medical decisions focus on the fundamental core of a person's physical and psychic personality, which would initially determine the exercise of the right by its holder. It therefore encompasses a legal institute which is delicate in any field of law: personality rights. Personality rights form a person and protect their specific, concrete elements. Informed consent or dissent regarding medical interventions focuses precisely on such specific elements. Transmission of personality rights cannot arise from the limitation of said rights, even when the limitation is admitted pursuant to the provisions of article 81 of the Civil Code, because such rights are not transferable. In fact, and bearing in mind that power over personality assets can only belong to the person to which such assets are integrated, the appointment of healthcare proxies legitimizes the actions of third parties in regard to said personality assets, in a moment when the holder is not able to benefit from them or when their ability to do so is substantially reduced, thus being necessary that the representative exercise a certain power over such assets, in the specific area of health, in the interest of its respective holder.

Keywords: Advanced directives. Informed consent. Prospective autonomy. Power of attorney in cases of healthcare.

Submetido: 10 ago. 2016

Aprovado: 28 set. 2016

REPENSANDO AS FONTES DO DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Paulo Ferreira da Cunha**

A origem de toda a coisa é fonte de sua natureza.

Martin Heidegger

1 Voltar (*zueruck zu*) aos fundamentos. Sentidos da expressão “fontes de Direito.” 1.1 *Fons Juris*: a partir de uma metáfora. 1.2 Fontes do Direito em sentido histórico. 1.3 Colonialismo e estrangeiramento jurídicos. A globalização jurídica. 1.4 Fontes do Direito em sentido político (ou orgânico). 1.5 Fontes do Direito em sentido sociológico (por vezes, chamado material). 1.6 Fontes do Direito em sentido filosófico. 1.7 Fontes de Direito em sentido instrumental (por vezes, confundido com o histórico, mas perfeitamente autonomizável e também chamado material). 1.8 Fontes de Direito em sentido técnico-jurídico (também chamado formal). 2 Fontes do Direito em sentido técnico-jurídico - análise global. 2.1 Fontes ideacionais ou conceituais *v.s.* fontes institucionais ou legais (elenco abstrato ou hipotético das fontes de Direito). 2.2 Fontes ideais ou conceituais - enumeração. 2.3 Fontes voluntárias e não voluntárias. 2.4 Fontes imediatas e mediatas. 2.5 A lei e o seu império. 2.6 Fontes não legais: princípios fundamentais, costume. 2.7 Fontes não legais: jurisprudência. 2.8 Fontes não legais: doutrina. 2.9 As normas corporativas. 2.10 A equidade. 2.11 O negócio jurídico. 2.12 As fontes e os “regatos.” 3 Fontes do Direito em sentido técnico-jurídico - análise especial. 3.1 Princípios fundamentais do Direito. 3.2 Os valores. 3.3 A lei. 3.4 O legalismo. 3.5 Costume. 3.6 Jurisprudência. 3.7 Normas corporativas. 4 Hierarquia das fontes de Direito. 4.1 O problema do vértice da pirâmide normativa: constituição positiva ou natural (material, ordem de valores, etc.)? 4.2 Abertura (ao menos tácita) do Direito monista ao direito pluralista. 4.3 Importância da hierarquização normativa. 4.4 Direito constitucional, internacional e comunitário. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

Na linha do que temos vindo a fazer noutros artigos para ramos específicos do Direito e da sua Filosofia (nomeadamente o Penal e o Internacional), o presente artigo recua até aos mais primeiros fundamentos da Teoria do Direito: a questão das fontes. É um recordar de coisas sabidas e o seu problematizar, depois de muito caminho e experiência percorrida.

Palavras-chave: Fontes do Direito. Sociedade da Informação. Valores e Princípios. Normatividades. Factualidades Jurídicas.

* Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito pelas Universidades Paris II e Coimbra. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar. Professor-visitante da Faculdade de Direito da USP. E-mail: <lusofilias@gmail.com>.

1 VOLTAR (ZUERUCK ZU) AOS FUNDAMENTOS. SENTIDOS DA EXPRESSÃO “FONTES DE DIREITO”

1.1 FONS JURIS: A PARTIR DE UMA METÁFORA

As palavras têm um grande papel em Direito. E as imagens e as metáforas. A própria palavra Direito é uma metáfora.¹ A técnica, o método e o seu estudo (a metodologia jurídica) não seriam certamente a mesma coisa se não baseássemos o nosso conhecimento, a inspiração e a hermenêutica neste instrumento ao mesmo tempo cristalino e tão complexo que são as Fontes do Direito. E parece que, como veremos, nem sempre se teve esta intuição genial, tão criativa. Não quer dizer que não houvesse antes fontes, mas não seriam certamente apercebidas como tais. Isso faz a diferença.

Como sucede em várias questões jurídicas, parece começarmos por estar diante de um conceito pouco menos que não rigoroso (se formos, da nossa parte, muito rigorosos na exigência de univocidade semântica), tal a sua polissemia, decorrente da variedade de interpretações permitidas para a designação a elas comum (significante, designação comum, mas vários significados).² Tudo parece derivar, afinal, do fato de a expressão, traduzida do latim *fons juris* (a qual deve o seu nascimento ao célebre orador, tratadista e homem de Estado romano Cícero), ser, obviamente, uma metáfora. Metáfora é transposição, transporte. Ainda hoje, podem-se ver na Grécia grandes veículos de mudanças com esse nome. A metáfora transporta ideias de um lado para o outro. Ou palavras para ideias [...].

Metáfora, pois. E como as demais, um elemento poético no Direito, impreciso e polissêmico por excelência. Não é de admirar, assim, que haja de fazer uma criteriosa subdivisão de tipos ou formas de encarar as fontes jurídicas. Porque, no essencial, naquilo que a expressão por si própria diz, que temos? Alguma coisa como isto: fontes de direito parecem ser os locais onde vamos colher (e donde jorra) a pura, a cristalina água lustral do Direito. Ou, valha a verdade, por vezes, menos pura.

A expressão não é exclusiva do Direito (desde logo, ela é muito importante na Historiografia ou História). O grande escritor e professor de Literatura que foi Vitorino Nemésio, assim evoca a questão:

A ideia de fonte é uma ideia geral e técnica da história, que repousa numa das mais antigas imagens do mundo. O princípio da causalidade e o conceito de origem exprimem-se por ela tão vitalmente que *fons vitae* (fonte da vida) talvez seja o seu primeiro padrão. Tudo quanto promana ou flui, flui de algo, e é natural que a água, como um dos quatro elementos, tivesse fornecido o símile.”³

E, em Direito, não se trata, como veremos já, de uma fonte única, ou, se o fosse, seria como essas fontes termais de sete bicas, das quais brotam outros tantos tipos de líquidos milagreiros. Na verdade, de cada bica ou de cada fonte

corre uma variedade ou qualidade de Direito diferente das outras. É esse o sentido de haver uma pluralidade de fontes.

A metáfora é, efetivamente, uma das mais plásticas, das mais sugestivas formas de revelar um pensamento ou uma realidade complexos. Trata-se, afinal, de algo vivo, sempre pronto a dotar-se de sentidos, a encarnar as facetas que uma ideia-base possa comportar: tal sucede com *fons iuris*.

Antes de tudo o mais, antes de pensarmos nas específicas fontes técnico-jurídicas, das quais nos chega o Direito na perspectiva que ora nos importa, como modos de formação, ou nascimento, ou manifestação do jurídico enquanto jurídico, *rectius*, enquanto algo juridicamente positivado, antes disso, devemos, muito brevemente, aludir a outras aceções da expressão.

1.2 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO HISTÓRICO

No caso do entendimento das fontes em sentido histórico, trata-se de aludir a inspirações ou causações entre normas, institutos ou mesmo instituições e sistemas de direito (ordens jurídicas) em um plano de encadeamento temporal. E tal pode suceder intrassistematicamente (no seio de uma ordem jurídica nacional-estatal) ou extra-sistematicamente.

Por exemplo, em uma sucessão não linear de ordens jurídicas, é claro que o Direito Romano é fonte, em sentido histórico, do português ou do brasileiro. E também o Direito Visigótico, em menor grau, decerto (as ondas de influência vão-se perdendo com o tempo, a distância, a interposição de influentes influenciados “pelo caminho”). Mas já, por exemplo, tem sido o Direito alemão contemporâneo fonte imediata frequente de muitos diplomas legais portugueses, a começar pelo Código Civil. Outras vezes, é a doutrina moderna de um país que vai ser acolhida por outro – sucede – nos isso em matéria penal, por exemplo, em que somos novamente tributários da influência germânica, mas as fontes começam a diversificar-se. E a univocidade delas começa a ser coisa do passado. Que sentido teria em um país independente apenas ir buscar inspiração neste ou naquele outro? As comunicações rápidas e plurais ajudam também a essa tendencial pluri-influência.

No Brasil, além da origem inicial lusa, compreensível historicamente, mais tarde, ter-se-ão verificado várias outras influências. Note-se, por exemplo, a importância do modelo estadunidense em aspectos do Direito Constitucional.⁴

1.3 COLONIALISMO E ESTRANGEIRAMENTO JURÍDICOS. A GLOBALIZAÇÃO JURÍDICA

Não se pode esquecer que, na matéria da influência e da originalidade, há várias questões a ter presentes. Antes de mais, há teóricos que dela não partilham, por não a acharem metodologicamente própria dos estudos jurídicos.⁵

Entretanto, se acolhermos esse paradigma,⁶ embora com cuidados e precauções, e submetendo-o à rigorosa análise pós-disciplinar (acolhendo estudos de outras áreas do saber), não se deixará de entender que a influência entre ordens jurídicas ou seus aspectos particulares, funciona tanto no sentido do influenciador sobre o influenciado (que é o típico do imperialismo e do colonialismo jurídicos), como no sentido do influenciado que está, por vezes, ávido de imitar o influente (como manifestação do complexo estrangeirado).

Não deixa de ser interessante e motivo para meditação que a autonomia e a independência da ordem jurídica de um país, por vezes, já chegaram ao estágio de libertação de colonialismos, mas nem sempre de imperialismos e menos ainda de estrangeiramentos.

Contudo, há outra dimensão a ter em consideração: a globalização jurídica. A primeira vaga foi, realmente, com os descobrimentos e as conquistas dos países ibéricos. Infelizmente, decerto, não foi o direito propriamente português ou espanhol que eles universalizaram, mas o direito romano com modulação germânica, como bem recorda Agostinho da Silva.⁷ Um direito imperial e sem dúvida com funções imperialistas. Embora já com aspetos de plasticidade universal, como este autor luso-brasileiro iconoclasta também reconhece.

Na nova vaga de globalização jurídica, ainda a estudar com mais detenção, podem ver-se aspectos ideológicos claros de neoliberalismo, uma língua dominante nas expressões e nos conceitos, o inglês, mas não se pode dizer que haja uma verdadeira mundialização do Direito local estadunidense, canadiano, britânico ou sequer da família do *common law*. Em alguma medida, além de globalizações gerais,⁸ há também globalizações locais, a que, por vezes, se chamam integrações (como a europeia, a sulamericana, etc.).

No caso da integração jurídica europeia, dá-se realmente, como veremos, a criação de Direito supranacional, que se impõe juridicamente a todos os membros da União Europeia.

A perspetiva um tanto isolacionista de ordens jurídicas americanas, como a estadunidense e a brasileira, insistindo, afinal, em perspetivas de soberania jurídica, embora com algumas exceções (como é o acatamento das decisões do Tribunal de São José da Costa Rica), talvez não deixe, por vezes, passar a ideia de que, por via ao menos doutrinal e judicial, se está desenvolvendo uma grande fase de aproximação dos direitos.

A sociedade da informação naturalmente está já a colocar em rede os julgadores,⁹ havendo assim uma espécie de “república universal dos juízes,”¹⁰ antes disso, já havia profusas trocas de ideias entre os obreiros da doutrina, é de há muito comum o vai-vém da originalidade e da influência entre legislações, e mesmo o costume (apesar de algumas reticências de alguns, normalmente ideológicas e *pro domo*) continua com uma boa influência ao nível do Direito Internacional Público.

1.4 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO POLÍTICO (OU ORGÂNICO)

Quando se fala em fontes em sentido político ou orgânico, estamos perante a formação concreta de uma norma.

Cura-se saber quem (que órgãos, que entidades), na comunidade política em causa, tem competência para dar carácter normativo, vinculante a uma regra. Nos nossos dias, é claramente um problema de Direito Constitucional, ramo de Direito que (além do mais) arbitra as competências no procedimento legislativo e naturalmente também na própria hierarquia jurídica (normativa e não só). Mas isto se deve, sobretudo, ao papel relevantíssimo, praticamente avassalador, que as normas legais passaram a assumir na época contemporânea. Embora, em muitos casos, não se trate, na sociedade informacional, de grandes leis, com grande dignidade ética e fonte legislativa, mas quantas vezes de normativos de que até se duvida do vínculo com os parlamentos e com a legitimação popular em última instância. Quando, por exemplo, uma rede social ou algo parecido na *Internet* suspende alguém ou impede alguém de fazer algo (por vezes, com ar reprovador ou que sugere violação de algum normativo), sem audição prévia, aparentemente sem clara legislação que o permita (e que seja amplamente divulgada) e sem julgamento real, desde logo, com contraditório, nem sequer se sabe se tal decisão é fruto de um funcionário e sua vontade ou se é um procedimento automatizado, verdadeiro tribunal eletrônico.

Estamos em crer que também se enquadra plenamente nesta categoria de fontes em sentido político a gênese normativa decorrente de outras zonas, não governamentais ou parlamentares. Desde logo, as normas costumeiras (ou consuetudinárias), que decorrem desse essencial sujeito político (e não simples complemento ou objeto), que é a própria comunidade, e também as criadas pela prática dos Tribunais (que são órgãos de soberania, encarnação de um dos tradicionais “poderes” do Estado), etc. Em suma, estamos perante as *fontes existendi* do Direito (os órgãos que dão vida às normas como tais).

1.5 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO SOCIOLÓGICO (POR VEZES, CHAMADO MATERIAL)

Objetiva-se agora, com as Fontes do Direito em sentido sociológico, designar o conjunto de circunstancialismos sociais, políticos, culturais, etc., que presidiram à criação de dada norma ou sistema normativo.

Evidentemente, tais circunstancialismos serão, por certo, mais patentes para o caso de uma lei-medida, que vise precisamente a atalhar uma situação concreta (epidemia, invasão, terremoto, etc.). Nos casos normais, o estudo das fontes, em sentido sociológico, é um tanto o estudo localizado da Sociologia do Direito (ou Sociologia Jurídica: embora haja autores que distinguem uma da outra) e até da Sociologia geral.

Com efeito, necessita-se de apreender o sistema social para entender a gênese de dados normativos nesse contexto. Toda a norma tem um contexto

normativo, e quer este, quer a norma concreta possuem um entorno, um contexto, uma circunstância social. É impossível dissociar uma coisa da outra. Por isso é que um habitante de Sirius que lesse apenas as nossas Constituições, por exemplo, não entenderia realmente a verdade do sistema político-jurídico de cada país.

1.6 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO FILOSÓFICO

Com claras atinências com os sentidos histórico e sociológico, encontra-se o sentido filosófico das fontes do Direito. Se aqueles vêm, respectivamente, a gênese diacrônica e a sincrônica no plano global, para quem não subsuma o aspecto filosófico (as ideias-força) no processo histórico ou no sistema social haverá que se considerar uma inspiração filosófica das normas e dos sistemas.

Por exemplo, com toda a falibilidade e a imprecisão das grandes generalizações, parece certo que a fonte filosófica (filosófico-política em especial, como aliás quase sempre e em todos os sistemas) dos direitos da família de Direito “socialista” foi o materialismo dialético e o materialismo histórico. Simetricamente, de algum modo, poderá talvez dizer-se que as leis de Allarde e Chappellier se inspiraram no liberalismo extremado (embora um pouco então fora de época, de algum modo *avant-la-lettre*) da não arregimentação dos indivíduos, e por isso proibiram o sindicalismo como expressão dessa massificação e perda de “liberdade” do singular, etc. [...]. Não se pode negar, sublinhe-se, que esse sentido filosófico tem muito de filosófico-político ou filosófico-ideológico. Entretanto, pode haver outras dimensões mais filosóficas “puras”, como as que decorrem, por exemplo, de concepções de Pessoa, Vida e Morte, com tanta influência nos domínios de legislação bioética, mas não só... Naturalmente que concepções sobre Pessoa também terão grande importância na consideração jurídica, quer dos animais (que estão a deixar de ser considerados simples “coisas”), quer de máquinas “inteligentes”. Se há grande discussão, hoje, sobre Direitos dos Animais, não há dúvida de que o passo seguinte (em que já estamos, ou quase) é o de discutir personalidade jurídica e direitos dos *robots* e afins. E alguém já sublinhou que o *robot* ainda é uma entidade “humanoide”, que nos é simpática porque, de algum modo, antropomórfica, e assim psicologicamente estamos quase preparados para a considerarmos “afim”. E no caso de entidades muito mais abstratas e de forma bem diferente da nossa? Será que teremos de encontrar um *design* humanístico para essas inteligências artificiais que facilite a sua integração na rede plural de titulares de direitos (e obrigações, sem dúvida)? Todas estas questões remetem para a problematização filosófica do jurídico e serão teorias filosóficas de índole ontológica, antropológica, e algumas também teológicas que sem dúvida se afrontarão nestas polémicas.

Ao sentido filosófico se pode dar ainda outro conteúdo, mais geral, mas talvez de maior especificidade filosófica. Aludir-se-ia, nesse caso, ao fundamento da obrigatoriedade da norma (o Estado, o Poder, para uns, a Justiça, para outros etc.). Esta última versão também dá pelo nome de *sentido metafísico*. Mas, na

verdade, é uma classificação, a nosso ver, um pouco excessiva, pois nem todas as teorizações sobre o ponto de Arquimedes do Direito,¹¹ o ponto fixo em que deva apoiar-se, serão, necessariamente, de índole metafísica.

1.7 FONTES DE DIREITO EM SENTIDO INSTRUMENTAL (POR VEZES, CONFUNDIDO COM O HISTÓRICO, MAS PERFEITAMENTE AUTONOMIZÁVEL E TAMBÉM CHAMADO MATERIAL)

Finalmente, no elenco de fontes não técnico-jurídicas, encontram-se aquelas que nos permitem saber os locais, a documentação, as formas materiais de positividade do que é Direito. Desde a Lei das XII Tábuas Romanas, esculpida em mármore ou granito, ao microfilme ou à memória do computador que encerra as decisões judiciais, passando, evidentemente, pelos nossos mais correntes e mais prosaicos exemplares do Código Civil, Penal, etc., ou o *Vade Mecum* (que assimila vários desses diplomas), claro [...] São, afinal, as Fontes *cognoscendi* (meios de conhecimento jurídico).

Trata-se apenas do suporte físico, quando se fala em fontes em sentido instrumental. No mundo atual, a sociedade informacional já multiplicou, desmaterializou e rematerializou as fontes instrumentais. Poderemos facilmente imaginar um *Vade Mecum* implantado em algum *ship* na palma da mão [...] E as mais interessantes serão as tecnologias que virão em breve, e ainda não conseguimos sondar, imaginando, normalmente com a antecipação da ficção científica.

1.8 FONTES DE DIREITO EM SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO (TAMBÉM CHAMADO FORMAL)

Nestes últimos casos (referidos em 7.) de fontes materiais no sentido instrumental, essa dimensão instrumental confundia-se inicialmente com algo de sólido, objeto ou “matéria”. Mas hoje tal materialização tende para o virtual, como acabamos de ver. Essa imaterialização não prejudica o caráter instrumental. Já, pelo contrário, as fontes em sentido técnico-jurídico apenas, na lógica estritamente interna do jurídico (sem apelos ao extrajurídico, em geral), vão indagar das formas ou processos pelos quais se forma e se revela direito normativo, objetivo e positivo. O que nelas está em causa é saber, mostrar, explicar, evidenciar como o Direito vem à vida, subsiste, se modifica e se extingue. Em suma: o que é, enquanto fonte, Direito. Trata-se, agora, das Fontes *manifestandi* (meios de formação ou produção jurídica – como o direito se manifesta, se patenteia). Temos que reconhecer que em grande medida é este o sentido mais comum certamente de Fontes de Direito. É que, portanto, quando falamos em Lei, Costume, Jurisprudência, etc., não falamos senão de fontes em sentido técnico-jurídico. Resta a possibilidade de estas mesmas palavras poderem ter, além deste, outros sentidos. Mas isso seria já complicar demais, o que não é nosso intento aqui. Tudo se tornará ainda mais claro *infra*.

2 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO - ANÁLISE GLOBAL

2.1 FONTES IDEACIONAIS OU CONCEITUAIS V.S. FONTES INSTITUCIONAIS OU LEGAIS (ELENCO ABSTRATO OU HIPOTÉTICO DAS FONTES DE DIREITO)

Com base nos modos historicamente conhecidos de formação e revelação do direito, elaborou-se um catálogo de fontes de Direito (agora apenas no sentido técnico-jurídico), mas obviamente não unânime entre os autores. Somente em coisas muito óbvias, e mesmo assim nem em todas, podemos usufruir uma vera *communis opinio doctorum*.

Dentre essa lista de possíveis fontes, cada ordem jurídica concreta elegeu (nos nossos dias, por meio da lei - v.g. em uma Lei de Introdução, no Brasil, em um Título Preliminar do Código Civil, em Espanha, ou logo nos primeiros artigos do Código Civil, em Portugal) aquelas que lhe parecem dever ser acolhidas, e estabeleceu entre elas prioridades de atendibilidade, de aplicação, enfim, hierarquizou-as.

Vamos, pois, sucessivamente observar as fontes em abstrato, com a sua fortuna relativa em vários tempos e lugares, e as fontes em concreto, à luz dos textos legais.

2.2 FONTES IDEAIS OU CONCEITUAIS - ENUMERAÇÃO

Costumam os autores considerar como possíveis (ideacionais, conceituais, hipotéticas) fontes de Direito (mais uma, menos uma), as seguintes: os princípios gerais do direito, o costume, a jurisprudência, a doutrina, a lei, as normas corporativas, a equidade.

Obviamente, nem todos optam por todas; todos reconhecem haver algumas caducas ou não vigentes, todos concordam na existência de hierarquia concreta entre as que admitam, mas como admitem teórica e ou praticamente um elenco diverso, há divergências não descuráveis na doutrina sobre o assunto. Além disso, como se sabe, a legislação dos diversos países tem posições diferentes. Por exemplo, não é desde logo indiferente à técnica normativa utilizada. Uma coisa é explicitar concretamente em Código quais as fontes mediatas e imediatas, outra coisa é apenas referir como se faz para colmatar lacunas da lei. Neste último caso, pode ficar-se com a ideia de que a única fonte imediata é a lei e que as demais (ou, além delas, outros métodos, não propriamente fontes) apenas entram em ação no caso de lacuna. Na verdade, este corresponde a um direito subsidiário. A técnica vem já, em direitos de língua portuguesa, das Ordenações.

2.3 FONTES VOLUNTÁRIAS E NÃO VOLUNTÁRIAS

É ainda frequente distinguir-se entre fontes voluntárias e não voluntárias. As primeiras derivam da vontade de o serem: um propósito dos seus criadores em que sejam elas fontes. Já as segundas são não intencionais.

O caso mais patente de entre estas últimas seria o do costume. Apesar de, como veremos, o elemento constitutivo do costume não simplesmente factual, mas volitivo, o *ánimus*, ter algo de voluntário. Porém não certamente no grau necessário para que se esteja perante uma norma.

2.4 FONTES IMEDIATAS E MEDIATAS

É ainda uso estabelecer a diferença entre fontes imediatas ou mediatas, consoante delas o direito jorre diretamente ou só por via de canalização, mediatização. Assim, nas ordens jurídicas dominantes, parece que a doutrina (opiniões e trabalhos dos juristas) só indiretamente e por interpostas vias cria Direito normativo, objetivo e positivo.

Temos vindo a falar insensivelmente de todas essas fontes de Direito, e delas já temos, obviamente, uma pré-compreensão. Cabe agora precisá-la um pouco.

2.5 A LEI E O SEU IMPÉRIO¹²

Estamos hoje habituados a uma quase instintiva identificação de Lei com o Direito.¹³ Tal se deve, como sabemos, à expansão e à imposição do seu império, sobretudo a partir do Iluminismo e, mais ainda, do Positivismo, cujo racionalismo acreditava na reorganização social por essa via normativa, por decisão razoável dos homens razoáveis, os parlamentares burgueses, afinal. O sentido da função legislativa e do corpo legislativo nas sociedades contemporâneas (e não se trata de consequência direta da sociedade informacional, pois lhe é anterior), já mudou radicalmente.¹⁴ Hoje está cada vez mais afastada essa ideia redentora do legislativo que, infelizmente, acaba por ser, em vários países, o principal bode expiatório dos desaires e dos desmandos de todos os poderes. Há um preconceito antiparlamentar e antidemocrático, que curiosamente se está a aparentemente dar bem nos nossos dias com um “neoliberalismo” que se abstém por vezes até da sua componente clássica e pluralista, além de demofílica, para se concentrar em um economicismo extrênuo. Um liberal antigo (veteroliberal) como Thomas Hill Green, para citar só um exemplo, revolver-se-á certamente no túmulo.

Mesmo depois das críticas ao Positivismo (e tanto se fala hoje de Pós-Positivismo, o que não deixa de revelar que o paradigma de referência ainda é o Positivismo que se procura “superar”), o Estado continuou a não abdicar do quase monopólio da normatividade, em nome da segurança e da certeza jurídicas, etc., e, até mesmo, em nome da legitimidade democrática, evidentemente.

Esta é a situação ainda vigente, e cremos que dificilmente a situação mudará. A liberdade da informação tende a padronizar e a tipificar. O filósofo checo, radicado

no Brasil, Vilém Flusser chega a prever a efetivação do juízo eletrônico¹⁵ (ficcionalizado literalmente por Papini há anos já¹⁶). É um autor a ter muito em consideração nesse debate, embora algumas das suas profecias sejam de arrepiar, mas nem sempre o possamos acompanhar nas suas indubitavelmente brilhantes considerações.

2.6 FONTES NÃO LEGAIS: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, COSTUME

O Legalismo hoje impera, porém nem sempre foi assim, pois nem sempre houve a toda-poderosa prevalência da Lei, é algo que salta aos olhos. Muito antes e acima da Lei (decisão reguladora geral, abstrata, estatal, etc.); existiram e, de certo modo, existem outras fontes jurídicas.

Desde logo, os Princípios Fundamentais do Direito, entidades que alguns associam a um Direito Natural que, antes de tudo o mais, se devem ter feito sentir como exigências (progressivas, em contínua descoberta) de Justiça. E, como observância diuturna e convicção da juridicidade de comportamentos retos, o costume começou por se impor como a primordial fonte de Direito. Ainda hoje é com base nos seus princípios jurídicos fundamentais, positivados em costumes de índole jurídica, que muitos povos pré-industrializados, dotados de sociedades mais ou menos arcaicas, regem-se no plano do Direito.

Ainda há não muito, houve um choque (choque cultural, desde logo, mas também antinomia jurídica, entre ordens jurídicas coincidentes no mesmo território), no Brasil, entre uma pena aplicada por uma formação social tradicional e o “direito do asfalto,”¹⁷ do Estado. Alguém já sancionado no seu ambiente tradicional de origem não poderia de novo ser sentenciado por um tribunal oficial, da entidade “moderna” Brasil [...] Isso, de algum modo (*mutatis mutandis*), feriria o princípio da não duplicação ou multiplicação dos julgamentos, depois de esgotados os recursos (o *non bis in idem*).

Outro aspeto interessante a considerar é que o costume é considerado por alguns autores (como José Adelino Maltez)¹⁸ como o verdadeiro, radical e primeiro fundamento da obrigatoriedade de todas as outras fontes e nomeadamente da lei. É porque há o costume de obedecer à lei que a ela se obedece e se interiorizou a necessidade jurídica dessa obediência. Poderia, em um mundo alternativo (em uma utopia, por exemplo), pensar-se que as leis seriam apenas padrões de conduta facultativos, sempre, e não, como ocorre em geral, imperativos (até na sua eventual supletividade, alternativa de condutas ou afins).

2.7 FONTES NÃO LEGAIS: JURISPRUDÊNCIA

Com a necessidade de conferir a um terceiro independente (e, em última análise, ao Estado ou à entidade que as suas vezes fizesse: Federação, Império, etc.) a resolução dos litígios, passo importantíssimo para evitar a *guerra de todos contra todos*, a permanente e imparável vingança, com a instituição da função judicial (ou judiciária), começou a constituir-se um acervo de resoluções de casos concretos (sentenças), muitas delas versando acerca de situações análogas.

Chamado a resolver uma lide semelhante a uma já decidida por si (ou por um seu colega), o juiz tem tendência natural a não se afastar do já resolvido (atentas, é claro, as particularidades do problema *sub judice*). Assim seguindo os juízes uns aos outros, surgem correntes jurisprudenciais. Também a existência de recurso para tribunais superiores pesa, pelo prestígio (e *auctoritas*) destes, sobre os magistrados, que tendem a repetir as decisões dos seus confrades mais experimentados e mais elevadamente posicionados na carreira. E pode haver casos em que tais decisões são mais ou menos vinculativas.

Assim, insensível e mediatamente, a jurisprudência se vai tornando fonte de Direito. Mas onde ela assume maior relevo é naquelas ordens jurídicas (como as dos países anglo-saxônicos) em que o precedente faz regra. Onde não é apenas uma reverencial aceitação ou um costume jurisprudencial julgar certos casos como foi sendo hábito fazer, mas antes se impõe ao juiz o dever de respeitar a “tradição”, prosseguindo na mesma linha (*rule of precedent*).

O Direito anglo-saxônico, da *Common Law*, contudo, está a aproximar-se do continental europeu, e este, por via da jurisprudência da União Europeia também, por sua vez, se vai judicializando.

No Brasil, a importância da Jurisprudência é enorme, em termos sociais. Sabem-se os nomes dos onze ministros da Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal (STF), talvez mais que dos jogadores da delegação de futebol (diz-se, com alguma graça, sem dúvida, na *vox populi*). Para isso, terá também contribuído a original e inédita decisão de transmitir televisivamente os julgados, mais um efeito de publicização da sociedade informacional. Seria, na verdade, muito interessante e esclarecedor fazer estudos de *knowledge and opinion about law* (KOL)¹⁹ sobre a enorme presença de vários órgãos jurisdicionais na televisão no Brasil.

2.8 FONTES NÃO LEGAIS: DOUTRINA

Em torno de todos estes problemas e facetas da vida do Direito, logo que este foi alcançando um relevo e autonomia suficientes (especialmente na Roma Antiga),²⁰ surgiram os cientistas, técnicos e sábios do Direito, os jurisconsultos, não simples causídicos, mas autênticos conhecedores profundos, que, em consultas pontuais (hoje, sobretudo pareceres e consultas escritas; mas também já em entrevistas dos vários *media*, os mais diversos – se a sua mensagem não for truncada ou adulterada: mas aí a culpa não é do meio, será “erro humano”) e em obras de fundo, tratados, ou artigos monográficos, passando por manuais e lições universitárias, foram impondo visões, construções, dogmáticas, teorias jurídicas, quer sobre o direito vigente (*de jure constituto*), quer sobre o que este devesse passar a ser (*de jure constituendo*).

Tais estudos constituem a doutrina, fonte mediata, salvo em épocas de seu especial florescimento e reconhecimento público (e estatal). De fato, a opinião dos doutores (e, sobretudo, a comum: a *communis opinio doctorum*) já valeu diretamente como Direito: foi o tempo do *jus (publice) respondendi* (do Imperador

Augusto ao Imperador Adriano, com valor de *facto*; a partir de Adriano, torna-se fonte imediata de Direito, de caráter geral: portanto, fonte imediata *de iure*).

Importa, contudo, precisar, desde já, alguns dados semânticos. A doutrina (opinião dos juristas, ou jurisperitos) começou por ser designada, por essa mesma razão, precisamente “*Jurisprudencia*” (Jurisprudência). Como a doutrina se exercia, em Roma, sobretudo na prática do foro e na função de julgar (a qual era sancionada pelo poder, constituindo uma parcela de soberania), a expressão “jurisprudência” passou a designar as decisões dos tribunais. Finalmente, dado o papel fundamental destes na decisão do que é o Direito, também se designa a própria ciência do Direito ou Jurística (ou Direito *tout court*, o seu sentido epistemológico) por “Jurisprudência” (com maiúscula). Na Itália, as faculdades de Direito chamam-se ainda de “Giurisprudenza”. Hoje, a primitiva Jurisprudência não forense (não designando sentenças, mas pareceres, obras teóricas, etc.) já não tem esse nome. É Doutrina. A Jurisprudência, em uma dada visão (que já teve acolhimento legal em Portugal até, no Código Civil, ao tratar dos Assentos), seria mesmo (e só quando fosse doutrina seria jurisprudência?) “doutrina”, embora com força obrigatória (entre partes e seus efeitos colaterais), ou “geral” (no caso dos ditos Assentos). Entretanto, não entremos em especiosismos.

2.9 AS NORMAS CORPORATIVAS

A questão, nos seus recortes tradicionais, não parece ser de enorme atualidade e muito menos universal. Ela resultará da consagração legal autônoma de um tipo de normativos, que são, *lato sensu*, leis, embora lhes possa faltar o caráter de estadualidade. Porém, o mundo informacional tende para a criação de entidades mais ou menos autônomas, efêmeras algumas, que possuem, pela própria natureza das coisas, uma vocação e uma ação normativa. Certamente teremos de considerar, pelo menos em uma fase de transição, certos aglomerados de associação humana (“comissões especiais” em uma designação clássica, certamente) como verdadeiras pessoas morais que funcionam como “legisladores” *hoc sensu*, produtores de normas corporativas [...].

O problema das normas corporativas, como veremos, ganharia, antes de tudo, com a desdramatização do nome. A nosso ver, trata-se do Direito em geral não fundamentalmente estatal, mas produzido voluntariamente (fonte intencional) por meio de instrumentos normativos gerais - desde os estatutos de um sindicato aos de uma sociedade comercial, passando por um contrato coletivo de trabalho. Mas não deixando de ter de se considerarem as normas de uma comunidade de internautas em um ou em outro aspecto da vida e seus interesses comungando, algures em um nicho qualquer do universo virtual.

Sempre existiu este tipo de normas de grupos sociais organizados, desde que na sociedade se foram constituindo pessoas coletivas, grupos de interesses associativos do mais diverso cariz. Também se podendo designar por pessoas morais.

Hoje, porém, há o discutível hábito de “aportuguesar” como “corporação” a palavra inglesa “Corporation.” Ora, não é, de modo nenhum, dessas “corporações” que se trata quando, em sede de fontes, fala-se ainda em “corporações.” Mas se fala hoje cada vez menos.

Porém, não há dúvida também de que as verdadeiras e próprias “Corporations”, empresas e redes de empresas, e afins são grandes produtores de normatividade e parceiras em novas geometrias e geografias normativas relacionais. A questão é de saber se têm autonomia para essas fórmulas contratuais para além da liberdade contratual clássica e com as suas limitações de bons costumes, ordem pública, e as gerais que proscrevem o abuso do direito, obrigam à boa-fé, etc., e se têm poder legítimo para a normatividade *praeter legem* e eventualmente *contra legem* que editem. Por exemplo: uma empresa nacional x ou y do país x ou y, que tem a língua oficial n, e só essa língua oficial poderá impor, na comunicação interna da empresa, oralmente e ou por escrito, uma língua diferente da língua oficial do país em que está sediada, e aos seus funcionários da mesma nacionalidade? Esse exemplo comporta variantes específicas, e todas elas colocarão problemas. Estamos em crer que por motivos de *marketing*, *show off*, preconceito linguístico ou nacional ou outros, mais atendíveis, certamente, nenhuma empresa pode mudar a língua oficial do país num reduto utópico ou enclave corporativo. Coisa diferente e a ponderar é uma multinacional, com pessoal de muitos países, operando em muitos que determina uma língua oficial muito conhecida (no caso, seria certamente o inglês, no momento) para comunicações gerais, salvo se outra língua não for do melhor conhecimento de todos os intervenientes numa dada conversa, oral ou escrita. Porque é óbvio que entre dois nacionais do mesmo país ou um brasileiro e um português uma empresa de qualquer país não poderá razoavelmente impor uma terceira língua.

2.10 A EQUIDADE

A equidade se refere a uma particular forma de adaptação do geral ao concreto, de suavização e adequação das normas, de atenuação do brocardo da decadência romana *dura lex, sed lex*. Numa perspectiva positivista, é, sem dúvida, um amortecedor da dureza da lei. Já, contudo, para quem entenda o Direito como subordinado a princípios fundamentais e à Justiça pode parecer tautológico.²¹ Toda a Justiça é, por natureza, équa. Só um direito estritamente legal necessita dessa válvula de segurança, como entidade autônoma.

Porém, como se vai tornando complicado e certamente não muito usual resolver casos concretos com invocação direta à Justiça, parece que será, na prática, certamente melhor prescindir do rigor conceitual neste ponto e admitir a utilização autônoma da equidade. Os resultados práticos poderão ser, certamente, mais positivos.

2.11 O NEGÓCIO JURÍDICO

No elenco abstrato das fontes de Direito, poder-se-ia ainda pensar na hipótese de considerar o negócio jurídico. E há quem o sugira. De fato, é ele um fato normal de que derivam direitos e obrigações. Uma doutrina francesa tradicional lembra (com alguma razão) que o contrato (o mais “célebre” negócio jurídico, nisso não há qualquer dúvida) *é lei entre as partes*.

Simplesmente, à exceção do caso (já contemplado noutra(s) fonte(s)) dos contratos coletivos, por norma, os direitos que dele resultam são direitos subjetivos de indivíduos mais ou menos singulares *hoc sensu* (ainda que possam ser pessoas coletivas, claro), isto é, não criam normas com generalidade e abstração, mas imposições (ou faculdades, prerrogativas...) concretas, para pessoas determinadas e em dada situação. Parece, pois, estar-se a confundir duas situações distintas. Uma fonte de Direito, lembrêmo-lo, é um modo de formação ou manifestação de Direito em sentido normativo, não meramente subjetivo, não meramente pessoal ou circunscrito a um grupo, um contrato, um negócio jurídico, etc... Esses direitos e obrigações concretamente nascentes, modificados, extintos, etc., por essas vias, acabam por ter como fonte outra norma mais a montante. Ainda que seja somente Lei geral que os permite [...] Mesmo que apenas com o princípio (legal) da liberdade contratual como regra.

2.12 AS FONTES E OS “REGATOS”

Em síntese, admitimos como fontes de Direito todas as referidas, menos a equidade e o negócio jurídico. E mesmo a equidade se acaba por admitir como exceção prática. Há legislações que tomam posição diversas ou deixam margem para que tal se pense. Cumpre agora rapidamente fixar os termos de cada fonte referida.

3 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO - ANÁLISE ESPECIAL

3.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO

Os Princípios Fundamentais do Direito são ditames gerais e estruturadores da própria Ordem Jurídica, que alguns consideram ter profundo componente jusnaturalístico (de Direito Natural), informadores das concretas regras positivas, e por vezes aflorados em normas fundamentais de bases, leis constitucionais, Constituição, etc., ou em cláusulas gerais e conceitos indeterminados dois conceitos a repensar também, no âmbito das fórmulas e técnicas normativas, que, em língua portuguesa, bem desenvolvidos foram por Baptista Machado.²²

Antes de mais, importará convocar a doutrina internacionalista para esclarecer que não é indiferente aludir-se a Princípios Gerais do Direito e a Princípios Gerais de Direito. Remetem para questões diversas.

Os segundos são princípios de direito interno. Assim os enuncia, por exemplo, Ferreira de Almeida:

Assim, são princípios gerais de direito, *v.g.*: o princípio do enriquecimento sem causa, o princípio da boa - fé; o princípio da responsabilidade baseada na culpa; o princípio da reparação integral do prejuízo; o princípio segundo o qual a lei especial prevalece sobre a lei geral; o princípio do ônus da prova; o princípio da igualdade das partes; o princípio dos direitos adquiridos; o princípio de *estoppel* (ninguém se pode prevalecer das suas próprias faltas ou, num processo, adoptar uma atitude contrária a algo previamente, por si, admitido, com prejuízo para a contraparte – *venire contra factum proprium non valet*); princípio do efeito útil; o princípio do caso julgado; princípio da segurança jurídica; etc.²³

Mas esta enunciação é meramente exemplificativa.

Já os princípios de índole internacional são os primeiros que também assim podem ser apresentados, embora apenas de maneira exemplificativa ou ilustrativamente:

[...] os princípios de não intervenção, da não ingerência em assuntos particulares dos Estados, da obrigação da cooperação dos Estados entre si, primazia dos tratados sobre as leis internas, prévio esgotamento dos recursos internos, proibição do uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, solução pacífica às controvérsias, igualdade soberana entre Estados, o direito de passagem inocente para navios mercantes em tempo de paz, a liberdade dos mares, a autodeterminação dos povos, a boa-fé, o respeito universal e efetivo dos direitos humanos, as normas de *jus cogens*, entre outros [...].²⁴

Afirma, ainda, sintetizando a dicotomia, Valerio Mazzuoli:

[...] os princípios gerais de direito provêm de baixo (da ordem estatal) e ascendem à ordem superior (internacional) quando da sua aplicação pela CIJ num caso concreto, ao passo que os segundos – os princípios gerais do direito – já nascem da ordem de cima (da ordem internacional) e são diretamente aplicados por ela.²⁵

Atentemos que, quando falamos de princípios que ascendem ou descendem, num vaivém entre ordem interna e internacional, talvez nos seja ainda lícito pensar em depurações de regras ou em concretizações de grandes padrões. Embora, certamente, a concretização nacional de princípios internacionais possa talvez, mais facilmente, ser assimilada à concretização e à elevação do nacional ao internacional aproximada de uma generalização. Esta é menos carregada de eticidade que a segunda, pode ser uma mera operação mental de generalização.

Há, realmente, duas formas de encarar os princípios e, certamente, se os considerarmos a todos, ficará claro que uns decorrerão mais de uma e outros

mais de outra gênese. Mas, em sede geral e mais teórica, uns consideram que a lei deriva do princípio, como concretização. Em contrapartida, outros acreditam que o princípio deriva da lei como generalização.

O problema não são casos concretos em que se pode seguir geneticamente ou historicamente a real derivação. O problema é o espírito com que se encaram os princípios. Num caso, o de uma derivação das leis a partir dos princípios, estes são realmente decorrências de grandes valores (na verdade, uma espécie de valores de segundo grau, ou mais concretos: por exemplo, o princípio do pluralismo político é, realmente, uma decorrência do valor jurídico-político da liberdade). No outro caso, da construção de princípios por generalização, precisa haver leis no terreno, *de iure constituto*, ou pelo menos tê-las havido, para, abstraíndo, idealizar o princípio que as englobe. Ora, uma das funções mais importantes dos princípios é poderem agir antes de haver lei e para que haja. Nesse sentido, somos partidários da teoria de que o princípio vem antes da norma. Antes deste, com uma vibração ética maior, está o valor.

Desenvolvamos um pouco mais a questão.

Há países em que existe (Brasil - art. 4º da Lei de Introdução e no Código Civil de Espanha, por exemplo) referência expressa aos princípios fundamentais ou gerais do Direito, e outros em que não há tal referência (Portugal atualmente, por exemplo). Mas nem por isso os princípios, nos países em que não haja referência explícita no Código Civil ou afim diploma, deixam de ser, realmente e *de jure*, fontes de Direito.

O fato de um Código Civil silenciar a expressão parece-nos mais prudência (a qual não é, de resto, caso único), modo de evitar uma polémica, algo nominalista entre jusnaturalismo e positivismo, do que uma rejeição do que, em boa vontade, não poderia rejeitar.

Acolhidos expressamente ou não, o certo é que os princípios fundamentais e gerais, se não porejam em cada linha da Lei, pelo menos se apresentam como essência na sua globalidade. É curioso notar-se como, calando o todo, o Código português, por exemplo, vem a aceitar expressamente uma boa parte de tais princípios: de fato, ao referir-se ao valor da equidade, outra coisa não está fazendo que realçar a importância desses princípios, o princípio dos princípios, a justiça, a qual não é sem equidade.

Em contrapartida, é evidente que aqueles princípios se encontram acolhidos positivamente (e em não despidianda medida) pelos vários diplomas legais específicos (os princípios constitucionais na Constituição, os Processuais nos códigos respectivos, os princípios penais no Código Penal, etc.). O próprio Código Civil inclui bastantes, não apenas de índole privatística ou civilística específica, como também de vocação global.

Veja-se, por exemplo, o caso da integração das lacunas. No Brasil, o art. 4º da Lei de Introdução diz claramente que “Quando a lei for omissa,

o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” A lei portuguesa remete para um procedimento mais complexo, mas os princípios acabam por estar lá. Quando, para os casos omissos, se possibilita ao intérprete resolver o caso *sub judice* segundo a norma que ele criaria “se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema” (art. 10, n.º 3 do Código Civil português) não se remete àquele para uma simples operação lógica, antes haverá de ter ele em conta, precisamente como *espírito do sistema*, os princípios fundamentais de que a Ordem Jurídica se encontra impregnada. Além disso e, no mesmo código, atente-se à profusão de princípios fundamentais que afloram sob a forma de cláusulas gerais e conceitos indeterminados — casos como “bons costumes”, “ordem pública”, “dever de justiça”, “boa-fé”, “causa justificativa”, “justa causa”, “interesse público” encontram-se nesta sede.

O problema mais complicado não é, pois, o de reconhecer os princípios fundamentais de Direito como fonte (tacitamente aceita), positiva e até imediata de Direito. A questão põe-se noutros termos: serão válidos tais princípios contra lei expressa, *i.e.*, qual o seu lugar em termos de hierarquia das fontes de Direito? Como é evidente, o problema terá solução diversa consoante a opção jusnaturalista ou juspositivista de quem se lhe proponha responder.

Note-se que, no Brasil, a referência está sediada em contexto de lacunas. Assim, também, no Brasil, se colocaria o problema, aliás tão atual, em tempos de neoconstitucionalismo e ativismo judicial: será possível afastar lei expressa em nome de um princípio (ainda que podendo ele ser até muito geral, como o da proporcionalidade ou o megaprincípio da dignidade da pessoa humana)? Dizer que se pode preterir lei por princípio afirma o lugar hierárquico dos princípios como superior, sim, mas criará, em muitos casos, certamente insegurança jurídica, que é um valor (superior a um princípio). Dizer que a lei sempre passa à frente de um princípio quando o pretende concretizar a ele ou a outro, opondo-se-lhe, deixa os princípios relegados para o plano do art. 4º da Lei de Introdução brasileira, que é o das lacunas. Não é fácil optar, e talvez alguns sejam tentados a dizer que tal só poderá fazer-se perante o caso concreto. Contudo, perante o caso concreto há um enorme risco de subjetividade na aplicação ou não desta questão de antinomia normativa.

3. 2 OS VALORES

Embora não seja habitual considerar os valores em sede de fontes de Direito, parece um pouco estranha essa ausência, porquanto, noutros contextos, eles são considerados (naturalmente) como de valor superior aos próprios princípios e, portanto, mais importantes ainda, *a fortiori*, que as leis.

Os valores jurídicos são múltiplos. Houve tempo em que classicamente se fazia uma dicotomia entre o Valor da Justiça ou simplesmente o Valor Justiça, e a segurança ou o valor da segurança. São, na verdade, valores que estão num

nível muito diferente, e também sempre se poderá dizer que a Justiça, para o ser, já implica pelo menos alguma segurança jurídica. É necessária alguma certeza ou pelo menos alguma previsibilidade. É preciso, para usar uma linguagem simples, “saber em que lei se vive”. E isso implica, muito, saber um pouco antecipar o que será a decisão dos juízes com base na mesma lei.

De qualquer forma, a partir do momento em que a Constituição Espanhola de 1978, inspirada mais diretamente decerto na Constituição Portuguesa de 1976, e mais remotamente em todo o constitucionalismo moderno, e desde logo no lema revolucionário *Liberté, Égalité, Fraternité*, resolveu colocar em ordem e constitucionalizar formalmente os valores jurídico-políticos superiores, a questão dos valores jurídicos parece especializar-se nesse aspecto.

A Constituição Espanhola positivou, no seu início, os ditos valores. Considerou a Liberdade e a Igualdade, mas preferiu a Justiça à Fraternidade como terceiro elemento. No lema do Rio Grande do Sul, o eleito para esse lugar foi a Humanidade. A Constituição portuguesa tinha falado em *páís mais livre, mais justo e mais fraterno* – fazendo, assim, a Justiça as vezes da Igualdade. É certo que numa fase não inicial dos trabalhos, e certamente com apreensões quanto a um possível revanchismo ditatorial, a constituinte espanhola acabaria por elevar a valor o simples princípio do pluralismo político.

A Constituição brasileira de 1988, certamente tendo visto e analisado o legado das anteriores, acabaria por ter, no seu Preâmbulo, uma muito criativa e ponderada fórmula:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Parece, portanto, que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça serão os valores supremos acolhidos pela Constituição Federal brasileira.

Assim, depois dessa análise crítica doutrinal ao legado dessas constituições da segunda metade do séc. XX, chega-se à conclusão de que a matriz essencial e o pano de fundo de todas serão ainda o *motu* francês, contudo adaptados e desenvolvidos.²⁶

3. 3 A LEI

A Lei, mesmo falando apenas no seu sentido jurídico (excluindo a lei eterna, divina e as leis científicas, etc.), pode comportar vários sentidos. Assim,

pode ser sinônimo de Direito (em sentido normativo, especialmente); identificar-se com a autoridade do Estado ou com o Ordenamento Jurídico (assim retornando à primeira acepção); referir-se a certas normas, enquanto fonte de Direito. Obviamente que é este último o sentido que nos importa.

Entretanto, mesmo nesta acepção, pode-se entender lei em sentido mais ou menos amplo. Assim, *lato sensu*, lei opor-se-á, como fonte intencional, especialmente ao costume (fonte não voluntária), abrangendo um conjunto vasto de atos legislativos, e ainda regulamentos administrativos, convenções coletivas de trabalho, etc. Em um sentido menos *lato*, abarca apenas “todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes”, deixando de fora os atos normativos gerais, abrangentes, de cariz privatístico, não estadual.

Finalmente, em uma última e ainda mais especializada acepção, só será lei a lei em sentido formal, material e orgânico: uma disposição genérica, abstrata, inovadora, justa, suficientemente digna para tal, imperativa, coerciva e provida do órgão por excelência legislativo, o Congresso (ou Parlamento). É a visão racionalista-liberal de lei.

Dentro dessas várias acepções, parece dever considerar-se lei, para efeitos de interpretação quanto às fontes de Direito, o segundo sentido.

3. 4 O LEGALISMO

Aparentemente, teríamos na generalidade dos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica, pelo menos, uma estrita posição estadualista, voluntarista e positivista, isto é, fontes sobretudo de proveniência estatal, queridas, desejadas como tal (intencionais e só se admitindo como Direito o claramente positivado no texto da lei). Embora seja fantasiosa a posição contrária (de que a Lei de Introdução brasileira, ou os Códigos Cíveis de vários países, já em si leis, se subordinariam por completo à lei natural e não escrita, ao costume, etc.), haverá de moderar uma tal ideia de estrito positivismo legalista. De fato, há aberturas da lei positiva a outros valores e a outras influências, embora haja de reconhecer-se uma tendência predominante algo avessa ao pluralismo das fontes e privilegiadora da lei.

3. 5 COSTUME

Trata-se não dos meros usos, da prática habitual de dados atos, mas, especificamente, de diuturnos comportamentos, observados com a convicção de que quem os pratica está vinculado à sua obrigatoriedade jurídica (não simples uso, hábito, ou mera cortesia, ou simples inércia social). É, pois, uma fonte não intencional.

Há quem obrigue o costume a ser racional (entre nós, a Lei da Boa Razão, no séc. XVIII, que vigorou em Portugal, mas também em território brasileiro, naturalmente) ou espontâneo para poder ser atendível. Se o primeiro requisito

é de algum modo evidente (e também deve estender-se *v.g.* à lei) e, logo, certamente desnecessário de autonomizar, o segundo está abrangido pela própria definição de costume – um costume imposto não será costume.

Segundo a sua relação com a lei, podem os costumes concordar com ela (*secundum legem*), contrariá-la (*contra legem*) ou extravasar o âmbito daquela (*praeter legem*).

Tudo indica que costumes *contra legem* não podem valer como fontes legítimas [...] Mas aí pode colocar-se todo um leque de problemas. Nomeadamente os que decorrem da consideração de enclaves ou bolsas de direitos tradicionais, de povos autóctones, de sociedades arcaicas, etc., dentro da ordem jurídica moderna e até pós-moderna. Se a própria sociedade técnica de massas ameaçava a simples individualidade e personalidade livre do cidadão, padronizando-o (os simples contratos de adesão foram um dos primeiros sinais dessa desconsideração da singularidade do indivíduo e uma entorse de monta à liberdade de estipulação contratual), o curioso e o paradoxal (e não se sabe até quando durará a tendência) é que, nessa mesma sociedade e na sociedade informacional, de algum modo, pode-se dizer que há algumas aberturas para algum pluralismo jurídico. Assim, se, por um lado, os cidadãos do direito do asfalto citadino são crescentemente funcionalizados e burocratizados, em alguns casos (interessante saber é até que ponto não se trata de casos inexpressivos, folclorizados, e mediatizados como curiosidades), há, da parte do Direito oficial, estatal, formal, legalista e dos seus múltiplos órgãos e agentes, alguma abertura ou simpatia para com direitos-outros, que vão desde os da Mãe-Terra (veja-se a respetiva Declaração)²⁷ e da natureza até a fórmulas de organização e jurisdição autônomas, de povos que mantiveram as suas tradições.

3. 6 JURISPRUDÊNCIA

Quando se fala em jurisprudência, como se sabe, trata-se das decisões verdadeiramente pertinentes aos processos nos tribunais, as sentenças. Há muitas decisões administrativas e algumas normas corporativas nos tribunais, certamente, mas elas não são uma jurisprudência propriamente dita. Contudo, a jurisprudência só é fonte imediata de Direito enquanto as suas sentenças tenham força obrigatória geral (caso dos países da *Common Law*, família de direito anglo-saxônica).

Será interessante ponderar até que ponto as súmulas vinculantes e outros institutos afins, noutros países, poderão ter essa função e enquadramento. O caso português dos Assentos foi já muito polêmico e culminou com a inconstitucionalidade de, pelo menos, parte do instituto.²⁸

3. 7 NORMAS CORPORATIVAS

As normas corporativas, normas das pessoas morais, são fontes intencionais e imediatas do Direito de origem, em geral, não estatal (porque pode

haver pessoas coletivas estatais não reguladas, nem emitindo normas por lei formal), representando a autonomia nomogenética das entidades privadas (ou pelo menos com alguma autonomia), embora possa englobar também pessoas coletivas públicas.

De todo o modo, o problema é muito complexo, prendendo-se com a classificação (hoje uma selva conceitual e inextricável na prática, a não ser caso a caso) dos entes coletivos. Entretanto, o que não estiver no âmbito das normas editadas pelos organismos corporativos (*lato sensu*, que não se esgota no sentido de *Corporativismo*), no plano privado, caberá decerto no conceito *lato de lei*, no qual cabem os atos normativos de entes públicos menores.

O único problema será o da hierarquia das fontes, sabendo-se, como se sabe, que as normas corporativas devem não contrariar as leis. Em suma, certo é que as normas corporativas continuam como fonte de Direito em Portugal, mesmo depois da abolição de um regime autoritário que se dizia “corporativo”, mas era um simples corporativismo anacronicamente folclórico e de Estado. O fato de, em Portugal, os chamados “organismos corporativos” (*hoc sensu*) terem sido extintos pelo Decreto-lei nº 443/74 de 12 de setembro não parece relevante.

Recorde-se de que tal manutenção era já a intenção de Manuel de Andrade no seu Anteprojeto, que previa a subsistência do normativo em causa, mesmo para “possíveis contingências futuras”²⁹, englobando as convenções coletivas de trabalho, os estatutos e regulamentos das pessoas coletivas, etc. Até que ponto o problema se põe noutros países é questão que não parece ter incentivado muito visivelmente o labor dos comparatistas e historiadores do Direito [...] Contudo, não deixa de ser uma questão, pelo menos, interessante.

Finalmente, a equidade, adequação do Direito ao caso e suavização da sua dureza, bem como o negócio jurídico, fato voluntário por excelência que dá lugar aos direitos subjetivos e à relação jurídica, não nos parecem ser, como vimos, fontes de Direito, em rigor. Porém, por motivos práticos, pensamos que se pode fazer recurso autônomo à equidade, como uma forma mais facilmente admissível de invocar um aspecto essencial da Justiça.

4 HIERARQUIA DAS FONTES DE DIREITO

4.1 O PROBLEMA DO VÉRTICE DA PIRÂMIDE NORMATIVA: CONSTITUIÇÃO POSITIVA OU NATURAL (MATERIAL, ORDEM DE VALORES, ETC.)?

Como temos observado, a hierarquia das Fontes, considerada de um ponto de vista doutrinal, varia consoante o posicionamento filosófico-jurídico dos jurisconsultos.

Se um positivista colocará no topo da pirâmide normativa, como norma fundamental, a Lei (provavelmente a Constituição, lei das leis - embora muitos

legalistas não gostem muito das novas Constituições “cidadãs”, pelo mundo afora, já que são, em grande medida, aberturas positivas para dimensões trans-positivas, pluralistas [...]), um jusnaturalista ou pluralista pode dar o primado aos valores, aos princípios fundamentais do Direito ou um pouco mais dificilmente ao costume. Um não positivista legalista, mesmo que se decida pelo primado da Constituição (e esta tem vários sentidos, desde logo o material, que remete para alma, para espírito), poderá ver, acima da Constituição escrita, normas supraconstitucionais, no fundo uma Ordem de Valores (*Wertordnung*), ou seja, uma estruturada articulação de princípios fundamentais hierarquizados ou, então, dos valores.

Entretanto, uma ordem de valores constitucionais não é necessariamente uma tabela pré-definida, em que os valores estejam absolutamente hierarquizados. Pode haver uma valoração ponderada em cada caso, entre uma lista de valores. Daí se pode falar, com propriedade, de normas constitucionais inconstitucionais,³⁰ isto é, normas da Constituição escrita atentatórias dos princípios ou valores (jusnaturais, ou, de todo o modo, suprapositivos ou meramente positivados – na própria Constituição ou normas internacionais, ou na Doutrina) da Constituição suprapositiva, que pode ser considerada a Constituição *material*.

4. 2 ABERTURA (AO MENOS TÁCITA) DO DIREITO MONISTA AO DIREITO PLURALISTA

O Direito positivo hodierno (monista), em geral, não tendo querido entrar expressamente nessas polêmicas, via de regra, não tomou partido; embora, positivo que é, tivesse de acautelar o próprio valor de *jus positum*. Se não pôde deixar de dar prevalência à lei e ao estatalismo, não o fez, contudo, de forma rígida e unilateral, permitindo outras aberturas (normas corporativas, assentos, usos, equidade). Em última análise, não se pode sequer dizer que proíba o uso de vários instrumentos conceituais de Direito Natural (visão pluralista).

Pelo contrário, vimos como até o “espírito do sistema” constituído pela Ordem Jurídica vigente claramente aponta para a validade e aplicação dos princípios fundamentais. Estamos em crer que também a Constituição, como texto, se encontra sob julgamento daqueles princípios, até porque ela é fruto do poder constituinte originário, que reside e deriva do Povo, o qual refletirá, nesse específico domínio, a consciência jurídica geral, impregnada do princípio de Justiça, foco irradiador do Direito Natural, ou dos valores político-jurídicos superiores, constitucionais ou republicanos que são hoje, como sabemos e em síntese, Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

De todo o modo, podendo eventualmente (em casos contados) fazer-se apelo a essas hierarquizações, os mais correntes problemas de hierarquia das fontes encontram-se resolvidos pela lei.

4. 3 IMPORTÂNCIA DA HIERARQUIZAÇÃO NORMATIVA

Importa analisar, mais detidamente, a hierarquia das normas englobadas na entidade *lei (hoc sensu)* por duas ordens de razões.

A primeira diz respeito ao juízo sobre a validade de um diploma legal. Assim, a desconformidade de uma norma ou conjunto de normas relativamente à(s) hierarquicamente superior (es) acarreta invalidade normativa: um regulamento contrário à lei é ilegal; uma lei que esteja desconforme (na sua forma, ou procedimento legislativo, no órgão que a produz ou no conteúdo do que dispõe) à Constituição é inconstitucional (respectivamente, ferida de inconstitucionalidade formal, orgânica ou material). Já meras declarações ou atos administrativos que firmam a letra ou o espírito da Constituição se dirão, pelo menos em alguns países, mais propriamente anticonstitucionais que inconstitucionais, expressão que alguns reservam para uma desconformidade entre atos normativos, e apenas esses.

A segunda ordem de razões, conexas com a primeira, respeita à suscetibilidade de revogação entre normas. É lógico que um diploma de grau superior possa revogar um de grau inferior (uma lei pode obviamente revogar um regulamento) e que diplomas de grau análogo se possam revogar mutuamente, enquanto as normas inferiores são insusceptíveis de revogar as superiores (um regulamento não pode revogar nem leis, nem decretos-leis, nem a Constituição). Resta, contudo, a possibilidade de uma lei especial apresentar solução diferente da geral, pela sua especialidade, naturalmente. Contudo, o jogo interpretativo entre o geral / particular e o geral / especial pode ser bem complexo e prestar-se a algumas manipulações.

4. 4 DIREITO CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO

Acima de todas as normas, está a Constituição (e as leis constitucionais) sendo apenas, para alguns, problemático o lugar de certas convenções internacionais na ordem interna: constitucional ou equiparado, ou supraconstitucional, ou infraconstitucional mas supralegal (ou isso só para tratados de Direitos Humanos)? O problema é complexo e sobretudo muito delicado, porque mexe com convicções e sentimentos transjurídicos. Não haverá dúvida, em algumas ordens jurídicas, da primazia de normas internacionais regularmente aceitas pelos Estados em face da lei ordinária. No Brasil, em geral, a perspectiva é ainda bastante soberanista, razão pela qual a dimensão normativa internacional terá de passar muito pelos filtros da estadualidade.

Noutros horizontes, alguns pensam mesmo que algumas normas de Direito Internacional podem prevalecer sobre Direito Interno.

Embora não seja já propriamente Direito Internacional, vigora, na União Europeia, o princípio do primado do Direito Europeu sobre o de cada país. Certamente pelo repetido ensino desse princípio nas Faculdades, não causa, em

Portugal, enorme estranheza a possibilidade de o juiz nacional aplicar direito supranacional, ou estrangeiro até, como sempre aplicou, aliás, desde que se remeteu, nas Ordenações, para o Direito Romano ou para o Direito Canônico.

No futuro, certamente, cada vez será mais corrente o diálogo não só doutrinal como entre tribunais e fontes legais até [...] Muito já se pratica, mas nem se está vendo [...].

5 CONCLUSÃO

A partir do momento em que a Babel da imensidão normativa e de outros produtos jurídicos conseguiu começar a ser posta em melhor ordem pela informatização, a esperança de o jurista comum conseguir traçar um caminho pelos caminhos de floresta (mesmo *selva oscura*) do prolífico Direito começou a despontar. Porém, essa possibilidade não deveria, de modo algum, afastar o ideal do *inutilia truncat*. Munido de uma nova navalha monumental de Ockham, o novo jurista, e em especial o legislador do futuro já presente, deveria cortar a imensidão de normas inúteis e criar normas consolidadas, codificadas em novos códigos com ductilidade para a mutabilidade fugacíssima da realidade de hoje e de amanhã. Não nos podemos contentar com a facilidade de armazenamento e a relativa facilidade de busca. É necessária uma concentração das fontes, em um sentido de fraternidade, de ductilidade, de conciliação, de um Direito sutil.

Por outro lado, importa fazer um grande balanço do papel das diferentes fontes na sociedade da informação, que é enfrentar diretamente, sem subterfúgios, quer as questões do topo da hierarquia, quer as fontes aparentemente mais antigas e residuais, ou seja, vamos determinar a sério e em um nível ao menos regional (a União Europeia, uma União jurídica efetiva da América Latina, etc.), se valores e princípios valem mesmo e em que medida se podem vetar leis (pelo menos nas mãos de juízes e que juízes, por exemplo, em que instância), se o direito internacional tem alguma entrada, e com que valor, na ordem interna. São problemas sobre os quais a doutrina vai opinando, os quais precisariam da *auctoritas-potestas* das Constituições. Só Constituições poderão resolver eficazmente essas polêmicas.

Em grande medida, trata-se apenas de juntar fios soltos em vários documentos nacionais e internacionais. Entretanto, é, de todo o modo, urgente encontrar ou uma pirâmide normativa com alguma abrangência e rigidez, ou, então, algumas abrangência e rigidez para uma rede tópica de fontes, dando ao juiz muita liberdade na sua manipulação. Cremos que, embora haja sempre que confiar mais em pessoas que em silogismos ou algoritmos abstratos, capazes das maiores barbaridades lógicas, também não se pode confiar cegamente a justiça à subjetividade de julgadores não muito em colégio e em permanente sindicabilidade por outros.

A necessidade de poderes travarem e vigiarem abuso de poderes não se garante hoje, parece provado, meramente pela intervenção de um poder pretensamente puro e, acima de toda a suspeita, qualquer que ele seja, mas pela efetiva participação

e partilha por todos dos freios e contrapesos necessários, que se podem subtilizar em sociedade informacional [...] A História mostra que qualquer unilateralismo criando poderes todo-poderosos, na interpretação e na aplicação da Lei e do Direito resulta mal. Há que ser modesto e não acreditar, como diria Todorov, em jardins (jurídicos) perfeitos, mas em jardins realmente imperfeitos, mas perfectíveis.³¹

É ainda: costume, equidade, normas de pessoas morais ou coletivas, em que medida são coisas pré-modernas, ou, pelo contrário, adquiriram na sociedade da informação novas cores, mas continuam atuais. A precisar, certamente, de pontes explicativas, que sejam boas transmissoras de metáforas. Na verdade, cremos que novos costumes estão criando-se, a equidade necessita ser válvula reguladora em casos de cada vez maior estrangulamento de excepcionalidade e emergência, e, cada dia, surgem mais conglomerados pessoais, nem sempre com associação física e presencial de pessoas, mas por laços virtuais que podem necessitar de tutela, e cujas determinações não podem ficar de todo alheias à sabedoria do Direito. Ainda que seja apenas para ir acompanhando, sem uma intervenção legalista [...] em certos casos.

Quem prognosticou que no futuro não haveria Direito, muito se enganou. O direito da sociedade do futuro terá que conhecer muito mais realidades complexas, técnicas e tecnologias a exigir muita especialização, mas a vontade do direito persistirá, sempre, como *constante e perpétua* e sempre de, retamente, *atribuir o que é seu a quem é o verdadeiro e justo titular*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Parte I.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução portuguesa J. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BASTIT, Michel. **Naissance de la Loi Moderne**. Paris: P.U.F., 1990.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1986.

CONFERÊNCIA MUNDIAL DOS POVOS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS E DIREITOS DA MÃE TERRA. **Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra**. Disponível em: <<http://rio20.net/pt-br/propuestas/declaracao-universal-dos-direitos-da-mae-terra/>>. Acesso em: 11 out. 2016.

CRUZ, Sebastião. **Ius. Drectum (Directum)...**, **Relectio**. Coimbra: ed. do autor, 1971.

_____. **Direito Romano**. 3. ed. Coimbra: Almedina, [19--]. v. 1.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constitution et mythe**. Quebeque: Presses de l'Université Laval, 2014.

- _____. **Direito Constitucional Geral**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2013.
- _____. **Para uma Ética Republicana**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.
- _____. Da República Universal dos Juízes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, Ano XI, p. 351-365, 2014.
- _____. **O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **Introdução à Teoria do Direito**. [S.l: s.n.], [19--].
- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Mass.: Belknap, 1986.
- FLUSSER, Vilém. **O universo das imagens técnicas: elogio da superficialidade**. Revisão técnica de Gustavo Bernardo. São Paulo: Annablume, 2008.
- HURREL, Andrew. **On Global Order**. Oxford : Oxford Univ. Press, 2009.
- MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985.
- MALTEZ, José Adelino. **Princípios de Ciência Política: o problema do direito**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1998.
- _____. **Princípios Gerais de Direito: uma perspectiva politológica**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1992.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- NEMÉSIO, Vitorino. **Conhecimento de Poesia**. Lisboa: Verbo, 1970.
- NEVES, António Castaneira. **O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- PAPINI, Giovanni. O Tribunal electrónico. In: _____. **O livro negro: novo diário de Gog**. Lisboa: Livros do Brasil, [19--].
- PODGÓRECKI, Adam et al. (Org.). **Knowledge and Opinion about Law**. Londres: Martin Robertson, 1973.
- RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: a influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do estado de direito e dos princípios democráticos**. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Coimbra: Separata do “Boletim da Faculdade de Direito”, 1980.

SILVA, Agostinho da. **Ir à Índia sem abandonar Portugal**. Lisboa: Assírio & alvim, 1994.

SOARES, Rogério Ehrhardt. Sentido e limites da função legislativa no estado contemporâneo. In: MIRANDA, Jorge; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coord.). **A feitura das leis**. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1986. v. 2. p. 429 ss.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

_____. Reflexão sobre a Justiça. **Nomos**, Lisboa, n. 1, p. 55 ss., 1986.

TODOROV, Tzvetan. **Les jardins imparfaits**. Paris: Grasset, 1998.

-
- 1 CRUZ, Sebastião. **Ius. Directum (Directum)...**, **Relectio**. Coimbra: ed. do autor, 1971.
 - 2 Se o ser divertido dependesse da variedade de opiniões, os juristas seriam certamente os profissionais mais divertidos de entre todos, pois se multiplicam as doutrinas, já o parece ter lembrado Javier Hervada (HERVADA, Javier; ANDRES MUNOZ, Juan. **Derecho. Guía de los Estudios Universitarios**. Pamplona: EUNSA, 1984; há uma edição portuguesa: HERVADA, Javier; CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito. Guia Universitário**. Porto: Rés, [1990]).
 - 3 NEMÉSIO, Vitorino. **Conhecimento de poesia**. Lisboa: Verbo, 1970.
 - 4 MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, desenvolve o tema do “colonialismo cultural e transplantes de Instituições Jurídicas”, especialmente nas p. 86 ss. e p. 98 ss.
 - 5 Cf. TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor do direito. Introdução à filosofia jurídica**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.
 - 6 Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constitution et mythe**. Quebeque: Presses de l'Université Laval, 2014. p. 27 ss..
 - 7 SILVA, Agostinho da. **Ir à Índia sem abandonar Portugal**. Lisboa: Assírio & alvim, 1994. p. 32-34.
 - 8 HURRELL, Andrew. **On Global Order**. Oxford : Oxford Univ. Press, 2009.
 - 9 RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: a influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do estado de direito e dos princípios democráticos**. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.
 - 10 CUNHA, Paulo Ferreira da. Da República Universal dos Juízes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, Ano XI, p. 351-365, 2014.
 - 11 CUNHA, Paulo Ferreira da. **O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2001.
 - 12 Retomando o título de DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Mass.: Belknap, 1986.
 - 13 V. o clássico BASTIT, Michel. **Naissance de la Loi Moderne**. Paris: P.U.F., 1990.
 - 14 Cf. o excelente estudo de SOARES, Rogério Ehrhardt. Sentido e limites da função legislativa no estado contemporâneo. In: MIRANDA, Jorge; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coord.). **A feitura das leis**. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1986. v. 2. p. 429 ss..
 - 15 FLUSSER, Vilém. **O universo das imagens técnicas. elogio da superficialidade**. Revisão técnica de Gustavo Bernardo. São Paulo: Annablume, 2008.
 - 16 PAPINI, Giovanni. O Tribunal electrónico. In: _____. **O livro negro: novo diário de Gog**. Lisboa: Livros do Brasil, [19--].
 - 17 SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Coimbra: Separata do “Boletim da Faculdade de Direito”, 1980.
 - 18 MALTEZ, José Adelino. **Princípios de ciência política: o problema do direito**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1998; Idem. **Princípios gerais de direito: uma perspectiva politológica**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1992.
 - 19 PODGÓRECKI, Adam et al. (Org.). **Knowledge and opinion about law**. Londres: Martin Robertson, 1973.

- 20 Cf, sobre a doutrina (e a jurisprudência) CRUZ, Sebastião. **Direito Romano**. 3. ed. Coimbra: Almedina, [19--]. v. 1. p. 292 ss..
- 21 Cf. TEIXEIRA, António Braz. Reflexão sobre a Justiça. **Nomos**, Lisboa, n. 1, p. 55 ss., 1986.
- 22 MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985.
- 23 ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito internacional público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Parte I. p. 178. Sobre princípios, cf. ainda CUNHA, Paulo Ferreira da. **Introdução à teoria do direito**. cit., p. 120 ss..
- 24 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 155.
- 25 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 155.
- 26 Para mais desenvolvimentos, cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional geral**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2013.; Idem. **Para uma Ética Republicana**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.
- 27 Cf., DECLARAÇÃO Universal dos Direitos da Mãe Terra. Disponível em: <<http://rio20.net/pt-br/propuestas/declaracao-universal-dos-direitos-da-mae-terra/>>. Acesso em: 11 out. 2016.
- 28 NEVES, António Castaneira. **O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- 29 Cf. CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1986. p. 209, nota 11.
- 30 BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução portuguesa J. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.
- 31 TODOROV, Tzvetan. **Les jardins imparfaits**. Paris: Grasset, 1998.

RETHINKING THE SOURCES OF LAW IN THE INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT

In line with what we have been doing in other articles in specific areas of Law and its philosophy (notably in Criminal Law and International Law), this article goes back to the earliest foundations of legal theory: the question of sources. It is a recall of known things and their questioning, after a much travelled path and experience.

Keywords: Sources of Law. Information Society. Values and Principles. Normativities. Juridical Facts.

Submetido: 14 out. 2016

Aprovado: 17 nov. 2016

HACIA UNA POLÍTICA DE SALUD INTEGRADA: LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS Y LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS

Marta Carolina Giménez Pereira*
Salette Oro Boff**

1 Introducción. 2 Licencias obligatorias. 3 El caso de las licencias obligatorias en el campo de la salud. La experiencia internacional y la Propia Mexicana. 4 La relevancia de la noción de salud dentro de las políticas públicas: la producción pública de medicamentos (PPM) y redefinición del concepto de burocracia en el sistema de salud. 5 La innovación terapéutica, la investigación médica con la contribución del paciente y las unidades productoras de medicamentos (UPM). 6 Principales principios activos elaborados por laboratorios públicos en Argentina. 7 Conclusiones. Referencias.

RESUMEN

El objetivo del trabajo es describir las Licencias Obligatorias y presentar los impactos producidos en la flexibilización de la protección de las patentes farmacéuticas al reconocer un derecho a medidas alternativas a favor de la salud pública y de la promoción del acceso a las medicinas. Además, introduce la noción de Producción Pública de Medicamentos por el sector público como instrumento de política pública y que trata puntos estratégicos del sector salud, intentando reforzarlo con respeto a la propiedad intelectual, estimulando la I+D, conectando sector público y privado, garantizando abastecimiento y distribución y resultando el reforzamiento de la dinámica de innovación nacional. Método: comparativo y deductivo y la investigación bibliográfica.

Palabras-clave: Producción pública de medicamentos. Innovación tecnológica. Propiedad intelectual. Patentes farmacéuticas. Licencias obligatorias o compulsivas.

* Alumna de post-doctorado junto a UNAM - México, PPGD Capes - IMED. Doctora en Derecho / Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México / PNPd CAPES no PPG-Direito IMED. Linha de pesquisa Mecanismos de efetivação da democracia e da sustentabilidade. Grupo de pesquisa Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento. E-mail: <magipe@hotmail.com>.

** Pós-Doutora em Direito pela UFSC. Professora do PPGDireito da IMED-Faculdade Meridional. Linha de pesquisa Mecanismos de efetivação da democracia e da sustentabilidade. Grupo de pesquisa Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento. Grupo de Pesquisa GE-DIPI. Professora do IESA e da UFFS. E-mail: <salette.oro.boff@gmail.com>.

1 INTRODUCCIÓN

Dentro de los conceptos de la “producción” y “abastecimiento” de medicamentos, la tendencia actual en la doctrina esboza una idea de innovación inclusiva que denomino “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, es decir, un desarrollo de dinámicas con miras a incluir todos los sectores que participan en la cadena productiva de la invención dentro de un política integrada y articulada, caracterizada por las premisas de eficiencia del gasto público y privado en la producción de medicamentos dentro de un conjunto amplísimo de estrategias, así como la garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones y de manera oportuna y la no menos importante distribución de fármacos dentro de una zona geográfica trazada como parte de la mencionada política.

El beneficio último de la ‘dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico’, según la experiencia internacional enfatizada en este apartado en la Argentina, país de altos índices en la PPM, es que en definitiva se logre que exista un instrumento de política pública capaz de remediar y de ser posible homogeneizar, en términos de funcionamiento adecuado, el acceso a la salud en igualdad de condiciones hacia todos los sectores de la población.

Para poder entender mejor lo que significa “suavizar” los derechos de propiedad industrial con miras a la satisfacción de políticas públicas, comenzaremos por abarcar el concepto de licencias obligatorias, también llamadas compulsivas, figura ya más conocida dentro de la citada rama del derecho, que ha cobrado relevancia en importantes acontecimientos del derecho comparado (Brasil, entre los países a citarse).

2 LICENCIAS OBLIGATORIAS

Por licencias obligatorias se entiende el permiso que se atribuye a un gobierno para producir un producto o procedimiento patentado o para importarlo, sin el consentimiento del titular de la patente. Se trata de una de las flexibilidades en la protección de las patentes que contempla el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Propiedad Intelectual, a saber, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), a través de la Declaración de Doha de 2001 y sus modificaciones posteriores, en las que se suaviza el derecho de protección de que gozan los fármacos, al reconocer a los países su derecho a tomar medidas tendientes a la protección de la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas, conforme lo han reclamado los países en desarrollo y las organizaciones no gubernamentales.

En estricto sentido, a través del contrato de licencia el licenciante autoriza a un tercero – el licenciatario –, con o sin contraprestación, a explotar una invención protegida, mediante el otorgamiento de un derecho de naturaleza personal.¹ Normalmente vendrá a ser la autoridad gubernamental quien concederá la licencia a empresas o personas distintas del titular de la patente

a fin de que éstas hagan uso de los derechos de la patente para fabricar, usar, vender o importar el producto o procedimiento protegido sin hacerse necesaria la autorización del titular.

A pesar de hallarse contemplada esta figura en la normativa internacional y de haber sido consecuentemente adoptada por la mayoría de los países adherentes a la OMC en su legislación interna, su puesta en marcha ha generado controversias sobre todo en el ámbito de la salud ante el caso de emergencias de salud pública.

A priori, la misma doctrina no se muestra unánime en cuanto a su naturaleza jurídica de si se trata de una mera tolerancia o de una contraprestación que asegure un goce económico para el licenciante. A posteriori, se suscitan numerosas dudas a la hora de intentar hacerla efectiva, generándose incertidumbres tanto para el licenciante como para el licenciatarario, temores que incluyen hasta problemas de terminología. Por otra parte, una vez celebrado el contrato, los casos de éxito resultan escasos, por lo que la jurisprudencia aún es insuficiente para brindar soluciones sólidas y a largo plazo y, en consecuencia, se regresa errónea e irremediamente a los principios generales del derecho contractual, en la intención de llegar a solucionar en forma íntegra el problema concreto que se plantea.

De hecho, la doctrina especializada indica el caso de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología como un caso típico de incertidumbre en el derecho privado ante la falta de normativa directamente aplicable al tema² que además resulte adecuada y correcta en el sentido de ajustarse a la realidad del país de que se trata,³ más allá de a los requerimientos del marco legal internacional, que se limita a estipular conceptos básicos de manera similar y homogénea para todos los países miembros de la OMC.

3 EL CASO DE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN EL CAMPO DE LA SALUD. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL Y LA PROPIA MEXICANA

En septiembre de 2009 se ha formulado en México una propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial, en el sentido de acortar el plazo estipulado para la resolución de la concesión de licencias por la autoridad. La iniciativa no prosperó.⁴

La intención de la propuesta era darle mayor aplicabilidad a la figura de la licencia obligatoria por causa de emergencia nacional y específicamente de enfermedades graves, reduciendo el plazo previsto por el actual segundo párrafo del aludido artículo.⁵

La exposición de motivos daba especial relieve a la emergencia sanitaria con motivo del brote del virus de la influenza, advirtiendo además la presencia de otras enfermedades como el dengue, que ameritan la posibilidad de importar

medicamentos patentados bajo el régimen de licencias obligatorias, al no contar con capacidad de fabricación suficiente a nivel local, una problemática repetida en países en vías de desarrollo.

Cabe acotar que la esencia de la licencia obligatoria supone hacer siempre subsistir el requisito que establece el primer párrafo del referido artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial mexicana de que las licencias se otorgarán mientras dure la causa de emergencia o de seguridad nacional que haya motivado su celebración⁶ pero olvida el caso de los medicamentos huérfanos, que trataremos más adelante en el capítulo de Unidades Productoras de Medicamentos (UPM) en la Producción Pública de Medicamentos (PPM).

Dentro de la exigua experiencia internacional existente en el campo de las referidas licencias obligatorias, en el ámbito del derecho comparado revisaremos la especial relevancia de la experiencia brasileña con el retroviral denominado efavirenz, producido por la farmacéutica Merck Sharp & Dohme, considerado en la actualidad como el más eficaz para combatir la infección del SIDA o VIH. A pesar de las fuertes críticas provenientes de la Federación Internacional de la Industria del Medicamento, el gobierno de Brasil, a través de su Presidente en ejercicio Luiz Inácio Lula da Silva, en base a lo que dispone su Ley de Propiedad Industrial 9279/96 en su controvertido artículo 68 que regula las “licencias compulsivas,”⁷ determinó imponer tal flexibilidad sobre la patente del citado fármaco por considerarla “legítima y necesaria, de interés nacional y demasiado caro”, permitiendo con un amplio respaldo del Congreso la importación del genérico producido en laboratorios de la India que se hallan certificados por la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁸ quienes ya cuentan con producción del genérico del efavirenz y lo comercializan a un costo inferior que oscila en la tercera parte del producido por el laboratorio titular de la patente.⁹

La medida del Presidente Lula buscaba asegurar el tratamiento de unos 75 mil infectados en el territorio brasileño, siendo este país uno de los mayores compradores mundiales del medicamento, con más de 500 mil infectados de SIDA o VIH. A juicio del gobierno, más allá de demostrar el fracaso en la negociación del precio del fármaco de patente, la medida se convirtió más bien en una prueba de la firmeza gubernamental de apostar por el mercado de los genéricos ante una situación de emergencia nacional.

Cabe destacar que el argumento también se ha apoyado en el tratamiento que actualmente reciben unas 200 mil personas que reciben del Estado un conjunto de 17 medicamentos, de los cuales 8 son fabricados en Brasil dentro del marco de un programa gubernamental de lucha contra la enfermedad que ha recibido un sinnúmero de elogios a nivel internacional.

Como precedente, ya en la Asamblea Mundial de 1999, Brasil había ejercido fuerte presión a fin de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) llevara mejor a cabo su labor de control de precios de los medicamentos en todo el mundo y de evaluación en el impacto de las normas sobre patentes de la OMC.

En abril de 2001, en la reunión anual de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue aprobada por 52 votos a favor, 0 en contra y 1 en abstención (Estados Unidos) la propuesta brasileña que vincula el adecuado acceso a los medicamentos con los derechos humanos fundamentales. Estados Unidos consideró al respecto que tal propuesta era violatoria de las normas internacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual. Brasil ya había anunciado en el año 2005 la quiebra de la patente del principio activo kaletra, propiedad del laboratorio Abbot, pero ambas partes pudieron llegar a un acuerdo para la reducción del precio del medicamento.

En el caso del efavirenz, el contrato de licencia se ha llevado a cabo cumpliendo cabalmente el procedimiento previsto a tal efecto en la Declaración de Doha, el cual consta de tres etapas, a saber, la negociación, la declaración de la situación que justifica su utilización y el pago de royalties al titular afectado, que en este caso específico se pactó en la entrega del 1.5% sobre el valor de importación de los medicamentos similares al efavirenz.¹⁰

Por otra parte, Tailandia también anunció la imposición de una licencia obligatoria a fin de que los enfermos de SIDA o VIH en este país pudieran recibir tratamiento con el genérico del efavirenz que se produce en laboratorios de la India, país conocido en los últimos tiempos por su alta producción de medicamentos genéricos.¹¹ La postura tailandesa se mantuvo a pesar de fuertes presiones provenientes la industria farmacéutica, sentando precedentes en la materia para el caso de emergencias sanitarias. Posteriormente, este país rompió además la patente de otros dos fármacos útiles también en el tratamiento de SIDA o VIH. Otros países como Canadá e Italia cuentan con experiencia en licencias obligatorias sobre productos farmacéuticos y en la década anterior llamó la atención general la decisión del Presidente de Ecuador, Rafael Correa, de emitir en estos días un decreto que derogue por completo las patentes farmacéuticas y agroquímicas de las transnacionales que tengan efecto en este país, con excepción de las patentes cosméticas, a fin de que todas las medicinas sean producidas en el país y así se logre su abaratamiento, al considerar que la salud es un tema prioritario y primero está el derecho humano antes que “el bolsillo de las transnacionales,” enfatizando el caso de los fármacos que combaten el SIDA o VIH y el cáncer.

Hecho el balance de la actual situación de las licencias obligatorias en el ámbito doméstico y comparado, surge que tal figura presenta varios aspectos positivos, entre los que se cuentan, además del acceso a los medicamentos a un menor precio, el fomento de la competencia y el desarrollo de la producción nacional. Ahora bien, hay que tener muy presente que un país que no reconoce las patentes de las farmacéuticas transnacionales no contará con la presencia de estos laboratorios en su territorio y, consecuentemente, se verá desabastecido de medicinas esenciales de alta complejidad producidas exclusivamente por ellos en virtud a su tecnología y amplia experiencia en investigación y desarrollo que ostentan y con la que no cuentan los emergentes laboratorios de producción

local. Por otro lado, con tal medida y al no reconocerse las patentes, tampoco podrá realizarse la importación por la industria local de farmoquímicos necesarios para la fabricación de las medicinas. Todo ello sin mencionar las sanciones de las que podría ser objeto el país por la OMC y la imposibilidad de poder abastecer de medicinas a todo un país con la sola producción nacional, que en el caso de Ecuador alcanza en la actualidad apenas un 22% del total de ventas. De hecho, se advierte que un crecimiento desmesurado de medicamentos genéricos requeriría en un futuro de un control exhaustivo por parte de la Secretaría de Salud¹² local.

El caso de Ecuador se presentaría con tal decreto como uno excepcional y hasta violatorio de las normas previstas para la celebración de la licencia obligatoria pues al parecer no contempla la requerida y previa primera etapa de negociación. Además, resulta absurda la idea de generalizar la medida para todas las patentes de medicinas producidas por laboratorios que no sean locales. Al menos, esta no es la función de la licencia obligatoria, la cual se concede para cada caso específico y para atender determinados problemas de salud, por un tiempo determinado, previa justificación por el gobierno de la situación que la motive. La postura que asume este país, a través de su gobernante, deberá encuadrarse en otra figura –inexistente por cierto– que justifique una total supresión de la protección conferida a todo inventor no local de un medicamento. Es el caso extremo de la defensa de la salud pública, la cual va en detrimento del fomento de la investigación y desarrollo, únicas herramientas capaces de propiciar avances tecnológicos y mejores medicinas.

4 LA RELEVANCIA DE LA NOCIÓN DE SALUD DENTRO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS (PPM) Y REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE BUROCRACIA EN EL SISTEMA DE SALUD

A principios de los años 2000 la moderna doctrina francesa advertía que el ejercicio de la medicina había mutado en su naturaleza con el desarrollo de nuevas especialidades médicas y la multiplicación del número de especialistas, es decir, los médicos. En paralelo, en razón de tal crecimiento y de una oferta de cuidados cada vez más sofisticados según el avance de la ciencia y la tecnología, el volumen de consumo y de gasto médico también ha tenido un aumento significativo. De ello se colige que la extensión de la protección social a toda la población ha sido el sostén de esta evolución: la palabra “salud” pasó a ser actualmente uno de los principales sectores de actividad de los países.¹³ En otras palabras, dentro de las políticas de salud, los resultados revelan que en las últimas décadas tales políticas se vieron orientadas hacia la inversión creciente en tecnologías médicas cada vez más complejas siendo el puntapié inicial y determinante en esta evolución el mismo peso que revisten los profesionales médicos y el progreso de la ciencia médica, como se apuntó.

Dentro de este contexto, la noción de “medicalización de la sociedad”, como llama la sociología francesa, ha estado íntimamente relacionada con el

desarrollo de leyes sobre la protección social. Ya en el siglo XX esta noción traducía en Francia el hecho de que el “modelo médico” se impone en la definición y toma de responsabilidad de numerosos problemas públicos contemporáneos.¹⁴ De esta manera, en una sociedad medicalizada, el sector salud cobra relevancia como factor de políticas públicas estatales y, dentro de las grandes interrogantes sobre los diversos mecanismos y programas a desarrollar o acentuar dentro de las políticas de salud establecidas, existe la nueva tendencia de la Producción Pública de Medicamentos (PPM en adelante).

Ahora bien, antes de ahondar en el tema propio del artículo que aquí nos ocupa, habrá que establecer el lugar que ocupa el concepto “burocracia” en la administración pública de la salud, tan sólo a modo referencial.

Propio de sistemas normativos, algunos países como Brasil refieren la burocracia como característica destacada dentro del proceso administrativo, aunque en sentido peyorativo y propio del poder público, desde tiempos muy antiguos y características negativas son suyas: paternalismo, nepotismo, corrupción. Sin embargo y paradójicamente, la evolución histórica del proceso administrativo enfatiza la importancia de implementación de procesos burocráticos adecuados a fin de garantizar la manutención de padrones de calidad de los servicios en las estructuras de las instituciones privadas y públicas. La burocracia es, en sentido amplio, un medio de perfeccionamiento de políticas administrativas capaz de alcanzar niveles de eficiencia compatibles con la modernidad.¹⁵

Ejemplificando dentro del contexto de salud la función de la comentada palabra burocracia, tenemos que la política de salud como directriz que emana del poder público debe abarcar, entre otras funciones principales, la esencial de promover la estructura y el funcionamiento del sistema de los servicios de salud, según lo establece el propio Centro Panamericano de Planificación de la Salud, perteneciente a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), siendo sus miembros fundadores Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.¹⁶ Ya en 1972 el documento denominado Tema 27, que abarca el proyecto del Programa del mismo Centro, establecía como objetivo: “Fortalecer la asesoría de la OPS a los gobiernos para perfeccionar sus procesos de planificación de la salud”. Luego nombra entre sus actividades: “Programa de investigaciones con los países: ... análisis de las relaciones entre salud y el resto del sistema socioeconómico”¹⁷ como una suerte de domesticación del programa, con adecuación a la realidad de cada país miembro y a su normativa propia.

Más adelante, ya en referencia al propio Centro, se establece entre sus responsabilidades una propia de “Investigación”, normando sobre la necesidad de apoyar en los países el desarrollo de la misma con miras a elaborar o perfeccionar técnicas de planificación para completar y mejorar la metodología de planificación de la salud, a través del estudio de áreas o variables que deban considerarse y de los países que pudieran elaborarlas, dando además asesoría periódica hasta la fase final de dicha investigación.

Seguidamente, aparece el apartado de “Información” donde se dispone que toda información que se refiera a la planificación de la salud y a la evolución de los procesos respectivos en los países americanos como de otras regiones debe ser recabada, promovida en su recolección y analizada. Destaco además que la misma debe ser difundida y divulgada a modo de promover, orientar y motivar procesos de planificación y niveles de decisión políticos y administrativos, informando y estimulando a aquellos que realizan la labor directa de planificación en salud, enfatizando las experiencias de terreno conocidas.¹⁸

Dentro del Programa del Centro puede vislumbrarse la posibilidad de contemplar como política pública de salud nacional la Dinámica Inclusiva de Desarrollo Tecnológico, que se verá explicado más adelante en detalle y sobre lo cual anticipo en este apartado que se describe como una real necesidad de política pública de salud íntegra y que merece ser adecuadamente formulada y plasmada en su planeación, su proyecto y sus resultantes programas que deberán ser coordinados con miras a su ejecución. Esta Dinámica se plasma en esta propuesta a través de Unidades Productoras de Medicamentos (UPM) a nivel público, es decir, la Producción Pública de Medicamentos (PPM).

Volviendo al término burocracia, utilizado en sentido amplio, vendrá entonces en consecuencia a utilizarse para englobar y describir todo aquello que implica el trazado integral del sistema de salud de un país, con sus normativas y organigramas, su contexto social y hasta político, en sentido amplio. En sentido estricto, estamos frente a una burocracia de un sistema de salud circunscripto a una implementación efectiva de las mencionadas UPM.

5 LA INNOVACIÓN TERAPÉUTICA, LA INVESTIGACIÓN MÉDICA CON LA CONTRIBUCIÓN DEL PACIENTE Y LAS UNIDADES PRODUCTORAS DE MEDICAMENTOS (UPM)

En este campo, la socióloga Renée Fox acentúa la posibilidad de un rol activo del paciente contribuyente al desarrollo de la ciencia médica en el mismo hospital, siendo un caso de referencia la utilización de medicamentos de prueba en hospitales como la cortisona o la ciclosporina, principio activo empleado comúnmente en el trasplante de órganos. Su teoría esboza que el médico está desarrollando investigación en el mismo hospital, a través de su práctica con el paciente y dentro de lo que ella denomina “dilema entre experimentación y terapéutica” pues se trata de probar la eficacia de su innovación a través del mismo paciente con un doble objetivo: curar la enfermedad o tratarla por lo menos y también realizar su propia labor de investigación con el enfermo, quien pasa de ser un sujeto pasivo a ser uno activo desde el momento en que conoce que el procedimiento no sólo persigue su curación o alivio sino además el mismo progreso de la ciencia.¹⁹

En el caso que ocupa a los medicamentos en los hospitales y su relación con la innovación tecnológica a través de su título de protección, a saber, las

patentes, la propuesta de la función de una UPM es de naturaleza social en el sentido de que, tal como apunta Oro Boff, un sistema de patentes también puede constituirse en un instrumento de fomento y de erradicación de la pobreza porque estamos frente a un papel considerando dentro de un conjunto más amplio de medidas políticas nacionales de desarrollo tecnológico y obedeciendo a los mismos intereses del país. En efecto, tal como ella lo sostiene, diseminar la cultura de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, priorizando sobre todo la disponibilidad de recursos y garantizando una infraestructura necesaria, parece ser el camino para que pensar que la propiedad intelectual pueda contribuir al desarrollo económico y social.²⁰

La propiedad intelectual, importante mecanismo para la protección de invenciones derivadas del intelecto humano es un área diferenciada de la propiedad material y hoy en día cuenta con un importante estímulo cuando se relaciona con la utilidad colectiva, aquí incluidas las invenciones.²¹

Como factor de puesta en marcha del punto anterior en específico así como en general de lo hasta aquí expuesto, es preciso poner en conocimiento una teoría desarrollada en Argentina, país que más se ha preocupado en el tema de la PPM. Esta teoría ha sido recientemente en ese país por especialistas en estudios sociales de tecnología e innovación²² que propone abordar la PPM con un enfoque de tecnología organizacional y política pública y como un instrumento que busca como fin dinamizar procesos de desarrollo inclusivo.

Hablar de desarrollo inclusivo significa despuntar la ciencia y la tecnología propia de una región y subsecuentemente de un país pero en esferas que van más allá de la privada o la mixta. Nos referimos a la PPM a través del trabajo articulado de laboratorios públicos y de farmacias hospitalarias y es que, ya en los albores del año 2000, el hospital público ha pasado de ser durante siglos el asilo de los pobres a convertirse en una institución prototipo de las sociedades modernas, lugar de referencia privilegiada en la investigación médica y en el desarrollo de técnicas de punta.²³

En Argentina, la cuestión va más allá de la ya compleja provisión de medicamentos, enfocándose a puntos estratégicos que plantea actualmente el sector salud.²⁴

- La política pública integrada, como factor en sí mismo y como factor capaz de desarrollar políticas públicas transformadoras dentro de la 'dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico'.
- La eficiencia del gasto público y privado que se genera en la producción de medicamentos, lo cual implica un conjunto amplísimo de *estrategias* a desarrollar.
- Una garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones para todos.
- El factor de la innovación con su desafío de generar dinámicas con miras al desarrollo inclusivo.²⁵

A partir de esos cuatro puntos estratégicos mencionados que plantea el sector salud citan los especialistas tres preguntas-problema:²⁶

- ¿Qué capacidad tiene el actual sector público productor de medicamentos y cuál es la relación entre política de salud y mercado de medicamentos?
- Como factor de implementación y de transformación, ¿es posible configurar una política integral de producción pública de medicamentos que conviva con la compra privada?
- ¿Bajo qué condiciones una política pública de PPM puede desplegar dinámicas concretas de desarrollo inclusivo?

El panorama debe ser visto el sector general tanto con sus complejidades como con sus oportunidades.

Existe una fuerte crítica al sistema privado y a la industria farmacéutica que éste desarrolla por adueñarse del presupuesto general destinado al sector salud y de la cadena de provisión de medicamentos, pero esto no es visto desde la raíz del problema: si se tuviera un mayor escenario presupuestario destinado a la eficiencia innovadora por las UPM y una participación concreta y eficiente de éstas dentro del aparato legal y regulatorio, podría verse más abierta gran parte de tal hegemonía privada.

La pregunta resaltante que hemos de hacernos es ¿cuál es la importancia que adquiere el mercado de los medicamentos y su dinámica dentro del concepto de gasto en salud? Existen muchas y conocidas inconsistencias como por ejemplo la baja en la capacidad de compra frente a la permanencia alcista de la capacidad de venta lo cual es producto de la propia estructura y diseño del sistema de salud y su consecuente dinámica.²⁷

El secreto para el desarrollo inclusivo las UPM pareciera radicar en los conceptos de Presupuesto + Participación Eficiente de la UPM, no respecto la eterna discusión entre el sector genérico y el innovador sino frente a la apropiación y hegemonía de todo el sector farmacéutico privado en el presupuesto público, dándose en consecuencia una altísima concentración en laboratorios privados nacionales y trasnacionales con el consecuente control de precios determinado por el sector dominante resultando la fórmula: a mayor concentración, mayor control de precios.

Las UPM conforman el sector de la PPM y se subdividen en laboratorios públicos y en farmacias hospitalarias. Ambos tipos producen medicamentos pero dirigidos a un público distinto ya que las segundas destinan sus productos generalmente a los pacientes a cuyo hospital pertenecen, mientras que los laboratorios públicos surten medicamentos a una extensa red de sistemas de salud a lo largo del territorio del país, abarcando hospitales públicos o privados, planes y programas de provisión pública de medicamentos o inclusive venta minorista en farmacias.²⁸

Es de tener en cuenta además que entre esos laboratorios podemos encontrar lo que dependen del gobierno nacional, de universidades nacionales, de gobiernos provinciales e incluso de municipios.²⁹

Analizando lo que contempla el estudio de las farmacias hospitalarias, en la PPM, basándose en la Resolución Ministerial argentina 286/08, la salud es un derecho y el medicamento un bien social siendo una función del Estado garantizar la accesibilidad y ordenar la distribución de recursos y el aprovechamiento de capacidades instaladas y de recursos humanos.³⁰

Frente al problema del acceso a los medicamentos como producto por ejemplo de una crisis, siempre es el esfuerzo público, a través del Estado, el que acaba respondiendo con medidas alternativas, por ejemplo, la provisión gratuita de medicamentos en determinado tiempo y lugar a través de planes concretos³¹. Una vez recuperada la actividad económica, la producción privada vuelve a estar en alza, incrementando su facturación (control de precios en consecuencia) y trayendo como consecuencia que la crisis haya sido finalmente absorbida en forma total por el sector público.³²

Las propuestas son varias y pertenecerían a otro capítulo pero entre las posibles soluciones cobra especial relevancia UPM. Garantizar el abastecimiento oportuno de medicamentos, si bien forma parte de la agenda pública y es una obligación del Estado, esto no implica forzosamente que estos bienes deban ser comprados al sector privado. En consecuencia, debería vincularse la política pública a una estrategia de producción y no de compra directa, conforme explican los estudiosos argentinos.³³

La elaboración de especialidades medicinales por laboratorios públicos acabaría con el pensamiento radical de la naturaleza del medicamento como un bien de mercado, transformándolo en un bien social³⁴ pero existen realidades de las UPM, que se enumeran someramente a continuación.

- 1) Producción y abastecimiento: En la Argentina, a pesar de contar con un diagrama trazado en la cobertura geográfica de la UPM a través de laboratorios que cuentan con habilitación de sendos permisos de instalaciones y de producción por parte del organismo regulador competente, a saber, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), cuya finalidad última es la circulación de los productos en el territorio nacional para su venta minorista, en la práctica resulta que varios de ellos no alcanzan la cobertura nacional efectiva (problemas de distribución) y entre las limitantes de la problemática en la distribución efectiva del medicamento, la misma regulación encabeza la lista que tiene que ver con el acondicionamiento de las instalaciones de las UPM al requerimiento normativo.
- 2) Patentes: sin entrar en detalle al respecto, me centro en específico en la siguiente limitante que se arguye acerca de la distribución efectiva de los medicamentos elaborados por las UPM y que tiene que ver con la fuerte crítica que recibe la protección del medicamento a través de la figura de la propiedad industrial que le corresponde: la patente. En efecto, las UPM fabrican los medicamentos con principios activos cuyas patentes se encuentran vencidas y cuentan con restricción para elaborar medicamentos con patente vigente.

El argumento de la protección de la patente se encuentra desarrollado ampliamente en la doctrina actual pero encuentra un gran vacío en el caso de la PPM, caso en que la producción – y distribución aludida – del medicamento por las UPM debiera considerar políticas de excepción, máxime si se trata de medicamentos huérfanos, a través de oportunas provisiones legales como las licencias obligatorias, sobre lo cual las legislaciones aún encuentran importantes vacíos a la hora de ponerlas en marcha.

- 3) Tecnología e infraestructura local: sigue siendo un obstáculo importante el hecho de que los principios activos o farmoquímicos sean adquiridos en el exterior por falta de producción local suficiente que se traduce en una capacidad inventiva limitada por parte de la industria nacional importadora de aquellas fórmulas, dicho

Al respecto esgrimen los autores como causa del problema las racionalidades que imperan en las políticas y programas de ciencia y tecnología en el sentido de que éstas responden al modelo lineal de innovación. Así, si bien existe un número importante de institutos y centros de investigación médica, todavía cuentan con bajos niveles de interacción con las unidades de producción. Aquí cobra una excepción importante los laboratorios que pertenecen a las universidades nacionales sin que por ello el producido global de la dinámica innovativa del país resulte más feliz por tal excepción.³⁹

- 4) UPM existentes: Parte de esta política lineal debe también culpa a la concentración excesiva en manos de algunas UPM estatales. En Argentina, se citan veinte UPM como parte integrante de la Red Nacional de Productores Públicos de Medicamentos, siendo su objetivo la producción conjunta de medicamentos de manera coordinada pero cuyos bajos resultados saltan a la vista por falta de acciones concretas en materia de producción y también de posicionamiento de la producción pública entre los temas principales de la agenda política del sector salud pública.

No se puede dejar de mencionar sin embargo que en el año 2011, en un esfuerzo más defensivo que proactivo de las UPM y del Grupo de Gestión de Políticas de Estado en Ciencia y Tecnología, se obtuvo la Ley 26.688 que declaró de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos.⁴⁰ Esta ley argentina aún carece de reglamento pero puede resultar un sugerente a la normativa de otros países en la materia por sus líneas estratégicas de acción, entre las que se mencionan:

- La definición de prioridades en líneas estratégicas de producción según perfiles epidemiológicos y estacionales de cada región.
- La promoción de investigación, desarrollo y producción de medicamentos huérfanos.⁴¹

Entre los principales principios activos elaborados por laboratorios públicos se encuentran analgésicos y antibióticos de uso habitual y también

drogas utilizadas para tratar enfermedades crónicas. La provincia con mayor abastecimiento de medicamentos de producción pública es la de Santa Fe y le siguen San Luis y Río Negro.⁴² En el año 2014 se planificó un financiamiento por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica del Fondo Argentino Sectorial (FONARSEC) para la producción pública de medicamentos tuberculostáticos integrando el trabajo conjunto de la Universidad del Litoral y el Laboratorio Industrial Farmacéutico S.E. (LIF) cubriendo áreas estratégicas y de vacancia en la provisión de especialidades medicinales prioritarias.⁴³

6 PRINCIPALES PRINCIPIOS ACTIVOS ELABORADOS POR LABORATORIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA⁴⁴

Según se enlista seguidamente estos son los principales principios activos producidos actualmente por laboratorios públicos

Principio activo	Acción terapéutica	Cantidad de laboratorios
Paracetamol	Analgésico	12
Enalapril	Antihipertensivo	11
Furosemida	Diurético	11
Glibenclamina	Hipoglucemiante	11
Diazepam	Ansiolítico	10
Ibuprofeno	Antiinflamatorio	10
Mebendazol	Antiparasitario	9
Permetrina	Pediculicida	9
Amoxicilina	Antibiótico	8
Atenolol	Antihipertensivo	8
Diclofenaco	Antiinflamatorio	8
Ranitidina	Antiulceroso	8
Fenobarbital	Anticonvulsivo	7
Metformina	Hipoglucemiante	7
Metodopramina	Antiemético	7

7 CONCLUSIONES

Dentro de la “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, la Producción Pública de Medicamentos (PPM) llevada a cabo a través de sus Unidades Productoras juega un rol preponderante en la agenda pública del sector salud del país. Cuando es puesta en marcha de manera coordinada y positiva, conlleva en sí misma fines de inclusión y desarrollo social y productivo y es un instrumento de política pública de salud integrada y dinámica innovativa con capacidad de producir bajo demanda específica obedeciendo a un trazado territorial nacional

prestablecido, con límites demográficos. De esta manera, cumple la función de asegurar la provisión y distribución adecuadas a la población y desarrollar los medicamentos huérfanos.

Visto como lo que es y aunque le pese la realidad de la desventura de los problemas propios del necesario aparato burocrático legal, la PPM es una opción a la elaboración tradicional privada de medicamentos, llevada a cabo por laboratorios nacionales, con principios activos que sean accesibles en el mercado nacional y extranjero. Es una herramienta que conlleva en sí misma la noble acción a la que está destinado un fármaco, que es no es otra que cumplir con un bien social de acceso a la salud más allá de su valor patrimonial, sin desmerecer la propiedad intelectual de la patente de la que goza el medicamento, lo cual puede lograrse con un Plan de Acción que prevea no sólo mecanismos legislativos oportunos sino por sobre todo, estrategias de puesta en marcha en los distintos ciclos de la innovación farmacéutica vista, en sus distintas fases y hasta llegar a manos del consumidor final.

Finalmente, en cuanto al primer tema que hemos abordado, dejamos por sentada la tarea positiva que conllevaría una licencia obligatoria bien estructurada, celebrada y fundamentalmente concedida respetando cualesquiera de sus dos principales finalidades, a saber, la de salvar una situación de emergencia nacional o la de garantizar su efectiva explotación si ésta no se ha producido en el territorio. Sin embargo, no se debe olvidar que muchas veces la promoción de esta figura encubre una finalidad encubierta, en el sentido de que más allá de garantizar la salud pública lo que realmente busca es facilitar y patrocinar la copia ilegal de medicamentos, lo cual constituye un flagrante ataque a la propiedad intelectual que se traduce en falta de seguridad jurídica para el inversor, provocando este hecho un gran desaliento a la inversión extranjera en cualquier país del mundo.

REFERÊNCIAS

ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine. **Sociologie de la maladie et de la médecine**. Saint-Jean de Braye: Editorial Armand Colin, 2010.

ARGENTINA. Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. **Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos**. 2014. Disponible en internet en: <<http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>. Consultado el: 7 sept. 2016.

ARGENTINA. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo. Subsecretaría de Planificación Económica. Dirección Nacional de Planificación Regional. Dirección Nacional de Planificación Sectorial. **Complejo Farmacéutico. Serie Complejos Productivos**. 2015. Disponible en internet en: <http://www.economia.gov.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmacaceutico.pdf>. Consultado el: 7 sept. 2016.

ARGENTINA. Ley 26.688 que declara de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos.

BOFF, Salete Oro. **Propriedade intelectual e desenvolvimento. Inovação, gestão e transferência tecnológica.** Passo Fundo: IMED Editora, 2009.

BOFF, Salete Oro; LIPPSTEIN, Daniela. Biodiversidade, conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual: um caminho para o desenvolvimento sustentável. E: BOFF, Salete Oro et al. (Coord.). **Novas tecnologias, direitos intelectuais e políticas públicas.** São Paulo: Letras jurídicas, 2015. v. 2.

CAMPOS, Juarez De Queiroz; PRESOTO, Lúcia Helena. **A burocracia na administração de saúde.** São Paulo: Editora Jotacê, 2002.

DAHER, Mauricio Jalife. Régimen de licencias obligatorias de patentes en el campo de la salud. En: SESMA, Ingrid Brena (Coord.). **Salud y Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.** Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

DELASCUEVAS, Guillermo Cabanellas. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado.** Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994.

FOX, René. **Experiment Perilous, Physicians and Patients Facing the Unknown.** 1959. The free Press. Edición en internet: <https://books.google.com.br/books?id=VjN-_al6lZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=_N7CmOh0DB&sig=gmbhAbW1NDpDnjuHxHoyB10akbI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0uvnDof7OAhUBDZAKHaCWAN8Q6AEIJjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9%20fox%2C%20experiment%20perilous%2C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%2C%20The%20free%20Press%2C%201959&f=false>. Consultado el: 7 sept. 2016.

HOYA, Arturo. Producción Pública de Medicamentos: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos. In: CONGRESO ARGENTINO, 14 y CONGRESO SUDAMERICANO DE FARMACIA HOSPITALARIA, 3., 2014, Salta. **Anais...** Salta: Asociación Argentina De Farmacéuticos De Hospital, 2014. Disponible en: <<http://www.aafhospitalaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>>. Consultado el: 7 sept. 2016.

INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR (ICEX). Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia. **Patentes y acceso a los medicamentos.** 2009. Disponible en: <http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf>. Consultada en: oct. 2009.

JOLIET, René. **Der Patentlizenzvertrag im belgischen und französischen Zivilrecht.** Munich: GRUR Int., 1982.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). **Tema 27 del proyecto del programa.** 1972. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/>

49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consultada en: 7 sept. 2016.

SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas.** Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD.

-
- 1 JOLIET, René. **Der Patentlizenzvertrag im belgischen und französischen Zivilrecht.** Munich: GRUR Int., 1982. p. 294.
 - 2 DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado.** Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994. p. 12.
 - 3 El derecho comparado ofrece soluciones limitadas en la materia pues habrá de tenerse en cuenta la específica y particular estructura económica del país en que se celebre el contrato.
 - 4 El artículo ya había sido reformado en el año 2004 y anteriormente en 1994. La iniciativa de reforma del segundo párrafo del artículo 77 hecha por el Senador Adolfo Toledo Infanzón del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de fecha 8 de septiembre de 2009, rezaba textualmente : *“En los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, el Consejo de Salubridad General hará la declaratoria de atención prioritaria, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria, en esta se ordenará el otorgamiento de licencias de utilidad pública. Publicada la declaratoria del Consejo en el Diario Oficial de la Federación, las empresas farmacéuticas podrán solicitar la concesión de una licencia de utilidad pública al Instituto y éste la otorgará, en un plazo no mayor a tres días, a partir de la fecha de presentación de la solicitud ante el Instituto.”*
 - 5 La propuesta establecía un plazo máximo de 3 días para que la autoridad se pronuncie, dejando sin efecto la disposición vigente, que es su parte pertinente reza : *“...a la brevedad que el caso lo amerite de acuerdo con la opinión del Consejo de Salubridad General en un plazo no mayor a 90 días...”* y que además exige que sea *audita parte*. Cabe destacar que el texto vigente extrañamente tampoco incluye la frase expresamente propuesta en la iniciativa de reforma de que en los casos aludidos el objetivo de la orden será el *“otorgamiento de licencias de utilidad pública”*. Cfr. Artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.
 - 6 Artículo 77 LPI México, primer párrafo : *“Por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, incluyendo enfermedades graves declaradas de atención prioritaria por el Consejo de Salubridad General, el Instituto, por declaración que se publicará en el Diario Oficial de la Federación, determinará que la explotación de ciertas patentes se haga mediante la concesión de licencias de utilidad pública, en los casos en que, de no hacerlo así, se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos o medicamentos para la población.”*
 - 7 Estados Unidos denunció ante a la OMC el artículo 68 de la ley de patentes brasileña por considerar que era violatorio del ADPIC, requiriendo ante tal organismo un Panel de Resolución de Conflictos con el objeto de que éste pueda dirimir las diferencias entre estos dos países. Brasil se defendió ante la OMC alegando justificación en la medida por el alto número existente de enfermos de SIDA o VIH y, en consecuencia, considerar un caso de emergencia sanitaria nacional. Finalmente, el 25 de junio de 2001 Estados Unidos retiró ante la OMC la solicitud del panel.
 - 8 Entre esos laboratorios genéricos están Ranbaxy, Cipla y Aurobindo.
 - 9 Mientras Merck cotizaba en 1.65 USD cada unidad del fármaco en territorio brasileño el costo por unidad del genérico fabricado en la India es de 0.44 USD. El tratamiento por paciente tiene un costo por año de 580 USD utilizando el medicamento de patente mientras que el tratamiento utilizando el genérico alcanza la suma de 165 USD anuales, es decir, menos de un tercio, lo cual implica un ahorro

- de 240 millones USD hasta el año 2012, fecha en que expira la patente. Antes de la imposición de la licencia obligatoria sobre el fármaco, Lula había mantenido dos negociaciones con el laboratorio titular, en las que participó además el gobierno norteamericano. Brasil rechazó en la segunda de ellas la oferta de comercializar el producto con un 30% menos del precio fijado originalmente por parecerle insuficiente y considerar que al menos debía reducirse en un 60%. En las negociaciones, Lula propuso el mismo precio pagado por Tailandia, que es de 0.65 USD por cada comprimido del fármaco en dosis de 600 miligramos, lo cual no fue aceptado por Merck.
- 10 INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR (ICEX). Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia. **Patentes y acceso a los medicamentos**. 2009. Disponible en: <http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf>. Consultada en: oct. 2009.
 - 11 La organización no gubernamental Médicos Sin Fronteras utiliza casi en su totalidad medicamentos producidos en la India para tratar a enfermos de SIDA o VIH en 30 países del mundo.
 - 12 DAHER, Mauricio Jalife. Régimen de licencias obligatorias de patentes en el campo de la salud. En: SESMA, Ingrid Brena (Coord.). **Salud y Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 332.
 - 13 ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine. **Sociologie de la maladie et de la médecine**. Saint-Jean de Braye: Editorial Armand Colin, 2010. p. 36.
 - 14 Citando algunos padecimientos a título de ejemplo: alcoholismo, enfermedades mentales, drogas.
 - 15 CAMPOS, Juez De Queiroz; PRESOTO, Lúcia Helena. **A burocracia na administração de saúde**. São Paulo: Editora Jotacê, 2002. p. 5.
 - 16 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). **Tema 27 del proyecto del programa**. 1972. p. 8. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultada en: 7 sept. 2016.
 - 17 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). **Tema 27 del proyecto del programa**. 1972. p. 9. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultada en: 7 sept. 2016.
 - 18 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). **Tema 27 del proyecto del programa**. 1972. p. 13. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultada en: 7 sept. 2016.
 - 19 FOX, René. **Experiment perilous, physicians and patients facing the unknown**. 1959. The free Press. Edición en internet: <https://books.google.com.br/books?id=VjN-_al6ZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=_N7CmOh0DB&sig=gmBhAbW1NDpDnjuHxHoyB10aKbI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0uvnDof7OAhUBDZAKHaCWAN8Q6AEIjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9%20fox%2C%20experiment%20perilous%2C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%2C%20The%20free%20Press%2C%201959&f=false>. Consultado el: 7 sept. 2016.
 - 20 BOFF, Salete Oro. **Propiedade intelectual e desenvolvimento. Inovação, gestão e transferência tecnológica**. Passo Fundo: IMED Editora, 2009. p. 57.
 - 21 BOFF, Salete Oro; LIPPSTEIN, Daniela. Biodiversidade, conhecimentos tradicionais y propiedad intelectual: um caminho para o desenvolvimento sustentável. En: BOFF, Salete Oro et al. (Coord.). **Novas tecnologias, direitos intelectuais e políticas públicas**. São Paulo: Letras jurídicas, 2015. v. 2. p. 30.
 - 22 Santos, Guillermo y Becerra, Lucas, Investigadores del Área de Estudios Sociales de la Tecnología y la Innovación del Instituto de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología (UNQ) sobre cuyo trabajo se basa el presente artículo.
 - 23 ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine. **Sociologie de la maladie et de la médecine**. Saint-Jean de Braye: Editorial Armand Colin, 2010. p. 37.
 - 24 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 251.

- 25 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 251.
- 26 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 251.
- 27 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 255-257.
- 28 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 259.
- 29 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 259.
- 30 HOYA, Arturo. Producción Pública de Medicamentos: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos. In: CONGRESO ARGENTINO, 14 y CONGRESO SUDAMERICANO DE FARMACIA HOSPITALARIA, 3., 2014, Salta. **Anais...** Salta: Asociación Argentina De Farmacéuticos De Hospital, 2014. Disponible en: <<http://www.aafhospitalaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>>. Consultado el: 7 sept. 2016.
- 31 Como ejemplo se cita el Plan Remediar del año 2002 a través de la provisión de medicamentos en forma gratuita para 15 millones de personas.
- 32 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 257, 258.
- 33 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 257, 258.
- 34 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 281.
- 35 Los laboratorios, tanto públicos como privados, para acceder al tránsito federal de su producción deben habilitar sus plantas y certificar sus productos ante ANMAT.
- 36 Excepto el caso de medicamentos esenciales huérfanos, es decir, no provisto en el mercado interno por los laboratorios privados detentores de la patente sobre lo cual se ha hecho especial énfasis en lo de uso pediátrico.
- 37 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 261, 262.
- 38 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una

- estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 261, 262.
- 39 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 261, 262.
- 40 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 263.
- 41 SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (Coord.). **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**. Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes y Lenguaje Claro, 2016. Agenda CTD. p. 263, 264.
- 42 ARGENTINA. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo. Subsecretaría de Planificación Económica. Dirección Nacional de Planificación Regional. Dirección Nacional de Planificación Sectorial. **Complejo Farmacéutico. Serie Complejos Productivos**. 2015. Disponible en internet en: <http://www.economia.gov.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmacaceutico.pdf>. Consultado el: 7 sept. 2016.
- 43 ARGENTINA. Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. **Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos**. 2014. Disponible en internet en: <<http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>. Consultado el: 7 sept. 2016.
- 44 ARGENTINA. Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. **Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos**. 2014. Disponible en internet en: <<http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>. Consultado el: 7 sept. 2016.

TOWARDS AN INTEGRATED HEALTH POLICY: COMPULSORY LICENSING AND PUBLIC PRODUCTION OF PHARMACEUTICAL DRUGS.

ABSTRACT

This paper is aimed at describing the mandatory licenses and at presenting the impacts produced by the process of rendering the protection of drugs patents more flexible, so as to recognize the right to undertake alternative measures for public health and to promote the access to pharmaceutical drugs. Beyond that, it introduces the notion of drug production by the public sector as an instrument of public policy and strategic management of health, as a way to reinforce

it regarding intellectual property, stimulating research and development, connecting the public and private sectors, ensuring the provision and distribution, thus resulting in the fortification of the dynamics of national innovation. The methods used in the research were comparative and deductive, and the research is bibliographical.

Keywords: Public production of pharmaceutical drugs. Technological innovation. Intellectual property. Pharmaceutical patents. Compulsory licensing.

Submetido: 11 out. 2016
Aprovado: 10 nov. 2016

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1 LINHAS DE PESQUISA

Os temas poderão receber abordagens variadas tanto de natureza mais dogmática quanto teórica. São admissíveis leituras históricas, políticas, jurídicas, metodológicas e interdisciplinares. É facultado aos autores abordar apenas aspectos específicos no contexto maior da linha de pesquisa escolhida. São elas:

- 1 Direito, Acesso à Justiça e Solução de Litígios
- 2 Direito, Estado e Acesso ao Desenvolvimento
- 3 Constituição, Estado e Sociedade
- 4 Direitos Humanos e Fundamentais
- 5 Teoria Política e do Direito

2 ESTRUTURA GERAL DO ARTIGO CIENTÍFICO (15 A 30 PÁGINAS)

Elementos pré-textuais:

Título e subtítulo (se houver), separado por dois pontos;

Nome do autor (e do coautor, se houver), acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica, filiação institucional, Cidade, Estado, País e endereço eletrônico (em nota de rodapé)*

Resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, e não uma simples enumeração de tópicos, de 150 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto (de 3 a 5 palavras).

Elementos textuais:

Modelo A:

- 1 Introdução
- 2 Desenvolvimento
- 3 Conclusão

* A submissão do artigo deve ser realizada sem qualquer menção de autoria, exclusivamente pelo portal de periódicos via web. Os dados referentes aos autores e coautores devem ser inseridos à parte, na seção denominada “meta-dados”. O periódico opera com o sistema de dupla avaliação cega.

Modelo B:

- 1 Introdução
- 2 Referencial Teórico
- 3 Metodologia da Pesquisa
- 4 Análise dos Resultados (deve conter a análise dos dados obtidos)
- 5 Conclusão

Elementos pós-textuais:

Agradecimento (não é obrigatório)

Referências

Notas de fim, após referências, em *Times Nem Roman 10*

3 FORMATAÇÃO DO ARTIGO

O título deve estar centralizado, em negrito e em caixa alta, sendo escrito em tamanho 14.

Logo abaixo do título do trabalho devem constar o(s) nome(s) completo(s) do autor, do(s) coautor(es) recuados à direita, acompanhados de breve currículo que os qualifiquem na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica e endereço eletrônico (em nota de rodapé identificada com asterisco).

Exemplo:

TÍTULO DO ARTIGO

João J. João*

Pedro P. Pedro**

Maria M. Maria***

O texto deve ser digitado com letra *Times New Roman*, tamanho 12, usando espaço entrelinhas 1,5 e espaçamento entre parágrafos de 0 pt antes e 06 pt depois. O espaço da primeira linha dos parágrafos é de 1cm. As citações de mais de três linhas, as notas de rodapé, as referências e os resumos em vernáculo e em língua estrangeira devem ser digitados em espaço simples.

* Breve currículo

** Breve currículo

*** Breve currículo

O formato do papel a ser utilizado tanto na versão eletrônica quanto na impressa, deve ter formato A4 (210 mm x 297 mm), com as seguintes margens: superior e esquerda - 3,0cm; inferior e direita - 2,0 cm.

O trabalho deve estar obrigatoriamente digitalizado em Word.

4 REFERÊNCIAS

As referências devem ser constituídas por todas as obras citadas no artigo e devem ser listadas de acordo com a norma ABNT-NBR-6023/2002, conforme exemplos abaixo:

Livros

ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA, Manuel (Org). *Gonçalves Dias: poesia*. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1983.

Artigos em periódicos

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do direito à educação... *Educação & Sociedade*, Campinas, SP, v. 24, n. 84, p. 763-789, set. 2003.

O MELHOR de dois mundos. *Após*, São Paulo, ano 1, p. 24-25, fev. 2003.

Artigos em revistas, jornais etc.

MONTEIRO NETO, Armando. Desoneração da folha salarial. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, n. 22.368, p. 9, 26 mar. 2003.

Sites

CONY, Carlos Heitor. O frágil lenho. *Folha online*, São Paulo, 19 jan. 2004. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult505u135.shtml>. Acesso em: 19 jan. 2004.

FREIRE, José Bessa. O patrimônio cultural indígena. In: WELFORT, Francisco; SOUZA, Márcio (Org.). *Um olhar sobre a cultura brasileira*. Brasília: Ministério da Cultura, 1998. Disponível em: <<http://www.minc.gov.br/textos/olhar/patrimonioidigena>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

5 CITAÇÕES

As citações deverão ser feitas da seguinte forma (NBR 10520): citações de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas; as citações de mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4cm da margem esquerda, em *Times New Roman 10*, sem aspas.

Para enfatizar trechos da citação, deve-se destacá-los indicando essa alteração com a expressão “grifo nosso” entre parênteses após a chamada da citação ou “grifo do autor”, caso o destaque já faça parte da obra consultada.

A referência da citação será feita em nota de fim, após as referências do texto.

6 TITLE, ABSTRACT E KEYWORDS

Após as referências, seguem-se as notas de fim; após as notas de fim, culminando todo o trabalho, deve-se fazer constar o título do artigo, o resumo e as palavras-chave em versão para o inglês, com recuo de 4 cm em espaço simples. É muito bem-visto que TITLE, ABSTRACT e KEYWORDS sejam bem redigidos.

7 INSTRUÇÕES AOS AUTORES

7.1 Avaliação por pares – *modus operandi*

Os artigos recebidos passam por uma análise prévia (fase inicial: desk review), envolvendo a equipe de Editores institucionais e/ou Editores-Associados (vinculados a outras Instituições de outros Estados e/ou membros da Comissão Editorial). Essa primeira fase funciona como um mecanismo de filtragem quanto à adequação do artigo, às linhas de pesquisa, à adequação às normas de publicação; inteligibilidade, coerência e coesão do texto; avaliação preliminar da compatibilidade do artigo submetido às exigências atribuíveis a uma produção em termos de pós-graduação; consistência e adequação do aporte teórico; relevância da discussão enfrentada e potencial de inovação e contribuição do artigo para a comunidade acadêmica. Essas são diretrizes às quais a equipe de Editores (institucionais e associados) se atêm, de modo geral.

Superada essa fase preliminar, o artigo é submetido a, no mínimo, dois pareceristas, que tenham titulação maior (preferencialmente) ou igual à titulação do coautor mais bem titulado do trabalho em exame. Atenta-se, ainda, quando da escolha dos pareceristas responsáveis, para uma adequação entre as áreas de conhecimento dos avaliadores e a área da temática enfrentada no artigo, antes de submetê-lo à apreciação dos pares.

Opera-se com o sistema *double blind review*, conforme orientação do Programa Qualis, procedendo-se à desidentificação dos artigos, a fim de que a avaliação por pares seja cega, garantindo-se a lisura do processo. Nessa etapa da avaliação, os pareceristas preenchem uma ficha de avaliação específica e padronizada, a qual é devolvida à equipe de Editores-Responsáveis, recomendando ou não a publicação dos artigos submetidos. Cada parecerista só pode avaliar, no máximo, dois artigos por número publicado. Procura-se, sempre que possível, escolher pareceristas que não pertençam ao mesmo Estado da Federação de onde se originou o artigo. Em caso de divergência de pareceres, ou, permanecendo quaisquer dúvidas, pode a equipe institucional ampliar o leque de avaliações para melhor subsidiar sua decisão.

7.2 Idiomas de publicação

A Opinião Jurídica aceita artigos escritos em português, espanhol, francês, italiano e inglês. Artigos em alemão serão aceitos apenas de autores previamente convidados. Todos os artigos, independentemente da língua em que estejam escritos, devem fazer constar título, resumo e palavras-chave em inglês – atendendo-se às exigências do Programa *Qualis da Capes*.

7.3 Ineditismo

A Opinião Jurídica visa à publicação e à divulgação de trabalhos inéditos, devendo o autor fazer constar, sob as penas da lei, qualquer condição em contrário, por ocasião da submissão de seu trabalho. Em caso de existência de publicação prévia, deve o autor explicitar o veículo de publicação e o suporte utilizado (virtual ou impresso), a fim de que a equipe de Editores-Institucionais delibere, soberanamente, a respeito da conveniência de uma eventual republicação.

7.4 Transferência de direitos autorais

A submissão de artigo à apreciação da Equipe Editorial da Revista Opinião Jurídica implica, por este mesmo ato, a cessão, por parte do(s) autor(ES), para o Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS, da referida OBRA para fins de reprodução, divulgação, distribuição, impressão, publicação e disponibilização, a encargo da UNICHRISTUS, em qualquer forma ou meio que exista ou venha a existir, nos termos do art. 49 e os seguintes da Lei 9.610/98.

Parágrafo Primeiro. A cessão, objeto deste Termo, é feita a **título não exclusivo e gratuito**, abrangendo a totalidade da OBRA.

Parágrafo Segundo. A UNICHRISTUS poderá disponibilizar, para fins didáticos, a OBRA no todo ou em partes, vedada a alteração de seu conteúdo textual, ressalvadas correções e formatações que se fizerem necessárias.

Parágrafo Terceiro. A cessão é válida em quaisquer países, em língua portuguesa ou tradução, a critério da UNICHRISTUS.

7.5 Das responsabilidades

Ao submeter(em) artigo de sua lavra, o autor (e coautores, se houver) assume(m), por esse ato, a responsabilidade exclusiva pela integralidade do conteúdo da obra de sua autoria. Dessa forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao seu conteúdo serão de sua inteira responsabilidade.

Parágrafo único. Em caso de pluralidade de autores, considera-se solidária a responsabilidade, ressalvadas as provas em contrário.



ISSN 1806-0420



9 771806 042006 19 >