

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI

VOLUME 8, N. 1

ISSN 2317-918X
PERIÓDICO ACADÊMICO
SEMESTRAL. TERESINA - PI, V.8,
N. 1 JANEIRO / JUNHO 2021.

ARQUIVO JURÍDICO
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO PIAUÍ

ISSN 2317-918X

Volume 8, Número 1
janeiro / junho 2021
Teresina-PI

ARQUIVO JURÍDICO
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ

ISSN 2317-918X

Volume 8, Número 1

janeiro / junho 2021

Teresina-PI

EQUIPE EDITORIAL

Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva, Universidade Federal do Piauí, UFPI, Brasil (Editor-chefe)

Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, Universidade Federal do Piauí, Brasil

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa, UFPI, Teresina, PI, Brasil

SUMÁRIO

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	9
Arthur Pinheiro Basan	
CONSTRUIÇÃO DE PETs: DIREITOS ANIMAIS E INTERESSES ECONÔMICOS	37
Samuel Saliba Moreira Pinto	
O BRIBERY ACT, FCPA E A LEI BRASILEIRA ANTICORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARADA E A IMPLEMENTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM EMPRESAS PRIVADAS	61
Ailene de Oliveira Figueiredo	
Elias Marques de Medeiros Neto	
DA RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL LIBERAL NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	81
Hugo Bernardo Pedro da Silva	
Simone Fogliatto Flores	
A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DE POSNER PELO STF	97
Aline Lima Melo Novais	
ENTRE PENALISTAS E NEUROCIENTISTAS: REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DE ESTUDOS DA NEUROCIÊNCIA SOBRE O CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE CULPABILIDADE	115
André Luiz Olivier da Silva	
João Pedro Gomes Dadda	
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PONDERAÇÃO: O PROCEDIMENTALISMO DE ROBERT ALEXY NA FORMA DE ALGORITMO	137
Erik da Silva e Araújo	
Rafael Larazzotto Simioni	
A RETÓRICA EM ARISTÓTELES E OTTMAR BALLWEG: UMA SÍNTESE DIDÁTICA	149
Israel Gonçalves Santos Silva	
Nelson Juliano Cardoso Matos	
O FORTALECIMENTO DO CONTROLE POLÍTICO PREVENTIVO DE EMENDAS COMO ALTERNATIVA À SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL	165
Gustavo Nascimento Torres	
Letícia Regina Camargo Kreuz	

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

THE LAW OF PERSONAL DATA PROTECTION AND THE DEFENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS

Arthur Pinheiro Basan

Professor adjunto da UniRv. Doutorado em Direito pela Unisinos. Mestrado pela UFU.

Resumo: O presente trabalho visa demonstrar como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, promulgada no Brasil em 2018, se preocupa com a tutela dos direitos fundamentais relacionados, em especial, com a privacidade e a intimidade. Para tanto, foi feita a análise das teorias que defendem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, inicialmente pela teoria da aplicação indireta para, logo em seguida, apontar a antítese feita pela teoria da aplicação direta. Ademais, apresentar os fundamentos que apoiam a possibilidade de complementariedade das teorias no intuito de salvaguardar, sempre na maior medida, a pessoa humana. Desse modo, busca-se evidenciar que, assim como outras leis de ordem pública aplicadas às relações particulares, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais também possui o caráter transversal, ou seja, prevê direitos fundamentais que devem ser respeitados tanto nas relações jurídicas públicas quanto nas privadas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, dados pessoais, relações privadas, teorias, eficácia.

Abstract: The text aims to demonstrate how the General Law of Protection of Personal Data, promulgated in Brazil in 2018, is concerned with the protection of fundamental rights related, in particular, with privacy and intimacy. In order to do so, it was analyzed the theories that defend the application of fundamental rights in private relations, initially by the theory of indirect application and then pointing out the antithesis made by the theory of direct application. In addition, the study defended the foundations that support the possibility of complementarity of the theories in order to safeguard, to a greater extent, the human person. Finally, the work aims to demonstrate that, as well as other public order laws applied to private relationships, the General Law on the Protection of Personal Data also has a cross-cutting nature, that is, it provides for fundamental rights that must be respected in public or private legal relationships.

Keywords: Fundamental rights, personal data, private relations, theories, effectiveness.

Submetido em maio de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

É evidente que a sociedade contemporânea, em rede, conectada via *internet*, trouxe diversos desafios jurídicos, afinal, ao mesmo passo em que o desenvolvimento tecnológico promove novas possibilidades de comunicação na sociedade, paralelamente aumenta o risco de lesão aos direitos mais fundamentais das pessoas, como a privacidade e a intimidade, por exemplo.

Em razão dos novos problemas crescentes nota-se, no âmbito legal, a expansão da ideia de pluralismo jurídico¹, revelando uma preocupação do Direito em se adequar ao setor pelo qual a norma foi produzida (como reflexo do pluralismo de fontes), em verdadeiro diálogo fontes². Tal fato se deve, especialmente, a ênfase que se dá à desregulação, por meio dos diversos códigos deontológicos (leis especiais e microssistemas), corolário ao valor em destaque, a saber, a manutenção dos grupos, em especial, os considerados constitucionalmente vulneráveis.³

Seguindo esse raciocínio é possível perceber a crescente preocupação normativa com a proteção dos vulneráveis, principalmente por meio das diversas legislações especiais, tais como o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor⁴, as quais evidenciam ainda mais a relativização da *summa divisio* público e privado.

Com efeito, a linha de pensamento que ora se inicia pretende demonstrar alguns dos argumentos que justificam e, além disso, dão as razões para que se defenda a aplicação dos direitos fundamentais de maneira transversal, isto é, não somente nas relações entre cidadãos e o Estado, pela concepção clássica, mas também nas relações jurídicas

1 O pluralismo, seja de métodos, fontes, sentimentos, agentes econômicos ou instituições produtoras de normas, caracteriza o desafio do direito brasileiro atual. Neste sentido, afirma a professora Marques que "exige a participação ativa do intérprete, de sua sabedoria, na identificação dessa complexidade normativa e de sua conexão necessárias com os valores e normas constitucionais, que não substituem outras normas, mas condicional e iluminam sua aplicação em vista da finalidade de proteção e efetivação dos direitos fundamentais." In MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. p. 105.

2 A teoria do diálogo das fontes surge no ordenamento pelo jurista alemão Erik Jayme, sendo amplamente difundida no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques. Em resumo, essa teoria surge para fomentar a as decisões por meio da utilização de fontes jurídicas heterogêneas que não se excluem, mas se complementam e "dialogam" entre si, de forma sistemática e coordenada. MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes*. Revista de Direito do Consumidor. RDC 51/34. jul.-set./2004. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores) *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Coleção Doutrinas Essenciais; v.1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 697.

3 Vale o alerta de Pietro Perlingieri, segundo o qual "Nem a emergência traduzida na legislação especial deve induzir a atribuir a esta última um papel central, acabando por ler os próprios princípios fundamentais à luz das leis especiais, quando a correta hierarquia das normas e dos valores exige exatamente o oposto. De tais leis especiais não se pode propor uma exegese assistemática que exclua sua recondução à unidade lógica e axiológica do ordenamento e do sistema". In: PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 33.

4 MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. p. 105.

horizontais, travadas entre particulares, dando destaque especial às disposições previstas na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) brasileira.

Dessa forma, é imperioso descrever as principais teorias que dão conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como apresentar as críticas pertinentes a cada uma delas. Não obstante, tem-se sempre que lembrar que a aplicação desmedida de uma teoria muitas das vezes acaba por esvaziar o seu próprio conteúdo, de modo que a correta fundamentação, juntamente com a utilização razoável, parece ser sempre a melhor medida. Neste ponto, destaca-se novamente a possibilidade de diálogo entre as ideias das diversas teorias.

Superada essa abordagem inicial, será possível destacar como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais, demonstra a consagração da eficácia horizontal¹ desses direitos básicos, posto que regula o tratamento de dados pessoais, seja por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Em verdade, mais do que nunca, em uma sociedade notadamente consumista², os poderes privados aproveitam de dados pessoais e sensíveis das pessoas, isto é, informações compreendidas em preferências, situações e opções da vida da pessoa, para o exercício de atividades financeiras. Desse modo, a Lei nº 13.709/18 surge para, dentre outras finalidades, evitar a prática empresarial abusiva e desmensurada, violadora de direitos fundamentais e transgressora da autonomia privada, necessária a autodeterminação da pessoa humana, em especial no que se refere à intimidade e a privacidade.

Ainda assim, ao considerar a maior especificidade que uma legislação setorial de proteção de dados pessoais e sensíveis presta à imensa abstração dos direitos fundamentais, a abordagem da legislação como forma de efetivar a autonomia privada cumpre também a função de evitar a banalização do argumento jusfundamental, gerado em especial pela defesa de que os direitos fundamentais têm aplicação direta e imediata, sem qualquer tipo de filtragem infraconstitucional.

Essa é a meta que ora se persegue.

1 É relevante deixar claro que a expressão "eficácia horizontal" sofre duras críticas, uma vez que mesmo as relações entre particulares podem ser marcadas pela desigualdade fática, como nos contratos de consumo, não sendo, portanto, relações jurídicas "horizontais" nem tão pouco "paritárias". De qualquer modo, o presente trabalho optou pelo uso de "eficácia horizontal" principalmente pelo consenso que a própria expressão gera, a saber, que se trata de relações entre privados, não estando o Estado em nenhum dos pólos. Mesmo assim, é importante evidenciar que a utilização dessa terminologia não pode criar a falsa ideia de que os particulares dessa relação estejam em situações simétricas, em patamar de igualdade. Reconhecer isso seria entrar em contradição com a própria razão de ser da aplicação dos direitos fundamentais nessas relações. In: DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

2 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999, p. 87.

1 AS RAZÕES PARA A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Inicialmente é imperioso destacar que o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (decorrente do termo alemão *Drittwirkung*¹) tem um dos seus pontos seguros no *leading case* do Caso *Lüth* (1958)², não tanto pela importância da controvérsia, mas sim, pelo valor da fundamentação utilizada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, e, diante disso, pela repercussão nos estudos jurídicos do mundo inteiro, inclusive no Brasil.

De maneira sintética, esse caso debatia o direito de liberdade de expressão de Erich Lüth, o qual sustentou um boicote público contra o filme *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal), de produção de Veit Harlan, o mesmo cineasta que, anos anteriores, havia produzido um filme chamado *Jud Süß*, sob influência do regime totalitário nacional-socialista, e que tinha forma de um filme de propaganda antissemita.³

Na decisão, o Tribunal Federal Constitucional Alemão proferiu posicionamento favorável à liberdade de expressão de Erich Lüth, considerando que os direitos fundamentais, apesar de em primeira linha serem direitos de defesa do cidadão em face do Estado, são, também, uma ordem de valores objetivos.

Em outras palavras, a acepção proferida nessa decisão sustentou a ideia de que os direitos fundamentais compõem uma ordem de valores objetiva e, conseqüentemente, produzem um efeito de irradiação para todos os âmbitos do direito, inclusive nas relações jurídico-privadas. Vale lembrar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu situação semelhante, no "Caso Ellwanger"⁴.

Em decorrência desse entendimento, ou seja, a partir do momento em que se qualificam as normas fundamentais como fundamento de uma ordem de valores objetiva, essas normas passam a penetrar seus efeitos em todo o ordenamento jurídico. Com isso, passa-se a admitir o "efeito de irradiação dos direitos fundamentais"⁵, abrindo caminho sólido para o reconhecimento efetivo da eficácia horizontal.

1 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

2 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 136.

3 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66-67

4 A questão se dá na apreciação pelo STF do HC nº 82.424/RS, em que Siegfried Ellwanger publica um livro com conteúdo antissemita, alegando, inclusive, que o holocausto nunca existiu. Contudo que a matéria em debate seja de natureza predominantemente penal, quanto à prescrição ou não do crime de racismo pelo qual o autor foi condenado, em última análise é possível perceber substancial semelhança com o caso *Lüth* em seu aspecto civil. Basta imaginar que, mesmo antes da condenação de Ellwanger, poderia algum judeu promover um boicote público à obra, ou até mesmo, requerendo a sua retirada do mercado. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *apud* SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 60.

5 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

Como se nota, diante dessa concepção de direitos fundamentais é possível caracterizá-los por um caráter duplo, isto é, composto de dimensões de direitos públicos subjetivos e, além disso, de dimensões de elementos objetivos fundamentais, verdadeiros valores de uma comunidade. Assim, esses dois aspectos das normas fundamentais, a saber, subjetivo e objetivo, se complementam entre si, com conteúdo de vigência multilateral, expressão de um sistema valorativo.¹

Ora, o direito privado não pode ser um âmbito jurídico imune à incidência da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais, sob pena de não passar de retórica vazia o argumento da supremacia da constituição e, em última análise, até mesmo o da própria unidade do ordenamento. Afinal, como defender a supremacia da constituição e dos direitos fundamentais inerentes a ela e, ao mesmo tempo, pregar por um isolamento total das relações privadas aos efeitos jusfundamentais?

Obviamente, em se tratando de sistema, como é o sistema jurídico brasileiro, coerência é um imperativo. Sendo assim, pode-se dizer que reconhecer essa eficácia horizontal é uma exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico de um Estado Constitucional², enquanto sistema jurídico como ordem axiológica-teleológica.³

Em verdade, a extensão dos valores dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade extremamente desigual⁴, ainda mais, nas dimensões da estrutura social perversa do Brasil⁵. Como se sabe, principalmente nesse tipo de sociedade, o fenômeno do poder não se restringe às atuações estatais, uma vez que, conforme Steinmetz, deve ser compreendido no seu sentido amplo, manifestado nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais ou horizontais. Neste sentido, afirma o autor que:

a teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder carece, em parte, de atualidade quando reduz o fenômeno do poder somente ao poder do Estado. No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado,

1 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 124.

2 "No Estado Constitucional, não se concebe poder do Estado que não esteja assentado na soberania popular e na dignidade humana, conseqüentemente, o dualismo entre direito público e privado mantém sua importância sob o aspecto sistemático, contudo, dificilmente pode-se conceber situação jurídica puramente privada ou puramente pública, na medida em que todas elas estão diretamente normatizadas pelo texto constitucional." ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 227.

3 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 280.

4 Dados revelados pela Receita Federal brasileira demonstram que entre os anos de 2015 e 2016 apenas 8,4% dos declarantes de imposto de renda ganham acima de 20 salários-mínimos, e concentram 46,4% da renda bruta total do país e 59,4% dos bens e direitos líquidos. In: BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Grandes Números IRPF. Anos-Calendário 2007-2016*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/grandes-numeros-dirpf-cap>. Acesso em 07/08/2015.

5 Daniel Sarmento, descrevendo a realidade social brasileira, afirma que "Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do 'elevador de serviço' para pobres e pretos; do 'sabe com quem está falando?', dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos de classe média, reprodução contemporânea do espírito da 'casa-grande e senzala'". In SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 238-239.

como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder.¹

No contexto atual, o poder pode se mostrar diante de feições das mais diversas, tanto no âmbito público quanto no âmbito privado. Diante desse fato, têm-se pistas que indicam a necessária “constitucionalização” do Direito Privado, uma vez que, conforme defende Iturraspe, o Direito Privado passa a buscar a igualdade material como complemento da igualdade formal e a liberdade em concreto ao lado da liberdade em abstrato. Segundo o autor, tal fato se deve em razão do Direito Privado tomar do Direito Público essas inquietudes, de modo que o Direito Privado sofre uma “desprivatização”, posto que a ideia de comunidade passa ser também um referencial, juntamente com a defesa da personalidade individual privada², dando indícios da necessidade de preservação da solidariedade³ como fundamento, inclusive, para a melhor vida em sociedade.

Em razão disso, a divisão entre direito público e privado é mitigada, ao considerar que o poder, de maneira ampla, foi espargido aos diversos setores da sociedade, razão pela qual, mesmo nas relações entre privados sob a lógica do mercado, os direitos fundamentais devem ser respeitados. Em razão disso, o Estado, além do dever de se abster de violar direitos fundamentais, tem o dever de protegê-los contra violações provenientes da esfera privada.⁴

Vale deixar claro que a Constituição Federal brasileira, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, traçou os ideais de criação de uma sociedade livre, justa e solidária. Entretanto, na prática, conforme já exposto, a realidade social do país revela uma inegável desigualdade social, razão pela qual, se os poderes privados não encontrarem limites, passam a ser verdadeira ameaça à realização do projeto constitucional de vida em comum.⁵ Por óbvio, para a efetivação dessa sociedade idealizada pela própria carta constitucional, os direitos fundamentais devem ser dotados de eficácia ampla, tanto nas relações verticais quanto nas relações horizontais.

Com base nessa mesma realidade, Iturraspe descreve também essa alteração do “soberano” público ao “soberano” privado, ao demonstrar a difusão do poder público também aos particulares. Assim, o autor afirma que:

De donde puede decirse que el particular, el consumidor, ha pasado de contratar com el Estado soberano a contratar con empresas, soberanas también en cuanto su voluntad se impone en la negociación. De ahí que se habla con tanta

1 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.85

2 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 130.

3 Sobre a solidariedade, afirma Iturraspe que: “se fundamenta en naturaleza del hombre y en su dignidad de persona. Como principio deontológico expresa, se aclara, la recíproca vinculación y dependencia del individuo con la sociedad”. In: ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 158..

4 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 64-65.

5 LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

insistencia de la crisis de decadencia de la autonomía privada cuando los celebrantes no se encuentran en condiciones económicas o "de poder" similares.¹

Isso indica que a discussão a respeito da aplicação das normas fundamentais nas relações privadas ganha ainda maior destaque ao considerar que as sociedades hodiernas, da qual a brasileira não escapa, dão pistas de serem basicamente "sociedades de consumo", composta por pessoas em nítida situação de vulnerabilidade.²

Ainda assim é imperioso lembrar que os direitos fundamentais dão pistas de serem, a bem da verdade, normas de proteção das partes mais débeis, em resistência às leis geradas pelas partes mais fortes.³ Neste sentido, a própria tutela do consumidor, sob o fundamento da presumida vulnerabilidade, mesmo que em âmbito de legislação especial, é evidente demonstração de garantia de direitos fundamentais.

Com efeito, têm-se indícios de que o reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas traz relevantes consequências às relações negociais, inclusive em âmbito digital, em especial, ao considerar que diversas situações jurídicas privadas superam o mero caráter patrimonial da relação, adquirindo verdadeiro significado existencial.

Em verdade, diante da concepção de que é impossível fazer a separação, na sociedade brasileira contemporânea, entre o interesse privado e o interesse público, supera-se também o paradigma de que o Direito Privado se preocupa tão somente com o caráter patrimonial da sociedade civil.⁴

Diante do exposto, de uma maneira geral, é possível defender que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas se justifica e, além disso, encontra suas razões, com base nos pressupostos de que i) os direitos fundamentais tomaram grande força expansiva, vale lembrar, na "era dos Direitos"⁵; ii) a aplicação da Constituição Federal em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Privado, como forma de determinar a unidade do ordenamento; iii) a crise na dicotomia público-privado; iv) a intensa desigualdade social brasileira aliada ao fenômeno do "poder privado"; e, por fim, v) a necessária tutela dos vulneráveis quanto a exposição de dados pessoais em uma sociedade de consumo e cada vez mais digital⁶.

De maneira geral, com base nas ideias ora levantadas, é possível perceber que todos os argumentos que defendem as razões da eficácia dos direitos fundamentais nas

1 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 488.

2 ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 96.

3 Ferrajoli defende que "Los derechos fundamentales – desde el derecho a la vida, pasando por los derechos de la libertad, hasta los derechos sociales a la salud, al trabajo, a la educación y a la subsistencia – siempre se han afirmado como la *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte, que regía y regiría en su ausencia: de quien es más fuerte económicamente como em el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente como em la comunidad internacional." In FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 36.

4 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237.

5 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier, 1992.

6 CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2003.

relações privadas podem ser resumidos a uma ideia básica central, qual seja, a convergência do direito privado para a Constituição. Com efeito, é preciso constatar, em especial no tocante à proteção da autonomia privada, quanto aos dados pessoais, a complementariedade da dogmática civilista, no que se refere aos direitos da personalidade, com o pensamento constitucional, em verdadeiro diálogo de fontes¹, em busca da tutela do fundamento supremo do sistema jurídico: a pessoa.²

Desse modo, é preciso descrever, mesmo que de maneira breve, as teorias acerca dessa eficácia horizontal, a fim de, diante do pensamento de ambas as correntes, permitir uma melhor compreensão do tema.

2 PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As razões até aqui apresentadas demonstram que a ideia de eficácia horizontal já é amplamente aceita no âmbito dos estudos jurídicos brasileiros³, de modo que quanto à aplicação das normas fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares a maior questão que surge não é “se” os direitos fundamentais são aplicados a essas relações, mas sim, em “como” (e em que medida⁴) é feita essa aplicação.⁵

Logo, o ponto central do debate encontra-se na busca de uma forma de equilíbrio e compatibilização entre, de um lado, a autonomia privada, cerne do direito privado, e, de outro lado, a tutela efetiva e eficaz dos direitos fundamentais. Aliás, é nessa busca de

1 A teoria do diálogo das fontes surge no ordenamento pelo jurista alemão Erik Jayme, sendo amplamente difundida no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques. Em resumo, essa teoria surge para fomentar a as decisões por meio da utilização de fontes jurídicas heterogêneas que não se excluem, mas se complementam e “dialogam” entre si, de forma sistemática e coordenada. MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes*. Revista de Direito do Consumidor. RDC 51/34. jul.-set./2004. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores) *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Coleção Doutrinas Essenciais; v.1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 697.

2 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 177.

3 É importante ressaltar que na Alemanha, o pensamento de Forsthoff contrário à eficácia horizontal ganhou destaque, fundado numa visão liberal clássica dos direitos fundamentais. Entretanto, essa corrente que negava a aplicação das normas fundamentais nas relações privadas perdeu força com as reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, em especial a partir da década de 50. Ainda assim, demonstra certa força a teoria do *State action* americana, a qual defende que a *Bill of rights* da Carta estadunidense vincula apenas os Poderes Públicos. De todo modo, essa negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas parece que não adquiriu força significativa nos estudos brasileiros. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 187-197.

4 BILBAO UBILLOS, Juan María. *Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica*. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. In: Gustavo Tepedino, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 236.

5 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 102.

equilíbrio que se deve evitar ao máximo a suposta banalização do argumento jusfundamental. Em outras palavras, a grande questão que se põe quanto à aplicação das normas fundamentais gira em torno da extensão da eficácia dessas normas frente às relações jurídicas entre particulares, ou seja, se a eficácia é direta (imediate) ou indireta (mediata).

Dito de outra maneira, a questão que se debate é se dentro das relações privadas as pessoas podem invocar os direitos fundamentais em termos semelhantes aos opostos perante o Estado (eficácia direta) ou se devem invocá-los através dos mecanismos próprios do direito privado, como por exemplo as cláusulas gerais (eficácia indireta).

2.1 Teoria da eficácia indireta (mediata)

A teoria da eficácia indireta (mediata) foi formulada inicialmente por Günter Dürig, ganhando destaque especialmente após ser citada pelo Tribunal Constitucional Alemão no supracitado Caso Lüth (1958).¹ Segundo Dürig, uma vez que os direitos fundamentais compõem uma ordem objetiva de valores que produzem irradiação de efeitos por todo o ordenamento jurídico, para incidirem nas relações jurídicas entre particulares, as normas jusfundamentais necessitariam de mecanismos de intermediação.²

De uma maneira bem geral, essa teoria defende que as normas de direito fundamental produzem efeitos nas relações privadas de modo objetivo, isto é, por meio de normas e parâmetros dogmáticos do direito privado. Desse modo, a eficácia dessas normas fundamentais fica condicionada à concretização pelo legislador ordinário, por meio das leis específicas de direito privado, em primeiro plano, e dos juízes e tribunais em segundo plano.

Assim, cabe ao legislador criar normas de direito privado sob essa ótica e, ao juiz e tribunais, sobretudo quanto as cláusulas gerais, mediar a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.³ Conforme se percebe, essa teoria defende que os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares por meio de normas objetivas de princípios, como sistema de valores que condicionam as normas infraconstitucionais.

Neste aspecto, é possível perceber a relevância dos textos de normas imperativas do Direito Privado, sobretudo os princípios e as cláusulas gerais, como verdadeiras “portas” que permitem a “irradiação” dessas normas fundamentais nas relações particulares, isto é, a construção de certas “pontes” entre o Direito Privado e os valores expressos na Constituição como fundamentais ao sistema jurídico.⁴

Diante disso, têm-se pistas de que essa teoria preza pela independência e autonomia do Direito Privado, em especial do Direito Civil, ante o Direito Constitucional positivo. Dessa forma, os direitos fundamentais são protegidos no âmbito privado não pelos

1 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.136.

2 CANARIS, Claus Wilhelm *apud* SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 75.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.87

4 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 198.

instrumentos constitucionais, mas sim, através dos mecanismos próprios do sistema jurídico privatista.

Em outras palavras, a aplicação direta dos direitos fundamentais acabaria por exterminar a autonomia das pessoas e, além disso, retirando a independência do direito privado, uma vez que o tornaria um mero instrumento de aplicação dos direitos constitucionais. Vale lembrar que nenhuma constituição logra êxito em impor a sua força normativa, sem um direito ordinário sólido, que lhe dê sustentação.

Em verdade, o direito privado também protege valores tão relevantes quanto os direitos fundamentais, até porque garante espaços de liberdade essenciais ao livre desenvolvimento das pessoas.

Com efeito, considerar a aplicação direta das normas fundamentais nas relações privadas, segundo essa teoria, seria retirar a função das legislações de Direito Privado de regular situações jurídicas em que ambas as partes possuem direitos fundamentais.

Além disso, o próprio controle de constitucionalidade é uma ferramenta essencial para garantir que as leis infraconstitucionais no âmbito privado sejam elaboradas de acordo com a norma constitucional, que expressa os direitos fundamentais.

Dessa forma, tem-se que a teoria mediata da eficácia horizontal das normas fundamentais é uma legítima manifestação de preservação da identidade, autonomia e relevância do direito privado como setor do sistema jurídico responsável pela normatização e regulação das relações entre particulares, apto a desenvolver de forma mais específica as normas reguladoras das liberdades e das autonomias das pessoas.

De qualquer modo, é imperioso reconhecer que muitas vezes, em especial em uma sociedade de alta complexidade, a legislação infraconstitucional e a atividade administrativa não regulam satisfatoriamente o direito fundamental constitucionalmente previsto. Eis um dos grandes pontos em que a teoria da eficácia indireta recebe crítica: “não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário”.¹

Em verdade, neste ponto, dois aspectos são destacados, a saber, a impossibilidade do legislador regular todas as pretensas situações particulares de conflito de direitos fundamentais e, ademais, a frequente inércia do legislador. Com base nessas considerações, “os direitos fundamentais nada seriam sem o legislador, apregoariam os mais fanáticos.”²

2.2 Teoria da eficácia direta (imediate)

Em contrapartida, a teoria da eficácia direta (imediate) defende que da mesma forma que os direitos fundamentais são aplicados nas relações verticais, ou seja, entre pessoas e o Estado, devem ser aplicados também nas relações interparticulares, sem intermediação legislativa. O grande expoente dessa teoria é o autor Hans Carl Nipperdey, o qual defendeu

1 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 204.

2 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

a ideia de que as normas fundamentais possuem efeitos absolutos, isto é, não carecem de intermediações legislativas infraconstitucionais para serem aplicadas às relações privadas.¹

Dessa forma, segundo esse autor, os direitos fundamentais possuem caráter dúplice, ou seja, vinculam, em algumas situações, apenas o Estado e, em outros contextos, podem ser invocados diretamente nas relações particulares, independente de ação intermediária legislativa. Em outras palavras, há uma previsão dos direitos fundamentais em sua dupla vertente, subjetiva e objetiva, operante em todo o sistema jurídico.

É importante destacar que Nipperdey atuava na área do Direito do Trabalho, isto é, o paradigma do autor dá pistas de ser sob uma ótica da proteção constitucional dos trabalhadores. Aliás, o próprio professor Sarmento descreve a aplicação dessa teoria pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, o qual reconheceu diretamente a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de determinadas enfermeiras de um hospital caso estas viessem a contrair matrimônio.²

Ademais, para essa teoria, a aplicação das normas fundamentais se dá de forma direta (imediata), ou seja, independente de legislações específicas ou de cláusulas gerais que permitam sua incidência nas relações privadas. Tal fato decorre da defesa de que os direitos fundamentais constituem verdadeiros direitos subjetivos, podendo os particulares recorrer a estas normas mesmo para fazê-las valer contra outras pessoas privadas (trata-se do *status socialis*).³

Um dos fortes argumentos dessa teoria no Brasil é o de que a própria Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, §1º prevê a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, sem limitar esse imediatismo às relações verticais. Desse modo, mesmo nas relações privadas, teria de se respeitar os atributos essenciais das normas jusfundamentais: fundamentabilidade e aplicabilidade direta.⁴

Concluindo, segundo essa teoria, os direitos fundamentais possuem efeito normativo imediato, em sua qualidade de direito constitucional objetivo e, logicamente, emanam uma regulação normativa do ordenamento jurídico total, da qual também decorrem os direitos privados subjetivos do particular, isto é, produzem o “efeito absoluto” dos direitos fundamentais.⁵

Entretanto, é preciso alertar que considerar a aplicação imediata e irrestrita dos direitos fundamentais é desconsiderar as especificidades tratadas pelo direito privado, as quais dão maior especialidade às normas e, conseqüentemente, capacitam maior efetividade na aplicação dos direitos fundamentais. Neste sentido, afirma Marcelo Duque que:

Se a constituição contivesse em si toda a ordem jurídica, ela seria, como enfaticamente aponta Ernst Forsthoff, uma espécie de “ovo jurídico do mundo, do qual tudo surge, desde o código penal, até a

1 SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87

2 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 205.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.168.

4 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 79.

5 NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011. p. 59.

lei sobre a fabricação de termômetros”, mesmo porque, nessa ótica, teria a constituição a pretensão – não desejada, de determinar completamente o lado normativo de cada decisão judicial especializada. A consequência seria uma banalização dos direitos fundamentais, com perda da própria força normativa da constituição.¹

Neste diapasão, têm-se pistas de que a teoria da eficácia imediata, de inegável caráter promocional da pessoa humana, mesmo que tenha como um dos fundamentos a maximização da aplicação dos direitos fundamentais, corre o risco de tornar a utilização desses direitos banalizada, em especial a desconsiderar as normatizações pertinentes às áreas setoriais.

Em razão disso a proteção pretendida acaba perdendo o seu valor, ao considerar que todo direito fundamental que esteja sendo mitigado em uma relação privada possa ser postulado de maneira direta no judiciário, tal como nas relações verticais, perante o Estado. Esse raciocínio dá pistas de esvaziar o próprio valor normativo das normas fundamentais nas relações horizontais, tornando esses direitos “insaciáveis”.

2.3 A teoria da eficácia direta (imediata) nas relações particulares e o risco de banalização do argumento jusfundamental

Diante da hermenêutica dos direitos fundamentais, com a incidência das normas fundamentais constitucionais em todos os ramos do direito, é possível perceber que, muitas vezes, o argumento jusfundamental é utilizado em demasia e de maneira injustificada. Marmelstein, ao conceituar o termo “direitos fundamentais”, alerta para o uso banalizado da expressão, segundo o qual:

Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental. Há quem considere titular de um direito fundamental andar armado. Há quem defenda a existência de um direito de manifestar ideias nazistas. Há quem diga que existe um direito à embriaguez. Aliás, na Alemanha, a Corte Constitucional daquele país já teve que decidir se existiria um direito a fumar maconha e a “ficar doidão”. Já houve quem ingressasse com ação judicial para exigir Viagra do Poder Público, alegando que existiria um direito ao sexo! Pelo que se observa, há uma verdadeira banalização do uso da expressão *direito fundamental*.²

Ademais, Duque, de antemão avisando que esse problema possui pouco destaque na doutrina especializada, tratando essa banalização como uma hipertrofia de direitos fundamentais, alerta que:

Trata-se do risco de banalização dos direitos fundamentais, por meio de um sentimento de hipertrofia desses direitos que, eventualmente, também pode ser verificado num quadro maior, caracterizado pelo excesso de fontes normativas [...]. Isso é comum em países que passaram por experiências históricas negativas. Às vezes, no afã de evitar que consequências maléficas voltem a

1 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 89.

2 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

ocorrer, acaba-se recaindo em excessos, que em nada contribuem para a regulamentação equilibrada e eficiente da coletividade.¹

Ora, é relevante deixar claro, mais uma vez que, ao descrever a banalização do uso do argumento jusfundamental, o presente texto pretende fazer uma análise crítica do assunto, não no sentido negativo, de censurar a aplicação dos direitos fundamentais, mas sim, de propor uma aplicação das normas fundamentais nas relações privadas de maneira coerentemente justificada e fundamentada.²

Dessa forma, pode-se afirmar que nas decisões judiciais deve-se evitar ao máximo a banalização do discurso jusfundamental, a fim exatamente de legitimar a atuação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, é preciso perceber que ao direcionar o estudo dos direitos fundamentais a uma hipertrofia, perde-se a precisão e a fundamentação específica para o uso do argumento jusfundamental, fato este que em nada contribui para a efetivação desses direitos na sociedade. Neste sentido, Martins e Dimoulis afirmam que:

encontramos uma abordagem dos direitos fundamentais de cunho *retórico*, baseada na exaltação da “prevalência dos direitos humanos” e dos valores por ele expressos. Tais discursos são politicamente importantes em tempos de autoritarismo, mas perdem sua utilidade na medida em que um país consolida suas estruturas liberais e democráticas. Esse é o caso do Brasil dos últimos vinte anos. Exposições que se limitem a celebrar a ideia dos direitos fundamentais, enumerando suas conquistas e as normas nacionais e internacionais que as positivaram não oferecem a solução a problema alguma. Tal tipo de abordagem só produz discursos políticos repetitivos e, afinal de contas, estéreis, sem indicar, de forma juridicamente fundamentada, quais direitos e porque prevalecem em cada caso concreto e quais as formas de sua implementação.³

Como se nota, têm-se pistas de que, ao utilizar de maneira infundada o argumento jusfundamental, fazendo com que os direitos fundamentais sejam ilimitados, em verdadeira hipertrofia, corre-se o risco de tornar, de maneira indesejável, esses direitos insaciáveis⁴, gerando a banalização dos direitos humanos.⁵

Ademais, diretamente relacionada a essa suposta banalização do discurso jusfundamental encontra-se o demasiado expansionismo constitucional brasileiro, o que toca, em última análise, nos limites da própria jurisdição constitucional. Neste mesmo sentido, Moraes alerta para o risco da aplicação desmedida dos princípios constitucionais, de modo que, segundo a autora:

Contudo, exatamente nesta linha, é importante alertar que a consolidação da metodologia pós-positivista e da constitucionalização do direito civil em nossa doutrina e, especialmente, em nossos tribunais, tem sinalizado para um perigo

1 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 97-98.

2 Oportuno lembrar que, com apoio em Manuel Atienza, “em la teoría del Derecho, carece de valor cualquier trabajo no esté enfocado a mejorar el Derecho y el mundo social, aunque, naturalmente, el objetivo puede ser a muy largo plazo y contando con muchas mediaciones.” In: ATIENZA, Manuel Rodrigues. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Trotta, 2013. p. 30.

3 DIMOULIS Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 16.

4 PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2001. p. 243-265.

5 TESSLER, Marga Barth. Há um fundamento para os direitos humanos ou como fundamentar os direitos humanos e que direitos humanos fundamentar. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. – n. 1 (jan./mar. 1990). – Porto Alegre: O Tribunal, 1990 – v.1 – Trimestral. p. 54-55

crescente. A necessária superação do formalismo por uma perspectiva mais flexível e principiológica foi efetivada, e agora nos deparamos com o alerta do risco oposto. O receio dos juristas mais tradicionais parece encontrar eco quando se veem decisões que, sob o pretexto da constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado de banalização do Direito.¹

Obviamente que, conforme já exposto, dentro da noção de sistema jurídico, pautado pela democracia e pela proteção dos direitos fundamentais, a Constituição deve se encontrar no topo normativo, com condição de supremacia. Entretanto, é preciso também levar em conta a autonomia dos demais setores do ordenamento jurídico, sob pena de ocorrer um expansionismo constitucional ilegítimo, contrariando a própria competência legislativa prevista pela Constituição.

Em outras palavras, a banalização dos direitos fundamentais pode se dar também pela expansão da jurisdição constitucional, a qual, quando elevada a abusos, gera um expansionismo constitucional ilegítimo, aplicando a Constituição sem observar as regras de competência, as quais, devido à setorização, são dotadas de maior especificidade. Neste sentido, Duque descreve que:

É por isso que há quem sustente que a proteção jurídica se torna tão mais ineficaz quanto maior for a sua pretensão de tentar garantir por escrito a totalidade de situações. Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ficar adstritos aos âmbitos essenciais da natureza humana, esses revelados nas esferas da dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e igualdade, focados, assim, na autoconsciência da pessoa e na liberdade de se auto determinar e de se configurar no mundo em que vive.²

Diante de todo o mencionado, é possível perceber que a banalização do argumento jusfundamental nas decisões judiciais mediante a defesa da aplicação imediata e indiscriminada dos direitos fundamentais acaba por esvaziar o seu valor normativo, tornando esses direitos “insaciáveis”.

Nesse sentido, ganha relevância a reflexão quanto o grau de eficácia horizontal das normas fundamentais, porquanto se trata de um dos temas mais caros ao estudo dos direitos fundamentais, uma vez que a pós-modernidade trouxe consigo uma série de conflitos privados até então inimagináveis na ocasião do nascimento da doutrina de direitos fundamentais, como a própria utilização de dados pessoais e sensíveis como capital no mercado.³

Com efeito, têm-se pistas de que, visando evitar a banalização do uso do argumento jusfundamental nas relações entre privados, é preciso propor uma reflexão que considere que o direito constitucional e o direito privado existem em uma relação recíproca de complementação e dependência, em verdadeiro diálogo de fontes, até porque, esse pensamento é o que parece permitir maior coerência sistêmica.

1 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do Direito no início do século XXI*. Revista de Direito Privado | vol. 56 | p. 11 | Out / 2013, p. 64.

2 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 98.

3 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.

2.4 O diálogo entre as teorias como forma de se evitar a banalização dos direitos fundamentais nas relações privadas

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, aparentemente com o nobre intuito de potencializar a proteção dos direitos fundamentais, consagrou-se uma verdadeira “escola”¹ no país que defende a ideia de que as normas fundamentais vinculam os particulares nas relações jurídico-privadas de maneira direta e imediata.

Ainda assim, vale lembrar que muitas das obras desses autores, que se filiam à corrente do “direito civil constitucional”, como o professor Tepedino², foram elaboradas em momento anterior ao Código Civil de 2002, o qual, tomando emprestado alguns conceitos do Código de Defesa do Consumidor de 1990, como os princípios da boa-fé e da função social, agregando, na dogmática civilista, cláusulas gerais que possibilitam a efetivação, nas relações privadas, dos direitos fundamentais.

Obviamente que a consideração da força normativa da Constituição, sobretudo por meio dos princípios constitucionais, trouxe uma nova dimensão ao estudo do Direito, do qual o Direito privado não escapou. Isso significa que, diante das normas previstas no Código Civil de 1916, de caráter predominantemente individualista e patrimonial, de fato havia uma incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, o que, conseqüentemente, exigia uma aplicação direta e imediata das normas constitucionais, sobre direitos fundamentais, até mesmo nas relações privadas. Neste mesmo diapasão, Martins afirma que:

Caso, assim, não houvesse essa perspectiva constitucional, ao direito civil sobraría uma letargia que, evidentemente, iria rabiscar uma estranha órbita de irracionalidade, até porque, enquanto o Texto Maior inicia por proclamar um sem-número de direitos fundamentais que dizem respeito à pessoa, o direito civil deixaria de acompanhar o mesmo sentido. Aliás, a bem da verdade, esse fato ocorreu na relação existente entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988.³

Aliás, aparentemente um dos autores que mais influenciaram no Brasil a defesa da incidência direta das normas fundamentais foi o italiano Perlingieri. Mesmo considerando a importância do pensamento do autor ao estudo jurídico, é relevante fazer algumas considerações que dão pistas de diferenciar a realidade jurídica italiana que influenciou o pensamento de Perlingieri do atual contexto jurídico brasileiro.

Neste sentido, é preciso perceber que durante a exposição da ideia de um “direito civil na legalidade constitucional”⁴ Perlingieri possuía como plano de fundo uma Constituição

1 O termo “escola” é utilizado por Marcelo Duque. Segundo esse autor, no Brasil, prevalece o entendimento de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, seguindo o pioneirismo de Ingo Sarlet. Com efeito, Duque afirma que, ainda que com variações e mitigações, seguem esse mesmo raciocínio os trabalhos de autores como o Sarmento, Steinmetz, Tepedino e Sombra. É relevante destacar que essas referências foram também utilizadas na elaboração do presente texto. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 43.

2 TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de Direito Civil*, 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

3 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

4 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 588.

italiana, dotada de princípios e direitos fundamentais, que era posterior a um Código Civil promulgado no decorrer do fascismo italiano, em 1942.

Dessa forma, é plenamente justificável o fato de Perlingieri defender a imediata aplicação de todos os preceitos constitucionais no âmbito do direito privado, uma vez que o direito privado estava totalmente fora de sintonia com o contexto social da Constituição italiana pós-guerra.

Corroborando com essa reflexão vale destacar as observações de Roppo, uma vez que o autor, em sua obra sobre contratos, trata sobre a relação entre este e o regime político fascista italiano. Dessa maneira, ao discorrer sobre as características do Código Civil que rege os contratos italianos, o autor afirma que:

Uma questão que se reveste para nós importância e actualidade tanto maior se se considerar que o código civil de 1942 foi redigido e entrou em vigor em pleno regime, e que, portanto, a disciplina geral dos contratos vigente é, quanto à sua gênese histórica, de signo fascista.¹

Vale lembrar que esse mesmo raciocínio pertinente ao pensamento de Perlingieri pode ser aplicado ao pensamento do argentino Iturraspe, também defensor de uma aplicação direta das normas fundamentais nas relações entre privados. Ao defender a ideia de um “derecho civil constitucional”² Iturraspe tinha como base de sua análise um Código Civil argentino que, apesar das inúmeras alterações, era datado de 1871. Obviamente, se comparado esse Código com a Constituição da Nação Argentina, reformada em 1994, fica nítida a diferença nos valores atinentes a cada contexto.³

Aliás, é possível perceber que Perlingieri também foi um dos referenciais teóricos que fundamentou o pensamento de Iturraspe quanto a aplicação direta das normas fundamentais nas relações entre particulares, vindo este autor a defender também a releitura das normas privadas, por uma renovação jurídica de valor, como base para a constitucionalização do Direito Civil.⁴

Vale lembrar que a aplicação indireta dos direitos fundamentais na Argentina ganhou mais força com o advento do “novo Código Civil Y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994, de 07.10.2014)”, uma vez que este código é fundamentado em uma base normativa humanista e, ainda assim, sustenta a hermenêutica promocional da pessoa humana, de modo a se adequar a essa renovação jurídica de valor determinada pela Constituição.

Sendo assim, superadas essas primeiras considerações a respeito da recorrente defesa da eficácia imediata no Brasil, têm-pistas da possibilidade de diálogo entre as teorias, de maneira a possibilitar a hermenêutica mais condizente com a realidade brasileira, que se foque na efetivação dos direitos fundamentais, independente da teoria aplicada. Aliás, esse tipo de pensamento contribui ainda para se evitar a banalização do argumento jusfundamental, a qual aparece como consequência natural de uma aplicação direta e imediata, por vezes desmensurada.

1 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55.

2 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011.

3 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 105.

4 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 86.

Indo adiante, conforme já exposto, das duas teorias quanto à extensão da aplicação das normas fundamentais às relações jurídicas horizontais, a saber, as teorias direta e indireta, é possível perceber uma possibilidade de complementariedade, especialmente visando evitar que o uso dos direitos fundamentais seja feito de forma trivial e banalizada.

Em consequência, é possível perceber que a aplicação das normas fundamentais nas relações privadas aparenta-se ter nítida coerência com a superação da *summa divisio* público-privado, exigindo a composição de um ordenamento globalmente ordenado, e, ainda assim, respeitante dos valores protegidos pelo mesmo.¹

Ora, um dos grandes embates que dificulta a determinação da medida de eficácia das normas fundamentais nas relações entre particulares reside no fato de que a titularidade e o destinatário dos direitos fundamentais se confundem, isto é, numa relação privada, ambas as pessoas têm garantidas os seus direitos fundamentais e, aparentemente, ao mesmo tempo, são também possíveis violadoras de direitos fundamentais. Desse modo, como determinar quem será o destinatário desses direitos?² Logo, como determinar até que ponto um direito fundamental será limitado em favor do outro?

A fim de buscar resolver essa questão, é imperioso descrever a teoria desenvolvida por Alexy, segundo a qual os direitos fundamentais se dividem basicamente quanto às suas funções, isto é, em i) direitos fundamentais de defesa; e ii) direitos fundamentais de prestação *lato sensu*.³

No tocante aos primeiros, os direitos fundamentais de defesa, o autor afirma que são os direitos presentes na relação vertical, isto é, entre pessoa(s) e o Estado, exigindo deste uma posição evidentemente negativa, como expressão dos direitos de liberdade. Em outros termos, essa espécie de normas fundamentais consiste no dever do Estado de se abster de interferir na liberdade e na autonomia privada das pessoas (direitos gerais de liberdade e igualdade).

Quanto aos direitos fundamentais de prestação *lato sensu*, Alexy os divide em a) direitos a organização e procedimento, os quais exigem essencialmente a criação de instituições fundamentais às garantias de direitos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública; b) direitos de prestações *stricto sensu* ou prestacionais (“direitos fundamentais sociais”), os quais tem um cariz assistencial, promovendo os mínimos existenciais das pessoas; e, por fim c) direitos de proteção, os quais exigem uma interferência direta do Estado nas relações privadas, como verdadeiras normas emancipatórias. Neste último ponto encontram-se as leis setoriais de tutela dos vulneráveis, como à título de exemplo, o mandamento do art. 5º, XXXII da CF/88 de promoção do consumidor e, em última análise, a própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, como reflexo da necessária tutela da vida privada e da intimidade, mandamentos do art. 5º, X da Carta Magna.

Diante disso, têm-se pistas de que a melhor maneira de determinar a incidência das normas fundamentais nas relações privadas, evitando a hipertrofia desses direitos e

1 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 762.

2 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

3 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

promovendo sua ótima efetividade, é por meio da complementariedade das teorias indireta e direta, conforme se aparenta destacar a teoria de Canaris.¹

Conforme esse autor, a eficácia das normas fundamentais frente às relações entre particulares deve ser indireta, por meio das legislações específicas de direito privado. Dessa forma, o destinatário das normas fundamentais passa a ser tão somente o Estado, assim como nas relações verticais, cabendo a este a positivação das ferramentas privadas capazes de garantir os direitos fundamentais das pessoas, conforme a proibição de insuficiência.

Ora, é imperioso lembrar de que é dever do Estado ser um garantidor e um não violador das normas fundamentais. Sendo assim, nas relações privadas, o Estado surge como um “terceiro” regulador da relação, ao determiná-lo como competente para fazer o regramento inferior que especifique melhor a aplicação a priori ampla e abstrata das normas fundamentais, isto é, ao Estado cabe a retirada da abstração das normas fundamentais, por meio da setorização nas legislações específicas, aproximando a norma das particularidades dos casos concretos.²

Em verdade, essa abordagem relaciona-se com o próprio princípio de segurança jurídica, afinal, este é mais bem observado se as normas fundamentais amplas e abstratas, a priori, são projetadas de modo mais detalhado nas relações privadas por meio das legislações do Poder Legislativo, em primeiro plano, e, subsidiariamente, do Poder Judiciário, por meio da hermenêutica das cláusulas gerais, dos princípios e dos conceitos indeterminados.

Ademais, em última hipótese, não havendo o Estado legislado sobre as normas fundamentais, isto é, havendo uma omissão estatal quanto à normatização nas legislações mais específicas sobre os direitos fundamentais, há de se considerar, segundo Canaris, o “imperativo de tutela”, permitindo a aplicação direta e imediata das normas fundamentais nas relações privadas.³

Com efeito, é preciso destacar que, conforme os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti⁴, em um mundo complexo, a mais acertada decisão judicial deve partir das normatizações mais setoriais, as quais possuem maiores proximidades com as especificidades do caso concreto.

Dessa forma, o ponto inicial de qualquer decisão judicial, segundo o autor argentino, deve partir do método dedutivo, fazendo a delimitação do fato e procedendo a dedução à norma válida. Não sendo possível uma adequada assimilação da norma ou sendo a interpretação desta difícil, está-se diante de um *hard case*, abrindo precedente para a

1 CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2003.

2 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

3 Com efeito, afirma Canaris que há “diferença teórico-estrutural entre a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela e como proibições de intervenção: enquanto na última se trata simplesmente de controlar segundo os direitos fundamentais uma disciplina já existente – isto é, uma norma, um acto da administração ou similar -, no caso da função de imperativos de tutela está em causa justamente o contrário, isto é, a *ausência* de uma tal disciplina – ou seja, uma omissão estatal em contraposição a uma intervenção [...]”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2003. p. 115.

4 LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 364.

aplicação dos princípios, isto é, abrindo a possibilidade de normas mais abstratas e axiologicamente mais amplas, pelo imperativo de tutela.

Diante desse mesmo raciocínio, Maximiliano também defende uma aplicação em que o aplicador parte dos “fatos mezinhos da vida diária até o cúspide do saber profissional”, segundo o qual:

Recorre o aplicador do texto aos princípios gerais: a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc.); d) de todo o Direito Privado, ou de todo o Direito Público; e) do Direito Positivo, *inteiro*; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma. Vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação da hipótese controvertida.¹

Nessa conexão de ideias, parece que a teoria da decisão judicial desenvolvida por Lorenzetti e até mesmo o modo de aplicação do texto jurídico defendido por Maximiliano estão em consonância com as descrições de Canaris e, conseqüentemente, à ideia defendida no presente texto.

Com isso, é possível concluir que eficácia indireta e eficácia direta não são formas incompatíveis de aplicação de normas fundamentais, uma vez que nas situações em que não há viabilização da primeira (omissão), abre-se a possibilidade para utilização da segunda. Logo, ambas são garantidoras da eficácia das normas fundamentais como princípios objetivos de todo o sistema jurídico.²

Diante disso, têm-se pistas de que a teoria de Canaris, em verdade, transmite um pensamento de diálogo de fontes e, ao mesmo tempo, de convergência do direito privado para a constituição. No fundo parece ser essa também a conclusão de Steinmetz, ao defender a eficácia imediata “modulada”³, se adequando com o pensamento de Duque de se evitar a banalização do argumento jusfundamental.⁴

Por todo o mencionado, é preciso descrever de que forma a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais permite de maneira concreta a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em outras palavras, torna-se imperioso delimitar de que modo essa recente lei pode se qualificar como uma verdadeira ferramenta para, de fato, possibilitar a tutela e, conseqüentemente, a promoção da vida humana mesmo em relações jurídicas travadas entre pessoas particulares.

1 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 240

2 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 253.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.269-273

4 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 100.

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO FERRAMENTA DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Inicialmente é preciso destacar que independentemente da denominação dada para a sociedade contemporânea, todas elas perpassam por um denominador comum, qual seja, a informação.¹ Em verdade, na atual sociedade, sustentada por uma economia cada vez mais globalizada, a informação não só se tornou um elemento substancial e vital para as relações sociais como também, em especial os dados pessoais, se tornou o principal insumo da atividade econômica², em todos os setores possíveis. Isso quer dizer que, seja no âmbito público, seja no setor privado, quem tem acesso aos dados tem acesso ao poder.³

Desse modo, levando em consideração que o desenvolvimento do modelo de negócios passou a necessitar de uma economia digital, começou a notar-se uma dependência muito maior dos fluxos de bases de dados.⁴ Sendo assim, dado o papel fundamental do fenômeno da informação nas sociedades contemporâneas, em todos os seus subsistemas, passou a se exigir, do Direito, não só o reconhecimento da problemática do tratamento de dados como também a necessidade de lidar de maneira incisiva juridicamente com esse fenômeno e os seus efeitos.⁵

Em verdade, o acesso à informação, rápido e dinâmico, não só amplia as possibilidades de ação das pessoas como também, na mesma proporção, maximizam os riscos de danos.⁶ Afinal, o monopólio de informações pessoais pode ter como consequência

1 Defende Salette Boff que “*A sociedade da informação (ou sociedade informacional, como prefere Castells), marca da atualidade, indica o atributo de forma específica de organização social na qual a geração, o processamento e a transmissão de informação se convertem nas fontes fundamentais da produtividade e do poder por conta das novas condições tecnológicas surgidas neste período histórico*”. In: BOFF, Salette Oro (coord.). *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018. p. 9. Merece destaque também a afirmação de Rafael Ferreira, segundo o qual “*Todos os estudos sobre a proteção dos dados pessoais levaram a concepção de um novo direito: a identidade informacional. Como qualquer outro direito da personalidade, esta sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana*”. In: FERREIRA, Rafael Freire. *Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação*. 2. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018. p. 120.

2 “*Com o crescimento exponencial do universo digital, haverá um aumento na produção e no tratamento de dados, o que impactará profundamente a relação entre consumidores, máquinas e empresas*.” In: MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2018. p. 90

3 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/18 (LGPD)*. Saraiva Educação: São Paulo, 2018. p. 13.

4 Afirma Carolina Braga que “[...] *as empresas que utilizam Big Data possuem cinco vezes mais chances de tomar decisões mais rápidas do que seus concorrentes e duas vezes mais chances de obter performance superior*”. In: BRAGA, Carolina Henriques da Costa. *A utilização do Big Data pelo Setor Público: possibilidades, riscos e desafios*. In: CAMARGO, Coriolano Almeida (Coord). *Direito digital: novas teses jurídicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 67.

5 Pierre Lévy, com seu otimismo característico, afirma que “[...] *estamos vivendo a abertura de um novo espaço de comunicação, e cabe apenas a nós explorar as potencialidades mais positivas deste espaço nos planos econômico, político, cultural e humano*.” In: LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. Editora 34: São Paulo, 2010, p. 11.

6 Aduz Patrícia Peck que “*Temos um déficit de segurança que precisa ser superado já de imediato, e precisamos ter cuidados cada vez mais intensos para evitar incidentes com as novas tecnologias que estão ainda se popularizando. As principais preocupações encontram destaque: (i) no aumento da exposição da intimidade das pessoas por meio da coleta de informações, (ii) na ausência ou redução do monitoramento ou controle de tais dispositivos pelos usuários e (iii) nos limitados mecanismos de segurança utilizados nos próprios dispositivos*”. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 361.

a geração de situações nefastas, como as previstas por George Orwell, ao criar a figura do “Big Brother”.¹

Sendo assim, a abordagem jurídica dos dados das pessoas, umbilicalmente relacionado à necessária garantia da privacidade, passou a ser tema de relevantes discussões jurídicas.² A União Europeia, de certa maneira vanguardista, estabeleceu, em maio de 2018, a chamada “General Data Protection Regulation (GDPR)”, visando a proteção dos dados pessoais dos cidadãos europeus. Sem dúvidas, essa legislação gerou fortes influências legislativas no mundo todo³, afinal, estabeleceu que as empresas europeias ficariam impedidas de negociar com empresas de países que ainda não possuíam legislações de proteção de dados semelhantes à GDPR. Aliás, esta era a situação vivenciada pelo Brasil à época.

Assim, em decorrência de um verdadeiro “efeito dominó”⁴ ocasionado pela GDPR europeia, foi promulgada no Brasil a Lei 13.709, em 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), visando a normatização do tratamento de dados, que até então era uma “terra sem lei”⁵ no país.

Não obstante as diversas leis esparsas que existiam anteriormente tratando sobre o tema, com destaque para a Lei 12.965/14, isto é, o Marco Civil da Internet, não existia, ainda, no país, uma normatização adequada à tutela de dados pessoais, fato que poderia inclusive criar uma nova barreira econômica ao Brasil no que se refere às relações econômicas com empresas europeias, além de tantas outras já existentes, como a corrupção, a burocracia e a alta carga tributária.

Assim, partindo de fato para a análise da LGPD, foi estabelecido, em seu artigo inaugural, a seguinte disposição normativa:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.⁶

Neste sentido, é evidente que veio a norma jurídica tutelar direitos fundamentais já previstos em mandamentos constitucionais, a saber, a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana. Ressalta-se que a proteção dos dados pessoais

1 ORWELL, George. 1984. Tradução Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. Companhia das Letras: São Paulo, 2009.

2 “Não existe pleno exercício do direito de acesso à Internet sem a garantia do direito à privacidade. Essa determinação, constante do artigo oitavo do Marco Civil da Internet, serve de guia para que se compreenda a importância da tutela da privacidade para o desenvolvimento da personalidade, para o exercício da cidadania e a sua fruição completa através das possibilidades criadas pela comunicação na rede.” In: SOUZA, Carlos Affonso (coord). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017. p. 19.

3 “Por certo, a regulamentação sobre a proteção de dados pessoais é um tema extremamente importante no momento atual da Sociedade Digital. Visto que se presta justamente a regular a atividade de tratamento de dados pessoais, que acabaram se tornando verdadeira “moeda” na Internet, além de compor a avaliação dos ativos de empresas digitais.” In: PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 483

4 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/18 (LGPD)*. Saraiva Educação: São Paulo, 2018. p. 21.

5 COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2018. p. 22.

6 BRASIL. Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018.

das pessoas naturais é um direito fundamental garantido em diversas legislações, em vários países.¹

Outro ponto que merece evidência no artigo 1º da lei é que a disposição normativa limitou sua proteção aos dados pessoais da pessoa natural, não estendendo a tutela às pessoas jurídicas. Assim, com notável caráter humanista, a legislação, visando não banalizar a proteção de dados, projetou-se à proteção das pessoas humanas, seres únicos e completos, totalmente suscetíveis às condições adequadas do ambiente² para que possam se desenvolver da melhor maneira possível.³

Entretanto, a característica mais importante da LGPD, para fins do presente estudo, é a expressa disposição de que a lei, protegendo os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, será aplicada contra o tratamento ilegal de dados pessoais praticado tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, seja esta de direito público ou privado. Ou seja, assim como o Código de Defesa do Consumidor, lei decorrente do dever fundamental de proteção do consumidor como agente constitucionalmente designado⁴, a LGPD trata de legislação que tutela direitos fundamentais de modo transversal, isto é, aplicável às relações jurídicas tanto de direito público quanto de direito privado.

Em verdade, a LGPD corrobora para o entendimento de que cabem às legislações infraconstitucionais a retirada da abstração das normas fundamentais, previstas na constituição, por meio da setorização nas legislações específicas, aproximando a norma das particularidades e, além disso, da tecnicidade dos fatos concretos, ou seja, da vida real, inundada em variáveis complexidades.

Dessa maneira, vale lembrar que a LGPD é uma legislação extremamente técnica, composta por uma porção de conceitos jurídicos técnicos necessários ao fim a que se destina (conforme previsto no artigo 5º da citada lei) e de itens de controle para assegurar a efetividade das garantidas defendidas pela norma. Sendo assim, a LGPD concretiza, de maneira mais bem definida, a proteção dos direitos fundamentais abstratamente tratados no artigo 5º da Constituição, garantindo, inclusive, a autonomia privada das pessoas, valor essencial à consagração do direito fundamental à liberdade.⁵

1 Segundo defende Stefano Rodotà, "a proteção de dados constitui não apenas um direito fundamental entre outros: é o mais expressivo da condição humana contemporânea." In: RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 21.

2 Afirma Martin Lindstrom que "*As marcas que gostamos, que compramos e com as quais nos rodeamos (e agora você já sabe que defino qualquer coisa como 'marca', das músicas em nossa playlists aos nossos sapatos, lençóis, pastas de dentes e quadros) têm o profundo dom de revelar quem somos.*" In: LINDSTROM, Martin. *Small Data: como poucas pistas indicam grandes tendências*. Tradução Rodrigo Peixoto. 1. Ed. HapperCollins Brasil: Rio de Janeiro 2016. p 211.

3 COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2018. p. 54

4 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação*. Revista de Direito do Consumidor. v. 94

5 Corrobora com esse pensamento a afirmação de Bruno Zampier, segundo o qual "*a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é apta a suprimir a autonomia na perspectiva de um mundo digital, a fim de que possa se permitir não apenas a titularidade de bens digitais, mas também a proteção de dados pessoais quando da contratação de serviços em rede.*" In: LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*. Editora Foco Jurídico: Indaiatuba, 2017. p. 163.

Conforme se percebe, portanto, a LGPD, recente lei brasileira sobre direitos fundamentais, corrobora para a compreensão de que a proteção dos direitos fundamentais não pode ser limitada à atuação da pessoa natural frente ao Estado, em especial quando há pessoa em situação de vulnerabilidade, como ocorre com os indivíduos sujeitos ao tratamento ilegal de dados pessoais.

Não obstante, ao se considerar que a grande maioria das relações jurídicas envolvendo dados pessoais, no âmbito privado, são também relações de consumo, nítida está a situação de hipervulnerabilidade, que demanda maior atenção e, conseqüentemente, um âmbito de tutela mais intensificado.¹ Afinal, conforme defende Hoffman-Riem, “se George Orwell fosse reescrever ‘1984’, sob as atuais circunstâncias, provavelmente ele iria descrever um cenário de ameaças do setor privado e da economia.”²

Todos esses apontamentos dão pistas de que, de fato, a LGPD demonstra que as teorias da eficácia indireta e eficácia direta não são formas incompatíveis de tutela dos direitos fundamentais, afinal, havendo legislação específica tendente à proteção de direitos essenciais, não há razões para a aplicação tão somente, de maneira imediata e desmedida, das disposições constitucionais, sob pena de banalização do argumento jusfundamental. Obviamente, não havendo normatização setorial, de um direito que demonstra importância a ponto de ser julgado como fundamental, razoável será a aplicação direta e imediata da Constituição, pelo imperativo de tutela, tendo sempre como foco o epicentro do sistema jurídico, a saber, a promoção da pessoa humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o mencionado, é possível perceber que assim como outras leis de ordem pública, que visam regulamentar relações privadas, em especial tutelando pessoas em situação de vulnerabilidade, a LGPD surgiu como legislação relevante para evidenciar ainda mais a relativização da *summa divisio* público e privado posto que, conforme é uníssono na doutrina, todo o sistema jurídico deve se propor, na maior medida possível, à tutela da pessoa humana, independentemente do ramo jurídico analisado.

Sendo assim, verificou-se que diversas transformações sociais dão conta de que os direitos fundamentais devem ser aplicados, de fato, até mesmo nas relações entre pessoas particulares, posto que os poderes e os riscos de ameaça ou lesão aos direitos há muito não são monopólio estatal.

Como se não bastasse, ficou nítida a discussão a respeito da medida de aplicação dessas normas fundamentais perante particulares, ou seja, se devem ser aplicadas de maneira direta e imediata, pela subsunção das disposições constitucionais ao fato, ou se

1 Segundo aduz Bruno Bioni, “o titular dos dados pessoais amarga um (hiper)vulnerabilidade, o que demanda respectivamente, o seu empoderamento para emancipá-lo e a sua intervenção para assisti-lo” In: BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 274.

2 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22.

devem ser aplicadas de maneira indireta e mediata, por meio das legislações infraconstitucionais.

Dentro desse debate quanto à eficácia dos direitos fundamentais, destacou-se que as teorias não são incompatíveis entre si, ou seja, é possível fazer uma interpretação de complementariedade, sendo possível concluir que, em regra, posto que mais próximas das especificidades do caso concreto, cabem as legislações setoriais a previsão, detalhada, de mandamentos constitucionais, mesmo que diante de relações privadas. Todavia, não existindo esse regramento expresso, sob a ótica do imperativo de tutela, é necessária a aplicação direta e imediata da constituição, sempre com o foco de proteger a pessoa humana na maior medida possível.

Por fim, corroborando para esse entendimento, há tempos já defendido por boa parte da doutrina de direito do consumidor, evidenciou-se a nova LGPD como legislação infraconstitucional, direcionada às pessoas públicas e privadas, que tem como objetivos a tutela de direitos fundamentais. Em síntese, a LGPD reforça os argumentos expostos no presente trabalho, afinal, dentro da sua tecnicidade característica, deixa evidente que é um instrumento muito mais efetivo na tutela dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da pessoa humana do que a própria Constituição Federal, que prevê esses direitos fundamentais de forma altamente abstrata e genérica.

Em verdade, pelo exposto, têm-se pistas de que a LGPD concretizará ainda mais a relativização da *summa divisio* público e privado, surgindo no sistema jurídico como uma norma essencial para a tutela de direitos fundamentais em risco na atual sociedade da informação. Ademais, conforme destacado, a LGPD, de maneira expressa, prevê a sua aplicação até mesmo às relações entre privados, permitindo, ao Direito, mesmo diante da insana mudança social proporcionada pela sociedade da informação, cumprir o seu papel primordial de proteção da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2º ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/42/08-antoniojunqueira.pdf> Acessado em 24/04/2015.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999.
- BELL, Daniel. O Advento da Sociedade Pós-Industrial. São Paulo: Editora Cultrix, 1974.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Forense: Rio de Janeiro, 2019.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier, 1992.
- BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOFF, Salete Oro (coord.). Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.
- BRAGA, Carolina Henrique da Costa. A utilização do Big Data pelo Setor Público: possibilidades, riscos e desafios. In: CAMARGO, Coriolano Almeida (Coord). Direito digital: novas teses jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BRASIL. Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018.
- CAMARGO, Coriolano Almeida (Coord). Direito digital: novas teses jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2012.
- CHAVES, Márcio Mello Chaves. Privacidade e segurança na era da internet das coisas. In: PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). Direito Digital aplicado 3.0. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2018.
- COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. Lei geral de proteção de dados pessoais comentada. Thomsons Reuters Brasil: São Paulo, 2018.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado. Revista de Direito Brasileira | vol. 1 | p. 101 | Jul / 2011, p. 106.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- FERREIRA, Rafael Freire. Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação. 2. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

- GIDDENS, Anthony. O Mundo na Era da Globalização, Lisboa: Editora Presença, 2000.
- JAYME, Erik apud MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012
- LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais. Editora Foco Jurídico: Indaiatuba, 2017.
- LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução Carlos Irineu da Costa. Editora 34: São Paulo, 2010.
- LINDSTROM, Martin. Small Data: como poucas pistas indicam grandes tendências. Tradução Rodrigo Peixoto. 1. Ed. HapperCollins Brasil: Rio de Janeiro 2016
- LOCKE, John. apud. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Extratos do novo “Código Civil Y Comercial de la Nación Argentina” (Ley 26.994, de 07.10.2014) em matéria de proteção ao consumidor e nota introdutória. Revista de Direito do Consumidor | vol. 97/2015 | p. 427 - 446 | Jan - Fev / 2015.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010
- MAGRANI, Eduardo. A internet das coisas. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2018.
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014
- MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012
- MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7 ed. rev., atul. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. Revista de Direito do Consumidor. v. 94
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da justiça contratual. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista dos Tribunais | vol. 680 | p. 47 | Jun / 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. IN: MARQUES, Cláudia Lima (coord.) A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. Revista dos Tribunais | vol. 779 | p. 47 | Set / 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do Direito no início do século XXI. Revista de Direito Privado | vol. 56 | p. 11 | Out / 2013

MOSSET ITURRASPE, Jorge. La frustracion del contrato. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1991

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. A função social dos contratos no novo código civil. Revista dos Tribunais | vol. 815 | p. 11 | Set / 2003.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

ORTEGA Y GASSET, José. A Rebelião das Massas. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

ORWELL, George. 1984. Tradução Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. Companhia das Letras: São Paulo, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/18 (LGPD). Saraiva Educação: São Paulo, 2018.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. *apud* STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011

SOUZA, Carlos Affonso (coord). Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 2 | p. 1151 | Out / 2010

CONSTRIÇÃO DE *PETs*: DIREITOS ANIMAIS E INTERESSES ECONÔMICOS

CONSTRAINING PETs: ANIMAL RIGHTS AND ECONOMIC INTERESTS

Samuel Saliba Moreira Pinto

Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo/RS).
Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul –
PUCRS (Porto Alegre/RS). Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha –
URCAMP (Bagé/RS). Advogado.

Resumo: O presente artigo visa analisar a possibilidade – ou não – de realização de atos expropriatórios sobre animais de estimação de elevado valor, para fins de satisfação de créditos, tendo-se por base o Código Civil e de Processo e os Direitos Animais, confrontando-se com decisões judiciais recentes em processos em que animais não-humanos constaram como demandantes. A partir do atual estado da arte do Direito Brasileiro, no que toca à natureza jurídica dos animais não-humanos, a despeito da proteção a partir de uma perspectiva ambiental, bem como penal, quanto à punição de atos de maus-tratos, não há previsão de capacidade de Direitos aos *pets*, i. e., não são juridicamente sujeitos de Direito, permanecendo como propriedade das suas pessoas tutoras. Se os Direitos Animais preconizam a sua proteção, bem-estar e o afastamento de quaisquer práticas violentas, possível a troca de titularidade, na hipótese de penhora e adjudicação ou venda judicial, dado que os interesses econômicos das pessoas credoras preponderam sobre a afeição das pessoas tutoras pelo animal, e isso não significa *per se* qualquer degradação da vida de *pets* penhorados/adjudicados, que permanecerá resguardada.

Palavras-chave: Direitos Animais; Expropriação; Direito Civil; Direito Processual.

Abstract: This article aims to analyze the possibility - or not - of carrying out expropriation acts on high value pets, for the purpose of credit satisfaction, based on the Civil and Process Code and Animal Rights, confronting with recent judicial decisions in cases in which non-human animals were included as perpetrators. Based on the current state of the art of brazilian law, with regard to the legal nature of non-human animals, despite protection from an environmental as well as a criminal perspective, as regards the punishment of acts of ill-treatment, there is no prediction of Pet Rights capacity, i. e., they are not legally subject to law, remaining the property of their tutors. If Animal Rights advocate their protection, well-being and the avoidance of any violent practices, the change of ownership is possible, in the event of attachment and adjudication or judicial sale, because the economic interests of the creditors prevail over the affection of the guardians for the animal, and this does not mean *per se* any degradation of the life of pledged/adjudicated pets, which would remain protected.

Keywords: Animal Rights; Expropriation; Civil right; Procedural Law.

Submetido em janeiro de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

1 INTRODUÇÃO

Diante dos novos arranjos relacionais humanos, que equiparam animais não-humanos aos familiares humanos, inclusive como fenômeno jurídico já enfrentado pelo Direito das Famílias, busca-se com o presente artigo analisar se essa categorização dos *pets*, à luz dos Direitos Animais, poderia obstaculizar o direito de penhora e adjudicação por pessoa credora das pessoas tutoras/proprietárias, considerando-se o Código Civil (CC) e de Processo (CPC) e tendo-se por base decisões judiciais recentes em processos onde animais não-humanos constaram como demandantes.

Para atingir tal desiderato, adotar-se-á o método teórico, analítico e descritivo, a fim de revisar a literatura relacionada com a execução/cumprimento de decisão, bem como com as diferentes classes bens e alguns julgados, partindo de uma breve contextualização do estado da arte do direito processual civil para as credoras e da disciplina dos bens pelo CC, passando pela identificação dos *pets* a partir dos Direitos Animais, para então avaliar-se se haveria alguma incompatibilidade na realização de atos expropriatórios sobre esses seres.

2 CRÉDITOS, DÉBITOS E ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Em uma democracia, os interesses em litígio podem ser solucionados por meio de uma série de instrumentos, notadamente por composição entre as partes; e, em último caso, deve-se buscar o Poder Judiciário¹; hipótese em que descumprida uma obrigação – legal ou contratual –, a pessoa credora insurgir-se-á contra o patrimônio da pessoa devedora, de tantos bens quantos bastem à integral satisfação do seu crédito. (COELHO, 2012, p. 260).

Superada a abominável punição física (GENTILI, 1996, p. 11-16), o CPC prevê que a responsabilidade é patrimonial e a pessoa devedora responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações², ressalvadas exceções legais³. (BRASIL, 2015). Assim, há determinados bens que, excepcionalmente, não podem se prestar à satisfação de créditos, notadamente para não reduzir as pessoas devedoras à miserabilidade³, tais como o imóvel residencial próprio da entidade familiar (BRASIL, 1990), móveis que guarnecem a residência, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as

1 Não se ignora o sistema de Justiça criminal (comum, militar e eleitoral), que, enquanto garantia, afasta-se do modelo privatista do processo civil; bem como as relações jurídicas trabalhistas, que dadas as assimetrias entre as partes envolvidas, notadamente pela vulnerabilidade das pessoas trabalhadoras, dificulta – e eventualmente impossibilita – qualquer negociação extrajudicial.

2 Um exemplo pode ser àquele do disposto no artigo 76 da Lei de Direitos Autorais. (BITTAR, 2015, p. 71).

3 Refere Theodoro Júnior que não poderia a execução – onde pode ser incluído o cumprimento de decisão – servir de instrumento causador de “ruína, [...] fome e [...] desabrigo” da pessoa devedora e sua família, “gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana”. (*apud* TRENTIN; HERTES, 2019).

necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida, roupas – excetuadas as de elevado valor –, petrechos para o trabalho, seguro de vida, materiais de obras em andamento, a pequena propriedade rural familiar, “os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”, depósitos em poupança até 40 salários mínimos, “os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político”, “os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra”; e, ressalvados para pagamentos de pensão alimentícia ou quando superiores 50 salários mínimos:

os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal [...]. (BRASIL, 2015).

Inobstante algumas posturas ativistas pontuais, que eventualmente não permitem o estrito cumprimento dessas disposições legais, tão importantes naquela que é a fase mais relevante para a pessoa credora, onde as suas pretensões são satisfeitas por meio da dilapidação patrimonial da pessoa devedora (PINTO, 2019, p. 261-262), fato é que a existência de exceções à regra do artigo 789 do CPC possui severa influência no mercado, notadamente para deixar mais caro o crédito e servir de estímulo ao inadimplemento.

O CC, tratando das diferentes classes de bens, preconiza a existência de imóveis e móveis, sendo esses aqueles “suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”, infungíveis e fungíveis, sendo esses àqueles que “podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”, e divisíveis e indivisíveis, sendo possível concluir-se que cães e gatos, como cavalos, vacas e peixes ornamentais, são móveis, fungíveis¹ e indivisíveis². (BRASIL, 2002). E a despeito das faculdades de uso, gozo e fruição, constitucionalmente asseguradas às proprietárias, devem ser exercidas “em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”, preservando-se “a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico”, evitando-se “a poluição do ar e das águas” (BRASIL, 2002).

Práticas de maus-tratos contra animais, portanto, configuram ilícito criminal no Brasil. (BRASIL, 1998). Preconiza a Lei Federal 9.605/1998:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. [\(Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020\)](#)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 1998).

1 Adianta-se que para as pessoas tutoras/proprietárias, considerando-se o afeto, seus *pets* não seriam substituíveis, mas considerados como “‘alguém’ com uma história social, com uma trajetória individual e personalizada”. (GOLDIN, 2018, p. 67-68).

2 Ressalvada a hipótese de divisibilidade de bovinos, p. ex., para a alimentação.

Note-se que a legislação subalterniza animais como peixes e aves, pois coloca cães e gatos como bens jurídicos mais valiosos¹, o que pode ser considerado especismo²³; e, da mesma forma, conforme Nascimento (2018), a legislação não enquadra como homicida a pessoa que causa a morte do animal não-humano.

A afeição pelos demais animais remonta tempos imemoriais, como é possível provar-se por meio de desenhos rupestres encontrados em diferentes locais do mundo (GOLDIM, 2018, p. 69), inclusive com expressa referência bíblica, consoante disposto de Genesis, capítulo 1, versículo 28, o que demonstra a sua importância para a ética teológica: “Y los bendijo, diciéndoles: ‘Sean fecundos, multiplíquense, llenen la tierra y sométanla; dominen a los peces del mar, a las aves del cielo y a todos los vivientes que se mueven sobre la tierra’”. (BÍBLIA, Genesis, 1, 28).

No ponto, Junges (2010, p. 103-104) refere que dominar e submeter não seria subjugar ou oprimir, pois uma leitura sistemática da Bíblia preconizaria, inclusive, o vegetarianismo, dado que a “licença para comer carne” somente viria depois do pecado e do dilúvio, excetuando-se a carne com vida; e a sua colocação como parceiros de ajuda e de sorte, em diversas passagens do texto bíblico, justificaria uma harmonia entre animais humanos e não-humanos.

A relação que estabelece vínculos afetivos entre o ser humano e outros animais é complexa, dado que esses, para àqueles, assumiriam um *status* diferenciado, como parte da família, sendo preocupante a constatação de que poderiam ocorrer situações de excessiva antropomorfização, como a colocação de sobrenome da família no *pet*. (GOLDIM, 2018, p. 67).

Abordando a “ecoteologia”, Procópio (2018, p. 143) impende ser a afirmação de um “valor próprio de cada criatura”, conferindo “certa dignidade teológica aos animais”, que, “a partir de uma releitura bíblico-teológica [...] mantêm uma condição especial nas Escrituras”, e, junto aos humanos, compõe “uma comunidade moral”, devendo “exercer sua prerrogativa de domínio sobre a Criação em consonância com a vontade divina e atitude de Jesus, [...] na linha do cuidado e do serviço”. Para ele:

A ecoespiritualidade, por sua vez, pode integrar a teologia da libertação animal, impelindo o ser humano ao cuidado com os animais e com o planeta. Ela induz o cultivo de uma sensibilidade com a casa comum e com as criaturas não humanas, especialmente os animais, pois compartilham com os seres humanos

1 Conforme Azevedo (2019, p. 121-122), “[...] foram os animais domésticos, como cachorros e gatos, os primeiros a proporcionarem essa sensibilização Ocidental”, trazida pelo movimento animal, sendo as primeiras espécies animais, normalmente, “a serem alcançadas pelas legislações de bem-estar animal”.

2 Conforme Azevedo (2019, p. 125), trata-se de “concepção segundo a qual existe a preferência de interesses de uma espécie sobre outras ou outras”.

3 Importante a colocação de Goldim (2018, p. 64-65), para quem há animais “com apelo afetivo ou estético” e que geram maior sensibilidade por parte das pessoas, bem como têm mais espaço nos meios de comunicação, tais como “pandas, elefantes, golfinhos, baleias, leões, gazelas, zebras”, i.e., a denominada “megafauna carismática”, sendo que outros animais, notadamente répteis e anfíbios, não teriam a mesma atenção. Seria essa, assim, outra face do especismo. (GOLDIM, 2018, p. 64). Referem os autores que “Animais ‘bons’ são colocados no topo da escala e animais ‘ruins’, nas posições mais inferiores”, sendo “‘Bons’ “aqueles que podem ser controlados por humanos e oferecem algum tipo de vantagem, como animais de companhia, comestíveis ou de laboratório”, e “Animais que não podem ser controlados, como pragas e transmissores de doenças, são considerados [...] ‘ruins’”. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 52-53; ARLUKE A; SANDERS CR *apud* OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 52, grifo nosso).

características comuns, como o sofrimento e laços ontológicos e bíblico-teológicos próximos. (PROCÓPIO, 2018, p. 143).

Mais modernamente, os animais de estimação foram guindados à posição privilegiada na estrutura familiar (NASCIMENTO, 2018), ensejando inclusive o reconhecimento judicial da sua importância para as pessoas, afastando, p. ex., convenções de condomínio proibitivas de *pets* de forma genérica¹, bem como a própria legislação ambiental². Da mesma forma, já foi amplamente reconhecido que a morte de um animal de estimação gera danos morais *in re ipsa*, i. e., da mera ofensa decorrem danos indenizáveis, não havendo necessidade de prova de sofrimento, que se presume. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 83).³ Não é outra a linha dos tribunais no âmbito do Direito das Famílias, ao

1 Nesse sentido, antigo julgado do TJRS, assim ementado: CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA. RECONVENÇÃO. PRESENÇA DE ANIMAL EM UNIDADE CONDOMINIAL. PROIBIÇÃO GENÉRICA NA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO. RELATIVIZAÇÃO. A previsão genérica no sentido da proibição da existência de animais de estimação em unidades condominiais deve ser relativizada, base em princípios constitucionais que garantem ao indivíduo o direito à intimidade, privacidade e inviolabilidade. Somente se poderia cogitar na proibição se o animal (cão de raça poodle-toy) pudesse causar incômodo ou risco de agravo à saúde da coletividade, o que não restou provado nos autos. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 70003960135, Relator Eduardo Uhlein, Décima Sétima Câmara Cível, julgado em 23/04/2002). (BRASIL, 2002).

2 Nesse sentido, recente julgado do STJ, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE ANIMAL. LONGO CONVÍVIO EM AMBIENTE DOMÉSTICO. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICABILIDADE. [...]. 2. Esta Corte em diversos precedentes firmou entendimento segundo o qual, em casos como os tais, não se mostra plausível que o direito à apreensão do animal dê-se exclusivamente sobre a ótica da estrita legalidade. Há que se perquirir, como bem ponderaram as instâncias ordinárias, sobre o propósito e finalidade da Lei Ambiental que sabidamente é voltada à melhor proteção do animal. Desse intuito não se afastou o aresto recorrido quando considerou que - diante da peculiaridade do caso concreto e em atenção ao princípio da razoabilidade - deva a ave permanecer no ambiente doméstico do qual jamais se afastou em 15 anos. 3. Rechaçadas as afirmações do lbama relativas à eventual desvirtuamento da finalidade da Lei Ambiental atribuídas a este Relator e, por conseguinte, desta Casa de Justiça. A prestação jurisdicional que se exige volta-se exclusivamente ao caso concreto - esse suficientemente examinado e decidido à luz do direito aplicável e com base em jurisprudência consolidada desta Corte Superior. 4. O entendimento contrário a tese do insurgente não autoriza a conclusão de que os institutos legais protetivos à fauna e flora tenham sido maculados, tampouco que haja chancela ou mesmo autorização para o cativeiro ilegal de aves silvestres como aduz o agravante. Tais argumentações, além de digressivas, revelam-se inoportunas pois evocam temas e debate alheio ao presente feito, a não merecer amparo porquanto evidentemente desprovidas de fundamentação concreta. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (Agravo interno no Recurso Especial nº 1389418, Relator Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21/09/20107). (BRASIL, 2017).

3 Nesse sentido, os seguintes julgados: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MORTE DE CÃO EM PET SHOP. VERIFICAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. AUSÊNCIA DA OBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO QUE SE ESPERAVA NO CASO. DEMONSTRADO O AGIR INDEVIDO, A CULPA E O NEXO DE CAUSALIDADE. DANO IN RE IPSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO PLEITEADO PELA PARTE DEMANDANTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE SE AFIGURA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL, ATENTANDO A SITUAÇÃO DAS PARTES. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível nº 70071626121, Relator Alex Gonzales Custódio, Sexta Câmara Cível, julgado em 26/10/2017). (BRASIL, 2017, grifo nosso)."; e "RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AGRESSÃO E MORTE DE ANIMAL DOMÉSTICO DE PROPRIEDADE DO AUTOR. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. OFENSA AOS ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE DO AUTOR. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. Narra o autor que o réu agrediu sua gata a pauladas. Aduz que o animal foi levado ao veterinário com múltiplos traumatismos torácicos, abdominais e cranianos, sangramento na boca e nariz, sendo submetido à eutanásia. [...]. 8. Analisando o conjunto probatório, verifica-se que o autor comprovou fato constitutivo de seu direito, através do atestado médico de fl. 21, o qual demonstra que o animal

reconhecer no animal de estimação categoria de *res* diferente daquela de veículos, obras de arte e demais bens imóveis. Nesse sentido, julgado do TJSP, autuado sob o nº 2184358-42.2018.8.26.0000, onde, referenciando julgado do STJ¹, constou:

Assim, é caso de se acolher parcialmente o recurso, para antecipar os efeitos da tutela pleiteada, *deferindo o pedido de fixação de períodos de convivência do requerido com o animal*, confirmando-se a decisão de fls. 789/790 (finais de semana alternados, das 19 horas das sextas-feiras às 19 horas do domingo). (BRASIL, 2020, grifo nosso).

Em recente decisão no âmbito de um Conflito de Competência, reconheceu-se que, diante de lacuna legislativa a tratar da regulamentação de posse de animais de estimação, seria do Juízo da Família a competência material para resolução de conflito envolvendo dois animais chamados *Cuica* e *Frida*, já que adquiridos pelas partes no curso da união estável havida. (CONSULTOR JURÍDICO, 2020).

Não foi outra a conclusão nos autos de um recurso julgado pelo TJSP, onde decidiu-se que, a despeito da natureza de “[...] objetos destinados a circular riquezas (art. 445, § 2º)², garantir dívidas (art. 1.444)³ ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936)⁴”, havendo lacuna legislativa, “pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial”:

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável *há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente*, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, *ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas*. [...] Por conseguinte, de se aplicar a analogia acima referida, estando a ação de reconhecimento e dissolução de união estável em trâmite na 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central, é deste juízo a competência para o julgamento da

apresentava fraturas, lesões e traumatismos, informando que houve a necessidade de proceder à eutanásia, bem como boletim de ocorrência de fls. 16/17, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 373, I, do CPC. 9. Cumpre ressaltar o depoimento da testemunha Débora Spode de Melo, que trabalha em pet shop: “que atua junto à Associação de Focinhos Carentes, como coordenadora. Que chegaram até a depoente diversas denúncias envolvendo maus tratos a animais praticados pelo requerido”. *Ademais, não haveria motivos para que o próprio autor matasse seu próprio animal de estimação*. 10. Com efeito, o valor de R\$ 4.500,00 fixado a título de dano moral deve ser mantido, em razão do abalo moral sofrido pelo autor pela morte do animal de estimação. 11. Quantum indenizatório fixado em sentença que não merece reparos, pois, considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como os entendimentos desta Turma Recursal, está de acordo com o caso concreto. 12. Destarte, a sentença atacada merece ser confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46, da Lei nº 9.099/95. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível nº 71007604119, Relator Fabio Vieira Heerd, Terceira Turma Recursal Cível, julgado em 25/10/2018). (BRASIL, 2018, grifo nosso).

1 Recurso Especial nº 1.713.167-SP, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão.

2 Preconiza o referido dispositivo: “Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. [...] § 2º o Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.” (BRASIL, 2002).

3 Preconiza o referido dispositivo: “Art. 1.444. Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios.”. (BRASIL, 2002).

4 Preconiza o referido dispositivo legal: “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. (BRASIL, 2002).

ação em que se discute a “posse compartilhada e visitação” do animal doméstico. (CONSULTOR JURÍDICO, 2018, grifos nossos).¹

A crise do/no Direito, bem assim da/na dogmática jurídicas, frente à natural obsolescência dos textos normativos, que acabam padecendo de baixa efetividade, notadamente no cenário da 4ª Revolução Industrial (PINTO, 2019, p. 129), demonstra que o Legislativo continua afastado dos anseios populares de segurança jurídica, na medida em que os *pets*, a despeito da sua natureza jurídica de coisa, inexoravelmente possuem, conforme decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.713.167-SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, “valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada”. Constou na ementa do acórdão:

Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. (Recurso Especial nº 1713167, Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/06/2018). (BRASIL, 2018).

Goldim (2018, p. 69) relaciona que a discussão dos aspectos bioéticos envolvendo os animais não-humanos justifica-se a partir do seu valor intrínseco, que revelaria um importante papel dessa convivência. E enquanto pendente a instituição de um marco

1 Noutro caso, curiosamente, negou-se obrigação de alimentos ao *pet*. “[...] X. Atinente aos gastos com bens e serviços alegados pelo demandado como sendo exclusivos seus, não devem integrar a partilha, tendo em vista que ocorreram no curso do matrimônio, de modo que revertem em benefício da entidade familiar. XI. No que diz respeito às despesas com o animal de estimação, embora adquirido conjuntamente, incumbem à demandante, que ficou em sua posse, especialmente porque o demandado não manifestou interesse em compartilhar o convívio. *Válido ressaltar que a legislação, a doutrina e a jurisprudência não contemplam, ao menos por ora, uma espécie de prestação alimentar em favor do animal, a fim de suprir seus dispêndios.* Apelações parcialmente providas. (Apelação Cível nº 70080718893, Relator José Antônio Daltoe Cezar, Oitava Câmara Cível, julgado em 23/04/2020). (BRASIL, 2020)”.

regulatório específico para a natureza jurídica dos *pets* (notadamente para diferenciá-los de outros bens móveis, fungíveis e indivisíveis), a partir da sua absorção pelas famílias¹, necessária a identificação de instrumentos jurídicos já existentes no ordenamento e que possam contribuir com um gerenciamento mais adequado dos conflitos que possam envolver os *pets*.

Feitas essas considerações, atinentes às relações entre pessoas credoras e devedoras, a partir do CPC, bem como das pessoas com seus *pets*, a partir do CC e de alguns julgados, passa-se à análise dos animais de estimação e seu *status* a partir dos Direito Animais – bem como de outros julgados, em casos em que figuraram animais não-humanos como demandantes.

3 DIREITOS ANIMAIS *VERSUS* DIREITO DAS PESSOAS CREDORAS?

3.1 Proteção do bem-estar do animal não-humano

Questões de ordem ambiental, como “Preocupações [...] com a devastação do planeta e a ameaça de colapso irreversível de suas formas de vida”, tem gerado movimentações jurídicas de forma a ampliar “as formas [...] de existência”, contemplando o Direito novos elementos, como “o ambiente, os ecossistemas, a diversidade biológica, as espécies ameaçadas e protegidas, o patrimônio natural”; de modo a modificar as relações – jurídicas – entre seres humanos e não-humanos “dando origem a novos direitos e deveres, crimes e sanções, formas específicas de proteção, limites à propriedade, ao comércio e a inúmeras atividades”. (BEVILAQUA, 2019, p. 38).

Abordando o movimento animal, identificado com mais força nas últimas décadas e que pretende a consideração moral de animais não-humanos, Azevedo (2019, p. 31-33) refere como marco dessa movimentação por Direitos Animais o surgimento do livro *Libertação Animal*, de Peter Singer. Para a autora, referido movimento tem como um dos principais objetivos a abolição da exploração animal, diante da brutalidade da sua industrialização, moralmente inaceitável, frente à capacidade de lhes acarretar sofrimento. (AZEVEDO, 2019, p. 98).

Questionando o antropocentrismo e o paradigma moral de inferioridade dos animais não-humanos, o movimento preconizado por Azevedo (2019, p. 99-100 e 104) advoga pela positivação dos Direitos Animais, rejeitando a sua instrumentalização e exploração, pelo menos como um primeiro passo para a efetivação dos seus direitos, já que a sua aplicação²

1 Conforme Exame (2020), “Os números de 2018 indicam a presença de 139,3 milhões” de animais de estimação, sendo “54,2 milhões de cães, 39,8 milhões de aves, 23,9 milhões de gatos, 19,1 milhões de peixes e 2,3 milhões de outras espécies (répteis, anfíbios e pequenos mamíferos)”, de modo que segundo o IBGE, “O Brasil já tem mais cães e gatos do que crianças em seus lares”.

2 Isso porque o “desenvolvimento de elementos de controle – e legitimação – de decisões, notadamente as judiciais, é de uma dramática premência”, notadamente para afastar-se quaisquer apropriações por parte do intérprete-julgador (PINTO, 2019, p. 260-263), que por meio de posturas discricionárias, acaba fragilizando a autonomia do Direito, “tornando a própria lei e até mesmo a Constituição reféns de discursos corretivos à base de elementos morais, políticos e econômicos, [...]”. (STRECK, 2017, p. 60). Em uma democracia, pois, não podem os órgãos do Judiciário – ou de quaisquer dos outros Poderes – formar suas convicções a partir de livre apreciação, e, assim, decidir a partir de livre convencimento, na

merece igual atenção. (RODRIGUEZ *apud* AZEVEDO, 2019, p. 108). Com efeito, os Direitos Animais poderiam “colocar em prática determinadas exigências nascidas no seio” do movimento animal, especialmente a proteção do animal e seu bem-estar, afastando e punindo práticas cruéis. (AZEVEDO, 2019, p. 110-111). Para a autora:

a CF inovou com a previsão do inciso VII, do parágrafo 1º, do artigo 225, que determina ser incumbência do Poder Público, “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies *ou submetam os animais a crueldade*”. (AZEVEDO, 2019, p. 120, grifo nosso).

Referida inclusão constitucional do meio-ambiente, como um todo, e dos animais, como indivíduos sencientes, enquanto bens jurídicos relevantes, dignos de proteção, conforme Azevedo (2019, p. 121), revela uma faceta contrária ao antropocentrismo, a despeito de ainda conceber os animais não-humanos como diferentes dos humanos. A já referida Lei Federal n. 9.605/1998, todavia, conforme Azevedo (2019, p. 124), não define o que considera maus-tratos, o que acaba ficando “a cargo de uma construção doutrinária e jurisprudencial, que leva em consideração o parecer proferido por” profissional da medicina veterinária “de acordo com cada caso concreto”.

A extinção de práticas que coloquem os animais como instrumentos, i. e., meios para atingimento de um fim, conforme Azevedo (2019, p. 132-133), preconizaria o seu respeito enquanto possuidores de um valor inerente, i. e., fins em si mesmos; entretantes, no atual estado da arte dos Direitos Animais, tratando especificamente da Lei Federal n. 7.643/1987, Azevedo (2019, p. 135) refere que não há o reconhecimento de que esses seres não-humanos – *in casu* cetáceos – sejam sujeitos morais ou sujeitos de direitos, mormente a CF/88, como visto, os proteja enquanto parte do meio ambiente – e não como seres individuais. (SARLET *apud* AZEVEDO, 2019, p. 136-137). Mesma coisa quanto à determinadas leis estaduais e municipais que vedam o uso do animal em espetáculos – elas não reconhecem os animais como sujeitos de direito. (AZEVEDO, 2019, p. 139).

Consoante Bevilaqua (2019, p. 39-40), embora os animais não-humanos não sejam – mais modernamente – considerados como “coisas”, inclusive com a diferenciação de outros seres não-humanos, não se sucede que tenham adquirido personificação, ficando eles, assim, “a meio caminho entre os dois polos básicos dos sistemas jurídicos modernos”, i. e., em um “vazio jurídico”. Do ordenamento jurídico brasileiro, pois, quatro mandamentos de otimização regentes do Direito Animal são apontados por Silva: a dignidade animal, o antiespecismo, a não violência e o veganismo (SILVA *apud* AZEVEDO, 2019, p. 147), sendo possível observar-se também alguns temas de interesse direto dos animais não-humanos e que vêm clamando por adequações legislativas, como aponta Azevedo:

questões como: animais nos projetos do Minha Casa Minha Vida, impossibilidade de proibição de animais em prédios, cadastro/identificação de animais domésticos, transporte de animais em transportes públicos, demissão por justa causa por maus-tratos a animais, proibição de fogos de artifício, criação de

medida em que a Constituição, no artigo 93, *caput* e inciso IX, exige motivação das decisões, sendo uma garantia ao jurisdicionado no sentido de que as decisões serão fundamentadas com base nos argumentos das partes, provas dos autos e na Constituição e textos normativos, e nunca em presunções. (BARCELOS, 2020, p. 195-196). Assim, não poderá o aplicador decidir seguindo sua consciência, na medida em que o “livre convencimento significa o” seu “total afastamento [...] dos elementos de coerência e integridade”. (STRECK, 2017, p. 34-35). Para Miozzo, as decisões judiciais “Não são escolhas arbitrárias ou apenas volitivas”, mas sim “atos hermenêuticos e, portanto, hermenêuticamente e intersubjetivamente passíveis de controle”. (*apud* PINTO, 2019, p. 260).

delegacia de proteção animal, ativistas/trabalho para animais, monitoramento de petshops, falta no serviço para levar animal ao veterinário, dedução de imposto de renda dos gastos com veterinário, saúde pública para animais e, finalmente, sepultamento de animais e estatuto dos animais. (2019, p. 160).

Diferentes “reflexões filosóficas acerca da relação dos humanos com os animais” se colocam quanto ao reconhecimento de direitos para esses seres, havendo, “A partir do esforço conjunto de políticos, cientistas, filósofos, organizações ativistas, tratadores e demais envolvidos na experimentação animal”, o desenvolvimento em diversos países de sistemas legais de proteção animal. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 46). Para os autores:

A primeira legislação objetivando regular o uso de animais para fins científicos foi criada na Inglaterra em 1876, como emenda à lei Ato contra a Crueldade Animal, de 1835. Mais tarde, diversos países criaram legislação própria com o mesmo intuito. Leis que regulam o uso de animais para fins científicos nos países ocidentais têm sido sujeitas a sucessivas alterações, evidenciando progresso nos cuidados com animais e estabelecendo diretrizes específicas para a utilização desses organismos na pesquisa e ensino. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 46).

Como exemplo, trazem os referidos autores a legislação da União Europeia, que preconizaria um “equilíbrio entre o avanço científico e o bem-estar animal”, tendo a Diretiva 2010/63/UE reforçado “os padrões de bem-estar animal em comparação com a diretiva anterior (86/609/EEC)”, tendo como objetivo “harmonizar os padrões de bem-estar animal e as condições para pesquisa entre os estados-membro”. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 46). Referem que no Brasil,

a primeira regulamentação de proteção animal foi criada em 1934 (Decreto 24.645/34) e marca a proibição de infligir maus tratos físicos aos animais durante a execução de metodologias de ensino. Em 1941, o Decreto-lei 3.688 previu punição para aqueles que, mesmo para fins didático-científicos, realizem em lugar público ou exposto ao público experiência dolorosa ou cruel em animal vivo. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 46).¹

E tratando especificamente “da senciência animal”, Oliveira e Goldim (2014, p. 49) referem que diversas definições “podem ser encontradas na literatura, englobando desde aspectos morfofisiológicos até aspectos cognitivo-comportamentais”, sendo que o “mais conhecido argumento defendendo a senciência como base para a consideração moral dos animais foi dado pelo jurista Jeremy Bentham, que em 1789 advertiu” que a possibilidade de sofrimento”, i. e., a capacidade de sentir, “seria a questão mais importante, antes da possibilidade da raciocínio ou fala. (BENTHAM *apud* OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 49).

Nessa esteira, “Senciência se refere à resposta do sistema nervoso central para ativar o sistema sensorial periférico”, sendo “Senciente” o indivíduo “que tem sua própria experiência de vida”, i. e., “experenciar subjetivamente torna o animal mais apto a sobreviver e reproduzir-se do que aqueles que apenas agem automaticamente ou reagem sem passar

1 Tratando de uma crítica à ausência de proteção aos animais invertebrados, dizem os autores: “Com base nessa definição imprecisa de animal, as leis protegem somente 5% da fauna. Os demais 34 filos reunidos no grupo dos invertebrados não são mencionados, com exceção de algumas poucas espécies. [...] Polvos, lulas, caranguejos e ermitões são animais invertebrados que, graças a estudos recentes, adquiriram o status de seres sencientes, prerrogativa somente dos vertebrados. A comprovação científica dos estados emocionais desse grupo de animais assegura-lhes proteção legal em alguns países. Na sequência, destacamos outros grupos de invertebrados pouco estudados, mas que também parecem apresentar o mesmo potencial de senciência.”. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 48 e 50).

por experiências subjetivas conscientes”; referindo-se a consciência “a amplo espectro de estados nos quais há consciência imediata do pensamento, da memória ou de sensações”. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 49; DAWKINS *apud* OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 49).

Se a inclusão dos vertebrados na “regulamentação da proteção animal” dá-se pela comprovação científica da sua sensiência, “a única razão pela qual os invertebrados” estariam excluídos seria justamente a ausência dessa capacidade; porém, diante do uso desses seres em pesquisas científicas, já que “Por razões econômicas” possuem “grande potencial para a realização de pesquisas biomédicas”, fundamental atenção para essa temática, “como medida de aprimoramento e promoção do bem-estar dos indivíduos utilizados em pesquisas científicas”, sendo que a impossibilidade “de acessar estágios emocionais, bem como a de mapear precisamente mecanismos da dor e sofrimento, não” os “deve excluir [...] da consideração moral em proporcionar-lhes cuidado e bem-estar”. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 52-53). Dizem os autores:

Substituir animais vertebrados por invertebrados pode ser vantajoso economicamente, mas o uso indiscriminado pode comprometer a integridade física e emocional dos indivíduos estudados, da mesma forma como a experimentação com os vertebrados era feita no passado. (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 53).

Em Oliveira e Goldim (2014, p. 49-50), para “promover o bem-estar animal é necessário não somente evitar o sofrimento, mas também proporcionar-lhes condições favoráveis que assegurem prazer”; todavia, “Dada a diversidade de espécies do Reino Animal”, com diferentes capacidades de consciência, far-se-ia necessária uma criteriolgia para “avaliar quão positiva ou negativa é a sensação” daquele ser. Referem os autores que “Quanto à cognição, trata-se de processos pelos quais os animais percebem, processam e guardam a informação” (OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 49); e, para Dawkins, haveria três tipos de consciência:

1) consciência fenomenal (experiência de ver, ouvir, sentir dor etc.); 2) consciência de acesso (experiência de ser capaz de pensar a respeito ou de relatar um estado mental, tanto no presente quanto no passado) e; 3) consciência de autoconsciência e de monitoramento (experiência de pensar a respeito das próprias ações e de seus efeitos e, se necessário, modificá-las). (*apud* OLIVEIRA; GOLDIM, 2014, p. 49).

Em uma perspectiva abolicionista, com o abandono da coisificação animal e seu entendimento como sujeitos de direito ou sujeitos morais, os Direitos Animais tenderiam à vedação de qualquer hipótese de instrumentalização, sobretudo como propriedade, impedindo trazer animais domésticos à vida e não interferir na vida de animais silvestre. (AZEVEDO, 2019, p. 140-141). Em Trindade (2013, p. 125), nessa perspectiva os animais não-humanos não seriam vistos “como outra coisa que não portadores de direitos, valor inerente igual e verdadeiros membros de uma comunidade moral”, “mesmo que ninguém os valore”, para que lhes seja dado o direito de não serem tratados – exclusivamente – como recursos econômicos, pois “possuem valor por si mesmos”.

Diante da possibilidade de os animais não-humanos sofrerem, haveria para a humanidade “a obrigação moral de evitar” que lhes sejam infligidos sofrimentos desnecessários, sendo que sua condição de propriedade – contemporaneamente – contribuiria para o estado de “desconsideração moral dos seus interesses”, justificando sua exclusão “do escopo da comunidade moral” (TRINDADE, 2013, p. 204). Diz o autor:

A condição de propriedade engessa as relações morais de tal modo que, quase sempre, os interesses do proprietário (humano) serão tomados como mais importantes do que os interesses da propriedade (animal), independentemente de quão triviais possam ser os interesses do proprietário e de quão fundamentais possam ser os interesses da propriedade. (TRINDADE, 2013, p. 205).

Se a senciência seria a única capacidade necessária para que o ser vivo pudesse ser considerado membro de uma comunidade moral, e essa condição preconiza o seu interesse em não sofrer, ele poderia ser considerado um sujeito moral (FRACIONE *apud* TRINDADE, 2013, p. 210) e não poderia ser objeto de consumo para alimentação ou vestuário, caça, experimentos científicos e qualquer outra forma de exploração. (TRINDADE, 2013, p. 210). Da análise dos *pets* e seu *status* a partir dos Direitos Animais¹, pois, passa-se à análise de decisões exaradas em dois processos em que figuraram como autores seres não-humanos e seus efeitos para fins de justificação – ou não – da possibilidade de constrição sobre animais de estimação.

3.2 Animais não-humanos em litígio

No âmbito do Poder Judiciário do RS, dois processos demandaram uma solução bastante diferente daquela vista nos outros processos envolvendo animais não-humanos – como os exemplos acima referidos, para ilustrar a importância desses seres para a humanidade. (CAVALHEIRO, 2020).

No processo nº 5002248-33.2020.8.21.6001, em trâmite na Vara Cível do Foro Regional da Tristeza da Comarca de Porto Alegre, um cão da raça Shih-tzu chamado “BOSS”, demandou em litisconsórcio com seus tutores em face de um *petshop*, articulando pleitos indenizatórios por uma lesão em tese sofrida por ocasião de um banho e transporte. (BRASIL, 2020). Sobreveio decisão rejeitando a sua inclusão como litisconsorte ativo, pois “O art. 216 da Lei Estadual nº 15.434/2020, embora preceitue acerca da natureza *suís generis* dos animais domésticos, não prevê” a sua “capacidade processual”, fazendo-se prevalecer o CPC. (BRASIL, 2020); e, opostos embargos, articulando-se que a referida decisão teria restado omissa quanto à aplicação do já referido Decreto de 1934, que diria que “Os animais”, na hipótese de maus-tratos, seriam “assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais” (BRASIL, 2020); sobreveio decisão no sentido de que o julgador não verificou qualquer vício a configurar as hipóteses desse tipo de recursos, tendo dito a autoridade “que o julgador não está obrigado a esquadrihar todos os argumentos esgrimidos pelas partes, mas sim, indicar os elementos suficientes a embasar seu convencimento” (BRASIL, 2020). E adiante constou:

Frisa-se que no Brasil, os decretos-leis tiveram um número expressivo de publicações durante o Estado Novo e o Regime Militar, para fins de impelir imediata efetividade a um desejo político da administração central. No século XX, em decorrência de uma visão mais biocêntrica do Direito, surge acentuado crescimento ao interesse da proteção animal em âmbito internacional. Nesse contexto, o tema circundado nos autos e instituído pelo Decreto nº 24.645/34, afasta a ideia de que os animais são coisas ou objetos, resignificando sua existência como seres sencientes, tutelados pelo Estado, e instituindo medidas de proteção ao normatizar direitos, numa melhor *precisão técnica*,

1 Que não se circunscreve aos animais de estimação ou à megafauna carismática; e, dada a complexidade teórica, não pode ser completamente descrito no presente trabalho, pois lhe escapa o objeto.

pela representatividade desses seres quando defendidos numa ação. Ou seja, a legislação reconhece indiretamente que os animais, apesar de não possuírem capacidade civil, possuem direitos que precisam ser protegidos. Ademais, depreende-se de breve leitura da norma, que não há qualquer alusão ao tema *capacidade processual*. Nem poderia, já que a matéria em questão é privativa da União - e do poder legiferante, estabelecida em norma constitucional hierarquicamente firmada no ápice da pirâmide jurídica de Kelsen. Nesse sentido, veja-se o art. 22 da Constituição Federal: [...] Outrossim, a Constituição Federal é a lei máxima de um país, portanto, qualquer lei, decreto-lei, que vá de encontro à constituição vigente é automaticamente revogado quando da sua promulgação. Nesse viés, em que pese a abrangência dos direitos dos animais ser robustecida, modo especial, pela Lei Federal nº. 9.605 - Lei dos Crimes Ambientais, pode-se divagar, inclusive, que a Constituição de 1988 não recepcionou o decreto-lei reluzido pela parte autora quanto ao seu art. 2º, § 3º. O fato é que o Código de Processo Civil regra, expressamente, em seu art. 70, a capacidade processual dos sujeitos de uma relação jurídica, não se estendendo aos animais, que não têm personalidade jurídica própria. Não se entende como a parte autora insiste em inserir o cão ao amparo do previsto no art. 3º do Código Civil. Parece-me que a parte demandante busca esquivar-se do efetivo objeto da ação, deixando de contribuir de fato para o bem-estar do animal em questão, patinando por questões periféricas que ao interessado (tutelado), em nada contribui para o triunfo da causa suscitada. Ademais, o que pretende a parte embargante, em verdade, é a reforma da própria decisão proferida, o que deve ser buscado pela via recursal adequada, e não pelo meio de embargos declaratórios. (Processo nº 5002248-33.2020.8.21.6001, Juiz de Direito Vanderlei Deolindo, Vara Cível do Foro Regional da Tristeza da Comarca de Porto Alegre, julgado em 29/06/2020). – grifos no original.

Interposto recurso, sobreveio acórdão assim ementado, na parte relacionada à (in)capacidade processual do cão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA DE CACHORRO DE ESTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE DE SER PARTE. GRATUIDADE JUDICIÁRIA AOS AUTORES HUMANOS. NECESSIDADE EVIDENCIADA. 1. AINDA QUE A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL, INCLUSIVE A ESTADUAL, GARANTA AOS ANIMAIS UMA EXISTÊNCIA DIGNA, SEM CRUELDADE, MAUS TRATOS E ABANDONO NO CASO DOS DE ESTIMAÇÃO, ELA NÃO LHE CONFERE A CONDIÇÃO DE PESSOA OU PERSONALIDADE JUDICIÁRIA. O NOVO CPC APENAS RECONHECE A CAPACIDADE DE SER PARTE ÀS PESSOAS E ENTES DESPERSONALIZADOS QUE ELENCA EM SEUS ARTS. 70 E 75, NÃO INCLUINDO EM QUALQUER DELES OS ANIMAIS. ASSIM, AINDA QUE SUJEITO DE DIREITOS, O CÃO BOSS NÃO POSSUI CAPACIDADE DE SER PARTE, DEVENDO SER MANTIDA A SUA EXCLUSÃO DO POLO ATIVO DA LIDE. [...]. (Agravo de Instrumento nº 5041295-24.2020.8.21.7000, Relator CARLOS EDUARDO RICHINITTI, Nona Câmara Cível, julgado em 07/12/2020). (BRASIL, 2020, grifos no original).

Constou no voto condutor:

Não ignoro que defensores do Direito Animal vislumbram, no parágrafo terceiro do dispositivo acima transcrito, a capacidade processual dos animais. Entendo, no entanto, que o dispositivo não tem este alcance. *Embora utilizada a palavra assistidos, não tem ela a significância de que os animais poderiam ser partes, em nome próprio, mediante a assistência das referidas entidades como seria o caso dos absolutamente incapazes trazida pelo Código Civil de 1916.* Esta analogia não está correta e, a corroborar esta interpretação, está o fato de que não se tem notícia de qualquer ação ajuizada por animal em nome próprio desde

a vigência da referida legislação, aliás, editada pelo Governo Provisório, como decreto, mas com força de lei. Mesmo que o Decreto nº 24.645/34 não esteja totalmente revogado, porquanto como bem ponderaram os agravantes ainda nos dias de hoje é utilizado inclusive pelos Tribunais Superiores como fonte de direito, *o referido dispositivo - admitindo-se que traria a capacidade de ser parte dos animais - foi revogado, tacitamente, pelo novo Código de Processo Civil que, como visto acima, não traz os animais como portadores de capacidade processual, seja porque não são pessoas, seja porque não inseridos nas excepcionalidades dos sujeitos que possuem apenas personalidade judiciária.* (BRASIL, 2020, grifos nossos).

Adiante, porém, constou o seguinte:

Finalmente, não se diga que a impossibilidade de os animais, por si mesmos, estarem em juízo implica tratar-lhes como coisas. A própria Constituição e a legislação ordinária já garantem aos animais uma existência digna, com proibição de maus tratos, crueldade e abandono. Essas disposições, inegavelmente, demonstram que o Poder Público e a própria sociedade brasileira têm o compromisso de garantir a esses seres vivos não-humanos o seu bem-estar, demonstrando que não mais se coaduna com a sistemática jurídica em vigor o tratamento indiferente e "coisificado" deles. [...] entendo que devemos caminhar para algo mais avançado e que efetivamente alcance aos animais uma maior proteção, inclusive no âmbito da capacidade postulatória judicial por representação. Animais com sentimentos, em especial de dor, não podem continuar a serem tratados como coisas, servindo apenas aos interesses humanos, na maioria das vezes sem sequer considerar o sofrimento do animal. Tal situação, contudo, na medida em que envolve matéria processual, deve ser objeto de deliberação legislativa federal, acompanhada da necessária evolução do ser humano, que desde sempre tratou como coisa servil, seres vivos que sentem pelo descaso, pela desumanidade, pela exploração econômica, pela insensibilidade da raça - dita racional - dos humanos. (BRASIL, 2020, grifos nossos).

No processo nº 5048149-79.2020.8.21.0001, em trâmite na 3ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, dois cães chamados "COSTELINHA DA GUARDA" e "SHEID DA GUARDA", em litisconsórcio ativo com oito gatos chamados "LAURA DA GUARDA, BRABÃO DA GUARDA, FURIOSA DA GUARDA, TRICOLOR DA GUARDA, BRASINA DA GUARDA, TIGRADA DA GUARDA, CHARLOTTE DA GUARDA e IRINA DA GUARDA" e uma associação civil demandaram em face de uma pessoa natural, articulando pleitos indenizatórios e de "destituição da tutela e perda da guarda da ré sobre os animais autores". Sobreveio decisão:

Isso posto, JULGO EXTINTO o feito, sem resolução do mérito, em relação aos animais não humanos que figuram no polo ativo, por falta de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, a teor do que dispõe o art. 485, IV, do CPC. Com o trânsito em julgado desta decisão, excluem-se os cachorros e os gatos do polo ativo, devendo o feito prosseguir apenas com relação à Associação, que atua na proteção dos animais domésticos. (BRASIL, 2020, grifo no original).¹

Opostos embargos de declaração, foram desacolhidos nos seguintes termos:

desacolho quanto à suposta contradição com relação à capacidade judiciária dada aos animais domésticos por lei estadual, porquanto a decisão é clara ao reconhecer que tal matéria foge a sua competência, pretendendo a parte

1 Houve também o deferimento da tutela de urgência, "para o fim destituir provisoriamente a demandada da posse sobre os dois cães e oito gatos apreendidos em 23/7/2020 [...]". (BRASIL, 2020).

embargante reformar a decisão embargada, o que não se mostra possível por meio de embargos. Com relação à posse provisória, inviável a declaração, neste momento processual, da destituição da tutela e perda da "guarda" pela embargada, a fim de que os animais sejam disponibilizados à adoção, porquanto esgotaria o mérito, motivo pelo qual fica mantida a posse à embargante, nos termos em que deferida, destacando-se que a pertinência ou não de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente ao presente caso será oportunamente analisada, quando da prolação da sentença, sanando-se, portanto, eventual omissão com relação a este ponto. Por fim, com relação à aplicabilidade do Decreto nº 24.645/34, não há como aplicá-lo ao presente caso, uma vez que revogado pelo Decreto nº 11/1991, ainda que a embargante se insurja contra a revogação. Isso posto, ACOELHO PARCIALMENTE os embargos declaratórios, sem efeitos infringentes, mantendo-se integralmente a decisão embargada (Evento 41). (BRASIL, 2020).

Examinando-se as referidas decisões, não se verifica qualquer desrespeito aos animais não-humanos em litígio; pelo contrário, verificou-se uma preocupação com o seu bem-estar e sua importância no ordenamento jurídico – a impossibilidade de um animal não-humano figurar como autor, ao mesmo tempo em que preserva o CC e o CPC, atinente à capacidade de Direitos e processual, não configura qualquer violação aos Direitos Animais, mormente porque como referido por Azevedo (2019, p. 164), no movimento animalista os animais não são capazes de ter voz e, assim, pretendem os seus defensores dar-lhes voz. O movimento animal:

é um movimento que não tem classe, gênero, raça ou cor, pois qualquer ser humano pode dar voz aos animais, mas os animais não podem dar voz a si mesmo. E, com isso, modifica-se a própria concepção de intersubjetividade, porque a luta de uma classe dominada pressuporia a emancipação pela própria classe. Não podendo os animais reivindicar seus próprios direitos é preciso dar voz a eles. (AZEVEDO, 2019, p. 186).

Consoante Trentin e Hertes (2019), a “Declaração Universal dos Direitos dos Animais prevê que todo o animal tem direito à atenção, aos cuidados e a proteção do homem, não podendo ser submetido a maus tratos e atos cruéis”, sendo essa abordagem também prevista na Carta da Terra, aprovada na capital francesa em março de 2000 e que buscou demonstrar “as perspectivas conclusivas – alfabetização ecológica e globalização ambiental e humana –” enquanto princípio e enquanto ações tendentes à uma “necessária mudança cultural no modo como humanos” percebem a natureza, dado que “não basta religar os humanos entre si se não acontece uma religação deles” com a natureza. (JUNGES *apud* PINTO, 2019, p. 100).

Como primeiro princípio da Carta da Terra, consta “respeitar e cuidar da comunidade da vida”, sendo que o quarto tópico preconiza a seguinte diretiva:

4. Garantir as dádivas e a beleza da Terra para as atuais e as futuras gerações.
 - a. Reconhecer que a liberdade de ação de cada geração é condicionada pelas necessidades das gerações futuras.
 - b. Transmitir às futuras gerações valores, tradições e instituições que apoiem, em longo prazo, a prosperidade das comunidades humanas e ecológicas da Terra. (JUNGES *apud* PINTO, 2019, p. 100).

No tópico 15 da Carta, consta o seguinte:

15. Tratar todos os seres vivos com respeito e consideração.
 - a) Impedir crueldades aos animais mantidos em sociedades humanas e protegê-los de sofrimentos.

- b) Proteger animais selvagens de métodos de caça, armadilhas e pesca que causem sofrimento extremo, prolongado ou evitável.
- c) Evitar ou eliminar ao máximo possível a captura ou a destruição de espécies não visadas. (JUNGES, 2010, p. 132).

Inobstante a ausência de previsão legal neste sentido, Trentin e Hertes (2019) sustentam que o afeto pelos *pets* poderia ser utilizado como justificção para a sua impenhorabilidade, pois “um animal dotado de tamanha importância no âmbito familiar” não poderia “ser penhorado e posteriormente expropriado do núcleo familiar como objeto de ‘pagamento’ de uma obrigação [...]”. Fazem referência as autoras a julgado catarinense, no processo nº 0500747-10.2011.8.24.0018, em que houve o indeferimento do pedido de penhora sobre um *pet*, nos seguintes termos:

Não obstante o animal se tratar de bem móvel, em princípio, passível de penhora, tem-se que a medida, no caso dos autos, seria desproporcional. Qualquer pessoa, com mínima sensibilidade, não pode ignorar que um cachorro, tratado como animal doméstico, é dotado de sentimentos que o ligam aos seus “familiares”, sendo certo que tal medida importaria em graves prejuízos não só ao cão, mas ao seu dono, caso vendido para outrem como se fosse um objeto qualquer. Ora, se uma geladeira, um televisor, uma mesa, enfim, objetos domésticos inanimados, são protegidos pela impenhorabilidade do bem de família, que dirá um ser vivo, com capacidade de expressar afeto e conviver, na maioria das vezes, como integrante do núcleo familiar. INDEFIRO, pois, o pedido de fl. 76. [...]. (Processo nº 0500747-10.2011.8.24.0018, Juiz de Direito Marcio Rocha Cardoso, 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Chapecó, julgado em 08/04/2015).

Em conclusão, referem as autoras:

Por fim, no que se refere à questão do animal de estimação, percebeu-se que este já faz parte da maioria das composições familiares, advindo do afeto e relação de convivência existente entre o homem e o animal. Desse modo, em que pese haver a possibilidade dos animais de estimação ser aptos a penhora, quando caracterizados como semoventes, em razão do afeto e condição de dignidade animal, há um forte protecionismo, resultando a impenhorabilidade deles. (TRENTIN; HERTES, 2019).

Consoante Nogueira e Nogueira (2018, p. 103-104), “Uma das grandes inovações trazidas pelo” CPC “foi o reconhecimento da força do ‘processo civil constitucional’”, por meio do imperioso respeito à “força normativa e a hierarquia do texto constitucional, que deve constantemente ser ‘lembrado’ quando for necessária a interpretação do texto das leis infraconstitucionais”, e “A presença efetiva do Estado na atividade executiva é absolutamente fundamental para garantir [...] a satisfação do direito daquele que o possui”. Especificamente quanto à penhora, referem ser um ato essencial, dada a promoção da “apreensão do bem de propriedade do executado”, que “será empregado para satisfazer” o crédito, “dando sentido ao princípio da efetividade, razão pela qual deve [...] ser vista como um ato processual dos mais relevantes”, devendo “ser facilitada”, para não prejudicar ainda mais o credor, que “não obteve a satisfação voluntária” do seu direito. (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 105).

Os atos expropriatórios, uma vez que recaem sobre bens, se prestariam – após a penhora – à satisfação creditícia da pessoa que intenta a ação de execução ou o cumprimento de decisão; entretanto, em uma abordagem um pouco diferente da de Trentin e Hertes, que se basearam no afeto das pessoas tutoras/proprietárias para com o *pet*, Nogueira e Nogueira (2018, p. 106) referem o seguinte:

Após a penhora do “bem”, e a nomeação do depositário, o próximo passo em uma execução é a expropriação, para que haja, finalmente, a satisfação do exequente. Nessa fase ou o “bem” é adjudicado pelo exequente, como forma de pagamento, ou seja, ele fica com o objeto que pertencia ao executado, ou o bem é levado a leilão, sendo alienado para qualquer terceiro que, não sendo proibido de participar, ofereça o maior lance. Essa breve descrição do caminho do bem, entre a penhora e a expropriação (ou seja, a perda do bem pelo executado), não traz nenhum questionamento de ordem ética se o bem penhorado for realmente um bem, e não uma vida. (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 107).

Fazendo uma diferenciação entre um *pet*, um veículo e um lustre, citados autores mencionam que no 2º caso seria possível a penhora se o bem não fosse para uso em trabalho (fonte de sustento), e no 3º caso, “plenamente cabível, por ser [...] um bem de ‘enfeite’”; no caso do *pet*, feriria “a ética e a moral”, pois não seria ético penhorar uma vida para satisfação de uma pretensão creditícia, dado que os animais são seres sencientes e, a despeito de no campo da ética ainda se discutiria “se são ou não sujeitos de direitos”, sendo seres vivos, não poderiam ser expropriados. (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 107-108). Em um primeiro momento, os autores referem-se a uma variedade de animais que poderia penhorada (cães e gatos, suínos, bovinos e equinos); e, posteriormente, há uma restrição aos cães:

Independentemente das dívidas contraídas [...], o [...] cão tem uma vida própria, tem seus interesses, tem seus medos, seus momentos de alegria e tristeza, sente frio, sente calor, enfim, tem emoções. Penhorar um cão soa algo absolutamente cruel com o animal, que, sem entender o que se passa, ver-se-á privado do contato do seu melhor amigo porque esse “melhor amigo” contraiu uma dívida e não a honrou. Quem irá explicar ao animal que esse sacrifício dos seus interesses é necessário porque há certa quantia [...] que o exequente precisa receber? (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p.108).

No ponto, sustenta-se que haveria casos em que cães morreriam de tristeza pela ausência de tutoras/donas (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2016, p. 108), e que “Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também” possuiriam “substratos neurológicos” (LOW *apud* NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 108); e a conclusão seria a de que se a CF/88 veda a crueldade contra os animais e a penhora seria uma espécie de crueldade, o CPC, quando “fria e cruelmente [...] admite a penhora do animal”, estaria em flagrante inconstitucionalidade. (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p.109). Tratar-se-ia “da consideração dos interesses do animal, e não do argumento antropocêntrico de que a privação do convívio com o seu “bem” fere a dignidade da pessoa humana”, sustentando-se uma antinomia entre o CPC, que permitiria a penhora de *pets* para pagamento de dívida, e o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais. (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 109).

Para Machado (2019, p. 47-48), a penhora de animais seria possível apenas para àqueles sujeitos à atividade econômica, “não incluídos os animais de estimação”, pois aqueles teriam valor monetário, e esses seriam impenhoráveis por manterem “relações afetivas com seus tutores, dentro do ambiente familiar”; referindo uma decisão goiana onde indeferiu-se o pedido de penhora de *pets* sob o argumento de se enquadrariam como bem de família, nos termos da lei 8.009/90, que “contempla a impenhorabilidade para os bens móveis que guarnecem a residência”.

Na referida decisão, reconheceu-se a possibilidade de penhora de animais, não havendo dúvidas acerca dessa possibilidade sobre àqueles com destinação puramente econômica, como bovinos, todavia, “a questão” ganharia “contornos dramáticos ao se

colocar um animal silvestre ou de estimação como possível objeto de construção [...]”. (JUSBRASIL, 2017). Ainda que se tratasse de animal de elevado valor, “uma leitura isolada e literal” do dispositivo “conduziria a uma resposta positiva, mas em uma visão sistêmica”, teria “entendimento diverso”, porque os pássaros da pessoa devedora, em tese, necessitariam de licença ambiental para manutenção em cativeiro e transporte, e promover a sua retirada, após adaptação a determinado ambiente, “poderia representar a prática de maus-tratos”; e, inobstante, “animais de estimação” poderiam “ser perfeitamente enquadrados como bem de família, já que o parágrafo único do art. 1 da Lei 8.009/90” contemplaria “a impenhorabilidade” relativamente a bens móveis que guarnecem a residência. (JUSBRASIL, 2017). Por fim, referiu o julgador que mesmo sem o reconhecimento como sujeitos de direitos, “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe o respeito aos valores e bens jurídicos consagrados pela ordem jurídica e assimilados pela sociedade, tal como a proteção constitucional” da fauna; e “sequer” teria havido “a comprovação da existência dos aludidos pássaros” nos autos. (JUSBRASIL, 2017).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto o CC quanto o CPC, como qualquer outro texto normativo, a despeito do esforço das pessoas redatoras, por uma série de motivos, como já exposto em um sem número de pesquisas, possui descritividade insuficiente para abarcar todos os fenômenos da experiência humana, notadamente os problemas advindos da vida em sociedade. E as relações inexoravelmente jurídicas entre *pets* e suas pessoas tutoras/proprietárias, e ex-companheiras e ex-cônjuges, bem como com a vizinhança e órgãos de Estado relacionados com a proteção do meio ambiente, possuem certa previsibilidade, direcionada, como visto, à proteção da vida animal, à proteção do sossego e bem-estar; inclusive com o reconhecimento judicial da sua importância para a felicidade humana.

As soluções dadas, no que toca ao direito de uma pessoa ter um animal em sua residência, bem como ao compartilhamento da sua convivência com outra tutora/proprietária, não expõe maiores deficiências legais, mormente porque a CF/88 expressamente eleva a vida de animais não-humanos – de estimação ou não – à categoria de bem jurídico relevante. A dificuldade advém da natureza jurídica de objeto dos *pets*, em havendo pretensão resistida entre a sua pessoa tutora/proprietária e pessoas credoras, pois a tensão envolve interesse creditício de terceira pessoa *versus* a afeição da tutora/proprietária pelo *pet*.

Toda a construção teórica dos Direitos Animais centra-se na proteção da sua vida e do seu bem-estar (a despeito da diversidade de linhas teóricas), inclusive pretendendo resguardar a sua dignidade, equiparando-lhes aos humanos, não havendo qualquer preocupação com o sentimento da pessoa tutora pelo *pet*, o que, a toda evidência, reforçaria uma racionalidade antropocêntrica incompatível com o movimento animal. E tomando-se esse ponto de partida, pretendeu-se a resposta sobre a possibilidade – ou não – de penhora e adjudicação de um *pet* de elevado valor, nos termos do artigo 833, *caput* e inciso II, do CPC.

Sendo um cão – ou gato ou pássaro ou peixe – um bem móvel, nos termos do CC, e tendo elevado valor¹, seria absolutamente possível a sua expropriação, tal como se fosse um cavalo, um bovino, e até mesmo um piano de cauda ou um quadro produzido por renomada artista.

Se o ser-humano é o único animal capaz de formular questões éticas e construir discursos éticos (JUNGES, 2010, p. 84), a alteração da pessoa tutora não seria passível de gerar – *per se* – quaisquer maus-tratos, notadamente pela incapacidade do animal não-humano de atribuir à sua tutora/proprietária o mesmo sentimento que àquela lhe atribui. Dito de outra forma, a ruptura relacional entre a tutora e o *pet* afigura-se muito mais traumática para a primeira do que para o segundo²³, que, com a nova tutora (adjudicante/alienatária) poderá continuar vivendo uma vida digna de ser vivida, resguardada pelo ordenamento jurídico, não havendo assim qualquer violação a qualquer postulado dos Direito Animais – que não se direcionam à tutora do *pet*, mas apenas ao *pet*. Eventual impossibilidade de constrição dar-se-ia pela prova (ônus da tutora/devedora) de que haveria geração de maus-tratos ao animal com a troca de titularidade.

Se as reivindicações do movimento animal são realizadas por pessoas que se sentem lesadas com a exploração animal, diferenciando-se de outros movimentos onde quem reivindica é o próprio grupo oprimido (AZEVEDO, 2019, p. 164), o entendimento da impossibilidade de penhora/adjudicação de um *pet* de elevado valor não possui qualquer justificação a partir do ordenamento jurídico e ainda viola expresso dispositivo do CPC.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Cândida Simon. O movimento animal produz direito? Luta e reconhecimento no movimento animalista. 2019. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2019. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/8970/Maria%20C%3%a2ndida%20Simon%20Azevedo_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 06 dez. 2020.

BARCELOS, Guilherme. Crítica Hermenêutica do direito eleitoral: o julgamento chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral. Curitiba: Juruá, 2020.

1 Não se defende a penhora sobre, por exemplo, um cão ou gato sem raça definida, pois seria inviável constrição nos termos do CPC, dado o baixo valor; mas sim, por exemplo, a um Spitz Alemão, que, conforme Prata (2018), chega a custar 16 mil reais, ou seja, mais de 15 salários-mínimos nacionais no ano de 2020.

2 Goldim (2018, p. 67-68) aponta para a situação em que pacientes em hospitais sentem mais saudade de seus *pets* do que de familiares humanos, o que inclusive faz algumas instituições aderirem programas de visitação do animal de estimação, como condição inclusive de melhora no conforto afetivo da pessoa internada.

3 Tratando da morte dos animais, Regan sustenta que confere mais danos aos humanos, posto que os não-humanos “não possuem a capacidade de” sofrer “antecipadamente”, ou “projetos de vida futuro” e que poderiam ser frustrados por essa morte. (*apud* TRINDADE, 2013, p. 172). Em sentido oposto, Fracione, pois o animal não-humano estaria ciente das suas experiências. (*apud* TRINDADE, 2013, p. 209).

BEVILAQUA, Ciméa Barbato. Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 38-71. Abril de 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132019000100038&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 dez. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. – 6. ed. rev., atual e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 8.009, de 29 de março de 1990.

Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70080718893. Apelante/Apelado: G.W.C.. Apelante/Apelado: I.S.C.C.. Relator: Desembargador José Antônio Daltoe Cezar. Porto Alegre/RS, 23 de abril de 2020.

Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=RS&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 19 dez. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70003960135. Apelante: CONDOMINIO EDIFICIO PRINCESA. Apelados: MARLI FEILSTRECKER e outros. Relator: Desembargador Eduardo Uhlein. Porto Alegre/RS, 23 de abril de 2002. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=RS&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70071626121. Apelantes: HELGA BEATRIZ SCHNEIDER e outro. Apelados: MOACIR LUCAS DAMIAN e outro. Relator: Desembargador Alex Gonzales Custódio. Porto Alegre/RS, 23 de outubro de 2017. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=

CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=RS&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=: Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Turmas Recursais da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71007604119. Recorrente: ANTONIO CARLOS MENDES. Recorrido NELTON JOSE BUSIN. Relator: Juiz de Direito Fabio Vieira Heerdt. Porto Alegre/RS, 25 de outubro de 2018. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=RS&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=: Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 2184358-42.2018.8.26.0000. Agravante: R. C. S.. Agravado: M. G. N. M. S. Relator: Desembargador Marcus Vinícius Rios Gonçalves. São Paulo/SP, 23 de abril de 2020. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13498757&cdForo=0>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Chapecó. Processo nº 5002248-33.2020.8.21.6001. Autor: Instinto Animal Produtos Veterinarios Ltda-ME. Ré: Eliana de Miranda. Juiz de Direito Marcio Rocha Cardoso. Chapecó/SC. Disponível em:

https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0500747-10.2011.8.24.0018&cdProcesso=010006GMF0000&cdForo=18&baseIndice=INDDS&mAlias=OPG5_DESKTOP&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=uwg8ybZouNawDM9FwxMa%2FzbDONyVoPztlgJK1RyMjbtBXM0digOO6%2Fv5Ds4N6LmxmKARvknG%2Fi6Q%2Fg7aScT5TJMjNWvFx6MuBOs7R2edNHeZ6tCyrf1x8hh3oyQxdIE93xry4PhXODGSNnWZGbwQGyRANTR1Ia5MBnAe12AAdaNOT01cB6U2W4UEELU6IW5rht%2FTBQXvkymNi3Q8TuRn35GQiHfOu2mZestA6hq24V1GwtzpxMWG%2Fq4VfWn5DSymn8P71S313cBe3L8QvURIYrtDuLnb%2F0coMKCeDoiOL60GdP1ygKh4JlimqOCYw55cfCV9sgT86b%2B9HTOZDMA75zs6lflSUBJLgb5C8tyoEFe4Jq2B%2FPGaVgleoh3gpfir. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Vara Cível do Foro Regional da Tristeza da Comarca de Porto Alegre. Processo nº 5002248-33.2020.8.21.6001. Autores: BOSS FRAU VON KUSSLER e outros. Ré: BICHO PREGUIÇA PET SHOP. Juiz de Direito Vanderlei Deolindo. Porto Alegre/RS. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=RS&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 5041295-24.2020.8.21.7000. Agravante: BOSS FRAU VON KUSSLER e outros. Agravado: BICHO PREGUIÇA PET SHOP. Relator: Desembargador CARLOS EDUARDO RICHINITTI. Porto Alegre/RS, 07 de dezembro de 2020. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=RS&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso Especial nº 1389418. Recorrente: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS-IBAMA. Recorrido: IZAURA DANTAS. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 21 de setembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75367358&num_registro=201302113244&data=20170927&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1713167. Recorrente: L. M. B. Recorrido: V M A. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 19 de junho de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83443343&num_registro=201702398049&data=20181009&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 19 dez. 2020.

Brasil poderá ter marco regulatório dos animais de estimação. Exame. Brasil, 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-podera-ter-marco-regulatorio-dos-animais-de-estimacao/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CAVALHEIRO, Patrícia da Cruz. Negado pedido para que cães e gatos figurassem como autores de ação judicial. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/negado-pedido-para-que-caes-e-gatos-configurassem-como-autores-de-acao-judicial/>. Acesso em: 21 dez. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GENTILI, Franco. Tortura: instrumentos medievais. 11. Ed. – Joinville: Horizonte Gráfica & Editora Ltda., 1996.

GOLDIM, José Roberto. 10 ensaios de bioética. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2018.

JUNGES, José Roque. (Bio)ética ambiental. – São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010.

JUSBRASIL. Páginas 1839 e 1840 da Seção III do Diário de Justiça do Estado de Goiás (DJGO) de 23 de Março de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/140873499/djgo-secao-iii-23-03-2017-pg-1839>. Acesso em: 21 dez. 2020.

MEMBRO AFETIVO: Para TJ-SP, vara da Família deve julgar guarda compartilhada de animais. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 13 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2020.

MACHADO, Anelise Siqueira. Registro de animais de estimação: uma forma de reconhecimento da família multiespécie. 2019. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Público e Privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videteca/monografia/Monografia_pdf/2019/AneliseSiqueiraMachado.pdf. Acesso em: 06 dez. 2020.

- NASCIMENTO, Maria Cândida Azevedo. Matar um animal é crime? Canal Ciências Criminais, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/614578164/matar-um-animale-crime>. Acesso em: 19 dez. 2020.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane Pimentel. O caso Joey e a possibilidade de penhora de animais domésticos no novo CPC. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, v. 11, p. 95-111. 2018. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/54/65>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- OLIVEIRA, Elna Mugarbi; GOLDIM, José Roberto. Legislação de proteção animal para fins científicos e a não inclusão dos invertebrados - análise bioética. Revista Bioética, v. 22, n. 1, p. 45-56, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a06v22n1.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.
- PET EM PETIÇÃO: Ação de custódia de animal de estimação é de competência da Vara de Família. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 18 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-monocratica-desembargador-rui.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- PINTO, Samuel Saliba Moreira Pinto. O controle hermenêutico jurisdicional na teoria e metódica estruturantes do Direito de Friedrich Müller. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, v. 13, p. 231-266. 2018. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/78/112>. Acesso em: 06 dez. 2020.
- PINTO, Samuel Saliba Moreira Pinto. O sistema de patentes como um possível elemento de limitação bioética para as nanotecnologias. 2019. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9330>. Acesso em: 06 dez. 2020.
- PRATA, Aline Kitamura. As 20 raças de cachorro mais caras do mundo. Perito Animal, 12 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.peritoanimal.com.br/as-20-racas-de-cachorro-mais-caras-do-mundo-22585.html>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- PROCÓPIO, Marco Túlio Brandão Sampaio. Ecologia integral e teologia da libertação animal: relações e implicações para a fé cristã e sua práxis. 2018. 149 f. Dissertação (Mestrado em Teologia) – Programa de Pós-Graduação em Teologia, Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE), Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://www.faculdadejesuita.edu.br/dissertacoes-teologia-437/ecologia-integral-e-teologia-da-libertacao-animale-relacoes-e-implicacoes-para-a-fe-crista-e-sua-praxis-15012019-091351>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- STRECK. Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- TRINDADE, Gabriel Garmendia da. Animais como pessoas: a abordagem abolicionista de Gary L. Francione. 2013. 219 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-graduação em Filosofia, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufsm.br/handle/1/9119>. Acesso em: 23 dez. 2020.

TRENTIN, Fernanda; HERDES, Andreia. Quanto vale seu pet? A impossibilidade de penhora de animais de estimação. JUS.COM.BR. 08/2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76205/quanto-vale-seu-pet>. Acesso em: 21 dez. 2020.

VATICANO. La Biblia. 1990. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/ESL0506/_INDEX.HTM#fonte. Acesso em: 20 dez. 2020.

O *BRIBERY ACT*, FCPA E A LEI BRASILEIRA ANTICORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARADA E A IMPLEMENTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM EMPRESAS PRIVADAS

THE BRIBERY ACT, FCPA AND THE BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW: THREE-FOLD COMPARATIVE ANALYSIS AND THE IMPLEMENTATION OF COMPLIANCE PROGRAMS IN PRIVATE COMPANIES

Ailene de Oliveira Figueiredo

Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR, mestrada em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional pela UNIDERP, graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes Ipanema, especialista em Teoria do Estado das Relações Privadas e Processo pela Escola de Magistratura de MS e em Docência em Ensino Superior pela PUCRS.

Elias Marques de Medeiros Neto

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Pós-Graduação Executiva no Programa de Negociação da Harvard Law School, Pós-Graduação Executiva em Business & Compliance na University of Central Florida - UCF. Professor Doutor de Direito Processual Civil no Curso de Mestrado e Doutorado na Universidade de Marília - Unimar

Resumo: O objetivo do artigo foi analisar comparativamente o *Bribery Act*, FCPA e a lei 12.853/13 que tratam sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas e o mecanismo de proteção por meio do compliance. Utilizou-se o método comparativo de caráter teórico-analítico, relacional, bibliográfico e documental. Buscou-se informações e dados por meio de pinçamento entre as três legislações a fim de verificar as similitudes e diferenciais, relacionando-as ao compliance. Foram utilizados principalmente livros e artigos científicos para o alcance do objetivo. Como resultado verificou-se que guardam correlação em vários pontos, visando a inglesa e a americana o combate ao suborno que é um subtipo da corrupção e a brasileira o combate a atos ilícitos; a inglesa e americana possuem em seu corpo a estipulação de penas por crimes, já a brasileira somente define e pune administrativamente e civilmente, deixando a parte penal para a legislação correlata, já existente.

Palavras-chave: Bribery Act; FCPA, lei anticorrupção brasileira; compliance;

Abstract: The aim of this article was to comparatively analyze the Bribery Law, FCPA and Law 12.853/13, which deals with the administrative accountability of legal entities and the protection mechanism through compliance. The comparative method of theoretical-analytical, relational, bibliographic and documentary character was used. Information and data were sought by clamping between the three laws to verify the similitudes and differentials, relating them to compliance. Books and scientific articles were mainly used to achieve the objective. As a result, it was found that they have correlation at various points, aiming at the English and the American the fight against bribery that is a subtype of corruption and the Brazilian combating illegal acts; the English and American have in their body the stipulation of penalties for crimes, while the Brazilian only defines and punishes administratively and civilly, leaving the criminal part to the correlated legislation, already existing.

Keywords: Bribery Act; FCPA; Brazilian law anti-corruption, compliance.

Submetido em março de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

1 INTRODUÇÃO

A Lei do suborno inglesa foi aprovada em 08 de Abril de 2010, passou a vigorar em 01 de Julho de 2011. Abrange as empresas inglesas e estrangeiras que possuem negócios com o Reino Unido, se refere a pessoas físicas e jurídicas, particulares ou agentes públicos, ingleses e estrangeiros, empresas subsidiárias, serviços terceirizados, enfim quem quer que tenha negócios com a Inglaterra, ressaltando a extraterritorialidade da lei.

A Lei inglesa foi a primeira a enfrentar o desafio da prática de suborno e corrupção, combatendo em detalhes este mal que se espalhou por todos os países, envolvendo agentes públicos, empresas públicas e empresas e empresários privados. Esta determina penas severas que podem alcançar até dez anos e multas de valores ilimitados, necessitando de desenvolvimento de práticas seguras cercadas de todas as medidas necessárias para evitar conivência para com a prática do suborno, cuja conduta é considerada crime.

Existem exceções na *Bribery Act* (2010) que maculam o senso de Justiça, faz-nos recordar vagamente dos filmes de espionagem com o “agente 007 James Bond”, vez que se for de interesse do Estado, a prática de suborno está autorizada.

A Lei brasileira n. 12.846/13 que trata sobre corrupção tem como parâmetros a legislação americana e inglesa, trata da prática de atos ilícitos contra a administração pública quer nacional quer estrangeira, praticada por pessoa jurídica ou pessoa natural, abrangendo coautor e partícipes. Apesar de ser conhecida como a “lei anticorrupção” não há menção em qualquer artigo da palavra corrupção ou suborno como seu objeto, como na Lei inglesa, mas tão somente de ato ilícito.

Seguiram-se a esta legislação, a Lei 13.303/16 e o Decreto 8.420/15, sendo que a primeira foi conhecida como Lei das Estatais e impõe a estas a transparência, regras de controle e integridade. Já o segundo regulamenta e elege uma série de parâmetros de padrões de procedimento, conduta ética e integridades aplicáveis aos dirigentes e administradores das empresas. Todo este arcabouço jurídico impôs como palavra de ordem os programas de compliance a serem implantados pelas empresas públicas e privadas.

A Lei Americana *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977¹ se refere à prática de suborno no Exterior. Esta lei foi alterada em 1988 e 1998 e é composta por dois conjuntos de disposições: disposições contábeis e disposições antissuborno ocorridas no exterior. A Lei americana se refere exclusivamente à corrupção ativa, prevendo a responsabilidade civil e penal de pessoas físicas e jurídicas. Em seu conteúdo, exige a ação dirigida para o fim de subornar, qual seja o dolo, e a existência de programas de integridade é levada em consideração pela Justiça.

O presente artigo pretende analisar de forma comparativa as legislações brasileira, americana e inglesa sobre suborno e corrupção, bem como quais mudanças estas

1 O *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) promulgado em 1977 é a lei anticorrupção no exterior americana e sofreu alterações em 1988 e 1998. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41466.pdf>. Acesso em: 1º dez 2020.

legislações impuseram às empresas e agentes públicos e privados em suas relações com o Estado.

2 TRÍPLICE ANÁLISE COMPARATIVA DAS LEIS UK *BRIBERY ACT* DE 2010, LEI 12.846/13 DO BRASIL E O *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT* (FCPA)

A lei inglesa aprovada em 08 de abril de 2010 e que passou a vigorar em 01 de julho de 2011, trata do suborno em seu direito consuetudinário, sendo esta irretroativa e com abrangência extraterritorial em certos casos, aplicável a empresas públicas e agentes públicos ingleses e estrangeiros, empresas privadas e seus funcionários e terceirizados, abrangendo empresas subsidiárias e associadas. São seis casos que a Lei inglesa define como ofensas de suborno geral, os quais se passam a analisar artigo por artigo.

2.1. A hipóteses que se relacionam com o fato de subornar uma pessoa

A primeira hipótese seria quando uma pessoa promete ou dá vantagem financeira ou outra vantagem, induzindo ou recompensando desempenho impróprio de função relevante ou atividade, não interessa que a pessoa a quem a vantagem é oferecida, prometida ou concedida, seja a mesma pessoa que deve desempenhar ou ter desempenhado a função ou atividade, bem como que a vantagem oferecida seja efetivada por terceiro ou diretamente, fato que corresponde ao crime de subornar outra pessoa.

A segunda hipótese seria quando uma pessoa dá ou promete uma vantagem financeira ou outra vantagem acreditando ou sabendo que a sua aceitação constitui desempenho impróprio de atividade ou função relevantes; não interessa que a vantagem oferecida seja efetivada por terceiro ou diretamente, fato que corresponde ao crime de subornar outra pessoa.

2.2 As hipóteses que se relacionam com o fato de um agente ser subornado

Prosseguindo, a terceira hipótese tem como previsão quando uma pessoa solicita, aceita ou recebe vantagem financeira ou outra vantagem com intenção de desempenhar per si ou através de outra pessoa de forma imprópria atividade ou função relevante, não importando que a vantagem seja efetivada por terceiros, não importando ainda que o benefício desta vantagem seja para a pessoa que solicitou, aceitou o suborno ou em benefício de outra pessoa.

A quarta hipótese seria quando uma pessoa solicita, aceita ou recebe vantagem financeira ou outra vantagem com intenção de desempenhar per si de forma imprópria atividade ou função relevante, não importando que a vantagem seja efetivada por terceiros, não importando ainda que o benefício desta vantagem seja para a pessoa que solicitou, aceitou o suborno ou em benefício de outra pessoa, não importando se sabe ou acredita que o desempenho da atividade é impróprio.

O quinto caso seria quando uma pessoa aceita, solicita, concorda em receber vantagem financeira ou outra vantagem como recompensa pelo desempenho impróprio de

atividade ou função relevante, não importando que a vantagem seja efetivada por terceiros, não importando ainda que o benefício desta vantagem seja para a pessoa que solicitou, aceitou o suborno ou em benefício de outra pessoa, não importando se sabe ou acredita que o desempenho da atividade é impróprio.

O sexto caso seria quando uma outra pessoa diferente do que foi subornado é quem desempenha de forma imprópria a função ou atividade relevante, não importando que a vantagem seja efetivada por terceiros, não importando ainda que o benefício desta vantagem seja para a pessoa que solicitou, aceitou o suborno ou em benefício de outra pessoa, não importando se sabe ou acredita que o desempenho da atividade é impróprio.

A função ou atividade relevantes expostas nos casos acima se referem a qualquer função de natureza pública, de atividade ligada a um negócio, que incluem comércio e profissão ou durante o prazo que uma pessoa estiver empregada, desempenhando uma função corporativa ou não. Deve sempre executá-la de boa-fé, sem violar a expectativa relevante que se espera e de forma imparcial, porque está em uma posição de confiança.

Para fins da aplicação da Lei, a função ou atividade relevante pode ser desempenhada em um país ou território fora do Reino Unido, ou mesmo sem conexão com este. A expectativa relevante esperada acima mencionada, é de um cidadão médio no desempenho de uma função ou atividade.

A lei contempla a questão de suborno de funcionário público estrangeiro, assim considerado a pessoa que detém posição legislativa, executiva ou judicial de qualquer tipo, eleito ou nomeado de um país ou território, que exerça função pública em qualquer órgão em empresa pública ou que seja funcionário de uma organização pública internacional. Para fins de influenciar, reter negócio, obter vantagem na condução de negócios, através de oferecimento, promessa ou qualquer vantagem financeira ou outra, para o funcionário ou outra pessoa, de forma direta ao funcionário ou através de terceira pessoa, com aquiescência ou consentimento deste, visando desempenho de forma imprópria a função ou atividade relevante.

A lei inglesa contempla a falha das organizações comerciais em evitar o suborno, neste caso a organização comercial se associa a funcionário, agente ou subsidiária da empresa, associada ou a qualquer pessoa que execute serviços em nome da organização comercial, para fins de subornar outra pessoa, com intenção de obter ou manter negócios, reter ou obter vantagem na condução desses negócios. Podendo ser acolhida a defesa da organização comercial de que tinha procedimentos adequados e implementados para impedir tal conduta em sua empresa, respondendo então tão somente a pessoa que subornou, e não mais a empresa.

O Secretário de Estado deve publicar orientações que as organizações comerciais relevantes podem implementar a fim de que se evite o suborno, bem como periodicamente publicar revisões destas orientações.

A Lei inglesa define as penalidades de até 12 meses e multa, para o acusado considerado culpado julgado como um crime sumário (sem acusação e sem júri). Na hipótese caso de haver indiciamento e condenação, a pena poderá ser de até 10 anos de prisão acrescido de multa. No tocante à omissão da organização comercial relevante em prevenir o suborno, a pena é a multa de forma ilimitada e responsabilização do diretor, oficial sênior ou qualquer pessoa que com conveniência ou consentimento tenha praticado o crime.

A lei inglesa indica a defesa para certos crimes de suborno, excludentes de culpabilidade, no caso de serviço de inteligência e das forças armadas, quando engajadas em serviço ativo, podendo apresentar defesa de um crime de suborno. Será necessário prova de que a sua conduta foi necessária em uma ação ou operação contra o 'inimigo', para proteção de vidas ou propriedade, ou ainda, no caso de ocupação de país ou território estrangeiro.

2.3. O contexto normativo da lei brasileira e americana

A Lei 12.846/13 entrou em vigor em 29/01/2014, e trata da responsabilização na esfera civil e na esfera administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira. Não há previsão de sanção penal, o que não impede a responsabilização criminal de pessoas físicas. Mas quanto às sanções civis e administrativas, a responsabilização pela prática do ato lesivo (civil ou administrativo) por parte da empresa é objetiva, bastando a comprovação da ação ou omissão.

O FCPA sofreu alterações em 1988 e 1998. Possui dois conjuntos distintos de disposições: o primeiro dispõe sobre o mecanismo antissuborno, e o segundo trata sobre regramentos contábeis. O FCPA se limita à corrupção ativa e se restringe ao suborno de agentes públicos estrangeiros e necessidade de manutenção de registros contábeis fidedignos. Cuida da responsabilidade civil e penal, tanto para pessoa jurídica, como para pessoa física. As multas são de até dois milhões de dólares, acrescidos de dano reputacional, na ordem de vinte e cinco milhões de dólares para violações contábeis para empresas. E de dez mil dólares acrescidos de prisão de 5 anos, e dano reputacional para pessoas físicas, não podendo tais valores serem pagos pela empresa em favor da pessoa física.

O FCPA exige como elemento o intuito de corromper (dolo), a falha no ato de evitar o suborno não é considerado como ato lesivo, e a existência de programas de integridade é levada em consideração pela Justiça.

A Lei 12.846/13 contempla atos lesivos à administração pública em seu artigo 5º, em cinco alíneas e seis letras, e a lei inglesa, de direito consuetudinário, define seis casos de crimes de suborno geral. O artigo 5º da lei brasileira define como atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira, aqueles lesivos ao patrimônio público, princípios da administração pública e compromissos internacionais: a alínea I (ato de corrupção ativa) se refere a oferecer, dar, quer diretamente quer indiretamente, vantagem ilegal a agente público ou outra pessoa relacionada a este.

3 A COMPARAÇÃO LEGISLATIVA TRÍPLICE

Estabelecidas nuances gerais passa-se ao comparativo artigo por artigo. Comparativamente ao *Bribery Act*, há correspondência, na lei brasileira, para com os casos 1 e 2 que tratam de subornar uma pessoa. Entretanto, na lei brasileira, considera-se que o agente público que recebe a vantagem ilegal, também pratica ato ilícito. Com o que se chegaria à correspondência aos casos de ser subornado, casos 3 a 6, e alínea I do artigo 5 da lei brasileira.

Também há correlação com o título 6 da *Bribery Act* de “suborno de funcionário públicos estrangeiros”, o qual consta do caput do artigo 5º da lei brasileira. Há correspondência da alínea I do artigo 5º da lei brasileira, no tocante ao benefício de “terceira pessoa a ele relacionado” para com o *Bribery Act*, no qual consta no título “Ofensas de subornar outra pessoa”, item 5.

Nos casos 1 e 2, não importa se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida por P diretamente ou por meio de terceiro” onde se teria a correspondência “terceira pessoa”.

Nas hipóteses de 3 a 6 da *Bribery Act* também há correlação no título “Ofensas de subornar outra pessoa, item 6, a, b, no qual consta “a) se R solicitar, concordar em receber ou aceitar a vantagem diretamente ou por meio de terceiros, b) se a vantagem é (ou deve ser) para o benefício de R ou outra pessoa”. Neste caso (casos 3 a 6) a correspondência seria integral, guardando clara relação entre as legislações.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior por empreendimentos nacionais, por emissores de valores imobiliários ou por quaisquer outras pessoas que não os acima citados. De dirigentes estrangeiros, partidos políticos, dirigentes de partidos políticos, candidatos a cargo político, ou qualquer pessoa (terceira pessoa), direta ou indiretamente, visando obter ajuda, seja para obter, manter ou direcionar negócios, garantir vantagem ilícita, deixando de praticar ato ou em violação de obrigação legal, induzindo, influenciando através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação.

Desta forma, guardam correlação com a Lei brasileira e com a Lei inglesa, os constantes do FCPA dos parágrafos 78dd-2, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se referem a “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”. Bem como do parágrafo 78dd-3, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se referem a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”.

Estão correlacionados com o artigo 5, alínea I da lei brasileira, e referência com os casos 1 e 2 da Lei Inglesa *Bribery Act* de 2010, tão somente para as hipóteses de corrupção ativa e praticados no exterior.

O artigo 5, aliena II, da lei brasileira, se refere a de forma comprovada, patrocinar, custear, financiar ou de qualquer modo, subvencionar atos ilícitos. Os atos ilícitos seriam a figura de financiamento ilegal, o que comparativamente ao *Bribery Act* possui correspondência para com os casos 1 e 2 que tratam de subornar uma pessoa. No entanto, na lei brasileira se interpreta que o agente público que recebe a vantagem ilegal, também pratica ato ilícito. Razão pela qual corresponde aos casos de ser subornado, isto é, casos 3 a 6.

Ressaltando que no *Bribery Act* consta, em todos os casos, “dar uma vantagem financeira ou outra vantagem”. Neste caso, equivale a patrocinar, custear e financiar atos ilícitos como consta da lei brasileira, portanto guardam correlação.

Igualmente, está correlacionado parcialmente ao caput do artigo 5, alínea II, com o Título 6 do *Bribery Act* de “Suborno de funcionário públicos estrangeiros”, 2, a, b, no qual o suborno é efetivado com a intenção de “reter ou obter negócio” por meio de “qualquer vantagem financeira ou outra”. O que equivale a patrocinar, custear, financiar ou de qualquer modo subvencionar atos ilícitos, constante da lei brasileira, com o que as legislações guardam correlação.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação, relaciona-se com a lei brasileira e com a lei inglesa, os constantes do FCPA nos parágrafos 78dd-2, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se referem a “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”, bem como do parágrafo 78dd-3, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se referem a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”; desta forma, guardam correlação para com o artigo 5, alínea II da lei brasileira, e guardam correlação com os casos 1 e 2 da *Bribery Act*, tão somente para casos de corrupção ativa e praticados no exterior.

O artigo 5, alínea III da lei brasileira, descreve a conduta de ocultar ou dissimular os reais interesses ou identidade dos beneficiários do ato ilícito, através de interposta pessoa, quer seja física ou jurídica, os atos ilícitos seriam a figura de ocultação de interesses ilícitos. O que comparativamente ao *Bribery Act* possui correspondência para com todos os casos de 1 a 6.

Estas hipóteses tratam de subornar uma pessoa, ou ser subornado, ressaltando que no *Bribery Act* consta no título “Ofensas de subornar outra pessoa, item 5, “nos casos 1 e 2, não importando se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida diretamente ou por meio de terceiro”, em que haveria a correspondência de ocultar a identidade do beneficiário do ilícito, mas a dissimulação dos reais interesses estaria implícita em tal atitude.

Nos casos 3 a 6 da *Bribery Act* também há correlação no item 6, a, b, no qual consta “a) se R¹ solicitar, concordar em receber ou aceitar a vantagem diretamente ou por meio de terceiros, b) se a vantagem é (ou deve ser) para o benefício de R ou outra pessoa”. Neste caso (casos 3 a 6), a correspondência seria integral, ocultar identidade e dissimulação de reais interesses, guardando correspondência entre as legislações.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior por qualquer pessoa (terceira pessoa) direta ou indiretamente. Desta forma possui similaridade com a Lei brasileira e com a lei inglesa, os constantes do FCPA do parágrafo 78dd-3, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se referem a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”. São relativos para com o artigo 5, alínea III da lei brasileira, e guardam correlação com os casos 1 e 2 da *Bribery Act* tão somente para casos de corrupção ativa e praticados no exterior.

No artigo 5º, alínea IV, e letra “a”, da lei brasileira, cuida-se da prática de atos ilícitos em contratos e licitações; a letra “a”, alude a impedir o caráter competitivo licitatório por meio de fraude, ajuste, combinação, frustração ou qualquer outro expediente.

Ao analisarmos o *Bribery Act*, verifica-se que não há correspondência entre o art.5º, alínea IV, letra “a”, posto que a lei brasileira se refere a atos praticados por empresas e empresários visando fraudar contratos e licitações, mas em ação direta entre estes, sem nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos, ou de pessoa que desempenha função ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

Tal observação não significa que não haja lei inglesa aplicável sobre o tema, como a *Fraud Act*, 2006. O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de

1 Esta formulação consta literalmente da redação original da Lei.

oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação.

Razão pela qual não guarda correlação para com a lei brasileira, que trata de impedir o caráter competitivo licitatório. Da mesma forma a Lei inglesa não trata deste tópico, com o que o artigo 5, alínea IV, "a", consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com as demais legislações.

No artigo 5º, alínea IV, letra "b", da lei brasileira, atribui a qualquer ato de procedimento licitatório público: impedir, perturbar ou fraudar o ato ou procedimento. Ao analisarmos o *Bribery Act*, verifica-se que não há correspondência entre o art. 5, alínea IV, letra "b", vez que se trata de atos realizados por empresas ou empresários, sem nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos, ou de pessoa que desempenha função, ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

O que não é possível de se afirmar que não haja lei inglesa aplicável sobre o tema, como a *Fraud Act*, 2006. O FCPA dispõe acerca dos atos de suborno praticados no exterior por meio de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação.

Logo, não tem relação para com a lei brasileira, que trata de impedir perturbar ou fraudar o ato ou procedimento, da mesma forma que a Lei inglesa não trata deste tópico, com o que o artigo 5, alínea IV, "b", consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com a legislação inglesa ou americana.

No artigo 5, alínea IV, letra "c", da lei brasileira, há referência a se afastar ou procurar afastar licitante, por fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, visando vencer a licitação.

Ao analisarmos o *Bribery Act*, verifica-se que não há correspondência entre o art.5, alínea IV, letra "c", posto que a lei brasileira se refere a atos praticados por empresas e empresários visando fraudar licitações. Conquanto há ação direta entre estes, sem nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos, ou de pessoa que desempenha função, ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

O que não significa haver lacuna. Como a *Fraud Act*, 2006, o FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação. Destarte, não guarda correlação para com a lei brasileira, que trata de afastar ou procurar afastar licitante, por fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, visando vencer a licitação. Da mesma forma a Lei inglesa não trata deste tópico, com o que o artigo 5º, alínea IV, "c", consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com a legislação inglesa ou americana.

O artigo 5º alínea IV, letra "d", da lei brasileira, se refere a fraudar licitação pública ou contrato decorrente da referida licitação. Ao analisarmos o *Bribery Act*, constata-se que não há correspondência entre o artigo 5º, alínea IV, letra "d", posto que a lei brasileira se refere a atos visando fraudar licitações ou contratos decorrentes da licitação, mas em ação direta destes, sem indicar nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos, ou de pessoa que desempenha função ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de

doação, desta forma não guarda correlação para com a Lei brasileira, que trata de fraudar licitação pública ou contrato decorrente da referida licitação. Da mesma forma, a Lei inglesa não trata deste tópico, com o que, o artigo 5º, alínea IV, “d”, consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com a legislação inglesa ou americana.

O artigo 5º, alínea IV, letra “e”, da lei brasileira, se refere a criação de pessoa jurídica de modo fraudulento ou irregular, para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo decorrente desta licitação. Ao examinarmos o *Bribery Act*, apura-se que não há correspondência entre o artigo 5º, alínea IV, letra “e”, posto que a lei brasileira atribui a atos praticados por empresas e empresários, visando fraudar licitações públicas e contratos administrativos decorrentes destas licitações, por meio de falsidade documental e até ideológica.

O FCPA prevê atos de suborno praticados no exterior quanto a oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação, desta forma não guarda correlação para com a lei brasileira, que trata de criação de pessoa jurídica de modo fraudulento ou irregular, para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo, decorrente desta licitação. Da mesma forma, a lei inglesa não trata deste tópico, com o que o artigo 5º, alínea IV, “e”, consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com a legislação inglesa ou americana.

O artigo 5º, alínea IV, letra “f”, da lei brasileira, se refere a obter de modo fraudulento prorrogações ou modificações de contratos com vantagens e benefícios indevidos e ilegais, seja no ato de convocação da licitação, seja nos contratos decorrentes destes. Nesta hipótese, se deflui que a empresa ou empresário, para obter sucesso nesse tipo de fraude, necessitará da intervenção de algum funcionário público, caso contrário seria impossível obter tais vantagens e benefícios. Portanto, com vantagem indevida (suborno) ao agente público, o que comparativamente ao *Bribery Act*, possui correspondência para com todos os casos de 1 e 6 que tratam de subornar uma pessoa, ou ser subornado.

Ressaltando que no *Bribery Act*, consta no título “Ofensas de subornar outra pessoa”, item 5, “nos casos 1 e 2, não importa se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida diretamente ou por meio de terceiro”.

Nos casos 3 a 6 da *Bribery Act* também há correlação no item 6, a, b, no qual consta “a) se R solicitar, concordar em receber ou aceitar a vantagem diretamente ou por meio de terceiros, b) se a vantagem é (ou deve ser) para o benefício de R ou outra pessoa”, neste caso (casos 3 a 6 da lei inglesa), a correspondência também existiria, condizente entre as legislações no tópico exclusivo de subornar ou/e ser subornado. O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior por meio de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação.

Desse modo, estão relacionados com a Lei brasileira e com a Lei inglesa, os constantes do FCPA nos parágrafos 78dd-2, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se refere a “práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”, bem como no parágrafo 78dd-3, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se refere a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”.

Desta forma, similares para com o artigo 5º, alínea IV, f, da lei brasileira, equiparam-se com os casos 1 e 2 da *Bribery Act*, unicamente para casos de corrupção ativa e praticados no exterior.

O artigo 5º, alínea IV, g, da legislação brasileira, reporta a fraudar ou manipular o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos celebrados com a administração pública. Neste caso, se deflui que a empresa ou empresário, para obter sucesso nesse tipo de fraude necessita da intervenção de algum funcionário público, caso contrário seria impossível obter a manipulação do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, portanto com vantagem indevida (suborno) ao agente público.

Comparativamente ao *Bribery Act*, há correspondência para com todos os casos de 1 a 6 que tratam de subornar uma pessoa, ou ser subornado, ressaltando que no *Bribery Act* consta no título "Ofensas de subornar outra pessoa", item 5, "nos casos 1 e 2, não importa se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida por P diretamente ou por meio de terceiro".

Nos casos 3 a 6 da *Bribery Act* também há correlação no item 6, a, b, no qual consta "a) se R solicitar, concordar em receber ou aceitar a vantagem diretamente ou por meio de terceiros, b) se a vantagem é (ou deve ser) para o benefício de R ou outra pessoa", de modo que neste caso (casos 3 a 6 da lei inglesa) a correspondência também existiria, guardando correspondência entre as legislações, no tópico exclusivo de subornar ou/ser subornado.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação, desta forma guarda correlação para com a legislação brasileira, que trata de fraudar ou manipular o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos celebrados com a administração pública e com a lei inglesa, os constantes do FCPA nos parágrafos 78dd-2, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se refere a "Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior". Assim como no parágrafo 78dd-3, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se referem a "Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais", desta forma guardando correlação para com o artigo 5, alínea IV, "g" da lei brasileira, e guardando correlação com os casos 1 e 2 da lei inglesa, apenas para casos de corrupção ativa e praticados no exterior.

No artigo 5º, alínea V, da lei brasileira, há referência a se dificultar fiscalização ou investigação de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em suas atuações, inclusive junto a agências reguladoras e órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Ao analisarmos o *Bribery Act*, observa-se que não há correspondência com o artigo 5º, alínea V, pois são atos ilícitos praticados em princípio sem nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos ou de pessoa que desempenha função ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

A lei americana contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação, desta forma não guarda correlação para com a lei brasileira, que trata de dificultar fiscalização ou investigação de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em suas atuações, inclusive junto a agências reguladoras e órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

O artigo 5º alínea V, §1º da lei brasileira, se refere à administração pública estrangeira, órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas estrangeiras de

qualquer nível ou esfera de governo, e pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente, pelo poder público estrangeiro.

Ao observarmos o *Bribery Act*, verifica-se que não há equivalência. A Lei americana contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação. Nesta hipótese, tem relação parcial para com a definição dada pela legislação brasileira do que seria a administração pública estrangeira, órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas estrangeiras de qualquer nível ou esfera de governo, e pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente, pelo poder público estrangeiro.

Na lei brasileira, os enquadramentos constantes do FCPA dos parágrafos 78dd-2, (h, B, i, ii), que trata de “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”, bem como do parágrafo 78dd-3, (f, 2, A, i, ii), que se refere a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”, conformidade parcial, posto que a brasileira é mais abrangente, para com o artigo 5º, alínea V, parágrafo 1º, mas não possuem equivalência para com a lei inglesa, mas tão somente para casos de corrupção ativa praticados no exterior.

O artigo 5º, alínea V, §2º, do Brasil, se refere à equiparação da administração pública estrangeira às organizações públicas internacionais. Observa-se no *Bribery Act* que há equivalência para com o título “Suborno de funcionários públicos estrangeiros”, item 6, a, b, c, d, o qual definem organização pública internacional, cujos membros são de países e territórios, de governos de países e territórios de outras organizações internacionais públicas, ou uma mescla de todos os itens a, b, c.

O FCPA não equivalência para com a Legislação brasileira ou inglesa neste tópico específico, posto que não equipara a administração pública estrangeira às organizações públicas internacionais. Desta forma, o artigo 5º, alínea V, parágrafo 2, da legislação brasileira, possui relação unicamente com a lei inglesa, para com o título “Suborno de funcionários públicos estrangeiros”, item 6, a, b, c, d; sem que a legislação americana tenha conformidade com ambas.

O artigo 5º, alínea V, §3º, da lei brasileira, se refere a considerar agente público estrangeiro quem até de forma transitória, sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou organizações internacionais.

Examinando o *Bribery Act*, verifica-se que há correspondência com o título “Suborno de funcionários públicos estrangeiros”, item 5, a, b, i, ii, c, que define “funcionário público estrangeiro” com um indivíduo que (a) detêm posição executiva, legislativa ou judicial de qualquer tipo nomeado ou eleito, de um país ou território fora do Reino Unido que exerce função pública para e em nome do país ou território, ou qualquer órgão público, ou empresa pública, ou é um funcionário ou agente de uma organização pública internacional.

Existindo correspondência entre as legislações brasileira e inglesa. O FCPA possui relação parcial para com a definição dada pela legislação brasileira do que seria a considerar agente público estrangeiro quem, até de forma transitória, sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos estatais, ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente, pelo

poder público de país estrangeiro ou organizações internacionais, constantes do FCPA dos parágrafos 78dd-2, (h, 2, A).

O FCPA se refere a “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”, bem como no parágrafo 78dd-3, (f, 2, A) se refere a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”. Assim, possui parcial comparação com a lei brasileira, posto que esta é mais abrangente. Sendo a legislação americana restrita a funcionário público ou em qualidade oficial para tal governo, enquanto a brasileira acolhe até mesmo quem exerça de forma transitória e sem remuneração cargo público.

Destarte, a lei americana possui relação parcial para com o artigo 5º, alínea V, parágrafo terceiro da lei brasileira e possui equiparação parcial também para com a lei inglesa, item 5, a, b, i, ii, c, tão somente para casos de corrupção ativa e praticados no exterior. Situando sinteticamente a análise relacional, segue um resumo comparativo:

Quadro sinótico

	Reino Unido	EUA	Brasil
Corrupção ativa	Caso 1	78dd-2, (1),(A),(B), (3),(A),(B) + 78dd-3, (1),(A),(B).(3),(A),(B), 78dd-2 (h, B, i, ii) + 78dd-3 (f,2,A,i,ii)* 78dd-2 (h, 2, A) + 78dd3- (f, 2, A)* Correlação parcial com Art.5, V, parágrafo 3 da Lei brasileira e também correlação parcial com 5, a, b, i, ii, c da UK	Art.5, I. Art.5, II Art.5, III Art.5, IV, f Art.5,IV, g Art.5, V, parágrafo 1
	Caso 2	78dd-2, (1),(A),(B), (3),(A),(B) + 78dd-3, (1),(A),(B).(3),(A),(B), 78dd-2 (h, 2, A) + 78dd3- (f, 2, A) 78dd-2 (h, 2, A) + 78dd3- (f, 2, A)* Correlação parcial com Art.5, V, parágrafo 3 da Lei brasileira e também correlação parcial com 5, a, b, i, ii, c da UK	Art.5, I Art.5, II Art.5, III Art.5, IV, f Art.5, IV, g
Corrupção	Caso 3		Art.5, I Art.5,II Art.5,III*correlação também com UK , 6.a,b Art.5, IV, f Art.5, IV, g

passiva	Caso 4	Art.5, I. Art.5, II Art.5, III*correlação igualmente com UK, 6, a, b Art.5, IV, f Art.5, IV, g
	Caso 5	Art.5, I. Art.5, II Art.5, III*correlação também com UK, 6, a, b Art.5, IV, f Art.5, IV, g Art.5, V, parágrafo 3* correlação com 5, a, b, i, ii, c da UK
	Caso 6	Art.5, I. Art.5, II Art.5, III*correlação também com UK, 6, a, b Art.5, IV, f Art.5, IV, g Art.5, V, parágrafo 2* correlação 6.a.b.c.d. da UK

Fonte: elaboração primeira autora, 2021.

Nas comparações, tanto a lei inglesa quanto a Lei americana tratam de suborno, o qual é um subtipo da corrupção. A lei brasileira trata de atos ilícitos e, apesar de ser conhecida como lei anticorrupção, em seu texto não há a palavra corrupção, como seu objeto. A lei inglesa e a lei americana tratam da parte civil e penal quanto a suas penas respectivamente, enquanto a brasileira trata somente da parte civil e administrativa.

A lei inglesa apresenta, o que no Brasil seria considerado como uma excludente de culpabilidade, que seria a possibilidade de prática de suborno pelas forças armadas e pelo setor de inteligência em determinadas condições. Neste ponto, não há similaridade com a legislação brasileira. A lei brasileira apresenta a possibilidade de acordo de leniência e composição com ressarcimentos, com capacidade de redução das sanções judiciais e administrativas, possibilidade de acolhimento de desconsideração da pessoa jurídica privada, adentrando em bens dos sócios.

A *Bribery Act*, a lei brasileira 12.846/13 e o FCPA possuem, em comum, a preocupação com os mecanismos efetivos de autocontrole, nas empresas, contra a corrupção (suborno e atos ilícitos). No caso brasileiro seguiram a Lei 13.303 de 30.06.2016, Lei das Estatais a qual determina às empresas públicas, subsidiárias e empresas de economia mista que sigam o dever de transparência, integridade e controles internos, bem como o Decreto 8.420/15 que regulamenta a lei brasileira 12.846/13.

Na lei 12.846/13, em seu artigo 7º, VIII, na hipótese da aplicação das penas quanto a dosimetria, será considerada a existência de programas de compliance, o que se revela um estímulo às empresas em desenvolvê-los internamente, até mesmo para que atos ilícitos sejam desestimulados e não ocorram.

Para tanto, foi criado o CNEP (Cadastro Nacional de Empresa Punidas), que dará publicidade às sanções aplicadas a empresas e o CEIS (Cadastro Nacional de Empresa

Inidôneas e Suspensas), que dará publicidade e terá as informações atualizadas pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, visando ambos a que novos atos lesivos não ocorram por parte destas empresas.

Isto posto, o futuro das empresas que possuem negócios com o Estado e também o futuro das empresas estatais, vão se nortear tanto no Reino Unido como no Brasil, pela necessidade de as empresas privadas e públicas desenvolverem mecanismos de autocontrole contra a corrupção, o que é denominado de compliance.

4 COMPLIANCE E O FUTURO DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENTRE O ESTADO E AS EMPRESAS PRIVADAS

O compliance tem a sua origem no verbo inglês *to comply*, que seria agir de acordo, se adequar, quer interna quer externamente, às normas da empresa e normas legais, por meio de uma autovigilância, autorregulamentação com adoção de normas de condutas.

Objetivando a criação de uma cultura de respeito à ética e à legalidade, notadamente pela alta administração, para fins de prevenir infrações ou ilícitos, e não mais permitir que ocorram. E uma vez verificadas, sejam reparadas com o retorno ao cenário da legalidade, ressaltando que o compliance se aplica às diversas áreas como ambiental, trabalhista, tributária, criminal, agronegócio e outras. Neste sentido, para Lamboy, Risegato e Coimbra (2018, p.78),

O termo “*compliance*” vem do verbo inglês “*to comply*”, que significa cumprir, executar, concordar, adequar-se, satisfazer o que lhe foi imposto. Compliance é o dever de cumprir e estar em conformidade com diretrizes estabelecidas na legislação, normas e procedimentos determinados, interna e externamente, para uma empresa, de forma a mitigar riscos relacionados a reputação e a aspectos regulatórios.

Os programas de compliance são distintos de empresa para empresa e exigem diversos requisitos, para que sejam aplicados e tenham efetivo resultado, tais como treinamento, atualização, comprometimento da alta administração, imposição de direitos e deveres para empregados e colaboradores e de sanções e penalidades inerentes ao seu descumprimento.

A implementação e manutenção de programas de compliance exigem investimentos e se justificam, diante da possibilidade de redução da pena (dosimetria da pena) na prática de atos ilícitos indicados na lei 12.846/13, em seu art.7º, VIII, bem como na regulamentação dada pelo Decreto 8.420/15, em seu art. 41 e seguintes. A lei brasileira adotou a tese da responsabilização por fato de terceiro. Portanto a existência de compliance na empresa serve como atenuante na dosimetria da pena, mas não implica na exclusão da condenação da pessoa jurídica.

O programa de compliance deve também atuar no relacionamento da empresa para com terceiros, parceiros e intermediários, posto que a legislação brasileira prevê a responsabilização objetiva da empresa. Neste sentido, Rocha Junior e Gizzi (2018, p.148), se posicionam:

Como já comentamos, a Lei Anticorrupção Brasileira, prevê a responsabilização objetiva da pessoa jurídica para os casos de corrupção. Logo, de nada adianta a empresa tomar todos os cuidados necessários no âmbito interno para evitar a prática de atos ilícitos se não fizer o mesmo também em relação aos parceiros comerciais, tendo em vista que, para os delitos que qualquer agente terceiro praticar em benefício da empresa contratante, a responsabilização também recairá sobre a organização.

Neste sentido, a aplicação da *due diligence* periodicamente se faz necessária, sendo que nesta serão levantadas todas as informações da empresa a ser contratada, como por exemplo no banco de dados da Controladoria Geral da União. Verificando se esta empresa já foi penalizada por atos de corrupção, devem ser identificados os riscos de contratação, bem como a implantação de auditorias.

Por fim, os dados e informações obtidos na *due diligence* devem ser arquivados por 5 anos após a finalização da contratação, para fins de se comprovar que o programa de *compliance* foi efetivo. Logo, a *due diligence* oferece as ferramentas necessárias para a empresa contratante de terceiros, verificar, de forma prévia, a sua conveniência e legalidade. Ressaltando que o mesmo se faz necessário em casos de fusão, incorporação, aquisição de empresas.

Neste sentido, Rocha Júnior e Gizzi (2018, p.151), alertam que a diligência: “permite à contratante o acesso às informações sobre a reputação do eventual parceiro a ser contratado, possibilitando uma análise objetiva dos riscos existentes antes de optar ou não pela contratação”.

Ressaltamos que no cotidiano das empresas a estrutura do *compliance*, trata mais das questões internas que são expressivas, tais como apropriação de ativos físicos, furto de informações, fraude financeira interna, e que se traduzem em prejuízos as empresas, visando o *compliance* a identificação e redução de tais danos e alterações dos procedimentos para que não mais ocorram. O conceito de *compliance* passou a constar e ser utilizado pelo Poder Judiciário em vários julgados, gerando jurisprudências relevantes.

Em julgamento recente bem se demonstra como a cultura de uma empresa envolvida em inúmeros atos ilícitos pode ser modificada e ser reconhecido tal fato pelo Poder Judiciário. Para fins de conceder habeas corpus ao paciente, no ROHC 120261/SP, a implementação de rigoroso sistema de *compliance* na empresa foi levada em conta, com a sensível diminuição do risco de que novos atos ilícitos ocorressem, além do pagamento de danos. Neste sentido:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. INSIDER TRADING. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. PROIBIÇÃO DE EXERCER CARGO OU FUNÇÃO NAS EMPRESAS INVESTIGADAS. REQUISITOS CAUTELARES. NOVO QUADRO FÁTICO. ENFRAQUECIMENTO DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DE UMA DAS CAUTELARES. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. ...

7. Segundo a defesa, além da implementação de um rigoroso sistema de *compliance* nas empresas do grupo J&F, houve a estruturação das equipes que atuam nesta área, com uma evolução visível na contratação de colaboradores, que faz parte do aprimoramento e da evolução dos programas de conformidade das empresas do grupo. Sob o prisma da necessidade de se impedir a reiteração na prática delitiva, portanto, observa-se que houve sensível modificação dos fatos desde a análise do HC n. 422.113/SP. Se naquela oportunidade tal risco já não era tão acentuado, a ponto de permitir a infligência de medidas alternativas à prisão, agora houve um enfraquecimento substancial de que o recorrente venha praticar

novos delitos com a utilização das empresas.” (ROHC 120261/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, T6, em 26/05/20, DJe publicado em 05/06/20 DJe. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em : 29/11/2020)

A legislação e as práticas mais avançadas de compliance são as da Alemanha, país no qual a implantação da compliance nas empresas privadas que possuem negócios com o Estado, deixou de ser uma orientação ou sugestão, passando a uma imposição legal, com penalidade de multa de até um milhão de euros pela sua não implementação.

No mais, auditorias são feitas para se verificar se os programas de compliance são efetivos, permitindo até mesmo que estes sejam corrigidos e alterados a tempo de se evitar atos ilícitos. Nos termos do art.130, da Lei das Infrações Administrativas (Ordnungswidrigkeitengesetz)¹:

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)

§ 130

(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.

(2) Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe bedroht ist, mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden. § 30 Absatz 2 Satz 3 ist anzuwenden. Ist die Pflichtverletzung mit Geldbuße bedroht, so bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße wegen der Aufsichtspflichtverletzung nach dem für die Pflichtverletzung angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. Satz 3 gilt auch im Falle einer Pflichtverletzung, die gleichzeitig mit Strafe und Geldbuße bedroht ist, wenn das für die Pflichtverletzung angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt.

Por fim é importante expor os desafios que os programas de compliance enfrentam, sendo que o maior de todos é a internalização dos pilares do compliance na

¹Tradução da primeira Autora: “Lei de Infrações Administrativas (OWiG)

(1) Qualquer pessoa que, como proprietária de uma empresa ou empresa, intencionalmente ou negligentemente não tomar as medidas de supervisão necessárias para evitar infrações de obrigações no estabelecimento ou empreendimento que afete o titular e cuja infração seja punível com multa ou multa, agirá ilegalmente quando tal infração for cometida, o que teria sido evitado ou substancialmente dificultado pela supervisão adequada. As medidas de fiscalização necessárias incluem a nomeação, seleção cuidadosa e acompanhamento dos supervisores.

(2) O compromisso ou compromisso público referido no nº 1 também será o empreendimento.

(3) Se a violação do dever for punida com uma penalidade, a infração pode ser punida com uma multa de até 1 milhão de euros. A seção 30 (2) sentença 3 será aplicada. Quando a infração do dever for ameaçada com multa, o valor máximo da multa por descumprimento do dever de fiscalização será determinado pelo valor máximo da multa ameaçada por descumprimento do dever. A terceira sentença também se aplicará em caso de descumprimento de dever, que seja punido com pena e multa ao mesmo tempo se o valor máximo da multa ameaçada por descumprimento do dever exceder o valor máximo estabelecido na primeira sentença.¹

cultura da empresa a qual será redefinida, tendo em vista que a compliance é um conjunto de regras e ações de adequação as normas legais e a ética em geral.

Entretanto, inúmeros outros desafios existem em sua implementação e gestão, tais como os de não serem tão somente programas formais e que não geram quaisquer resultados. Outro problema é a tendência de a administração empresarial responsabilizar o *compliance officer*, o qual teria uma posição de garantidor de que uma vez implantado o programa de compliance, este impediria a violação as normas legais e a ética.

Um dos problemas mais graves dos programas de compliance é a utilização de auditorias e regulamentos internos demasiadamente agressivos, permitindo a violação a direitos fundamentais dos funcionários, como a privacidade e até mesmo com questionamentos e interrogatórios que levem a autoincriminação.

Devendo ser reforçado que a posição de subordinação do funcionário referente ao emprego não pode limitar ou reduzir os seus direitos garantidos pela Constituição Federal. Neste sentido, Frazão e Cueva (2020, p.61):

A despeito de suas óbvias vantagens, os programas de compliance também podem representar perigos para a empresa, seja porque fundados em premissas falsas, seja porque mal executados. Assim, pode ocorrer o agravamento das sanções quando os programas tenham sido mal concebidos ou mal implementados. Um programa de fachada, que não preencha os requisitos mínimos ou que os preencha apenas formalmente, pode de fato resultar em penalidades maiores do que aquelas que seriam aplicáveis em sua ausência.

Portanto, necessário se fazem auditorias externas visando análises sobre o programa de compliance, sua aplicação e assimilação no dia a dia por parte de todos os funcionários e colaboradores.

5 A FIGURA DO *COMPLIANCE OFFICER* E A POSSIBILIDADE DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

A prevenção de crimes econômicos, suborno e corrupção por parte das empresas levou a necessidade de criação de programas de compliance para fins de prevenção, fiscalização, gestão de risco e respostas adequadas caso ocorram.

O programa de compliance enseja o treinamento e análise de riscos de forma periódica e comunicação dos funcionários da empresa em sua totalidade, criando canais para que sejam informados possíveis ilícitos, para dirimir dúvidas. Devendo ser revisado, e caso necessário alterado periodicamente, contando com código de ética, padrões de conduta, aplicáveis caso necessário a terceiros, com registros contábeis fidedignos, objetivando detectar irregularidades e atos ilícitos.

Necessário é que o *compliance officer* tenha independência, autoridade e estrutura para a aplicação e fiscalização do programa de integridade, o qual deve ser efetivo. Para tanto, é crucial o total e irrestrito comprometimento da alta direção, sem o qual, o programa de compliance perde até mesmo a sua razão de existir, passando a ser um mero programa de fachada, sem efetividade alguma.

Nesse contexto é que se questiona se o *compliance officer*, função esta que até mesmo pode ser exercida por um comitê interno, por consultoria externa, ou por um grupo de pessoas. Ao exercer uma função que possui natureza de interesse público, agindo como conselheiro, auditor interno e fiscalizador das atividades da empresa, pode ser responsabilizado ou não, criminalmente.

A legislação brasileira, por meio do art.42, inciso IX, do Decreto 8.420/15, indicou a pessoa responsável pela aplicação do programa de compliance, no caso o responsável pela aplicação do programa de "integridade". No entanto, a legislação brasileira quer penal ou civil, não indica qual seria a responsabilidade do Compliance Officer.

Portanto, o contrato entre o *compliance officer* e a empresa é importante, posto que nele serão delimitados as suas funções, poderes e atribuições assumidas perante a empresa. De qualquer forma, é muito difícil se delimitar uma relação entre a conduta deste e o resultado lesivo, posto que o *compliance officer* não teria a posição de garante, inexistindo tipo penal específico para incriminar o Compliance Officer.

A doutrina não é unânime, há autores que afirmam que no caso de omissão imprópria, quando uma omissão dolosa inicial dá causa ao resultado que o Compliance Officer possuía o conhecimento e o dever de ter evitado, há a responsabilidade. Neste sentido Lobato e Martins (2016) afirmam:

por exemplo, se o compliance officer não vigiar o cumprimento do seu programa e, em razão dessa falha, os crimes forem cometidos dentro de sua esfera de atribuições, sua responsabilização tornar-se-ia factível caso deixasse de reportar aos seus superiores os indícios da prática de crimes que, mediante sua comunicação pudessem ser evitados. Em contrapartida, se o compliance officer identificar os autores de um crime ocorrido dentro de seu âmbito de competência e reportar, a seus superiores, as informações obtidas, ainda que estes nada façam, ele estará exonerado, uma vez que não ostentaria poder de correção e nem o dever de informar as autoridades públicas.

Ao refletirmos acerca a responsabilidade do compliance officer, verificamos que até mesmo as suas atribuições não foram devidamente delimitadas, portanto o dever é de meio e não de fim, para que não se penalize criminalmente o compliance officer por algo que não fez. Neste sentido, afirmam Guimarães, Heemstede, Oliveira (2020, p.532-533):

Desta forma entendemos que para a responsabilização do compliance officer é necessário, no mínimo que se vislumbre vantagem por ele auferida, como, por exemplo, no caso de uma omissão dolosa; pois, caso contrário, seria o caso de responsabilização penal objetiva, inadmissível no Direito Penal moderno. Assim o dolo seria elemento necessário para qualquer responsabilização do compliance officer. [...] De mesma forma, necessária uma elaboração de lei específica para esclarecer os deveres jurídicos do compliance officer, o que ainda não existe na legislação brasileira. Do contrário, sem uma definição clara, há a tendência punitivista clássica da Justiça Criminal brasileira.

Pelo exposto, conclui-se que a reponsabilidade criminal do Compliance Officer não foi ainda estabelecida em lei, sendo importante a existência do dolo¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 470/MG, 2013.

Efetivada análise comparativa dos crimes constantes do Bribery Act de 2010, da Lei americana Foreign Corrupt Act de 1977 e da lei brasileira 12.846/13 anticorrupção, verificou-se que guardam correlação em vários pontos, visando a inglesa e a americana o combate ao suborno que é um subtipo da corrupção e a brasileira o combate a atos ilícitos. A inglesa e a americana possuem em seu corpo a estipulação de penas por crimes, já a brasileira somente define e pune administrativamente e civilmente, deixando a parte penal para a legislação correlata, já existente.

Outro ponto convergente das legislações é a orientação das empresas quanto à implantação de programas de compliance. Sendo que no caso brasileiro, a sua existência pode até mesmo permitir a redução da pena em caso de condenação. Ao examinarmos o compliance, observamos as dificuldades de sua implementação, com a redefinição da cultura da empresa e outras dificuldades, tais como custos, a necessidade treinamentos e atualizações constantes.

A conclusão é de que o compliance está e estará presente nas relações entre empresas privadas e o Estado, redefinindo a cultura das empresas, permitindo uma maior transparência, e controle de todos os atos.

E por fim, recordando dos ensinamentos de Norberto Bobbio (1986, p.4), que “pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público”, nada mais importante que a publicidade e a transparência, que é o que o compliance cuida de redefinir na cultura das empresas, o que nos faz vislumbrar um futuro de combate a corrupção, sendo o compliance importante ferramenta no cotidiano nas empresas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia, uma defesa das regras do jogo*. 6ed. Rio de Janeiro, RJ, Paz e Terra, 1986.

BRASIL. *Decreto 8.240 de 18/03/2015*, regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 30/12/2020.

BRASIL. *Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 30/12/2020.

BRASIL. *Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 30/12/2020.

CUEVA, Ricardo V. B., FRAZÃO, Ana. *Compliance perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUEVA, Ricardo V. B., FRAZÃO, Ana. *Compliance perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DEUTSCHLAND, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 19/02/97, das zuletzt durch *Artikel 185 der Verordnung vom 19. Juni 2020* (BGBl. I S. 1328). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/BJNR004810968.html#BJNR004810968BJNG000011309. Acesso em: 10 dez. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/80562971.pdf> . Acesso em: 23/11/2020.

GUIMARÃES, César C., HEEMSTEDÉ, Fernanda T., OLIVEIRA, Rubens de. O Compliance Officer e sua responsabilização na esfera criminal. In: *Manual de Compliance*. André Castro Carvalho *et al* (Coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LAMBOY, Christian K., RISEGATO, Giulia Pappalardo, COIMBRA, Marcelo A. *Manual de Compliance*, Christian Karl de Lamboy (Coord.). 1ed. São Paulo: Via Ética, 2018.

LOBATO, José Danilo T., MARTINS, Jorge W. G. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer. *Boletim IBCCRIM*, v.24, n. 284, São Paulo, 2016.

REINO UNIDO. *Bribery Act, 2010*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em 01/11/2020.

ROCHA JUNIOR, Francisco A. R. M., GIZZI, Guilherme Frederico Tobias de Bueno. *Fraudes corporativas e programas de compliance*. 1ed. Curitiba: Intersaberes, 2018.

DA RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL LIBERAL NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

THE LIBERAL PROFESSIONAL'S RESPONSIBILITY IN THE SCOPE OF CONSUMER DEFENCE CODE

Hugo Bernardo Pedro da Silva

Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em
Direito pelo Centro Universitário de Maringá. Advogado.

Simone Fogliatto Flores

Professora de Direito no Centro Universitário de Maringá – Unicesumar. Mestre em Ciências Jurídicas
pelo Centro Universitário de Maringá – Unicesumar. Especialista em Direito Constitucional Aplicado
pela Universidade Franciscana de Santa Maria/RS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de
Santa Maria. Advogada.

Resumo: A presente pesquisa busca efetuar uma análise a respeito de como se aplica a responsabilidade aos diversos tipos de profissionais presentes no mercado de consumo, contudo, aprofundando-se nos profissionais liberais, sob o intuito de compreender os motivos que levam à aplicação da referida responsabilidade. Isto pois a responsabilidade civil é um tema que está em constante evolução, o que torna necessário efetuar novos estudos a respeito deste tema, garantindo assim que esta evolução seja acompanhada de oportunas discussões construtivas. Para atingir tal fim, analisar-se-á o entendimento dos tribunais de justiça corroborados com relevantes obras doutrinárias que serão apresentadas, ou seja, trata-se de metodologia de pesquisa bibliográfica. Quanto ao método de abordagem, será utilizado o dedutivo.

Palavras-chave: Culpa. Responsabilidade Subjetiva. Obrigação de Meio.

Abstract: The present article aims to analyse how the responsibility is applied to the variety of professionals who are part of the consumer market, however delving into the self-employed workers, in order to understand the reasons that lead to the application of that responsibility. That is because civil liability is a constantly evolving issue, which makes it necessary to carry out further studies on the subject, ensuring that its development is accompanied by timely constructive discussions. To achieve this aim, the understanding of the court of law supported by relevant doctrinal pieces will be analysed, in other words, it is a biographical research. In relation to the approach, the deductive method will be used.

Keywords: Guilt. Subjective Responsibility. Obligation of Means.

Submetido em abril de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

1 INTRODUÇÃO

Quando se trata de responsabilidade civil, aborda-se um dos temas que mais mudam à medida que o direito se desenvolve, com o intuito de melhorar a sua aplicabilidade em cada caso concreto. Desse modo, verificam-se algumas maneiras distintas de se responsabilizar um sujeito de direito.

Na sociedade atual, que preza pelo consumo, seria óbvio de se verificar a necessidade de apurar os modos de se responsabilizar cada agente que causasse determinado dano a outrem. Em assim sendo, deve-se abordar não só o conceito de responsabilidade, mas também a sua aplicabilidade. Isto resultou na divisão entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

O Código Civil de 2002 adotou como regra o modelo de responsabilidade subjetiva, pois, nas relações cíveis, é de suma importância averiguar as circunstâncias que levaram o sujeito a praticar a ação danosa, contudo, em alguns casos específicos, permite-se a aplicação da responsabilidade objetiva.

Por outro lado, a legislação consumerista, até em razão da proteção ao consumidor, regrou-se pela responsabilidade objetiva, preterindo a existência de culpa nos danos causados pelos fornecedores. Todavia, não é possível ignorar a culpa do agente em todas essas relações de consumo, para tanto, ao falar dos profissionais liberais, deve-se identificar essa responsabilização subjetiva, as quais são exemplificadas pelos médicos, dentistas e advogados.

Notar-se-á que responsabilizar esses profissionais mediante aferição de culpa não fere o princípio da vulnerabilidade, alicerce do Código de Defesa do Consumidor, em razão da natureza da atividade exercida por eles.

O presente trabalho se subdivide no intuito de, primeiramente, apresentar o conceito de responsabilidade civil e contextualizar seus aspectos gerais, em seguida explicar sobre a responsabilidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e, por fim, concluir a respeito da responsabilidade do profissional liberal.

Para tanto, procede-se à metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinadores brasileiros consagrados, bem como, a apresentação de jurisprudências dos tribunais, o método de abordagem é dedutivo, partindo de uma conceituação geral para uma aplicação específica.

Ademais, este trabalho busca expor os motivos que levam os referidos diplomas legais a aderir um determinado modo de responsabilidade, aprofundando-se nos casos específicos dos profissionais liberais, mostrando, também, situações em que os Tribunais de Justiça aplicaram, ou não, a responsabilidade disposta em lei, de modo que o entendimento dos Tribunais corrobora com os entendimentos legal e doutrinário.

2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme propõe Maria Helena Diniz (2017, p.49), o termo responsabilidade tem origem no latim, mais especificamente do verbo *respondere*, o que pressupõe a ideia de alguém respondendo por determinados atos da vida civil, que acabam por gerar algum tipo de dano a outrem.

Ainda neste mesmo sentido, deve-se atentar também à ideia de responsabilidade civil vista a partir de sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, pode-se observar o que explica Flávio Tartuce (2016, p.309 - 312), que postula que esta responsabilidade surge de duas maneiras, podendo ser por um eventual descumprimento obrigacional oriundo de determinada cláusula contratual, ou, então, por desobediência ou inobservância de alguma norma. Discorre-se, portanto, sobre responsabilidades civis contratual e extracontratual, respectivamente.

Para aprofundar o entendimento sobre do que se tratam essas responsabilidades, tem-se que a primeira advém, via de regra, de uma relação contratual entre duas ou mais pessoas em que um dos polos descumpra uma obrigação estabelecida previamente neste contrato, tendo sido gerado um dano para o outro polo do contrato. Nesse caso, o descumprimento do contrato gera o dever de reparar o dano. (GAGLIANO, 2012, p.62 e 63)

Em contrapartida, observando a segunda modalidade, há a necessidade de que ocorra algum descumprimento normativo causador de dano a determinados indivíduos ou coletividade, ou seja, um desrespeito ao direito alheio. Este descumprimento normativo pode ser entendido como um ato ilícito, portanto, este ato é o que gera o dever de reparar o dano e/ou dever de indenizar a parte prejudicada, conforme ideia proposta por Tartuce (2016, p. 309).

Adentrando a ideia de ato ilícito, ainda pautado no exposto por Tartuce (2016, p. 325), "pode-se afirmar que ato ilícito é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém".

Além disso, é possível se apoiar no que dispõe como definição a legislação brasileira conforme o artigo 186 do Código Civil de 2002, "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Além do conceito já tratado a respeito de ato ilícito de modo geral, deve-se mencionar também o disposto no artigo 187 do Código Civil, que trata do ato ilícito pelo abuso de direito, entendido por Tartuce (2016, p. 353) como "um exercício irregular de um direito", ou seja, o indivíduo possui o direito de agir com determinada conduta, entretanto, a partir do momento em que este extrapola esse, o referido direito, de modo que ofenda seu fim social, econômico, boa-fé objetiva ou os bons costumes, comete-se um ato ilícito.

Outrossim, tem-se o direito de indenização como premissa constitucional prevista no artigo 5º, incisos V e X, encontrando-se então, no rol dos direitos fundamentais, conforme dispõe Zulmar Fachin. (2019, p. 234 e 235). Deste modo, para Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 133), "O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa [...]”, vê-se então, a importância do direito de ser indenizado no sistema jurídico brasileiro.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 400), “Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica”.

Portanto, em termos gerais, pode-se concluir como responsabilidade civil o que define Maria Helena Diniz (2017, p. 51):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Todavia, não é possível conceituar responsabilidade civil sem dividi-la em subjetiva e objetiva. Sendo que, pelo entendimento de Tartuce (2016, p. 484) em análise ao texto normativo brasileiro, depreende-se, em regra, que a responsabilidade subjetiva é oriunda de culpa ou dolo do agente, em que o dolo seria a “intenção de prejudicar”, e a culpa, em sentido restrito, seria a existência de imprudência, negligência ou imperícia.

Consoante ao autor, responsabilidade objetiva, em caráter excepcional no Código Civil vigente, é quando o causador do dano responde independentemente de culpa (TARTUCE, 2016, p. 486), fundamentado pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

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

No mais, deve-se aprofundar os referidos conceitos de modo a adentrar um pouco mais na ideia tanto da responsabilidade civil subjetiva, quanto na responsabilidade civil objetiva, uma vez que esse entendimento é de suma importância para a compreensão de como se aplica esta responsabilidade ao indivíduo.

Conceitua-se responsabilidade subjetiva nas palavras de Anderson Schreiber (2018, p. 615) “aquela responsabilidade fundada na culpa ou, mais precisamente, no ato ilícito”. Deste modo, a princípio, tem-se que, na responsabilidade subjetiva, pode-se subdividir quanto ao sentido da culpa, podendo essa ser tratada no sentido amplo ou no sentido estrito.

Para Bruno Miragem (2017, p.101), a culpa, em sentido amplo, é aquela que decorre não somente nos casos em que se verifica negligência ou imprudência ou, ainda, na inobservância de um dever jurídico, mas também quando se depara com o dolo do agente, isto é, nos casos em que o agente queria causar o dano. É importante definir, a partir disso, a culpa em sentido estrito, quando se exclui o elemento dolo da conduta do agente a ser responsabilizado.

Ainda para o autor, tem-se que será gerado um juízo de reprovabilidade da conduta uma vez que verificada a existência de culpa, pois este age, obrigatoriamente, em desconformidade com o esperado pela sociedade, conforme seus padrões pré-estabelecidos (MIRAGEM, 2017, p. 103).

Para concluir o entendimento sobre a responsabilidade subjetiva, deve-se discorrer acerca do ônus probatório que lhe é atribuído. Para tanto, encontra-se no ordenamento

jurídico brasileiro seu fundamento, mais especificamente no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015 “O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”.

O que se pode extrair disso é que, conforme Alessandro Carlo Meliso Rodrigues (2015, p. 295), a vítima é quem deverá provar a existência de culpa no caso concreto, para que possa responsabilizar determinado indivíduo gerando, assim, o dever de indenização. Somente se trata dos casos de responsabilidade extracontratual, ou seja, decorrente de um descumprimento de determinada norma jurídica, seja por ação ou omissão. Haja vista que, em se tratando de responsabilidade contratual, existe uma presunção de culpa, ou seja, o agente imputado de culpa é quem deve provar a sua inexistência.

Isso posto, delimita-se o conceito de responsabilidade objetiva para Miragem (2017, p. 104), o qual postula que a responsabilidade independe da demonstração de culpa por parte do agente causador do dano. Sua aplicação foi fundamentada na dificuldade em provar a existência da culpa, nas palavras de Anderson Schreiber (2018, p. 616 – 617) “a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação. Sua aferição impunha, aos juízes, tarefa extremamente árdua”.

Para Alessandro Carlo Meliso Rodrigues (2015, p. 296), a responsabilidade objetiva se fundamenta em duas hipóteses, sendo a teoria do risco, em que há riscos inerentes à prática de determinada atividade e, por si só, já justificam o dever de indenizar, ou, como segunda hipótese, uma situação que deixa o agente em vantagem, nesse caso, talvez, um dos maiores exemplos seja o Código de Defesa do Consumidor. Em assim sendo, o ônus probatório incumbe ao devedor, no caso em que se discute a responsabilização, ocorreu alguma excludente de responsabilidade, isentando-o do dever reparatório.

A ideia do autor ainda pode ser reforçada se observado que ainda haverá a obrigação de reparar o dano pelo que dispõe o parágrafo único do Código Civil de 2002, em seu artigo 927, “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2017, p. 450), percebeu-se, durante a história, uma insuficiência por parte da responsabilidade mediante averiguação de culpa subjetiva. Por isso, houve a necessidade de se criar a responsabilidade objetiva, existindo, assim, um maior alcance da chamada paz social.

Ainda consoante Venosa (2017, p. 452), “a teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo Código (Civil) de 2002”.

Bruno Miragem (2017, p. 107) assegura que os riscos devem ser deixados para que o intérprete os identifique no caso concreto, embora isso possa aumentar, de maneira excessiva, as hipóteses de cabimento.

Entretanto, não se obriga, nos casos em que a lei define como responsabilidade objetiva, que a existência de culpa transforme a responsabilidade em subjetiva.

Cabe citar o exemplo disposto no artigo 932 do Código Civil.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

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

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente tiverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002)

Dessarte, no caso do inciso I, a responsabilidade dos pais é objetiva em relação aos atos praticados pelos seus filhos, desde que menores, verificada a disposição legal. Porém, os pais responderiam independentemente de culpa, mesmo que essa existisse, ou seja, a responsabilidade é objetiva mesmo que em determinados casos exista culpa, significando que ela não precisa ser aferida na conduta dos pais. Todavia, para que os pais sejam responsabilizados pelos atos dos seus filhos menores, deve ficar evidenciada culpa na conduta praticada pelos porvindouros, conforme entende Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 120).

Finalizando a fase conceitual, abordar-se-á o dano e as suas respectivas espécies, uma vez que essa conceituação é essencial para que se possa responsabilizar determinado indivíduo.

Em consonância, novamente, com o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 367), o dano seria “uma diminuição ou subtração de um ‘bem jurídico’”. Segundo o autor, podemos dividir os tipos de danos em material e moral, sendo que o dano material ainda se subdivide em danos emergentes e lucros cessantes.

Sendo assim, dano material é aquele que fere o patrimônio do indivíduo. Sendo que, os danos emergentes são aqueles que atingem diretamente o bem, já os lucros cessantes são aqueles que, em decorrência do dano, impedem o indivíduo de levantar determinada quantia que naturalmente conseguiria.

Por outro viés, o dano moral consiste em uma lesão à personalidade do indivíduo, isto é, um dano que lhe causasse sofrimento, ultrapassando os limites do corpo. (GONÇALVES, 2018, p. 370 a 388). Além dessas espécies de dano, a jurisprudência vem entendendo, também, a existência do dano estético e o da perda de uma chance.

Para complementar a compreensão, a título de exemplo, tem-se o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre a aplicação da responsabilidade objetiva. (2015, on-line).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. FRATURA DE COLO DE FÊMUR. ARTOPLASTIA DO QUADRIL ESQUERDO. MORTE DO PACIENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. 1. A regra geral do art. 14, "caput", do CDC, é da responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. 2. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais. 3. Defeito na prestação do serviço evidenciado pela submissão de paciente idoso, que sofrera fratura do colo do fêmur, a complexo procedimento cirúrgico de

implantação de prótese que, na simples passagem da mesa operatória para a maca, foi deslocada, tendo-se de reiniciar a cirurgia para implantar nova prótese de tamanho superior. 4. Morte do paciente idoso no dia seguinte aos atos cirúrgicos em decorrência da perda excessiva de sangue. 5. Caracterização do nexo de causalidade entre o defeito na prestação do serviço médico e a morte do paciente. 6. Procedência do pedido de reparação dos danos morais. 7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - REsp: 1410960 RJ 2012/0099605-3, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43122720&num_registro=201200996053&data=20150323&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 11 nov. 2019.

E em contrapartida, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2012, on-line), no caso de aplicação da responsabilidade subjetiva, ou seja, mediante aferição de culpa, é:

'INDENIZAÇÃO - Contrato de transporte - Queda de passageiro no interior de ônibus causada por freada brusca - Culpa do condutor do veículo caracterizada - Responsabilidade objetiva da empresa de transporte - Redução da capacidade laborativa da vítima em razão de trauma permanente em coluna vertebral resultante do acidente - Pensão mensal vitalícia definida em um salário mínimo vigente à época de cada pagamento, ante a falta de demonstração de ganhos superiores - Admissibilidade - Precedentes do Col. STJ - Correção monetária afastada - A variação do salário mínimo através do tempo atualiza permanentemente o valor da condenação - Dano moral caracterizado - Verba fixada razoavelmente - Valor arbitrado conforme os parâmetros desta Corte e entendimento desta Câmara - Correção monetária que deve incidir a partir do arbitramento da indenização - Súmula 362 do C. STJ - Verba honorária mantida - Fundamentos da sentença adotados como razão de decidir para se evitar desnecessária repetição - Artigo 252 do Regimento Interno do TJSP - Aplicabilidade - Recurso provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 9261674-61.2008.8.26.0000; Relator (a): Candido Alem; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 30/07/2012; Data de Registro: 15/08/2012). Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6107544&cdForo=0>. Acesso 11 nov. 2019.

3 DA RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei 8.078 de 1990, Código de Defesa do Consumidor, veio como uma forma de equilibrar as relações de consumo, uma vez verificado que o consumidor é presumidamente vulnerável em relação ao fornecedor. Desta maneira, a Lei 8.078/90 seguiu o caminho contrário do Código Civil, aplicando, via de regra, a responsabilidade objetiva, tipificada no "caput" de seus artigos 12 e 14.

Dispõe o artigo 12, caput do Código de Defesa do Consumidor:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou

condicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Já o artigo 14, caput do Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Contudo, para que seja aplicada a referida Lei, deve ser verificada a relação de consumo entre as partes, sendo que, para tal, deve-se atentar aos conceitos de fornecedor e de consumidor.

Para isso, o Código de Defesa do Consumidor dispõe em seu art. 3º, caput:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A fim de completar essa relação de consumo, o legislador vem, por meio de seu artigo 2º, do mesmo diploma legal, e disserta que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim sendo, confirmam-se os requisitos da relação de consumo para a aplicação da responsabilidade objetiva nos termos da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.

Para Leonardo de Medeiros Garcia (2017, p. 183), a responsabilidade apresentada nos referidos artigos advém da teoria do risco, haja vista que admitem excludentes de responsabilidade, sendo o ônus probatório incumbido ao fornecedor. Desse modo, é possível perceber essa aplicação observando o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (2019, on-line):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS MOVIDA POR FUMICULTOR EM FACE DA CELESC. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PERDA DA QUALIDADE DAS FOLHAS DE FUMO QUE SECAVAM EM ESTUFA, SUBMETIDA À VENTILAÇÃO MOVIDA POR ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA RÉ. AVENTADA A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TESE RECHAÇADA. RELAÇÃO DE CONSUMO EVIDENCIADA. AUTOR QUE FIGURA COMO DESTINATÁRIO FINAL DA ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA PELA RÉ. ALEGADA CULPA EXCLUSIVA DO AUTOR EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO DO SEU CADASTRO, DEIXANDO DE INFORMAR QUE AUMENTARIA SEU CONSUMO DIÁRIO DEVIDO À INSTALAÇÃO DAS ESTUFAS. IRRELEVÂNCIA. DEVER DE FISCALIZAR AS UNIDADES E BEM ASSIM CONFERIR O AUMENTO DA UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS QUE COMPETE À CESSIONÁRIA. SUSTENTADA A OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR, DECORRENTE DAS TEMPESTADES QUE OCASIONAM DANOS À REDE ELÉTRICA PRINCIPALMENTE NO VERÃO. TESE INSUBSISTENTE. EVENTOS DA NATUREZA NÃO PODEM SER CONSIDERADOS COMO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR, POIS AINDA QUE INCONTROLÁVEIS, SÃO PREVISÍVEIS. EXEGESE DA SÚMULA N. 11 DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA (INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA). INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 14 E 22, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. [...] SENTENÇA MANTIDA. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação

Cível n. 0000818-44.2012.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 12-09-2019). Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=ABA7AAGAAPccMAAI&categoria=acordao_5>. Acesso 12 nov. 2019.

Além do exposto, observa-se, também, este outro julgado, agora da 3º Turma Recursal dos Juizados Especiais – TJPR, que reitera o entendimento da responsabilidade objetiva (2019, on-line):

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO IMPORTE DE R\$ 1.000,00. CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO NA FORMA DOBRADA DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS. INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE AUTORA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TV POR ASSINATURA. SERVIÇOS NÃO INSTALADOS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ARTIGO 14 DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA. DESCASO E DESRESPEITO COM O CONSUMIDOR QUE TEVE SUAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS FRUSTRADAS. DANO MORAL CONFIGURADO. PLEITO DE CORREÇÃO DA SENTENÇA E MAJORAÇÃO DO INDENIZATÓRIO ACOLHIDO. VALOR INDENIZATÓRIO QUEQUANTUM DEVE ATENDER ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, BEM COMO ESTAR DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Recurso conhecido e provido. 1. Em relação ao indenizatório, resta consolidado, tanto na doutrina, como na quantum jurisprudência pátria, o entendimento de que a fixação do valor da indenização por dano moral deve ser feita com razoabilidade, levando-se em conta determinados critérios, como a situação econômica da autora, o porte econômico da ré, o grau de culpa [...] Deve-se levar em consideração, ainda, não só os incômodos trazidos à vítima do ilícito, mas também prevenir novas ocorrências. [...] 2. Do que foi dito, o voto é pela reforma parcial da sentença [...] (TJPR - 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0005185-08.2017.8.16.0097 - Ivaiporã - Rel.: Doutor Leo Henrique Furtado Araújo - J. 26.07.2019). Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000008239421/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0005185-08.2017.8.16.0097>>. Acesso em 11 nov. 2019.

Em razão disto, corrobora-se com o ideário de Antônio Herman V. Benjamin (2014, p. 172 e 173), de que, tanto doutrina quanto jurisprudência caminham para que, nas relações de consumo, fosse aplicada a responsabilidade objetiva.

Uma vez que a evolução dessa área levou à percepção de como era difícil para o consumidor conseguir provar a existência de culpa e, embora pudessem existir demais tipos de prova, o seu ressarcimento encontraria um grande obstáculo na culpa do fornecedor (BENJAMIN, 2014, p. 172 E 173).

Tal fato não significa que o Consumidor fica isento do ônus probatório, em virtude de que o dano e o nexo de causalidades ainda devem ser provados por ele. Contudo, ainda existe a possibilidade de inversão do ônus da prova, muito embora, para que isso ocorra, deve ser verificada a verossimilhança nas alegações do consumidor ou, então, ficar comprovada sua hipossuficiência (BENJAMIN, 2014, p. 172 E 173).

Por fim, concluindo o entendimento sobre a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, não se deve confundi-la com uma possível ignorância em relação ao vício ou ao fato por parte do fornecedor.

Ademais, o art. 23 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime da responsabilidade” (BRASIL, 1990).

Igualmente, o Código Civil, em seu artigo 443, indica acerca dos vícios redibitórios, prevendo que “Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato” (BRASIL, 2002).

Portanto, em conformidade com Leonardo Roscoe Bessa (2014, p. 215), a existência ou não de ignorância não gera por si só o dever de indenizar, mas faculta a possibilidade de uma possível existência de indenização por perdas e danos.

4 DA RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL LIBERAL

Muito embora as relações de consumo sejam abrangidas pela responsabilidade objetiva do fornecedor, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, há de se pensar na exceção trazida por este diploma legal.

Nesse caso, trata-se da responsabilidade do profissional liberal, tipificada no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

A priori, deve-se entender o que é um profissional liberal. Para Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 570):

Profissional liberal, como o próprio nome indica, é aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, por conta própria, independentemente do grau de escolaridade.

Em assim sendo, continuando em conformidade com Cavalieri Filho, esse tipo de profissional ainda se submete às demais regras do Código de Defesa do Consumidor, eximindo-se apenas da responsabilidade objetiva. Isto ocorre porque, embora considerado fornecedor, o serviço prestado por ele diverge daquele prestado em massa, uma vez que a confiança recíproca é ponto base para que ocorra a contratação. Contudo, vale ressaltar que, conceitualmente, não fica obrigado o profissional liberal a ser portador de diploma de curso superior ou equivalente, podendo ser enquadrado como tal, por exemplo, o sapateiro. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 570).

Deste modo, retornando ao referido diploma legal, dispõe o artigo 14, §4º “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa”.

Embora a identificação do profissional liberal deva ser feita pela característica do serviço prestado, para fins de facilitar a compreensão, pode-se aprofundar o entendimento da responsabilidade para dois tipos de profissionais liberais, no caso: portadores obrigatórios de diploma de ensino superior, como o advogado, o dentista e o médico e o segundo grupo, supracitado.

Quando se trata da responsabilidade do advogado, saindo da seara geral de profissional liberal, o qual possui sua responsabilidade estabelecida pelo artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o CDC não é aplicado neste tipo de relação, encontra-se fundamento para que ele responda subjetivamente por disposição expressa do Estatuto de Ética dos Advogados (Lei n. 8.906/94), mais precisamente em seu artigo 32, "o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa".

Destarte, para Cavalieri Filho (2014, p. 462 e 463), a responsabilidade subjetiva do advogado é aplicada por respeito e cumprimento ao que dispõe a legislação brasileira, não simplesmente pelo fato de se tratar de obrigação de meio.

Corroborando com esse entendimento e na mais pura aplicação da Lei n. 8.906/94, há o caso do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2019, on-line):

Apelação Cível. Procedimento de Restituição de Valores c/c Indenização por Danos Materiais e Morais. Sentença de procedência. Inversão do ônus da prova pelo juízo de origem, com fulcro no CDC. Relação contratual entre advogado e cliente. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Relação jurídica regida por regime próprio (Lei nº 8.906/1994). Nulidade da sentença. Responsabilidade da advogada subjetiva. Necessidade de demonstração de culpa. Modulação dos efeitos. Vício que não se estende ao litisconsorte. Não incidência da teoria da causa madura, diante da ausência de fase instrutória. Recurso conhecido e julgado prejudicado, com reconhecimento, de ofício, de nulidade parcial da sentença. 1. Ocorrida a inversão do ônus da prova, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, em caso que discute relação contratual entre advogado e cliente, a anulação, de ofício, de parte da sentença é medida que se impõe, uma vez que se trata de relação jurídica regida por regime próprio (Lei nº 8.906/1994). 2. A inexistência de fase instrutória obsta o julgamento do mérito pelo juízo *ad quem*, restando afastada a incidência da teoria da causa madura. (TJPR - 12ª C.Cível - 0020716-97.2015.8.16.0035 - São José dos Pinhais - Rel.: Desembargador Rogério Etzel - J. 10.07.2019). Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008391921/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0020716-97.2015.8.16.0035>>. Acesso em 12 nov. 2019.

Ainda neste sentido, ou seja, aplicando de maneira cristalina a ideia do que foi legislado, o Douto Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina mantém a necessidade de se observar a existência de culpa ou dolo para que seja possível a responsabilização do advogado, materializando tal entendimento pelo julgado (2019, on-line):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. ALEGADA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO QUE TERIA AGIDO COM IMPERÍCIA AO INTERPOR AGRAVO DE INSTRUMENTO DESACOMPANHADO DE DOCUMENTOS FACULTATIVOS, E QUE RESULTOU NA NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO ONDE SE QUESTIONAVA ORDEM DE DESPEJO EM AÇÃO DESALIJATÓRIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NECESSIDADE COMPROVAÇÃO DE DOLO, CULPA OU ERRO INESCUSÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 32 DO EOAB (LEI 8.906/94). "Assim, só se poderá responsabilizar o advogado quando, por dolo e intensão manifesta de prejudicar ou locupletar-se, cause prejuízos ao seu cliente, ou obre com culpa manifesta, atuando de modo tão insatisfatório, atabalhoado, displicente e imperito que a relação causal entre esse agir e o resultado fique manifesta" (Rui Stoco). PONDERAÇÃO ACERCA DA PROBABILIDADE QUE A PARTE TERIA DE SE SAGRAR VITORIOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO APONTAM PARA

OCORRÊNCIA DE ATO CULPOSO. ERRO ESCUSÁVEL. AUSENTE. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. INVIABILIDADE. SENTENÇA PROFERIDA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0055247-68.2011.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 28-02-2019). Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAGohvAAQ&categoria=acordao_5>. Acesso em 12 nov. 2019.

Prosseguindo no entendimento sobre a aplicação da responsabilidade subjetiva, existe outro exemplo de profissional liberal com certa relevância para este tema, trata-se do dentista.

No caso dos dentistas, além de ser abrangido pela legislação consumerista, conforme supracitado, vale ressaltar, de acordo com a ideia de posta por Cavalieri Filho (2014, p. 459 e 460) que, muito embora a atividade exercida por eles se assemelhe à atividade médica, não se trata de uma obrigação de meio, uma vez que os procedimentos tomados são, via de regra, de natureza mais simplória, o que, presume-se, torne uma obrigação o resultado. Além disso, na maior parte dos tratamentos dentários, o que se espera é um resultado satisfatório, reforçando esta ideia de ser uma obrigação, propriamente dita, o resultado.

Ainda conforme o referido autor, a exceção fica por conta do cirurgião dentista, haja vista que este se depara com situações mais complexas, nas quais se torna inviável a garantia do resultado esperado, nesses casos, há uma obrigação de meio. Contudo, por força da disposição legal expressa pelo CDC, em ambos os casos, seja por obrigação de meio ou pela de resultado, é imprescindível a averiguação de culpa do dentista (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 459 e 460).

Para materializar essa ideia, exemplifica-se com o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (2017, on-line):

APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVO RETIDO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MATERIAL E MORAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ODONTOLOGIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA DENTISTA. APLICAÇÃO DO ART. 14, §4º DO CDC. PRÓTESES DENTÁRIAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ODONTOLÓGICO. PERÍCIA QUE APONTA ERRO NO PROCEDIMENTO. DANO MATERIAL E MORAL. CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. APELO DA NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO DAS CUSTAS NÃO ATENDIDA. DESERÇÃO CONFIGURADA. 1. [...] 2. A responsabilidade pessoal do cirurgião dentista é subjetiva e, por conseguinte, deve ser provada a culpa, pois incidente o § 4º do art. 14 do CDC. No caso dos autos, considerando que a perícia é conclusiva quanto à existência de erro no procedimento para a colocação das próteses dentárias, pois não foram observados a melhor opção, técnica e o meio adequado para o tratamento dos problemas apresentados pelo autor, configurada, está, a negligência e a imperícia no proceder do profissional, o que acarreta na procedência dos pedidos indenizatórios da parte autora. 3. [...] *Quantum* indenizatório reduzido. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA RÉ NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A NÃO CONHECIDO. DEMAIS RECURSOS DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJRS, Apelação Cível, Nº 70073656050, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em: 06-12-2017)[0]. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comar

[ca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70073656050&codEmenta=7706337&templntTeor=true](https://trf4.jus.br/portal/verProcesso.do?ca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70073656050&codEmenta=7706337&templntTeor=true)>. Acesso em 11 nov. 2019.

Fechando a tríade exemplificativa dos profissionais liberais, há de se discorrer a respeito da responsabilidade civil do médico, a qual deve ser restringida à responsabilidade pessoal do profissional, portanto, não se deve abordar sobre a responsabilidade das clínicas ou dos hospitais.

Nesses casos, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte, seu artigo 14, §4º. Verificada a responsabilidade subjetiva do médico, parte-se para a qualificação da natureza da obrigação prestada.

Comumente, quando se discute sobre responsabilidade médica, logo se pensa em obrigação de meio, conforme entende Cavalieri Filho (2014, p. 431 a 438), isso se dá porque não há meios de o médico garantir que determinada doença ou enfermidade será curada.

Cabe a esse profissional apenas garantir, ao paciente, as melhores condições para que ele possa ser tratado, bem como a aplicação dos métodos mais adequados para cada tipo de doença ou enfermidade, diferindo-os dos dentistas, que possuem obrigação de resultado, conforme já explanado. Ainda segundo o articulista, na atividade médica, existe uma exceção quanto à natureza da obrigação, embora ainda seja necessária a comprovação de culpa. Trata-se da cirurgia plástica. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 431 a 438)

Esse tipo de procedimento ainda pode ser dividido em cirurgia estética e cirurgia estética corretiva, em que a segunda mantém a qualidade de obrigação de meio, pois esses são os casos nos quais o paciente nasce com uma deformidade ou a deformidade decorre de algum acidente, por isso não se pode garantir um resultado específico. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 444). Não obstante, nas cirurgias meramente estéticas, o médico assume uma obrigação de resultado, uma vez que o resultado é o objeto e o objetivo do contrato.

Confirmando o pensamento do autor, o qual está de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, garante que, embora o ônus probatório esteja incumbido ao paciente, pode ocorrer a inversão desse ônus, dadas as circunstâncias demonstrando que o médico possui mais condições de arcar com essa obrigação, respeitando a hipossuficiência do paciente, ora consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 438 e 439).

Corroborando com isso, nas palavras de Miguel Kfoury Neto (2013, p. 84), “Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado”. Afirma-se, por conseguinte, que deve o médico buscar a cura e, caso não consiga, não será responsabilizado, salvo verificada existência de culpa.

Fato evidenciado pelo entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná quanto à responsabilidade subjetiva do médico (2019, on-line):

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. – Erro médico. responsabilidade subjetiva. AUTORA DIAGNOSTICADA COM HÉRNIA SUPRAUMBILICAL. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE HERNIORRAFIA REALIZADO PELO RÉU. NÃO CORREÇÃO DA HÉRNIA PREVIAMENTE DIAGNOSTICADA. CORREÇÃO DE UMA SEGUNDA HÉRNIA VISUALIZADA NO MOMENTO DA CIRURGIA QUE NÃO EXIME O RÉU DE CULPA. – DANO MORAL. NECESSIDADE DA AUTORA SE SUBMETER A UM SEGUNDO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PARA CORREÇÃO DA HÉRNIA SUPRAUMBILICAL. SITUAÇÃO QUE ULTRAPASSA O MERO ABORRECIMENTO.

– VALOR DA INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ATENÇÃO AO CASO CONCRETO E A SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES. VALOR FIXADO EM R\$ 20.000,00. – SUCUMBÊNCIA DO REQUERIDO. – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 9ª C.Cível - 0004205-73.2016.8.16.0072 - Colorado - Rel.: Juiz Rafael Vieira de Vasconcellos Pedrosa - J. 15.08.2019). Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007732911/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0004205-73.2016.8.16.0072>>. Acesso em 12 nov. 2019.

Destarte, verifica-se que, nas prestações de serviço, algumas atividades, por se tratarem de contratos fundados na confiança recíproca, contratos *intuitu personae*, afasta-se a responsabilidade objetiva, obrigando a aferição de culpa na conduta do agente, tratam-se, portanto, dos advogados, dentistas e médicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os resultados atingidos no curso da presente pesquisa, há de se concluir que existem diversos meios de se responsabilizar juridicamente um indivíduo. No mesmo sentido, cada qual responde da maneira que lhe é mais adequada, conforme previsão legal.

Os profissionais liberais, recorrendo à regra do Código de Defesa do Consumidor, possuem uma responsabilidade subjetiva nos atos que praticam, conforme dispõe o artigo 14, §4º deste diploma legal. O motivo pelo qual isso ocorre é que, embora prestem serviços configurando a relação de consumo, a obrigação que assumem não é de resultado, mas uma obrigação de meio.

Afirmar que eles possuem uma obrigação de meio significa que, quando um médico está em uma cirurgia com um paciente, não pode garantir que este sobreviva, contudo, é sua obrigação utilizar de todos os meios possíveis para tentar alcançar este resultado.

Indubitavelmente, existem exceções, pois os médicos que fazem cirurgias meramente estéticas não podem gozar do mesmo benefício para aplicação da responsabilidade subjetiva, uma vez que seu contrato propõe uma obrigação de resultado, não bastando a mera utilização de todos os meios possíveis para obter êxito no processo cirúrgico.

Portanto, não há que se abordar responsabilidade subjetiva por conta da atividade exercida, mas devido à natureza da obrigação. Em se tratando do profissional advogado, não se aplicam as normas do CDC, uma vez que sua responsabilidade é subjetiva por disposição da lei n. 8.906/94, em seu artigo 32.

Por fim, embora tenham sido aprofundadas as considerações sobre três exemplos de profissionais liberais, ressalta-se a existência de diversos outros no mercado, como um sapateiro ou um alfaiate, que se enquadram na análise proposta por este estudo, abrangidos pelo artigo 14, §4º do CDC, salvo se existir lei específica.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL, LEI Nº 10.406. Código Civil. Brasília. Diário Oficial da União, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 11 nov. 2019.

BRASIL, LEI Nº 8.078. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 11 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 nov. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. T3 Terceira Turma - Recurso Especial - REsp: 1410960 RJ 2012/0099605-3 - Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 23/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43122720&num_registro=201200996053&data=20150323&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 11 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0005185-08.2017.8.16.0097 - Ivaiporã - Rel.: Doutor Leo Henrique Furtado Araújo, julgado em 26/07/2019. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000008239421/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0005185-08.2017.8.16.0097>>. Acesso em 11 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª C.Cível - 0004205-73.2016.8.16.0072 - Colorado - Rel.: Juiz Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, julgado em 15/08/2019. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007732911/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0004205-73.2016.8.16.0072>>. Acesso em 12 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível - 0020716-97.2015.8.16.0035 - São José dos Pinhais - Rel.: Desembargador Rogério Etzel, julgado em 10/07/2019. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008391921/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0020716-97.2015.8.16.0035>>. Acesso em 12 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 15ª C.Cível - , Nº 70073656050 - Rel.: Adriana da Silva Ribeiro, julgado em 06/12/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70073656050&codEmenta=7706337&templntTeor=true>. Acesso em 11 nov. 2019.

- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. 4ª Câmara de Direito Civil - 0020716-97.2015.8.16.0035 - Rel.: Des. Selso de Oliveira, julgado em 28/02/2019. Disponível em:
<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAGohvAAQ&categoria=acordao_5>. Acesso em 12 nov. 2019.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. 7ª Câmara de Direito Civil - 0020716-97.2015.8.16.0035 - Rel.: Des. Haidée Denise Grin, julgado em 12/09/2019. Disponível em:
<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAPccMAAI&categoria=acordao_5>. Acesso 12 nov. 2019.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 16ª Câmara de Direito Privado - Taubaté - 9261674-61.2008.8.26.0000 - Rel.: Candido Alem, julgado em 15/08/2012. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6107544&cdForo=0>>. Acesso 11 nov. 2019.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 7.
- FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Verbatim, 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. – 10. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de defesa do consumidor comentado: artigo por artigo. 13.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. – 13. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.
- KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. – 8. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André – (coord.). Manual de direito civil, volume único – São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. – 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 2.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 2.

A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DE POSNER PELO STF

THE APPLICATION OF POSNER'S ECONOMIC ANALYSIS BY THE STF

Aline Lima Melo Novais

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Faculdade Guanambi. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva-CERS. Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito, Economia e Instituições do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFG. Editora assistente da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.

Resumo: O presente trabalho pretende examinar a aplicação da análise econômica de Richard Posner nas decisões do STF. Em que medida os custos dos direitos justificam a utilização da análise econômica nas decisões de um Tribunal Constitucional. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, examinando-se, inicialmente, a análise econômica do Direito; posteriormente, o Supremo Tribunal Federal e a aplicação dos critérios econômicos em suas decisões, e, por fim, a relação entre os direitos fundamentais e o orçamento público.

Palavras-chave: Direito e Economia; Jurisdição Constitucional; Direitos Fundamentais.

Abstract: This paper intends to examine the application of the economic analysis of Richard Posner in the STF decisions. To what extent do the costs of rights justify the use of economic analysis in the decisions of a Constitutional Court. For this, bibliographic research was used. The economic analysis of the Law will be examined initially; subsequently, the Federal Supreme Court and the application of the economic criteria in its decisions, and, finally, the relationship between fundamental rights and the public budget

Keywords: Law and Economics. Constitutional Jurisdiction; Fundamental Rights.

Submetido em abril de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas se consolidaram internacionalmente os estudos na área Direito e Economia. A disciplina que estuda tal relação é conhecida por Direito e Economia, Análise Econômica do Direito (AED), Law & Economics e Economia Analysis of Law.

Essa relação se expandiu no século XX nos Estado Unidos, especialmente na Universidade de Chicago com orientação do economista Aaron Director, o qual buscava aplicar a economia em campos do Direito, tais como o Direito Antitruste e o Direito Comercial.

O principal representante dessa escola é Richard Posner que alçou como fundamento ético do direito a maximização da riqueza. Após críticas, mudou seu posicionamento e defendeu o pragmatismo jurídico, atribuindo um papel mais discreto à maximização de riqueza.

Richard Posner se formou em Letras por Yale (1959) e em Direito por Harvard Law School (1962), trabalhou na Suprema Corte dos EUA assistindo o Justice William Brennan, Jr. (entre 1962 e 1963). Foi assistente do Comissário Philip Elman na Comissão Federal de Comércio (1963 a 1965). Nos dois anos seguintes foi assistente do procurador geral dos Estados Unidos, Thurgood Marshall. Atuou como conselheiro geral da Força Tarefa do Presidente sobre Política de Comunicação, antes de ingressar em Stanford. Em 1968 tornou-se professor de Direito em Stanford, onde teve contato com Aaron Director. Em 1969 ingressou na University of Chicago Law School. Em 1981 tornou-se juiz do tribunal de apelação para a 7ª região, tribunal do qual foi presidente entre 1993 e 2000.

Sua proposta trata da necessidade em executar os fenômenos jurídicos a partir das consequências e dos possíveis resultados que podem ser gerados. Propõe uma abordagem instrumental do direito pautado na percepção mercadológica sobre os temas jurídicos. Neste sentido, por meio da pesquisa bibliográfica, o presente trabalho, pretende analisar a aplicação da análise econômica de Richard Posner nas decisões do STF. Em que medida os custos dos direitos justificam a utilização da análise econômica nas decisões de um Tribunal Constitucional. Para tanto, inicialmente examinar-se-á a análise econômica do Direito; posteriormente, o Supremo Tribunal Federal e a aplicação dos critérios econômicos em suas decisões, e, por fim, a relação entre os direitos fundamentais e o orçamento público.

2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

O comportamento humano requer tomar decisões, e essa conduta é passível de análise pelo mercado, ele abrange toda ação que envolva a tomada de decisão. Desde facetas simples como "o cobertor que escolheu para passar a noite, a propaganda que toca

no rádio-relógio- e até mesmo o próprio aparelho-, incorporam o funcionamento oculto de vários mercados.”¹

As ações cujas consequências afetem as questões sociais são também questões jurídicas e econômicas. A economia, segundo Gico Junior², é útil ao Direito na medida em que auxilia na compreensão dos fatos sociais e como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Para ele, o estudo na área direito e economia tem por objetivo empregar os fenômenos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

A relação entre Direito e Economia pode se conceituar como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas.³ Para Gico Junior⁴, essa relação auxilia na compreensão dos fatos sociais e como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Os estudos nessa área têm por objetivo empregar os fenômenos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Na segunda metade do século XX, tais estudos ganharam força nos Estados Unidos, especialmente na Universidade de Chicago. “Chicago law and economics is, by and large, the economic analysis of law.”⁵

Para Zanatta⁶, o surgimento da disciplina “direito e economia” nos Estados Unidos encontra suas raízes em diversos movimentos jusfilosóficos anglo-saxões, como o utilitarismo, o pragmatismo e o realismo filosófico.

O utilitarismo está ligado ao pensamento de Jeremy Bentham, o qual preconiza que as ações humanas são guiadas pelos sentimentos de prazer e dor. Para tal corrente, a aprovação ou desaprovação de qualquer ação se relaciona à felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo. Para Bentham a forma mais eficiente de instrumentalizar um sistema capaz de garantir a maximização da riqueza e do bem-estar dos homens seria por meio de um sistema de normas estabelecidas pelos detentores do poder e da legalidade.⁷

O pragmatismo foi defendido por Oliver Wendell Holmes Jr., para quem a compreensão do direito decorreria da própria experiência prática e suas possíveis transformações, e não de conceitos lógicos e formais. Conforme Posner⁸, no final do século XIX, Holmes, em oposição ao idealismo e jusnaturalismo, propôs que os juristas estudassem

1 ROTH, Alvin E. Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016, p.27.

2 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: Direito e Economia no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012.

3 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano B. (org.). Direito e Economia, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 b. Republicação: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/>. Acesso em 20 jun. 2019.

4 Idem, ibidem.

5 MERCURO, Nicholas; e MEDEMA, Steven. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism. Princeton University Press, 1999, p. 173.

6 ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando A Law & Economics: A Receptividade Da Disciplina Direito E Economia No Brasil. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 10 ed. 2011.

7 Idem, ibidem.

8 POSNER, Richard. Problemas de Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

filosofia, economia e estatística. Para ele, a obediência das pessoas às leis está relacionada ao pensamento econômico, obedecem à lei porque é mais vantajoso.

A interpretação evolutiva do direito holmesiana e da perspectiva sociológica defendida por Roscoe Pound resultaram no realismo, escola que se formou na década de 1920 nas universidades de Columbia e Yale. Para os realistas, a análise do processo de decisão deveria ir além da lei em si, pois a lei e as regras de direito eram racionalmente indeterminadas. Ele se relacionava com a economia, a sociologia, teoria da psicologia, antropologia, linguística e estatística.¹

Tal escola possibilitou o diálogo interdisciplinar entre direito e economia. A Universidade de Chicago, em 1930, acrescentou em sua grade curricular cursos de economia e contabilidade. O economista Aaron Director foi nomeado diretor da Faculdade e reuniu pensadores que apoiavam a regulação econômica como função do mercado e não do Estado. Ele fundou em 1950 o *Journal of Law and Economics*, o qual Ronald Coase se tornou o editor-chefe.

Devido a sua influência entre os juristas de Chicago, Coase é considerado um dos "pais" do movimento *Law & Economics*. Ele publicou, em 1960, o artigo reconhecido como o mais importante sobre análise econômica do direito intitulado "*The Problem of Social Cost*", escrito na Universidade de Virginia, que consagrou o "Teorema de Coase". Segundo essa teoria a transação entre as partes sempre produzirá um resultado eficiente quando os custos dela são zero. O problema central do mercado são os custos de transação. Assim, o Estado deve facilitar os altos custos de transação entre os agentes econômicos a fim de maximizar a riqueza.

Para o Law and Economics cabe aos processos legais a produção da mais eficiente alocação de recursos, pois o que deve orientar a atuação do juiz é a maximização da riqueza, sendo decisão baseada na análise custo benefício.

Esse movimento se propagou com a obra, lançada em 1973, *Economic Analysis of Law* de Richard Posner, que ganhou notoriedade na academia e se tornou a principal referência teórica da análise econômica do direito. Ele disseminou tal estudo entre os acadêmicos e propôs ampliar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos. A Escola de Chicago considera, devido a essa obra, Richard Posner como seu marco de fundação.

Posner "trilhou caminhos que pudessem formular uma síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, o que se deu a partir da disciplina modernamente conhecida como *Law & Economics*."² Tentou combinar a justiça com a eficiência, segundo o qual a eficiência pode ser utilizada para descrever o Direito. Atribui ao direito a função eminentemente econômica e desenvolveu a tese da eficiência no seu livro *Economic Analysis of Law* (1973), considerando que o direito se explica melhor como um sistema para a maximização da riqueza da sociedade.

Propõe a teoria descritiva, segundo a qual os institutos jurídicos são explicados como resultado da maximização de preferências individuais; e a teoria normativa, na qual as normas legais e as sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, a partir da economia,

1 ZANATTA, Rafael A. F., op., cit.

2 SALAMA, Bruno Meyerhof.. "Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner". *Fundação Getúlio Vargas*, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acesso em: 10 jun. 2019, p. 3.

define quais são as normas jurídicas mais eficientes. Em seu livro “A Economia da Justiça” (*The Economics of Justice*), preconizou que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade” - teoria da justiça eficientista.

Salama¹ assevera:

Vejamos: da tradição utilitarista, Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, Posner rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da tradição Kantiana, Posner rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Ao mesmo tempo, retém (ou imagina reter) parte dos conceitos de autonomia e consenso Kantiano. A síntese de todas essas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica.

Assim, para Richard Posner,² a sua análise do direito é sustentada pela escolha individual racional, pois os fenômenos sociais (mediados pelas leis, decisões judiciais, etc.) podem ser explicados a partir dos indivíduos e seu comportamento racional. Posner buscava por meio de métodos econômicos, transformar o sistema jurídico em mais eficiente no sentido de contribuir para o funcionamento dos mercados.

O pensamento de Posner causou polêmica e gerou uma furiosa reação vinda de diversos cantos. A crítica expôs uma série de deficiências da tese de Posner, o que o levou a rever seu posicionamento. Abandonou, no início dos anos 1990, com a publicação de “Problemas de Filosofia do Direito”, a defesa de que a maximização de riqueza pudesse ser fundacional ao Direito. Desde então, defendeu o pragmatismo jurídico e publicou obras atribuindo um papel mais discreto à maximização de riqueza.³

Posner preconiza que seu pragmatismo não é o filosófico, mas o cotidiano, que reflete o que é praticado no próprio dia-a-dia e não necessariamente aquilo que está teorizado. Parte da análise empírica dos fatos e não de teorias filosóficas, morais:

O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos.⁴

1 SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Pr-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019, p. 9.

2 POSNER, Richard. El análisis económico del derecho. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

3 POSNER, Richard. Análise econômica do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

<https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/130/>. Acesso em: 02 jun. 2019.

4 POSNER, Richard. Direito, pragmatismo e democracia. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38.

No Posner pragmático a eficiência deixou de ter o valor absoluto, se tornou um elemento subsidiário para o critério de decisão, e não o principal. Assim, conforme Zanatta,¹ Posner não descarta que a eficiência pode ser utilizada como um dos critérios subsidiários da decisão, pois o juiz de direito deve sopesar as prováveis consequências econômicas das diversas interpretações textuais, atentando para os valores democráticos e a Constituição.

O Direito visto dessa perspectiva é um instrumento para a consecução de fins humanos². Para Posner o Direito não está fundado em princípios permanentes, o significado das coisas é social, as realizações humanas devem ser avaliadas por suas consequências. Dessa feita, há a rejeição de todos os critérios fundamentais que podem pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério de eficiência:

O pragmatismo de Posner não é um pragmatismo filosófico; é um praticismo. É a arte de viver sem fundações. Ao se filiar ao pragmatismo jurídico, Posner abandonou completamente a possibilidade de que possa haver uma metafísica para o direito. O direito é para Posner algo instrumental e algo orientado para o futuro, mas mesmo o instrumentalismo não deve ser, diz Posner, guia para o direito. É possível optar-se por ser formalista – talvez até extremamente formalista – em bases pragmáticas. Se formalismo funcionar melhor, então sejamos formais.

Posner retoma toda a crítica à naturalização de conceitos jurídicos e propõe uma fundação para o direito calcada em três esteios: (1) um pragmatismo jurídico – e ele passa a dizer “agora sou pragmatista”; (2) o liberalismo clássico; (3) e a economia.³

Entretanto, apesar da eficiência econômica ter deixado de ser um fundamento ético para o direito, a economia continua sendo um dos critérios importantes incorporado ao próprio pragmatismo. Pois a maximização da riqueza é um instrumento utilizado para compreender e aprimorar o direito e as instituições em geral.

Assim, a viragem pragmática do movimento *Law and Economics* “serviu especificamente para, sob um novo slogan, apontar a compreensão do direito a partir de um sistema racional de comportamento, cujo ponto fundamental se manteve baseado no interesse econômico.”⁴.

3 A APLICAÇÃO DO PRAGMATISMO DE POSNER NAS DECISÕES DO STF

1 ZANATTA, Rafael A. F. op., cit.

2 SALAMA, Bruno Meyerhof.. Estudos em direito & economia [livro eletrônico] : micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017b. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

3 SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/130/>. Acesso em: 02 jun. 2019, p. 9.

4 COPETTI NETO, Alfredo. O Estado Constitucional e os Movimentos Law and Economics da University of Chicago. *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, n. 1, p. 194-222, 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7652/5175>> . Acesso em: 12 jun. 2019, p. 6.

O Supremo Tribunal Federal é a mais alta corte de Justiça no Brasil, tem a função precípua de garantir a supremacia da Constituição, ser o seu guardião. Sua competência é definida no art. 102 da Constituição Federal de 1988, que é originária e recursal.

É composto por onze ministros escolhidos entre os cidadãos que devem ser brasileiros natos, com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 12, §3, IV, CF). Os ministros serão nomeados pelo presidente da República, após aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Há três grandes papéis ou funções que são desempenhados pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo, a saber, contramajoritário, representativo e iluminista.¹

O primeiro papel refere-se ao poder que as cortes possuem de invalidarem leis e atos normativos emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo, sendo chamado de dificuldade contramajoritária o fato de juízes não eleitos sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos. Tal função é um dos temas mais estudados na teoria constitucional dos países, e entendido como legítimo, apesar das divergências, quando atuam para proteger os direitos fundamentais.

A função representativa dá-se quando os Tribunais através de suas decisões satisfazem demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo oportuno pelo Poder Legislativo, e quando atuam para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.

Por fim, o papel iluminista, desenvolvido em situações excepcionais, quando atuam em "decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população."²

Uma Corte Constitucional tem como função principal julgar conforme a Constituição, assim, ela não deve ser considerada apenas como um órgão do Poder Judiciário. Mas no Brasil, o Superior Tribunal Federal, acumula funções de Corte Constitucional e Suprema Corte, pois julga matérias que não eminentemente constitucionais em sua essência, matérias que poderiam ser julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que o STF ficasse encarregado de ser uma Corte Constitucional.³

Para Cunha Jr., o STF, "não é um Tribunal Constitucional, seja porque a Constituição não lhe reservou essa natureza, seja porque integra o Poder Judiciário, sendo em muitos casos órgãos recursal."⁴

O Brasil adota o modelo de controle de constitucionalidade que mescla o sistema americano com o europeu. Ao adotar a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante o STF a fim de discutir leis em tese, denota-se a presença do sistema europeu. Em

1 BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019, p. 4.

2 Idem, ibidem, p. 8.

3 CARNEIRO, Claudio. Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e Portugal. Salvador: Editora Juspodium, 2017, p. 30-31.

4 CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012, p. 1129-1130.

relação ao controle incidental e concreto de constitucionalidade adotou-se o sistema americano.

Assegurar a efetividade da justiça é dever da jurisdição, seja constitucional ou não, e é nesse contexto que a função precípua de uma Corte Constitucional é cumprida. Pires¹ assevera que:

Ademais, a compreensão do sentido da expressão "jurisdição constitucional" somente é possível quando se analisa a junção da função (jurisdição) com a norma a que se pretende avocar como elemento de interpretação para desvelamento dos direitos e dos deveres que servem de parâmetro para a distribuição dos bens (Constituição). Neste contexto, a mera etimologia ("dizer do direito pela norma constitucional") ou uma extensiva definição (poder-dever do Estado-juiz, em vias de compor os conflitos de interesses, pacificando a sociedade, para dar a cada um aquilo que lhe é devido) não resolvem a dúvida, sendo indispensável a análise dos elementos (etimologia e definição) que, conjugados, compõem o sentido.

Ser guardião da Constituição perpassa por momentos diferentes de evolução histórica da Constituição, ou seja, suas decisões devem ser pautadas conforme o momento histórico-constitucional que o país passa. Assim, "ser guardião da Constituição não é simplesmente ter competência assegurada pela própria Constituição por pertinência temática- é muito mais do que isso, ou seja, é reler o texto à luz do momento em que se insere".²

Tratando-se de tempos de crise econômica e política, a jurisdição constitucional reduz as garantias para que nos momentos de instabilidade haja facilidade no processo de mercantilização do mundo da vida. "Os laços de liberdade e igualdade que unem nossa comunidade política seriam rompidos pela ideia de mercado, pela ideia pragmatista de que os fins justificam os meios."³

Pensamento pragmatista de Richard Posner, o qual, em sua obra "Problemas de Filosofia do Direito", argumenta acerca da interpretação das leis e dos posicionamentos tomados pelos magistrados e legisladores diante das decisões que lhe são colocadas. Para ele, o sentido do texto envolve os elementos extrínsecos, como as experiências linguísticas e culturais. As condições políticas, econômicas, culturais e sociais estão em constante mudança, já se alteraram desde a edição da Constituição ou de uma lei, o que ocasiona em um poder legislativo e judiciário extremamente diversificado:

Quanto mais refletimos sobre a interpretação em geral, mais distantes nos vemos da questão importante a propósito da interpretação das leis, que é política e não epistêmica: até que ponto os juízes deveriam sentir-se livres dos grilhões do texto e da intenção legislativa ao aplicarem as leis e a Constituição? A partir do fato de que a interpretação é um conceito vago, abrangente, inclusive ilimitado, não segue que os juízes devam considerar-se portadores de carta branca para interpretar os dispositivos legais e constitucionais. Os limites da interpretação

1 PIRES, Alex Sander Xavier. *Súmula vinculante e Liberdades Fundamentais*. Portugal: Pensar a Justiça, 2016, p. 220.

2 CARNEIRO, Claudio. *op. cit.*, p. 28.

3 SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição constitucional da crise ou crise da jurisdição constitucional? Uma defesa da garantia do devido processo legislativo*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, RS, v. 8, n. 1, p. 28-36, jan./abr. 2016. Doi: 10.4013/rechtd.2016.81.04. Disponível em:

<<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.04>>. Acesso em: 17 jun. 2018, p.29.

são por demais flexíveis. [...] Talvez fosse melhor abolir totalmente a palavra “interpretação” e, em seu lugar, falar, à maneira pragmática, das consequências das abordagens antagônicas para a função judicial nos casos legais e constitucionais – a abordagem que enfatiza a liberdade do juiz versus a abordagem que enfatiza a responsabilidade do juiz como autoridade subordinada ao sistema de governo. [...] Os juízes devem empenhar-se de boa-fé em fazer cumprir a legislação a despeito de seu acordo ou desacordo com seus meios e fins. [...]um juiz que interpreta um texto legislativo pouco claro não deve tentar ajustar uma política pública a sua concepção pessoal do que é certo ou errado – desde que a política pública contida na lei seja discernível. Mas é possível que não seja ou, mesmo quando for, que não nos oriente no sentido de encontrar uma resposta para a questão interpretativa específica que se colocou. No direito como na guerra, a doutrina tem seus limites.¹

A interpretação de um texto e a elaboração de uma decisão devem levar em conta as consequências positivas e negativas advindas delas. “Talvez o melhor a fazer quando se invoca uma lei seja examinar as consequências de dar a quem a invoca aquilo que deseja, e então avaliar se tais consequências serão boas em termos gerais.”²

Para Posner, conforme Heinen,³ cabe ao direito a função de se adequar às necessidades econômicas e sociais, estando os magistrados atentos as mudanças de ordem econômica -a fim de não proferirem decisões que prejudiquem a economia, mas que maximizem a riqueza- e social –pois decisões impopulares tendem a causar revoltas.

É perceptível o uso de argumentos econômicos nas decisões judiciais, incluindo as decisões do STF. O uso dos argumentos econômicos nas decisões judiciais é explicado, conforme Salama,⁴ por três fatores: o vetor ideológico; ascensão política do poder judiciário; e, as evoluções de dentro do próprio direito.

O primeiro vetor se relaciona ao triunfo da ideologia progressista na atualidade, o governo das políticas públicas. Esses planejamentos não são apenas uma decisão do governo, se traduzem em leis e regulamentos, as quais tem que ser interpretadas e aplicadas. Isso acarreta na reflexão entre a pertinência dos meios jurídicos e fins normativos, o que ocasiona na necessidade da aplicação da proporcionalidade. Dentre os saberes que auxiliam nessa proporção está a economia.

Quanto ao segundo vetor, percebe-se que as questões políticas se tornaram também questões jurídicas. Desta feita o judiciário se encontra atolado de casos referentes a assunto políticos, sendo necessária a utilização da proporcionalidade-consequentemente a economia- por questões relacionadas à organização e funcionamento dos poderes.

Por fim, dentre as evoluções do próprio direito nota-se três de grande influência, a saber, a queda do formalismo, o neoconstitucionalismo, e a renovação do direito privado

1 POSNER, Richard. Problemas de Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 365-366.

2 Idem, ibidem, p. 403.

3 HEINEN, Luana Renostro. Uma Crítica À Democracia Pragmática De Richard Posner A Partir De Jacques Rancière. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós- Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2012. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/96422/301259.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

4 SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise Econômica do Direito nas Decisões Judiciais. Série Cadernos do CEJ, n. 30, p. 28. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2015. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/103/>. Acesso em: 17 jun. 2019.

civil e comercial impulsionada pela elaboração dos códigos o de defesa do consumidor e o código civil.

Desta feita, percebe-se que houve mudanças no contexto jurídico-político nacional, sendo que, o Poder Judiciário possui razoável legitimidade para rever- e, em alguns casos, alterar – a lei e a política pública.¹

O STF julga nos tempos de crise levando em conta a análise econômica do direito, permitindo a colonização do direito pela economia e pela política. Havendo omissão na proteção constitucional, um *laissez faire* político e econômico, e a prevalência dos interesses privados:

o Supremo Tribunal Federal parece construir um edifício jurisprudencial em tempos de crise sem se dar conta dos perigos que o afrouxamento de garantias constitucionais representa para a consolidação do projeto democrático. [...] o Supremo Tribunal Federal aqui vem, desde há tempos, relativizando garantias democráticas, com base em uma concepção autoritária de processo legislativo, ainda herdada da Ditadura Civil-Militar. Garantias democráticas como, por exemplo, de se respeitar a tramitação de importante modificação na Constituição, de permitir que os cidadãos se reconheçam coautores e destinatários das normas que eles mesmos se dão, de possibilitar que as normas que vão de fato atingir a esfera jurídica dos cidadãos possam ser debatidas e refletidas pelos partícipes da comunidade política. Enfim, o Supremo Tribunal Federal não leva a sério o devido processo legislativo.²

As necessidades humanas são ilimitadas, mas os recursos mundiais são escassos. Assim, ao se reivindicar um direito, poder-se-á estar abdicando da tutela de outros. Devido a isso, o STF tende a fundamentar suas decisões a partir de um viés pragmatista, de uma forma que melhor promova a maximização da riqueza da sociedade, realizando de antemão, uma análise custo/benefício da repercussão (econômica, financeira, social) da decisão.³

É necessário que em tempos de crise, a jurisdição constitucional separe os atos que são contrários e os que se coadunam com o Estado Democrático de Direito. Sendo imperativo a delimitação da função constitucional, bem como a devida distinção entre o que a Constituição exige e o que ela não exige, pois a construção de uma sociedade livre e democrática passa pela normatividade do texto constitucional.⁴ Ao direito cumpre funcionar como uma integração normativa da sociedade, uma dobradiça entre mundo da vida e sistema econômico e político.⁵

4 A ECONOMIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SEU CUSTO E INEXECUÇÃO

1 Idem, ibidem.

2 SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Op. cit., p. 34.

3 SILVA, Murillo Ricart Mendes Souza. A influência do impacto econômico-financeiro e a aplicação de teorias econômicas nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário FG (UniFG), Guanambi, 2019, p.95.

4 SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Op. cit., p. 35.

5 ROSENFELD, M. O direito enquanto discurso: reduzindo as diferenças entre direitos e democracia. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão, 10:9-44, 2003, p.21.

A defesa e a garantia dos direitos no sentido legal custam dinheiro. Esses custos não tem apenas natureza financeira, mas também são derivados da proteção de pretensões jurídicas que excluem outras. Apenas com o reconhecimento estatal e a estipulação de orçamento financeiro para custear a sua proteção que os direitos passam a existir. Somente a partir da alocação de recursos públicos para a proteção de determinado direito que é possível dizer que ele foi, de fato, reconhecido institucionalmente como tal. Sustain e Holmes¹ asseveram que "*Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute.*"

Um direito só existirá se houver remédios jurídicos capazes de assegurá-lo efetivamente. Considerações de cunho orçamentário estão na raiz de qualquer discussão sobre o próprio conceito de direito subjetivo: "*As a general rule, unfortunate individuals who do not live under a government capable of taxing and delivering an effective remeda have no legal rights. Statelessness spells rightslessness. A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs.*"² (SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 19).

Para Sustain e Holmes, tanto os direitos civis (direitos negativos que se caracterizam pela expectativa de não interferência estatal nos direitos clássicos de liberdade, quanto os direitos sociais (direitos positivos que caracterizam-se pela expectativa de prestação de um amparo social pelo Estado), apresentam custos. Sendo essa dicotomia existente entre os direitos somente uma diferença de grau, pois todos os direitos dependem do dispêndio de recursos orçamentários.³

No mesmo sentir é o pensamento de Ferrajoli, para quem os direitos sociais, os direitos individuais, os direitos de liberdade e os direitos de autonomia, por gerarem expectativas positivas, exigem obrigação de fazer da esfera pública.⁴

Segundo Posner,⁵ os direitos jurídicos consomem recursos reais, inclusive o tempo com os profissionais altamente qualificados. Assim, não são bens gratuito, existindo, além dos custos diretos dos direitos, os custos indiretos, "o que ocorre, por exemplo, quando os direitos são aplicáveis contra atividades socialmente produtivas, ou impõem deveres socialmente onerosos, ou protegem atividades socialmente prejudiciais."⁶

Por gerarem custos, alguns autores defendem que em razão das necessidades humanas serem ilimitadas e os recursos orçamentários escassos, "o emprego daqueles recursos devem ser feitos de modo eficiente a fim de que possam atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso," de forma seja elegido o que é prioridade, pois sempre existirão necessidades sociais que não poderão ser satisfeitas em sua totalidade pelo orçamento público. Assim, os gastos públicos devem visar as prioridades

1 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: WW Norton & Company, 1999, p. 97.

2 Idem, ibidem, p. 19.

3 Idem, ibidem, p. 15.

4 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, v. 2, 2013, p. 67.

5 POSNER, Richard. The cost of rights: implications for central and eastern Europe and for the United States. Tulsa Law Journal, v. 32, n. 1, p. 1-19, 1996. Disponível em:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2878&context=journal_Articles>.

Acesso em: 25 jun. 2019.

6 SILVA, Murillo Ricart Mendes Souza, op. cit., p.33.

sociais que atendam às necessidades de um maior número de beneficiados mais necessitados, sendo, dessa forma, a decisão mais justa.¹

Nessa perspectiva,

as decisões dos atores sociais são tomadas fundamentalmente em um ambiente de mercado, cujo critério fundamental, além de aspectos comportamentais e psicológicos tem como referencial o preço. Portanto, mesmo que o constituinte entenda que exista um serviço público que deva ser prestado pelo Estado ou por alguma entidade privada que sirva como sua concessionária ou permissionária, em razão da sua essencialidade, ou alguma forma de assistência social pela concessão de bolsas ou rendimentos, este serviço custará um preço e este preço terá que ser pago em moeda (aos fornecedores, servidores, etc). De modo que a realização de direitos sociais (como quaisquer outros) – via serviços públicos e políticas assistenciais – tem um custo, o qual será suportado pelo recolhimento de tributos e de contribuições sociais (doravante nos referiremos basicamente a expressão tributos para compreender estas duas modalidades de exação fiscal porque sua eventual distinção técnica não afeta os argumentos).²

Porém, os custos dos direitos ou o impacto econômico-financeiro no orçamento público não devem ser óbice para a defesa ou a concretização dos direitos fundamentais, posição defendida por muitos juristas, dentre eles, Luigi Ferrajoli.

Para ele, a defesa e garantia dos direitos estabelecidos nas Constituições é a razão pública do Estado, de forma que os argumentos econômicos não podem ser óbice a sua concretização. Tais direitos “correspondem a valores e a carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados. E é da sua qualidade, quantidade e grau de garantia que pode ser definida a qualidade de uma democracia e pode ser mensurado o progresso.”³

A garantia de todos os direitos fundamentais sancionados como vitais – não somente dos direitos de liberdade, mas ainda mais dos direitos sociais - é, portanto, não apenas um fim em si mesmo, mas também um meio de desenvolvimento econômico.

[...] A prova histórica desse vínculo entre a satisfação dos direitos sociais e o desenvolvimento é, além disso, aberta a todos, uma vez que é proporcionada pela própria experiência dos países ricos. Certamente o maior desenvolvimento econômico, maior bem-estar, a maior riqueza desses países em relação ao resto do mundo, bem como sobre o seu passado, devido em grande parte, para além da exploração do resto do planeta, a melhoria condições gerais de vida: quanto mais educação, melhor saúde, para energias mais altas devotados por cada trabalho e pesquisa. Tanto que podemos dizer, que a melhor política econômica, a mais eficaz para promover o desenvolvimento, bem como a melhor política de segurança e prevenção do crime, é uma política social voltada para garantia dos direitos vitais de todos; e que a despesa pública necessária para esse fim não deve ser concebida como um ônus dispendioso nos balanços públicos, mas sim como a forma de investimento público que é indubitavelmente mais produtivo.⁴

1 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais? In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

2 Idem, ibidem.

3 Ferrajoli, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 733.

4 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, v. 2, 2013, p. 69.

Os direitos fundamentais estão associados ao desenvolvimento econômico pois sem garantia de direitos de liberdade, não há nem mesmo iniciativa econômica e segurança de mercados e investimentos. Nenhum crescimento econômico é possível sem a garantia dos direitos vitais. Assim, a violação de tais direitos não apenas leva a uma degradação das condições de vida das pessoas, mas também acabam em uma destruição de energias e em uma redução de produtividade e riqueza.¹

Portanto,

em que pese a tese cotidiana de que os custos dos direitos impossibilitariam a sua satisfação, pondo em risco, ainda, o crescimento econômico e a produção de riqueza, não existe nenhuma possibilidade de se constatar dentre os fins do estado, ou da esfera pública, isto é, na razão social do estado determinada pelo seu estatuto, a constituição, que exista, além da garantia da paz e dos direitos vitais – políticos, civis, de liberdade e sociais – constitucionalmente estabelecidos, a obrigatoriedade de uma suposta produção de riqueza, embora se mostre evidente que uma esfera pública que vise a proteger e a estimular as capacidades fundamentais dos seres humanos, em direção à sua igualdade, tenha maior possibilidade de expansão econômica.²

A defesa e a materialização dos direitos fundamentais apresentam custos ao orçamento público, mas isso não deve ser utilizado como escusa para sua inexecução, pois não há “um custo passivo no orçamento público, mas sim uma forma de investimento fundamentalmente produtiva.”³

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento *Law and Economics*, surgido na Universidade de Chicago, se propagou com a obra, lançada em 1973, *Economic Analysis of Law* de Richard Posner, que ganhou notoriedade na academia e se tornou a principal referência teórica da análise econômica do direito.

Richard Posner propôs construir uma nova teoria jurídica unificada a partir da contribuição da economia, defendeu que a maximização da riqueza pudesse ser fundacional ao Direito. A sua análise do direito é sustentada pela escolha individual racional, pois os fenômenos sociais podem ser explicados a partir dos indivíduos e seu comportamento racional.

Tal pensamento causou polêmica e gerou uma furiosa reação vinda de diversos cantos, o que o levou a rever seu posicionamento, passando a defender o pragmatismo jurídico, o qual se preocupa com as consequências que certas decisões ou escolhas podem gerar.

1 Idem, *ibidem*, p. 68.

2 COPETTI NETO, Alfredo. A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 120-121.

3 Idem, *ibidem*.

O Posner pragmático entende que o papel do Juiz de Direito é encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras e produza os melhores resultados, podendo se valer da economia para decidir.

O STF, como guardião da Constituição, pode vir a ser acionado para tutelar direitos e garantias fundamentais, os quais, em decorrência da falta de orçamento público, não puderam ser concretizados. A fundamentação de suas decisões poderia dar-se sob um viés garantista, prezando pelo cumprimento do texto constitucional, ou sob uma posição pragmática, prezando pelo equilíbrio econômico-financeiro das contas públicas. Mas o Supremo Tribunal Federal, vem relativizando a defesa de direitos e garantias em nome do equilíbrio financeiro-fiscal em momentos de crise econômica.

A defesa ou a materialização dos direitos geram gastos aos cofres públicos, e as necessidades humanas são ilimitadas apesar do recurso orçamentário ser escasso, o que torna a análise econômica do Direito necessária no planejamento de ações governamentais, mas não para ser utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial. A análise econômica do Direito não deve ser escusa para a omissão do Estado no campo da efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CARNEIRO, Claudio. *Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e Portugal*. Salvador: Editora Juspodium, 2017.

COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, Latin American and Caribbean Law and

Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COPETTI NETO, Alfredo. *O Estado Constitucional e os Movimentos Law and Economics da University of Chicago*. *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, n. 1, p. 194-222, 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7652/5175> . Acesso em: 12 jun. 2019.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012, p. 1129-1130.

Ferrajoli, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, v. 2, 2013.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: Direito e Economia no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012

HEINEN, Luana Renostro. Uma Crítica À Democracia Pragmática De

Richard Posner A Partir De Jacques Rancière. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-

Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2012. Disponível em:<
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/96422/301259.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: WW Norton & Company, 1999.

MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. Trad. Florestan Fernandes. 2 ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2008.

MERCURO, Nicholas; e MEDEMA, Steven. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism. Princeton University Press, 1999.

PIRES, Alex Sander Xavier. Súmula vinculante e Liberdades Fundamentais. Portugal: Pensar a Justiça, 2016.

POSNER, Richard. The cost of rights: implications for central and eastern Europe and for the United States. *Tulsa Law Journal*, v. 32, n. 1, p. 1-19, 1996. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2878&context=journals_Articles>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. Problemas de Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. El análisis económico del derecho. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Direito, pragmatismo e democracia. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSA, Alexandre Morais. Crítica ao discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito. In: ROSA, Alexandre Morais; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a Law & Economics. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSENFELD, M. O direito enquanto discurso: reduzindo as diferenças entre direitos e democracia. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão, 10:9-44, 2003.

ROTH, Alvin E. Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em "Direito e Economia?". Artigos Direito GV. 2007. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2773>>. Acessado em 20 jun. 2019.

_____. "Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner". *Fundação Getúlio Vargas*, 2008 a. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acessado em: 10 jun. 2019.

_____. O que é Direito e Economia?. In: TIMM, Luciano B. (org.). Direito e Economia, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b. Republicação: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16//>. Acesso em 20 jun. 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M.

Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e

Economia. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

_____. Análise Econômica do Direito nas Decisões Judiciais. Série Cadernos do CEJ, n. 30, p. 28. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2015. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/103/>. Acesso em: 17 jun. 2019.

_____. Análise econômica do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017a. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/130/>. Acesso em: 02 jun. 2019.

_____. Estudos em direito & economia [livro eletrônico] : micro, macro e desenvolvimento. Curitiba : Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017b. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição constitucional da crise ou crise da jurisdição constitucional? Uma defesa da garantia do devido processo legislativo. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, RS, v. 8, n. 1, p. 28-36, jan./abr. 2016. Doi: 10.4013/rechtd.2016.81.04. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.04>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

SILVA, Murillo Ricart Mendes Souza. A influência do impacto econômico-financeiro e a aplicação de teorias econômicas nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário FG (UniFG), Guanambi, 2019.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais? In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando A Law & Economics: A Receptividade Da Disciplina Direito E Economia No Brasil. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 10 ed. 2011.

ENTRE PENALISTAS E NEUROCIENTISTAS: REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DE ESTUDOS DA NEUROCIÊNCIA SOBRE O CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE CULPABILIDADE

*BETWEEN PENALISTS AND NEUROSCIENTISTS: REFLECTIONS ON THE INFLUENCE OF
NEUROSCIENCE STUDIES ON THE LEGAL-CRIMINAL CONCEPT OF CULPABILITY*

André Luiz Olivier da Silva

Professor da Escola de Direito UNISINOS, São Leopoldo - RS, Brasil. Professor Colaborador no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Doutor em Filosofia. Atualmente, é Coordenador do Curso de Graduação em Direito da UNISINOS.

João Pedro Gomes Dadda

Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNISINOS, São Leopoldo - RS, Brasil. É Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente estudo aborda as influências da neurociência cognitiva no Direito Penal, mais precisamente no conceito de culpabilidade enquanto elemento do crime. A problemática reside no fato de que, enquanto a dogmática jurídico-penal pressupõe, para a caracterização da culpabilidade e, portanto, do crime, a existência de um sujeito livre, capaz de agir de forma que não a desviante, estudos neurocientíficos apontam o livre-arbítrio como mera ilusão. Diante disso, busca-se verificar em que medida as descobertas da neurociência acerca do livre-arbítrio exercem influência sobre a culpabilidade. Para tanto, aborda-se, de um lado, o entendimento de neurocientistas, que negam a existência do livre-arbítrio, e, de outro, o entendimento de penalistas, que rechaçam a ideia de um ser humano determinado por leis causais.

Palavras-chave: Direito Penal. Culpabilidade. Neurociência. Livre-arbítrio. Determinismo.

Abstract: The present study addresses the influences of cognitive neuroscience in criminal law, more precisely in the concept of culpability as an element of crime. The problem lies in the fact that, while criminal dogmatics presupposes, for the characterization of guilt and, therefore, crime, the existence of a free individual, capable of acting in a way that is not deviant, neuroscientific studies show free will as an illusion. In view of this, we seek to verify to what extent the discoveries of neuroscience about free will influence culpability. To do so, it addresses, on the one hand, the understanding of neuroscientists, who deny the existence of free will, and, on the other, the understanding of penalists, who reject the idea of a human being determined by causal laws.

Keywords: Criminal Law. Culpability. Neuroscience. Free will. Determinism.

Submetido em abril de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

1 Introdução

Os avanços das ciências empíricas naturais exerceram – e continuam a exercer – influência sobre outros ramos do conhecimento, dentre os quais encontra-se o Direito. Ocorre que, no tocante ao Direito Penal, tais avanços podem exercer uma influência determinante. Conforme progridem os estudos neurocientíficos, a discussão filosófica entre livre-arbítrio e determinismo ganha novos contornos, colocando em xeque institutos até então consolidados, sobretudo quando se discute a responsabilização pelo cometimento de um crime, que tem como pressuposto, em maior ou menor medida, a vontade livre e consciente do sujeito.

O presente estudo trata, pois, da influência das descobertas neurocientíficas no Direito Penal, especialmente no que se refere à possibilidade de subsistência do conceito de culpabilidade, enquanto elemento do crime, e de seu pressuposto da exigibilidade de conduta diversa. A divergência estabelecida na doutrina reside na controvérsia havida entre neurocientistas e penalistas: de um lado, estudos neurocientíficos apontam para o abandono da noção de sujeito livre, pois este seria determinado por leis causais, devendo-se alterar os pontos de partida da aplicação da pena; de outro, penalistas resistem e acreditam que tais descobertas não tem o condão de alterar os princípios e as bases da dogmática jurídico-penal, fundados no livre-arbítrio do indivíduo. É certo, todavia, que o Direito Penal não pode ficar alheio aos avanços da neurociência. Diante disso, surge a seguinte questão: em que medida as descobertas da neurociência cognitiva acerca do livre-arbítrio exercem influência sobre a culpabilidade enquanto elemento constitutivo do crime?

Com a finalidade de se encontrar fundamentos para enfrentar o problema posto, tem-se como objetivo da presente pesquisa verificar em que medida as descobertas da neurociência cognitiva acerca do livre-arbítrio exercem influência sobre o conceito de culpabilidade enquanto elemento do crime. A conclusão que se pretende extrair ao final do artigo é a de que os conhecimentos neurocientíficos não têm o condão de reestruturar ou substituir o conceito de culpabilidade, especialmente por não estarem limitados por direitos e garantias fundamentais.

A metodologia empregada no presente estudo consiste na revisão bibliográfica de textos publicados em livros e artigos científicos, nacionais e estrangeiros, sobre o tema, tanto de autores que trabalham com as ciências naturais empíricas, notadamente a neurociência, doravante denominados simplesmente de neurocientistas, quanto de autores dedicados ao estudo da dogmática jurídico-penal, especialmente a culpabilidade enquanto pressuposto do crime, designados no decorrer do texto como penalistas.

2 A neurociência e seus avanços

Nos últimos anos, descobertas neurocientíficas sobre o funcionamento do cérebro e sobre os processos de tomada de decisão mostraram que os pontos de partida da

responsabilidade penal estariam errados. Isso representa uma mudança radical na atual noção de responsabilidade e pode mudar para sempre o sistema de reação frente ao comportamento desviante (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 529-530). Rotineiramente, o Direito se volta às ciências empíricas naturais para tentar encontrar respostas às questões que surgem quando se precisa entender o comportamento humano e o funcionamento do cérebro. Hoje, o mais novo ramo dentro do grande bloco das ciências empíricas naturais que pode fornecer tais respostas é a neurociência cognitiva, que ganhou destaque a partir do advento de novos instrumentos utilizados em pesquisas psicológicas (GREENE; COHEN, 2004, p. 1777).

A título de conceituação, conforme relatório produzido pela Royal Society of London, neurociência é o "estudo empírico do cérebro e do sistema nervoso conectado, e a neurociência contemporânea busca explicar como o comportamento humano surge da atividade cerebral" (MACKINTOSH, 2011, p. 1, tradução nossa). Já a neurociência cognitiva, mais especificamente, pode ser conceituada como o estudo dos mecanismos biológicos que sustentam a cognição, com foco específico nos substratos neuronais dos processos mentais e suas manifestações comportamentais (ERICKSON, 2010, p. 42).

Inegável, pois, que a neurociência pode ajudar – e vem ajudando – na compreensão do comportamento humano ao apresentar evidências sobre como e por que uma pessoa agiu de certa forma, o que impacta diretamente o sistema de justiça, que se ocupa, justamente, da regulamentação de comportamentos (JONES; MAROIS; FARAH; GREELY, 2013, p. 17624). Todavia, um grande perigo ao se confrontar ciências naturais empíricas e ciências sociais, especialmente o Direito, é pensar que a biologia pode explicar tudo (ELLIOTT, 1997, p. 612). Assim, oportuno adiantar que, diferente do que pretendem alguns autores¹, não há um gene pontual para o comportamento violento ou antissocial e pessoas que cometeram crimes não serão magicamente identificadas por estudo de imagens do cérebro (MACKINTOSH, 2011, p. V).

Ainda assim, conforme aduz Erickson (2010, p. 42-43), é impossível imaginar o campo da neurociência cognitiva sem se levar em consideração as diversas técnicas de imagem cerebral, tidas como as grandes responsáveis pelas recentes conclusões neurocientíficas, visto que aumentaram consideravelmente a capacidade de neurocientistas de investigar a estrutura e as funções do cérebro. Dentro do imenso bloco da neurociência, existem diversas técnicas de estudo e monitoramento do cérebro humano. Notadamente, nos últimos 20 anos houve um rápido desenvolvimento dessas técnicas, isto é, de tecnologias que permitem a medição de alguma função ou estrutura cerebral sem a necessidade de cirurgias, mediante a análise da atividade ou de estruturas das células do cérebro (REES, 2011, p. 7).

Inicialmente, cumpre mencionar as técnicas de neuroimagem da Eletroencefalografia (*Electroencephalography* ou EEG) e da Magnetoencefalografia (*Magnetoencephalography* ou MEG), capazes de identificar minúsculos campos elétricos ou magnéticos produzidos pela atividade cerebral na superfície do couro cabeludo. Ao medir a atividade elétrica cerebral diretamente, tais técnicas têm alta precisão temporal, ao mesmo tempo em que apresentam baixa resolução espacial (MACKINTOSH, 2011, p. 5).

¹ Greene e Cohen (2004, p. 1781), por exemplo, admitem a possibilidade de, em algum momento no futuro, haver escâneres de resolução extremamente alta que podem acompanhar a atividade e a conectividade de todos os neurônios do cérebro juntamente com computadores e programas que podem analisar e organizar esses dados.

No que se refere às descobertas neurocientíficas que tais técnicas propiciaram, destaca-se o experimento conduzido em 1983 por Benjamin Libet, cientista pioneiro na investigação da consciência humana por meio de monitoramento da atividade cerebral com EEG. Referido autor desenvolveu estudo que transformou definitivamente a forma como se vê o funcionamento do cérebro e a noção de livre-arbítrio. Essencialmente, o experimento consistiu em monitorar o cérebro de uma pessoa enquanto essa movesse dedos de uma das mãos e, antes de realizar o movimento, informasse ao pesquisador qual das mãos foi a escolhida. De acordo com os resultados obtidos, Libet constatou que os atos voluntários livres são precedidos por uma mudança elétrica específica no cérebro, chamado de potencial de prontidão (*readiness potencial* ou RP), que começa 550 milissegundos antes da ação. Ocorre que a consciência da intenção de agir surge apenas 350 milissegundos após o RP, de modo que a atividade motora acontece 200 milissegundos após a tomada de consciência (LIBET, 1999, p. 47). Nas palavras do autor:

O processo volitivo é, portanto, iniciado inconscientemente. Mas uma atividade consciente ainda pode controlar o resultado; ela pode vetar o ato. O livre-arbítrio, assim, não é excluído. Essas descobertas colocam restrições em visões de como o livre-arbítrio deve operar; não se inicia um ato voluntário, mas se controla a execução do ato. As descobertas também afetam perspectivas sobre culpa e responsabilidade. (LIBET, 1999, p. 48, tradução nossa).

Significa, pois, que, em um primeiro momento, de forma inconsciente, o indivíduo determina sua intenção. Frações de segundo mais tarde, ele toma consciência dessa determinação. E, depois disso, passadas mais algumas frações de segundo, ele efetivamente realiza a conduta.

Desde o experimento de Libet, diversos outros estudos de mesma natureza (“Libet-style experiments”) sustentaram que as decisões antecedem a tomada de consciência das próprias decisões (ROSKIES; NAHMIAS, 2017, p. 187). Assim, outras pesquisas realizadas na década de 1980 chegaram à mesma conclusão do referido autor, qual seja, atos voluntários são iniciados inconscientemente no cérebro (FISCHBORN, 2016, p. 494). Mais recentemente, a neurociência passou por outro enorme avanço devido ao advento novos métodos de investigação por neuroimagem. Isso resultou na possibilidade de se conhecer ainda melhor o que se entende por natureza humana, não sendo exagero classificar-se esse fenômeno como uma verdadeira “revolução neurocientífica” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2011, p. 2).

A técnica mais comumente utilizada para estudar a estrutura do cérebro humano e medir sua atividade é a Ressonância Magnética (*Magnetic Resonance Imaging* ou MRI), método mediante o qual são produzidas imagens da estrutura, da anatomia do cérebro. A partir dessa, surgiu a Ressonância Magnética Funcional (*Functional Magnetic Resonance Imaging* ou fMRI), capaz de gerar imagens dinâmicas que refletem padrões de atividade cerebral (MACKINTOSH, 2011, p. 5). À fMRI é dado o título de protagonista desta revolução neurocientífica, eis que, como um escâner cerebral, produz imagens capazes de mostrar a atividade neuronal do indivíduo ao medir o fluxo de sangue em certas partes do cérebro (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 534). A partir disso, é possível inferir a natureza do processo cerebral e sua localização durante uma atividade desenvolvida pelo indivíduo (REES, 2011, p. 9).

Confirmando os estudos levados a cabo por Libet com o uso de EEG, testes realizados com o uso de fMRI concluíram que há uma dissociação entre a atividade neuronal que levou à decisão de realizar uma conduta e o momento em que o indivíduo tomou

consciência de sua intenção. Um destes testes consistiu em monitorar o cérebro de indivíduos enquanto estes pressionavam teclas livremente com uma das mãos, direta ou esquerda. Observou-se que a atividade cerebral que concluiu por realizar a conduta com uma das mãos antecedeu em mais de 10 segundos o momento em que o indivíduo tomou consciência de que decidiu pressionar a tecla (SINGER, 2011, p. 43).

Assim, verifica-se que, a partir de novas técnicas de investigação por neuroimagem¹, neurocientistas passaram a afirmar que nossas percepções, emoções, decisões, planos, pensamentos, argumentos e atribuições de valor são moldadas por sequências de estados neuronais que estão causalmente ligados (SINGER, 2011, p. 42), de modo que o comportamento humano decorre de uma interação complexa de mecanismos neuronais (CHORVAT; MCCABE, 2004, p. 32). Como sustenta Erickson (2010, p. 57, tradução nossa), as pessoas são “guiadas quase inteiramente por cascatas químicas determinadas e inconscientes que exercem controle irresistível sobre o pensamento e o comportamento de um agente”. Além disso, as pesquisas mostraram que o processo de tomada de decisão não parte das estruturas neuronais conscientes, mas, sim, das inconscientes (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 530). Assim, se antes do ato consciente de vontade há um processo neuronal que o determina, não haveria espaço para o livre-arbítrio, tampouco para consciência intermitente (HASSEMER, 2013, p. 217).

Portanto, ao se extrair como conclusão dos estudos neurocientíficos que as decisões decorrem de processos orgânicos do cérebro conforme as leis causais (FERRACIOLI, 2017, p. 19), tem-se uma mudança de paradigma: troca-se uma concepção de livre-arbítrio, na qual há possibilidade de o indivíduo agir de modo diverso, por uma noção de determinismo, segundo o qual o mundo seria determinado pelas leis da física e pelo estado passado das coisas, havendo apenas uma maneira pela qual as coisas podem ocorrer (GREENE; COHEN, 2004, p. 1778).

Singer expõe que neurocientistas entendem que todas as funções do cérebro são determinadas por sua estrutura e pelas conexões existentes entre os neurônios, o que é conhecido como a “arquitetura funcional do cérebro”. Nessa perspectiva, todas as funções do cérebro seriam desempenhadas por redes de neurônios e unicamente determinadas pela arquitetura funcional dessas conexões, que define o fluxo de sinais e a estrutura dos complexos padrões de atividade que são a base das funções cerebrais (SINGER, 2011, p. 42).

Diante da noção de que padrões de atividade cerebral inconsciente são responsáveis pelas condutas humanas, Greene e Cohen, aduzem que, muitas vezes, a pergunta que surge é: foi “ele” mesmo? Foi “ele” mesmo, o indivíduo, ou foi sua educação, seus genes ou outras circunstâncias? (GREENE; COHEN, 2004, p. 1778-1779). Tais indagações surgem porque as pessoas tendem a sentir que há um agente dentro do cérebro, o qual é livre para, a qualquer tempo, tomar decisões que se sobrepõem às tomadas pelo maquinário neuronal determinista (SINGER, 2011, p. 45).

1 Além das tecnologias referidas neste texto, existem outras técnicas de estudo do cérebro por neuroimagem menos difundidas, mas igualmente importantes. Dentre elas, destacam-se a Tomografia por Emissão de Pósitrons (Positron Emission Tomography ou PET), a Espectroscopia no Infravermelho Próximo (Near-infrared Spectroscopy ou NIRS) e a Tomografia Computadorizada por Emissão de Fóton Único (Single Photon Emission Computed Tomography ou SPECT) (REES, 2011, p. 10-11). Essas, entretanto, não serão aprofundadas neste estudo, eis que não apresentam resultados relevantes no que se refere à discussão acerca da existência ou não do livre-arbítrio.

Percebe-se, pois, que as evidências decorrentes dos avanços da neurociência que negam o livre-arbítrio e apontam à ideia de um universo determinado parecem contradizer algo importante na concepção de ação humana. Tais descobertas não são coincidentes com o que cada indivíduo considera sobre seus atos, pois as pessoas, em geral, acreditam que a maioria de suas ações são decididas livremente e sem predeterminações de qualquer ordem (MONIZ, 2015, p. 919). Por essa razão, rotineira e erroneamente, “nós dizemos ‘decidimos desse modo porque...’ e então declinamos as razões das quais estamos conscientes. Entretanto, grande parte da atividade que realmente preparou e determinou o processo de decisão foge da memória consciente” (SINGER, 2011, p. 43, tradução nossa).

Diante do exposto, verifica-se que os estudos neurocientíficos, contrariando o senso comum, apontam para a ausência de liberdade de escolha na tomada de decisões, sendo todas as ações iniciadas por processos cerebrais inconscientes, os quais são determinados por leis causais. Em contrapartida, a dogmática jurídico-penal baseia-se na liberdade de ação e tem na culpabilidade o pressuposto para aplicação da pena (FERRACIOLI, 2017, p. 25), como se verá a seguir.

3 A resistência dos penalistas

Resistir à responsabilização penal pautada em critérios que não guardam relação com o livre-arbítrio e com a possibilidade de agir de modo diverso do desviante é, para os penalistas, quase instintivo. Seja por intuição¹, seja pelo narcisismo típico do ser humano², autores dedicados ao estudo do Direito Penal resistem a concepções deterministas do indivíduo, muito em razão das profundas raízes que a liberdade de escolha tem na dogmática jurídico-penal.

Como refere Amilton Bueno de Carvalho (2013, p. 57), a estrutura penal está fundada na ideia de culpa, no exercício da livre consciência, do livre-arbítrio, de uma vontade soberana. Portanto, os conhecimentos desenvolvidos pelos neurocientistas, acima vistos, caso sejam corretos e adequados, “retiram a base de uma boa parte de nossas suposições sobre o direito penal e seu mundo” (HASSEMER, 2013, p. 214). Disso decorre a controvérsia principal, que reside no fato de que a ampla maioria dos penalistas resiste e entende que as descobertas neurocientíficas não devem afetar os pilares essenciais do Direito Penal (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 531).

Portanto, outra hipótese que se estabelece é a de que, para o Direito, os avanços da neurociência não mudam nada. Para Ferrajoli (2002, p. 398), a tese determinista, caso

1 Singer (2011, p. 43) expõe que o ser humano intuitivamente crê na possibilidade de decidir livremente o que vai fazer e quais fatores levará em consideração quando do planejamento de ações futuras.

2 Greene e Cohen (2004, p. 1781) apontam como causa da dificuldade de aceitação do determinismo o narcisismo típico do ser humano. Para os referidos cientistas, as indagações sobre o livre-arbítrio devem seguir o mesmo destino das três grandes crenças narcisistas da história da humanidade, desvendadas por Copérnico, Darwin e Freud, respectivamente: a de que Terra reside no centro do universo; a de que a espécie humana não descende de outras espécies; e a de que o comportamento humano é regido pelo consciente. Afirmam os autores que “cada uma dessas crenças foi substituída por um humilhante entendimento científico acerca do nosso lugar no universo físico, e não há razão para crer que será diferente com nosso entendimento sobre o livre-arbítrio”.

se generalize, pode parecer absurda, pois todas as infrações, incluídas as leves e as difusas, como avançar o sinal de trânsito ou a evasão fiscal, seriam indícios de enfermidade, causas hereditárias ou influência do ambiente. Já para Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 111), a ideia de um sujeito determinado representa a degradação da imagem humana, visto que, “caso se negue a possibilidade de escolha humana, nega-se com isso qualquer forma de responsabilidade. Quem não pode escolher não pode ser responsável por nada, em nenhum sentido”.

No mesmo sentido, como refere Busato (2017, p. 77), parte da doutrina entende que, com a negação do livre-arbítrio, não somente a culpabilidade seria descartada, mas junto com ela a possibilidade de responsabilização por qualquer fato, pois tudo estaria absolutamente predeterminado. Por isso, para o autor, “se não por outras razões, essa postura há de ser rechaçada por seu radicalismo e, de consequência, porque não se sustentaria qualquer tese jurídica em face de sua admissibilidade” (BUSATO, 2017, p. 77).

A resistência dos penalistas justifica-se porque o conceito de culpabilidade, enquanto elemento do crime¹, evoluiu historicamente até se alicerçar no livre-arbítrio. Oportuno, pois, identificarem-se as principais teorias que explicaram e explicam a culpabilidade.

A partir das contribuições de Karl Binding a culpabilidade começou a ser desenvolvida pela dogmática penal alemã (FLORÊNCIO FILHO, 2017, p. 54). Conforme pontua Tangerino (2014, p. 64), foi com Binding, em 1872, que “se inaugura uma concepção de culpa dentro de uma perspectiva sistemática, vale dizer, como elemento integrante de uma teoria do ilícito penal”.

Ainda no século 19, surge o primeiro conceito psicológico de culpabilidade. Segundo Figueiredo Dias (2007, p. 511), o tratamento da culpa em uma categoria autônoma resultou em uma “concepção positivista-naturalista do conceito de crime, em que a culpa abrangia tendencialmente a totalidade dos elementos subjectivos do delito segundo uma sua compreensão eminentemente psicológica”. Assim, a partir de uma metodologia de abordagem própria das ciências naturais, a teoria causalista da ação, baseada no denominado “sistema Lizst-Beling”, compreende a teoria psicológica da culpabilidade (FLORÊNCIO FILHO, 2017, p. 54).

Como ressalta Sant’Anna (2015, p. 41), o conceito psicológico da culpabilidade, desenhado por Lizst, é marcado pela mera existência de um liame psicológico entre o indivíduo e o fato; afinal, “não havia um fundamento material para se afirmar ou negar a culpabilidade, como também não era a concepção de livre-arbítrio que orientava a materialização do Direito Penal”.

Tal conceito veio a ser superado diante dos defeitos que apresenta, destacando-se sua incapacidade de abranger a imprudência inconsciente, em que não há relação psicológica entre indivíduo e fato, bem como sua insuficiência em valorar situações de anormal motivação de vontade, atualmente definidas como hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa (SANTOS, 2010, p. 275). Em razão dos equívocos em que incorreu a teoria psicológica, Reinhard Frank, unanimemente reconhecido como o fundador da teoria psicológico-normativa da culpabilidade (SANT’ANNA, 2015, p. 42), foi o primeiro a

1 Há controvérsia doutrinária acerca dos desdobramentos das categorias que constituem o crime. Prevalece na doutrina brasileira o conceito analítico tripartido de crime, segundo o qual crime é um fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, constituído pelos elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (SANTOS, 2010, p. 73).

reconhecer que um nexos psíquico entre autor e resultado era insuficiente para a concepção de culpabilidade (FLORÊNCIO FILHO, 2017, p. 64). Tem-se, assim, uma mudança de paradigma, pois rompe-se com a neutralidade axiológica própria do positivismo ao mesmo tempo em que se começa a reintroduzir valores no pensamento jurídico, de modo que o conceito psicológico, embora ainda necessário, não se revelava mais suficiente (SANT'ANNA, 2015, p. 42).

Assim, com a introdução do componente normativo ao conceito de culpabilidade, produziu-se o conceito psicológico-normativo de culpabilidade, dominante na primeira metade do século 20, sendo a culpabilidade definida como: a capacidade de culpabilidade; a relação psicológica concreta do autor com o fato, sob as formas de dolo ou imprudência; e a exigibilidade de comportamento diverso fundada na normalidade das circunstâncias do fato (SANTOS, 2010, p. 276-277).

Todavia, o giro conceitual da teoria do delito deu-se com o finalismo de Hans Welzel, responsável por reestruturar os elementos contidos na tipicidade e na culpabilidade, com o deslocamento do dolo para a tipicidade e a explicação da culpabilidade a partir da teoria normativa pura (FLORÊNCIO FILHO, 2017, p. 75). Assim, na segunda metade do século 20, a teoria finalista e o conceito de injusto de Welzel resultaram na exclusão dos componentes psicológicos da culpabilidade, que restou reduzida a elementos normativos (SANTOS, 2010, p. 277). Como ensina Hans Welzel (2001, p. 91), “a doutrina da ação finalista situa o dolo [...] em seu lugar apropriado, como uma espécie da vontade final de ação, no tipo (subjeto) dos delitos dolosos”. E vai além o autor, ao sustentar que “o conceito de culpabilidade, como tal, não compreende, ao contrário, elementos subjetivo-anímicos e conserva apenas o critério normativo da reprovabilidade, com base no qual se examina se a vontade de ação é culpável” (WELZEL, 2001, p. 92).

Claus Roxin (2003, p. 796, tradução nossa) menciona, ainda, que o conceito normativo de culpabilidade acaba por eliminar desta os elementos que constituem seu único conteúdo no conceito psicológico de culpabilidade, e traz os três elementos que passaram a constituí-la: “a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento de antijuridicidade e a exigência de uma conduta conforme a norma”, tendo este último requisito, que se orienta pela existência do livre-arbítrio, como fundamento material da culpabilidade (SANT'ANNA, 2015, p. 106-107).

Assim, a resistência dos penalistas havida na dogmática jurídico-penal em aceitar o determinismo justifica-se porque, a partir do finalismo, a culpabilidade passou a pautar-se em uma concepção normativa pura, que “está fundada na possibilidade do homem, de acordo com o seu livre-arbítrio, poder optar pelo caminho correto” (OLIVEIRA; CALLEGARI, 2017, p. 338). Passou-se a exigir que o sujeito, nas circunstâncias do fato, tivesse a possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. Dessa forma, a conduta só seria reprovável quando o sujeito, podendo realizar comportamento diverso, realizasse comportamento proibido pelo ordenamento jurídico, conforme ensinam Oliveira e Callegari (2017, p. 343). Nesse contexto, como afirma Ferrajoli (2002, p. 399), a culpabilidade pode ser concebida

como um elemento normativo não do autor, mas do delito, do qual designa, mais do que uma conotação psicológica, uma modalidade deontica e, além disso, alética: o dever de abster-se de realizá-lo com base na possibilidade material da sua omissão ou da sua comissão. Pode-se, se for preferível, denominar 'livre-arbítrio' a esta alternativa.

Oportuno observar que, para o referido autor, o livre-arbítrio, enquanto pressuposto normativo da culpabilidade, corresponde ao atuar, ao querer, e não ao ser do agente. Afinal, “de uma pessoa pode-se dizer que tem a possibilidade, e por isso o dever, de atuar de forma diferente da que atua, mas não de ser diferente de como é” (FERRAJOLI, 2002, p. 399-400). Ainda, conforme sustenta Welzel (2001, p. 93), a reprovabilidade da culpabilidade pressupõe que o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade conforme a norma, e isso não no sentido abstrato de um homem qualquer no lugar do autor, mas no sentido concreto de que “esse homem, nessa situação, teria podido adotar uma resolução de vontade de acordo com a norma”.

Percebe-se, assim, que o “conceito normativo de culpabilidade funda-se, necessariamente, na crença de que o indivíduo é possuidor de livre-arbítrio e de capacidade de autodeterminação, sendo estes os pressupostos sobre os quais o sujeito será valorado em sua culpa” (GORGA; MARCHIONI, 2015, p. 103). Noutras palavras, o fundamento material da reprovação, enquanto possibilidade de atuar de outro modo, nada mais é do que uma expressão que contém a ideia de livre-arbítrio (BUSATO, 2017, p. 74).

Daí surge a denominada crise da culpabilidade, que pode ser entendida como uma crítica ao livre-arbítrio, muitas vezes feita por adeptos ao determinismo: é impossível comprovar cientificamente que o agente, no caso concreto, poderia ter atuado de outro modo, ou seja, poderia ter obedecido o ordenamento jurídico (BUSATO, 2017, p. 74). Portanto, a tese da liberdade da vontade do conceito de culpabilidade seria indemonstrável (SANTOS, 2010, p. 278).

Nessa linha, informa Mello (2014, p. 87) que o conceito de liberdade trazido por Welzel foi objeto de diversas críticas, especialmente no tocante à inviabilidade de mostrar empiricamente as possibilidades efetivas de o sujeito agir conforme a norma e à dificuldade de o juiz, em um processo concreto, aferir o poder agir de outro modo. Efetivamente, não há como retornar no tempo para se verificar se o delinquente realmente teria a possibilidade de agir de outra forma (PACHECO FILHO, 2009, p. 242).

Figueiredo Dias (1995, p. 34-35) sustenta que a pergunta sobre se um certo agente, em certa situação, poderia concretamente ter agido de forma diversa corre sério risco de se tornar destituída de sentido, enquanto se requeira que a resposta mantenha relação com a realidade concreta e também psicológica. Isso porque a resposta, qualquer que seja, é absolutamente inverificável.

Por isso, Hassemer (2013, p. 223) classifica a possibilidade de verificação do poder agir de outro modo como o “autoengano do penalista”. Vai além o referido autor:

Esse autoengano, com sua ousada alegação de que o juiz criminal poderia penetrar cognitivamente no espaço em que a liberdade do sentenciado de agir diversamente aflora, poderia, assim imagino, ter incitado um ou outro árido neurocientista a aproximar-se com sua afiada agulha de pesquisa do balão da retórica jurídico-penal da liberdade.

Diante dos questionamentos acerca da indemonstrabilidade do livre-arbítrio, surgem diversas teses que, em termos gerais, substituem a culpabilidade por outro instituto jurídico, indicam um novo fundamental material para a culpabilidade (que não a possibilidade de agir de modo diverso) ou buscam atribuição de outro sentido à compreensão sobre liberdade (SANT'ANNA, 2015, p. 106-107). Dentre elas, destacam-se as teorias funcionalistas, as motivadoras e as sociais, as quais buscaram fundamentar, substituir ou suprimir a culpabilidade (PACHECO FILHO, 2009, p. 248).

Dentre as teorias que visam a superar a culpabilidade baseada na possibilidade de atuar de outro modo e, portanto, no livre-arbítrio, Sant'Anna (2015, p. 107) menciona funcionalismo sistêmico, de Gunther Jakobs, para quem a culpabilidade depende da verificação dos fundamentos motivadores da ação, com independência de suposição sobre a existência ou não de livre-arbítrio, bem como o funcionalismo teleológico, de Claus Roxin, que associa a culpabilidade a justificação social da pena e a condiciona à capacidade de controle do sujeito, um critério suscetível de demonstração empírica.

Todavia, os posicionamentos substitutivos ou reestruturadores da culpabilidade, em especial pela instrumentalização do ser humano individual em busca da ferrenha defesa social, nunca conseguiram fundar a culpabilidade sobre bases que não as decorrentes da liberdade humana (PACHECO FILHO, 2009, p. 249). Em razão disso, não se vê opção para a recusa ao determinismo, visto que a "única coisa possível de afirmar é que a liberdade de vontade parece condição indispensável para a afirmação da própria existência do direito" (BUSATO, 2017, p. 79).

4 Impactos das descobertas neurocientíficas no conceito de culpabilidade

A capacidade de influência da neurociência sobre o Direito não pode ser ignorada ou menosprezada. Ainda que digam respeito a campos distintos do conhecimento, a neurociência, enquanto ciência empírica, e o Direito, especialmente o Direito Penal, como ciência social, estão obrigados a entender-se (CRESPO, 2014, p. 18). O ponto de contato abordado no presente estudo, como visto, diz respeito aos estudos por neuroimagem que sustentam o determinismo do ser humano e, por isso, podem impactar o conceito de culpabilidade, fundado no livre-arbítrio. Isso porque os sistemas jurídicos ocidentais assentam na suposição de que as pessoas são agentes de seu próprio comportamento e, assim, responsáveis por suas decisões e comportamentos (ERICKSON, 2010, p. 55). Afinal, "só um direito penal baseado numa culpa que tenha como fundamento o livre-arbítrio pode sentir-se abalado com as recentes descobertas da neurociência" (MONIZ, 2015, p. 919).

Esse antigo problema, que envolve a alternativa entre determinismo e livre-arbítrio, tem penetrado a história inteira do pensamento filosófico ocidental, como refere Ferrajoli (2002, p. 394). Para o autor, segundo a hipótese determinista, todo fenômeno, inclusive intenções e ações, é efeito necessário e, por isso, inevitável de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social. Por outro lado, segundo a hipótese do livre-arbítrio, a vontade humana é livre e incondicionada, tendo os seres racionais a faculdade de autodeterminar-se, pois são donos de suas ações.

Efetivamente, essa capacidade de livre autodeterminação "é, em verdade, por muitos admitida (com especial paixão, em frequência, pelos penalistas), por outros também rechaçada (comumente pelos cultores das ciências naturais)" (ROXIN, 2006, p. 146-147). Ocorre que, baseados em evidências empíricas e científicas naturais, os novos subsídios da neurociência apontam para um indivíduo determinado por leis causais e, assim, colocam em xeque o conceito jurídico-penal da culpabilidade tradicional, pautado na possibilidade de responsabilização concreta e individual pelo fato de o sujeito não ter agido conforme o ordenamento jurídico quando poderia tê-lo feito (FERRACIOLI, 2017, p. 19).

Ainda, a fim de evitar equívocos acerca da dimensão do problema, Feijoo Sanchez (2011, p. 6) adverte que os estudos da neurociência não negam o fato de que o ser humano pode tomar de decisões; em vez disso, pregam que tais decisões não são livres, mas determinadas por circunstâncias que não podem ser conscientemente controladas. Ou seja, “não se trata tanto de se as pessoas fazem o que decidiram, mas sim de por que decidiram em determinado sentido” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 6, tradução nossa).

Fato é que, com a adoção das premissas neurocientíficas como verdades condicionantes da estrutura jurídico-penal, tem-se, necessariamente, conforme apresenta Busato (2014, p. 62), uma dessas duas hipóteses: ou se abandonariam os mecanismos de controle jurídico-penal, uma vez que deslegitimados, pois apoiados na culpabilidade; ou se admitira a existência de um controle baseado em critérios exclusivamente clínicos.

A primeira hipótese é trabalhada por Singer, segundo o qual a evidência empírica mostra-se incompatível com a opinião de que uma pessoa, no momento de tomar uma decisão, poderia ter decidido agir de modo diverso. Todavia, essa suposição é considerada a base de nossos sistemas legais e a justificativa para se atribuir responsabilidade a uma pessoa. “Consequentemente, pode-se argumentar que, se essa premissa for falsa, as pessoas não são responsáveis por suas ações e, portanto, isentas de sanções.” (SINGER, 2011, p. 45, tradução nossa).

Nesse sentido, Bigenwald e Chambon aduzem que a noção de determinismo apresentada pela neurociência, ao reduzir as ações a causas neurológicas e inconscientes, as trata como meros eventos, e não como ações intencionais, de modo a tornar ilusória a possibilidade de o indivíduo obter resultados diversos. Como consequência, “[...] não seríamos responsáveis, a menos que alguma outra noção pudesse ser identificada para salvar a agência humana e, portanto, a própria responsabilidade” (BIGENWALD; CHAMBON, 2019, p. 3, tradução nossa).

Todavia, essa conclusão pode ser precipitada. Diferentemente do que sugerem muitos neurocientistas, estudos por neuroimagem que levam ao determinismo, a exemplo dos desenvolvidos por Benjamin Libet, podem não ser aplicáveis quando se fala na prática de condutas delituosas, de modo que as evidências neurocientíficas acerca da inexistência de livre-arbítrio limitar-se-iam à prática de ações simples, como mover um dedo ou uma mão, não se aplicando a condutas mais complexas, como cometer um crime, caso em que restaria ao indivíduo a possibilidade de agir de forma diversa.

Nesse sentido, Moniz defende que o determinismo fruto dos estudos realizados por Libet refere-se a pequenos atos da vida cotidiana, os quais não exigem grande reflexão. Para a autora, no caso de atos subsumíveis a um tipo penal, há reflexão sobre a conduta, e os estudos por neuroimagem “[...] ainda pouco ou nada nos disseram quanto à consciência ou não da prática de atos relevantes para o direito penal” (MONIZ, 2015, p. 919).

Corroborando este entendimento, Sandra Oliveira e Silva sustenta que a anunciada revolução neurocientífica não abalou, como se temia, a estrutura fundamental do Direito Penal da culpa especialmente porque decorreu de experimentos que dizem respeito a um âmbito limitado de ações simples e axiologicamente neutras, realizadas de forma automática, mecânica, sem a reflexão ou ponderação inerentes a uma decisão contra as normas morais e penais (SILVA, 2019, p. 481-482).

Na tentativa de comprovar empiricamente este argumento e investigar se correta a generalização das conclusões deterministas a qualquer tipo de tomada de decisão, assim

colocando à prova os estudos de Libet e os subsequentes que chegaram às mesmas conclusões, tem-se a pesquisa conduzida pelos neurocientistas Maoz, Yaffe, Koch e Mudrik. Tal pesquisa consistiu em monitorar o cérebro de indivíduos, com a utilização da técnica de neuroimagem EEG, durante a tomada de decisões na tarefa de doar mil dólares a organizações sem fins lucrativos, comparando-se as assim denominadas decisões arbitrárias e decisões deliberadas (MAOZ; YAFFE; KOCH; MUDRIK, 2019, p. 2).

Os autores observaram que diversos estudos de monitoramento do cérebro que apontaram à falta de livre-arbítrio baseavam-se na realização de ações simples, tal como mover uma das mãos. Ocorre que decisões de como e qual mão mover são sempre irracionais, sem propósito e desprovidas de consequência, classificadas como decisões arbitrárias. Tais decisões, entretanto, contrastam com aquelas tomadas na vida real, que são fundamentadas, dotadas de propósito, sujeitas a consequências, as denominadas decisões deliberadas. Tal distinção se mostra importante, visto que as decisões deliberadas, e não as arbitrárias, é que estão no centro do debate filosófico sobre livre-arbítrio e responsabilidade (MAOZ; YAFFE; KOCH; MUDRIK, 2019, p. 2).

Como resultado, Maoz, Yaffe, Koch e Mudrik (2019, p. 23) verificaram que mudanças elétricas específicas do cérebro não antecedem decisões deliberadas ou são ínfimas nesses casos. Isso porque as decisões deliberadas geralmente envolvem um processo de tomada de decisão mais consciente e demorado, enquanto as alterações elétricas do cérebro detectadas referem-se a processos inconscientes, próprios das decisões arbitrárias. Dessa forma, diferentes mecanismos neuronais são responsáveis por decisões arbitrárias e deliberadas, sendo inapropriada a generalização de estudos que argumentam que não há espaço para consciência na tomada de quaisquer decisões. Nas palavras dos autores:

Portanto, nossos resultados desafiam as afirmações baseadas no RP de Libet e da literatura subsequente contra o livre-arbítrio em decisões arbitrárias e, mais ainda, a generalização dessas afirmações para decisões deliberadas. As diferenças neuronais que encontramos entre decisões arbitrárias e deliberadas, assim como nosso modelo, colocam ainda mais ônus em qualquer estudo que tente tirar conclusões sobre o debate do livre-arbítrio a partir de decisões arbitrárias para demonstrar que essas conclusões se generalizam em decisões deliberadas. Isso motiva investigações futuras sobre outros precursores de ação, além do RP, usando EEG, fMRI ou outras técnicas. (MAOZ; YAFFE; KOCH; MUDRIK, 2019, p. 21, tradução nossa).

Evidente que, no tocante à prática de crimes, se está diante de decisões deliberadas, elaboradas, conscientes, relativas a condutas sujeitas a consequências, isto é, sujeitas a penas. Por isso, ao se trazer o estudo acima analisado para o Direito Penal e, mais especificamente, para o conceito de crime, resta evidente que a culpabilidade e seu pressuposto da exigibilidade de conduta diversa manter-se-iam íntegros, mesmo que considerados os avanços da neurociência. Além disso, sendo o Direito Penal uma disciplina essencialmente normativa que envolve fatores totalmente alheios ao que uma pessoa pode ou não realizar por impulsos cerebrais, jamais poder-se-ia ter a superação da ideia de liberdade no agir e sua relação com a teoria da pena adotada pelo sistema penal (BRITO, 2014, p. 140).

Outrossim, a despeito de conclusões neurocientíficas deterministas, importante destacar que cabe à neurociência contribuir para a identificação da influência de antecedentes causais em condutas criminosas, mas cabe à lei estabelecer como tais antecedentes podem impactar a responsabilização penal (MACKINTOSH, 2011, p. 12). Por

essa razão, Hassemer (2013, p. 224) defende que avanços da neurociência não tem influência alguma sobre a estrutura do Direito Penal. Para o autor, o ordenamento jurídico alemão – assim como o brasileiro – já traz previsão legal das causas excludentes da culpabilidade, que são “a porta pela qual os conhecimentos consolidados das ciências empíricas sobre a pessoa alcançam a determinação penal da culpabilidade”. Refere o autor que a lei não determina um procedimento positivo, mas sim um procedimento duplamente negativo, isto é, exige a ausência de alterações que fundamentariam a incapacidade de culpabilidade. Assim, o Direito Penal tem ouvidos abertos aos conhecimentos das ciências empíricas que podem levar a uma exclusão da responsabilidade (HASSEMER, 2013, p. 223-224).

Por esse ângulo, Araújo (2014, p. 172) afirma que, embora inadmissível a tese neurodeterminista, não se pode negar que a revolução neurocientífica pode contribuir de modo decisivo para o Direito Penal. Pesquisas da neurociência poderão identificar novas patologias ou facilitar a identificação das já conhecidas, oriundas de distúrbios nas células neuronais. E isso haverá de influir na identificação das hipóteses de inimputabilidade por doença mental e eventualmente na atenuação da responsabilidade penal, bem como auxiliar o Direito Penal a aperfeiçoar o tratamento dentro das medidas de segurança (CASTRO, 2014, p. 290).

Em sentido diverso, outra hipótese que se tem é a de que, caso válidos os estudos que apontam ao determinismo, o Direito Penal não está preparado para lidar com esse novo conhecimento. Isso porque o sistema penal não aborda essa nova possibilidade de se atribuir as condutas desviantes a “ello” (determinadas estruturas cerebrais) em vez de atribuí-las a “él” (ele, o sujeito), conforme pontua Cancio Meliá (2013, p. 542) ao tratar da possível inimputabilidade e das disfunções cerebrais dos psicopatas.

Nessa linha, Greene e Cohen (2004, p. 1778-1779, tradução nossa). indagam: foi “ele” mesmo, ou foi seu cérebro? E concluem que “o que a maioria das pessoas não entende, apesar de filósofos naturalistas e cientistas terem dito isso por séculos, é que não há ‘ele’ independente dessas outras coisas”. Assim, mesmo ao se adotar um determinismo radical e se concluir que o livre-arbítrio é uma ilusão, não seria correto afirmar que não há lugar legítimo para a responsabilidade (GREENE; COHEN, 2004, p. 1783).

Portanto, para os neurocientistas, ainda que novas tecnologias e estudos concluam que há uma relação causal entre determinado evento neuronal e determinada conduta, não se pode concluir que é inapropriado responsabilizar os indivíduos por seus atos (MACKINTOSH, 2011, p. 12). Segundo esse entendimento, deve-se punir, mas justificando-se a imposição de uma pena não na retribuição, mas, sim, na prevenção.

Ao se aceitar que a consequência dos avanços da neurociência seria a queda de todo o edifício da responsabilidade jurídico-penal, que é baseado na liberdade de escolha, na censura e na culpabilidade, dar-se-ia lugar a um novo modelo de responsabilidade, baseado na perigosidade (ou periculosidade) e seu tratamento (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 530). Nessa perspectiva, Singer aduz que as evidências neurobiológicas não invalidam a visão de que uma pessoa é responsável pelo que ela faz, porque toda a autoria permanece com a pessoa que decide e age, o agente causal. Surgem, assim, indagações no tocante às medidas tomadas para prevenir comportamentos desviantes ou proteger a sociedade de danos: “elas devem ser modificadas diante da evidência de que o delinquente, no momento da ação, era incapaz de decidir de modo contrário?” (SINGER, 2011, p. 46, tradução nossa).

Greene e Cohen (2004, p. 1783) também sustentam que se pode privar a liberdade de indivíduos que cometeram crimes simplesmente porque a responsabilização e a detenção trariam efeitos benéficos à sociedade. Enquanto consequencialistas, os autores defendem que se deve atentar aos prováveis efeitos da punição, e não a saber se alguém é realmente inocente ou culpado em algum sentido que dependa do livre-arbítrio (GREENE; COHEN, 2004, p. 1777).

Nesse sentido, Erickson (2010, p. 57) refere que, ao se admitir o comportamento criminoso como resultado de processos cerebrais, e não da escolha voluntária por agentes livres, o que importa não é se esses agentes sabiam que seu comportamento estava errado, mas se eles poderiam controlá-lo no futuro. Portanto, para o autor, ao se admitir as influências dos estudos da neurociência sobre a lei penal, tem-se que “o que é necessário não é culpa e punição, mas intervenções terapêuticas formuladas pela ciência que podem controlar e mitigar danos futuros” (ERICKSON, 2010, p. 57, tradução nossa). Como destaca Mello, a “distinção entre um Direito Penal fundado na ideia de liberdade para outro fundado no neurodeterminismo estaria na substituição da culpabilidade pelas finalidades preventivas, e na substituição da pena por medidas de segurança” (MELLO, 2014, p. 93).

Como consequência das constatações deterministas, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 110-111) alertam para o risco de um direito penal pautado na periculosidade ao referirem que, “dentro desse pensamento, a culpabilidade será uma entelúquia, o reflexo de uma ilusão. [...] Esse será, assim, o direito penal de periculosidade, para o qual a pena terá como objeto (e também como único limite) a periculosidade”. Por isso, os referidos autores rechaçam de plano a tese determinista e defendem que, embora um indivíduo seja submetido a condicionamentos históricos de índole, nunca perde totalmente a sua capacidade de escolha, sua autonomia moral e, portanto, sua responsabilidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 111).

Hassemer (2013, p. 212), ao advertir para os riscos de se incorrer nos mesmos erros do passado, trata as recentes descobertas da neurociência como o “canto das sereias”, que não pode mais ser ignorado:

Tanto em termos de conteúdo, quanto estratégica e retoricamente, o canto me lembra a duas ondas que alcançaram o direito penal, e sobretudo a sua ciência, no passado recente: os antropometristas italianos, como Lombroso e Ferri, que com a autoconfiança e o vigor das jovens ciências naturais exatas miraram no coração do direito penal da culpabilidade, ao criar e levar adiante a figura do “criminoso nato”, e psicólogos e cientistas sociais como Arno Plack, que na onda intelectual da crítica institucional e da fragmentação de sistemas dos anos 70 defendiam a abolição do direito penal e não tinham nada melhor a oferecer como alternativa do que um direito de medida de segurança afluente e decididamente menos amigável (HASSEMER, 2013, p. 212).

A tentativa de apropriação de conceitos neurocientíficos pelo Direito Penal pode parecer um *dejá vu* da Escola Positiva, quando, no passado, se substituíram as irracionais togas negras pelos jalecos brancos da ciência, como pontua Cancio Meliá (2013, p. 529), sendo certo que a adoção irrestrita de estudos próprios das ciências naturais empíricas que negam a existência do livre-arbítrio e pretendem justificar a punição como mera forma de intervenção e proteção da sociedade remonta ao positivismo do Século XIX. Para os positivistas, a pena não tinha nenhum significado ético ou jurídico, sendo apenas um recurso de intervenção, com a finalidade de proteger a sociedade contra os criminosos. A pena, aliás, desaparece, dando lugar às medidas de segurança ou aos substitutivos penais (TANGERINO, 2014, p. 59).

Tangerino relata que tal movimento teve seus filhos mais célebres na Itália, dentre eles Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, e foi marcado pelo sepultamento da culpa como decorrência direta do sepultamento do livre-arbítrio, restando apenas a denominada responsabilidade social, consequência do fato de se viver em sociedade e da necessidade de se assumir responsabilidade pelos atos praticados (TANGERINO, 2014, p. 59).

De forma mais enfática, Busato (2014, p. 75) aduz que “não é possível inferir nenhuma diferença, a respeito do objeto do seu conhecimento, das frases ditas pelos neurocientistas modernos, em sua pretensão de explicação da ausência de liberdade, e as explicações do médico militar italiano”, referindo-se a Lombroso.

Alertando para os riscos de concepções neurocientíficas deterministas, Klaus Günther (2019, p. 249) refere que pode ser uma surpresa que os neurocientistas, com sua proposta político-criminal de abolição do conceito de culpabilidade penal, tenham secundado a transformação do Direito Penal do cidadão em um Direito Penal do inimigo. Nas palavras do autor:

Desde distintas perspectivas, a revisão neurocientífica da concepção de um ser humano livre e a moderna política criminal - quase política de segurança - chegam à mesma conclusão: o delinquente não deve ser tratado como uma pessoa dotada de liberdade, discernimento e controle, mas como um conjunto de causas e efeitos sobre os quais o Estado, por sua vez, deve intervir causalmente, para obter determinados resultados. E é uma trágica ironia, cientificamente indecifrável, que os neurocientistas apresentem esse resultado de maneira humilde e o defendam em nome de um tratamento mais humano para os criminosos (GÜNTHER, 2019, p. 249).

A adoção de um sistema baseado na prevenção pura e simples, fundada ou não na neurociência, tem consequências nefastas. Isso porque o discurso que visa à maximização da segurança da maioria não estabelece qualquer limite ou garantia do indivíduo em face da intervenção punitiva, ainda que fundado em critérios científicos. Nesse modelo, seriam admitidas medidas desproporcionais e violadoras da dignidade da pessoa humana (MELLO, 2014, p. 95). Assim, o sonho de uma prevenção total pode facilmente tornar-se um pesadelo. “Um pesadelo voltado a apartar os fatores sociais e culturais que contribuem para fazer de nós aquilo que somos, ignorando o peso das desigualdades econômicas e políticas na determinação daquilo em que podemos nos tornar” (CARUNCHO; CABRAL, 2014, p. 153).

Portanto, num sistema garantista, a categoria da periculosidade não tem lugar, devendo a culpabilidade ser entendida como garantia no Direito Penal, garantia que se opõe às perversões positivistas dirigidas a conferir relevância penal autônoma à personalidade do acusado (FERRAJOLI, 2002, p. 400). Conforme afirma Roxin (2006, p. 11), “no futuro, pode-se estender o campo de aplicação das medidas de segurança, mas uma substituição do direito penal por um direito de medidas de segurança não é possível e, em vários casos, sequer desejado”.

Crespo (2014, p. 36), em sentido semelhante, expõe que só a partir de uma consideração profundamente humanista pode ter cabimento no discurso penal qualquer avanço científico, incluído o pretendido pela neurociência. Assim, levar em consideração o que as ciências biológicas têm a dizer sobre o comportamento humano e sobre os critérios para imputar responsabilidade penal passa necessariamente pelo filtro do respeito à dignidade do ser humano. Para o referido autor, portanto, é possível aceitar a influência das

descobertas da neurociência sobre o Direito Penal e a culpabilidade. Todavia, “qualquer medida que se pudesse adotar como alternativa ao castigo tradicional [...] deveria respeitar sempre os mesmos limites e garantias materiais e processuais que amparam os sujeitos considerados culpáveis no marco do Estado de Direito” (CRESPO, 2014, p. 42).

Afinal, como observa Busato (2014, p. 61), as garantias formuladas a partir do progressivo avanço das estruturas jurídicas, os princípios e os limites axiológicos decorrentes do reconhecimento da dignidade da pessoa humana não podem ceder diante de uma pretensão de tratamento baseada em um pretensão avanço científico. Nessa linha, entende Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2014, p. 101) que

Considerar o homem como culpável, numa concepção garantista e individualizadora, significa reconhecer, em certa medida, um grau de liberdade e de possibilidades de atuação alternativa do sujeito. Num Estado Democrático de Direito, a opção pelo indeterminismo parece inevitável, tendo em vista que a liberdade é concebida como dos mais decisivos direitos fundamentais no que se refere à dignidade humana. Não parece ser seriamente defensável um conceito de dignidade humana que prescindia do direito fundamental de liberdade.

Portanto, não se pode admitir o neurodeterminismo com a consequente extinção da culpabilidade, o que consagraria acentuado retrocesso na construção, ainda inacabada, de um Direito Penal liberal (ARAÚJO, 2014, p. 172). O que se deve é fazer “melhor uso das descobertas da neurociência e neuroimagem, sem deixar que avanços, principalmente no campo dos direitos fundamentais, sejam maculados e submetidos a essas descobertas” (JUNCAL, 2017, p. 402).

Além disso, existe uma grande lacuna entre a pesquisa realizada por neurocientistas e as realidades cotidianas sistema de justiça. Neurocientistas e profissionais do Direito realizam seu trabalho em diferentes ambientes, usando diferentes metodologias (MACKINTOSH, 2011, p. 33). A natureza diferente do trabalho envolvido, do laboratório ao tribunal, leva, também, a diferenças culturais e de linguagem entre os dois grupos (MACKINTOSH, 2011, p. 11).

Todavia, ao mesmo tempo em que o Direito Penal não pode ficar alheio aos avanços das ciências naturais, deve-se considerar que os conhecimentos neurocientíficos não se sobrepõem aos das ciências jurídicas, visto que as “ciências empíricas sobre a pessoa não têm a única palavra sobre a liberdade, assim como não tem a última. Essa única e última palavra, nomeadamente, não existe nesse mundo” (HASSEMER, 2013, p. 217).

Nesse sentido, Busato (2014, p. 58) alude que esse discurso científico se ancora em uma pretendida verdade absoluta, a qual, sempre que espraia seus efeitos no tecido jurídico, é capaz de reeditar resultados funestos por demais conhecidos na história. “É justamente esse perfil de verdade que, em Direito, justificou historicamente atrocidades.” (BUSATO, 2014, p. 58).

Disso decorre o “erro categorial” apontado por Hassemer (2013, p. 219). Para o autor, as diversas ciências têm concepções distintas de liberdade, e essas concepções não estão de acordo entre si. Pelo contrário, elas variam conforme o método e os instrumentos de pesquisa próprios de cada ciência. E ainda que existisse uma concepção geral de liberdade, não existe um poder de estipulação das ciências empíricas.

A título exemplificativo, apontam-se duas fragilidades nos estudos neurocientíficos sobre o tema que dificultam a transplantação das conclusões neurocientíficas ao Direito Penal. A primeira delas tem relação com o fato de que a neurociência, enquanto ciência

natural empírica, trabalha com estatísticas e probabilidades. Diante da diferença inerente aos indivíduos, a pesquisa neurocientífica é baseada em dados coletados a partir de grupos de indivíduos, o que permite alcançar-se uma representação média. Portanto, em um caso hipotético, ainda que haja uma diferença estatística abismal entre dois grupos estudados, não se pode afirmar que todos os membros de cada um dos grupos são diferentes (MACKINTOSH, 2011, p. 7).

Por outro lado, o Direito trabalha com conclusões sobre um indivíduo específico, sobre um caso específico. Daí decore um problema quando se fala na aplicação de conhecimento baseado em estatísticas extraídas de estudos de grupo ao Direito e, mais especificamente, ao Direito Penal e Processual Penal. Ora, evidente que a existência de dados estatísticos baseados em estudos de grupo que, em um exemplo, indiquem que certo indivíduo possivelmente praticará um crime não permite que este seja tratado como criminoso presumido ou potencial.

A segunda fragilidade a ser mencionada reside na impossibilidade de demonstração da relação de causalidade havida entre determinada atividade ou estrutura cerebral e determinado comportamento criminoso com estudos por neuroimagem, não sendo possível afirmar que certa alteração no cérebro, por exemplo, leva necessariamente a certo comportamento (MACKINTOSH, 2011, p. 6).

Atualmente, resta claro que múltiplas estruturas cerebrais são responsáveis por múltiplos processos mentais e, assim, múltiplos comportamentos. Hoje é evidente que as relações havidas entre uma estrutura cerebral e um processo mental não são vínculos diretos de “um-para-um”. Diversamente, uma estrutura cerebral específica pode estar envolvida em muitos processos mentais; e um processo mental específico geralmente envolve várias áreas do cérebro. E esse mapeamento de processos mentais em áreas ou estruturas cerebrais de “muitos-para-muitos” torna difícil, se não impossível, inferir processos mentais específicos a partir da observação da atividade em uma área específica (MACKINTOSH, 2011, p. 6).

A par de tais advertências, pode-se sustentar que não existe conhecimento suficiente à fundamentação de decisão no sentido de que uma pessoa poderia na situação da ação ter agido de outro modo. Desmistificada a pretensão de certeza das ciências naturais empíricas e verificado que os resultados dos estudos neurocientíficos não podem ser aplicados indistintamente a outras áreas do conhecimento, deve-se entender como, no mínimo, questionáveis as influências exercidas sobre o Direito Penal. Por isso, “esses resultados não podem ser lidos pela dogmática penal como vem sendo divulgados pelos cientistas, isto é, não podem ser lidos como certeza científica, dada sua fragilidade experimental” (GUARAGNI; GUIMARÃES, 2014, p. 205).

Diante do exposto, tem-se que a neurociência está longe de causar uma revolução sobre o Direito Penal. Mais benéfico do que a pretensão de desconstruir as bases da dogmática jurídica seria estabelecer-se diálogo sutil entre a neurociência e o Direito, em uma abordagem na qual se reconheçam os obstáculos técnicos, interpretativos e legais que limitam a aplicação uniforme das ciências naturais (BIGENWALD; CHAMBON, 2019, p. 3).

5 Considerações finais

Pelo exposto, percebe-se que a controvérsia havida entre neurocientistas e penalistas está longe de acabar: enquanto os estudos da neurociência cognitiva baseados em técnicas de monitoramento do cérebro por neuroimagem avançam e apontam para o determinismo do ser humano, penalistas resistem e se apegam à ideia de que o indivíduo é dotado de livre-arbítrio e pode agir de forma que não a desviante, mantendo-se íntegro o conceito de culpabilidade.

A despeito de alguns avanços efetivamente havidos, os conhecimentos advindos das ciências naturais empíricas não podem ser superestimados. Além de apresentarem fragilidades experimentais, as técnicas de neuroimagem têm alto potencial quando limitadas ao uso nas áreas clínicas e de pesquisa e à análise de ações simples, de modo que não se mostram eficazes quando expostas a situações mais complexas, como o cometimento de um crime. Outrossim, os novos subsídios da neurociência não desconstroem o conceito de culpabilidade, mas, antes disso, podem contribuir para a elucidação de categorias já previstas na lei penal, tais como as excludentes da culpabilidade.

Ainda, não merece prosperar a conclusão de neurocientistas de que, a partir dos novos estudos empíricos, deve-se trocar a ideia de culpabilidade pela periculosidade, pautando-se a pena na prevenção, com o uso indiscriminado de medidas de segurança, com a finalidade de tratamento, em verdadeiro *revival* da escola positiva; afinal, a culpabilidade deve ser entendida como verdadeira garantia, em oposição a um Direito Penal que se ocupe da personalidade do agente. Tem-se, assim, o que parece ser o principal fundamento da resistência dos penalistas: a neurociência, diferente da dogmática jurídico-penal, não está limitada por direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que as divergências havidas entre distintos ramos do conhecimento não podem levar penalistas a ignorar por completo a evolução da neurociência e suas recentes descobertas acerca do funcionamento do cérebro e dos processos de tomada de decisão. Portanto, as diferenças devem ser superadas pelo constante diálogo, permitindo-se que os estudos das ciências naturais empíricas sejam recepcionados pelo Direito Penal e lidos à luz dos direitos e das garantias fundamentais, sendo, entretanto, justificável uma moderada resistência dos penalistas, a fim de se evoluir sem incorrer nas armadilhas do passado.

Referências

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

BIGENWALD, Ariane; CHAMBON, Valerian. Criminal responsibility and neuroscience: no revolution yet. *Frontiers in Psychology*, v. 10, p. 1-19, jun. 2019. Disponível em: <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2019.01406/full>>. Acesso em: 04 mar. 2020. ISSN: 1664-1078.

BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal. In: BUSATO, Paulo César (Org.). Neurociência e direito penal. São Paulo: Atlas, 2014.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

BUSATO, Paulo César. Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. In: BUSATO, Paulo César (Org.). Neurociência e direito penal. São Paulo: Atlas, 2014.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: CRESPO, Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013, p. 529-545.

CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem. In: BUSATO, Paulo César (Org.). Neurociência e direito penal. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTRO, José Roberto Wanderley de; SOUZA, Fernando Antônio C. Alves de. O retorno do discurso determinista no Direito Penal: uma introdução ao debate entre neurociências e dogmática penal. In: BUSATO, Paulo César (Org.). Neurociência e direito penal. São Paulo: Atlas, 2014.

CHORVAT, Terrence; MCCABE, Kevin. The Brain and the Law. Law and economics working paper series: forthcoming in Philosophical Transactions of the Royal Society of London, George Mason University School of Law, p. 1-36, 2004. Disponível em: <http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/04-33.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2020.

CRESPO, Eduardo Demetrio. "Compatibilismo humanista": uma proposta de conciliação entre neurociências e direito penal. In: BUSATO, Paulo César (Org.). Neurociência e direito penal. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Liberdade, culpa, direito penal. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

ELLIOTT, Donald. Law and biology: the new synthesis? St. Louis University Law Journal, v. 41, p. 595-624, 1997. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3188&context=fss_papers>. Acesso em: 6 mar. 2020.

ERICKSON, Steven K. Blaming the brain. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, v. 11, p. 27-77, 2010. Disponível em <<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=mjlst>>. Acesso em: 8 mar. 2020.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?. Revista para el análisis del Derecho, INDRET, Barcelona, n. 2, p. 1-57, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/806.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

- FERRACIOLI, Jéssica. Notas sobre o neurodireito penal e a neurocriminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, ano 25, p. 17-37, jun. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. *Culpabilidade: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FISCHBORN, Marcelo. Libet-style experiments, neuroscience, and libertarian free will. *Philosophical Psychology*, v. 29, n. 4, p. 494-502, 2016. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09515089.2016.1141399>>. Acesso em: 06 mar. 2020.
- GORGA, Maria Luiza; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Liberdade da vontade, neurociência e culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 114, ano 23, p. 99-129, maio-jun. 2015.
- GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London B, Special Issue on Law and the Brain*, v. 359, p. 1775-1785, nov. 2004. Disponível em: <<http://rstb.royalsocietypublishing.org/content/359/1451/1775.full.pdf+html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Neurociência, livre-arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GÜNTHER, Klaus. Neurociências e o conceito de culpabilidade no direito penal. Tradução de Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Paulo César Busato e Letícia da Lozzo. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 226-249, set.-dez. 2019. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1760/637>>. Acesso em: 15 mar. 2020. ISSN 1982-0496.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em direito penal. Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 100, ano 21, p. 211-225, jan.-fev. 2013.
- JONES, Owen D. MAROIS, René. FARAH, Martha J. GREELY, Henry T. Law and Neuroscience. *The Journal of Neuroscience*, v. 33, n. 45, p. 17624–17630, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.jneurosci.org/content/33/45/17624.full.pdf+html>>. Acesso em: 7 mar. 2020.
- JUNCAL, Regina Geni Amorim. A medida de segurança como a pior opção: por que os neurocientistas não devem dizer sobre como punir? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 130, ano 25, p. 399-426, abr. 2017.
- LIBET, Benjamin. Do we have free will? In: LIBET, Benjamin; FREEMAN, Anthony; SYTHERLAND, Keith (Eds.). *The Volitional Brain. Towards a neuroscience of free will*. EUA: Imprint Academic, 1999, p. 47-57.

- MACKINTOSH, Nicholas (Coord.). Brain waves module 4: neuroscience and the law. Londres: The Royal Society, dez. 2011. ISBN 978-0-85403-932-6. Disponível em: <https://royalsociety.org/~media/Royal_Society_Content/policy/projects/brain-waves/Brain-Waves-4.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- MAOZ, Uri; YAFFE, Gideon; KOCH, Christof; MUDRIK, Liad. Neural precursors of decisions that matter: an ERP study of deliberate and arbitrary choice. eLife Sciences Publications, Cambridge, p. 1-32, out. 2019. Disponível em: <<https://elifesciences.org/articles/39787>>. Acesso em: 18 fev. 2020. ISSN: 2050-084X.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Culpabilidade e neurociências: entre problemas reais e imaginários. In: BUSATO, Paulo César (Org.). Neurociência e direito penal. São Paulo: Atlas, 2014.
- MONIZ, Helena. Neurociências e direito penal: novos e velhos problemas. Revista Jurídica luso-Brasileira, Lisboa, n. 2, ano 1, p. 911-928, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0911_0928.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PACHECO FILHO, Vilmar Velho. A crise da culpabilidade. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- REES, Geraint Rees. The scope and limits of neuroimaging. In: BLAKEMORE, Colin (Coord.). Brain waves module 1: neuroscience, society and policy. Londres: The Royal Society, jan. 2011, p. 7-17. ISBN 978-0-85403-879-4. Disponível em: <https://royalsociety.org/~media/Royal_Society_Content/policy/publications/2011/4294974932.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- ROSKIES, Adina; NAHMIAS, Eddy. "Local determination", even if we could find it, does not challenge free will: commentary on Marcelo Fischborn. Philosophical Psychology, v. 30, n. 1-2, p. 185-197, 2017. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09515089.2016.1248286>>. Acesso em: 06 mar. 2020.
- ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.
- ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANT'ANNA, Marina de Cerqueira. Neurociências e culpabilidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SILVA, Sandra Oliveira e. *It's all in your head?* – a utilização probatória de métodos neurocientíficos no processo penal. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, ano 13, p. 477-512, jan-abr. 2019. Acesso em: 15 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42215/29262>>. ISSN: 1982-7636.

SINGER, Wolf. A determinist view of brain, mind and consciousness. In: BLAKEMORE, Colin (Coord.). Brain waves module 1: neuroscience, society and policy. Londres: The Royal Society, jan. 2011, p. 41-78. ISBN 978-0-85403-879-4. Disponível em: <https://royalsociety.org/-/media/Royal_Society_Content/policy/publications/2011/4294974932.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI; José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PONDERAÇÃO: O PROCEDIMENTALISMO DE ROBERT ALEXY NA FORMA DE ALGORITMO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND BALANCING: ROBERT ALEXY'S PROCEDURALISM IN THE FORM OF AN ALGORITHM

Erik da Silva e Araújo

Tecnólogo em Processamento de Dados pela Faculdade de Administração e Informática de Santa Rita do Sapucaí, MG; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas; Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2018.

Rafael Larazzotto Simioni

Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Público pela Unisinos; Mestre em Direito pela UCS; Professor do PPGD/FDSM e do PPGB/Univás; Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito.

Resumo: A utilização da inteligência artificial nas diversas atividades humanas é um fenômeno que já está em evidência também no Direito. Na jurisdição, já vem sendo fomentada a ideia da complementação e até mesmo da substituição do juiz humano pela inteligência artificial. Mas e os casos difíceis? E as colisões entre preceitos fundamentais? No âmbito do direito pátrio tornou-se hegemônica a máxima da proporcionalidade e a ponderação de valores, especialmente na esfera do Supremo Tribunal Federal. A questão que vem sendo colocada é quais seriam os efeitos do processo decisório implantado em um *software* de inteligência artificial que obedece a estrutura da teoria de Robert Alexy. Para se chegar a resposta desse problema, como primeiro objetivo, analisou-se a teoria da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, verificando seus principais fundamentos, pressupostos e recomendações metódicas. Após essa etapa, verificou-se que a inteligência artificial é, em sua essência, uma inteligência lógico-matemática, cujos efeitos nos processos decisórios podem colocar em xeque a legitimidade da jurisdição. Para o trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, através de uma metodologia analítica, com caráter qualitativo e método indutivo. Ao final, chegou-se a conclusão de que transferir o processo decisório para um *software* inteligente apresenta um risco à legitimidade da jurisdição e a própria democracia, principalmente diante de uma teoria que aparenta ser racional, mas que denota uma grande parcela de discricionariedade e solipsismo judicial.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Robert Alexy; Teoria da ponderação de valores; Processo decisório.

Abstract: The use of artificial intelligence in various human activities is a phenomenon that is already in evidence also in Law. In the jurisdiction, the idea of complementing and even replacing the human judge by artificial intelligence has been discussed. But what about the hard cases? What about collisions between fundamental rights? In the scope of Brazilian Law, the maxim of proportionality and balancing of values has become hegemonic, especially in the sphere of the Federal Supreme Court. The question that is being asked is what would be the effects of the legal decision process implanted in an artificial intelligence software that follows the structure of Robert Alexy's theory. To arrive at the answer to this problem, as a first objective, Robert Alexy's theory of proportionality maxim was analyzed, verifying its main foundations, assumptions and methodical recommendations. After this stage, it was found that artificial intelligence is, in essence, a logical-mathematical intelligence, whose effects on legal decision processes can put the legitimacy of jurisdiction in check. For the work, it was used the bibliographic research, through an analytical methodology, with qualitative character and inductive method. At the end, the conclusion was reached that transferring the legal decision process to intelligent software poses a risk to the legitimacy of the jurisdiction and democracy itself, especially in the face of a theory that appears to be rational, but which denotes a great deal of discretion and solipsism judicial.

Keywords: Artificial intelligence; Robert Alexy; Value balancing theory; Legal decision process.

Submetido em dezembro de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

1. Introdução

A inteligência artificial está substituindo a presença humana na realização de diversas atividades. Os *softwares* inteligentes conseguem desempenhar inúmeras tarefas com maior efetividade e segurança do que o ser humano. O direito não é uma exceção e, mais particularmente, na função jurisdicional, já se fomentam debates sobre a substituição do intérprete no momento do processo decisório.

Considerando o cenário jurisdicional brasileiro, a máxima da proporcionalidade, de Robert Alexy, é praticamente unanimidade dentro da prática jurídica pátria, principalmente no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ela é tão difundida no direito brasileiro que Robert Alexy já recebeu prêmio de Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Universidade Federal de Pernambuco.

Dentro desse contexto, sabendo-se que a tecnologia se aperfeiçoa com extrema rapidez, o que hoje é considerado ficção rapidamente torna-se realidade, a pergunta que se faz é a seguinte: quais os riscos para o direito na implantação de um *software* de inteligência artificial substituindo o juiz no processo decisório, principalmente levando em consideração a máxima da proporcionalidade?

A presente pesquisa, a priori, tem como objetivo demonstrar as bases teóricas, de maneira sintética, da máxima da proporcionalidade. Será analisado como o intérprete, na aplicação da teoria, utiliza-se de um suplemento (SIMIONI, 2014, p. 727-740) transcendente ao direito para proferir a decisão jurídica quando essa decisão envolve a colisão de normas principiológicas. Para tanto, será utilizado, como referência principal, a obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (ALEXY, 2008).

A partir desse estudo, será analisado como os conceitos da máxima da proporcionalidade poderiam ser implementados em um *software* de inteligência artificial, sendo esta uma inteligência essencialmente lógico-matemática. Serão analisadas as consequências que poderiam ocorrer ao processo jurisdicional.

Para a realização deste trabalho será utilizada a pesquisa bibliográfica, através de uma metodologia analítica, com caráter qualitativo e método indutivo. Ao final, tentar-se-á demonstrar que, apesar do grande auxílio que a inteligência artificial pode trazer para a interpretação, argumentação e decisão jurídica, transferir o processo decisório para um *software* inteligente trata-se de um risco ao processo jurisdicional, principalmente diante da utilização de uma teoria que aparenta ser racional, mas que denota uma grande parcela de subjetividade e solipsismo judicial, podendo levar a violação de direitos fundamentais e colocar em risco o próprio exercício da democracia.

2. O Procedimentalismo Ponderado de Robert Alexy

Robert Alexy elaborou a teoria dos direitos fundamentais utilizando os conceitos de regras, princípios, proporcionalidade e ponderação de valores, recebendo a influência da teoria substancialista da moralidade política de Ronald Dworkin, embora ambas as teorias tenham diferenças bastante radicais em suas estruturas.

Para Robert Alexy, existem situações que podem ser solucionadas apenas com base nos pressupostos legais do ordenamento jurídico e existem casos em que o ordenamento jurídico não é suficiente para a solução da questão. Para estes casos, haveria a possibilidade de buscar elementos morais como complementação aos pressupostos jurídicos, pois os métodos de interpretação, argumentação e decisão exclusivamente jurídicos não são suficientes para a solução do caso concreto (SIMIONI, 2014, p. 244).

Robert Alexy elabora a teoria dos direitos fundamentais estabelecendo uma divisão estrutural no sistema jurídico. Para ele, o sistema jurídico é composto de normas jurídicas. As normas jurídicas podem ser divididas em regras e princípios. As regras são da categoria do tudo ou nada e podem sofrer conflitos no momento do julgamento de um caso concreto (ALEXY, 2015, p. 140-141). Os princípios, por sua vez, são mandamentos de otimização e podem sofrer colisões no momento do julgamento de um caso concreto (ALEXY, 2015, p. 164-165).

Para as regras, quando uma regra entra em conflito com outras, surgindo à dúvida sobre qual delas seria a resposta correta para proferir uma decisão jurídica em um caso concreto, apenas uma dessas regras será válida. Elas existem ou não existem dentro do ordenamento jurídico. Se ocorrer um conflito entre duas ou mais regras, na realidade está ocorrendo um conflito aparente de normas, porque somente uma das regras é válida para o ordenamento jurídico. Por esse motivo é que elas são normas da categoria do tudo ou nada. Elas existem ou não existem no âmbito do ordenamento jurídico. “Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91).

Para solucionar o problema dos conflitos entre regras, o legislador poderá definir situações de exceção no momento da elaboração da norma. O legislador delimita determinadas situações em que não será aplicada a regra principal, mas sim uma regra subsidiária, estabelecida para aquela ocorrência específica. É uma excepcionalidade da regra. Essa “cláusula de exceção” será estabelecida junto com a regra principal. As cláusulas de exceção podem eliminar o problema do conflito entre regras. Entretanto, se não for possível a inclusão de uma cláusula de exceção ou mesmo se com a introdução dela não resolver o problema, apenas uma das regras em conflito será considerada válida (ALEXY, 2008, p. 92).

Para a determinação de qual regra é válida para o caso concreto em um conflito entre regras, o intérprete, no momento da decisão jurídica, poderá utilizar como ferramenta para solução do problema, as fórmulas tradicionais da interpretação do direito, como: regra posterior derroga regra inferior; regra especial prevalece sobre regra geral; lei de competência federal prevalece sobre lei de competência estadual e municipal; dentre todas outras soluções da hermenêutica jurídica tradicional (ALEXY, 2008, p. 92).

Em qualquer das interpretações a serem aplicadas como solução para o conflito de regras, sempre prevalecerá apenas uma das regras como válida. É aplicado o denominado critério de validade das regras. Portanto, é um critério definido pelo âmbito da validade normativa.

Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável ao caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos (ALEXY, 2008, p. 92).

O mesmo não acontece para os princípios. Para os princípios, pode ocorrer que existam várias respostas consideradas válidas para uma única decisão jurídica. Nesse caso, está ocorrendo uma colisão de princípios. Os princípios não são da categoria tudo ou nada, eles são mandamentos de otimização realizáveis na melhor medida possível.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p. 90).

Isso significa que quando um princípio está em colisão com outros princípios dentro do ordenamento jurídico, todos eles poderão coexistir, porque todos eles são válidos para o ordenamento jurídico. Pelo fato de todos os princípios serem válidos para o ordenamento jurídico, a solução para a colisão de princípios não pode ser resolvida pelos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica. O problema da colisão deverá ser solucionado pelo método da máxima da proporcionalidade pela ponderação de valores (ALEXY, 2008, p. 93-94).

A máxima da proporcionalidade pela ponderação de valores desenvolve-se por três procedimentos, pelos quais os princípios em colisão serão analisados para se chegar à resposta correta para a decisão jurídica do caso concreto, sendo eles (ALEXY, 2008, p. 116-117): (1) o procedimento da máxima da adequação; (2) o procedimento da máxima da necessidade; (3) o procedimento da máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Quando ocorre a colisão entre dois ou mais princípios, o primeiro procedimento a ser aplicado pelo intérprete é o da máxima da adequação. A máxima da adequação refere-se a uma verificação das condições fáticas necessárias para que o princípio em colisão atinja a sua finalidade. O princípio em colisão necessita de um meio fático para atingir o seu objetivo. Deve-se, então, verificar se existem outras condições fáticas alternativas àquela que está em pauta para ser utilizada. Esses meios alternativos podem servir para a realização do princípio em questão. Deve-se ater se estes outros meios fáticos podem ser utilizados sem causar interferências em outros princípios. Dizendo de outra maneira, se existe uma condição fática que pode substituir a atual, atingindo a finalidade do princípio, sem provocar novas colisões. Se for possível realizar essa substituição, deve-se, então, aplicar o meio fático alternativo para implantação do princípio. A substituição das condições fáticas pode resolver o problema, eliminando a colisão (ALEXY, 2003).

Entretanto, pode ser que não exista uma condição fática para substituição daquela que está sendo utilizada para efetivação do princípio. Pode ser que, no cenário em questão, o princípio necessite daquele único meio fático para atingir a sua finalidade. Pode ser o caso, também, de que na substituição de uma condição fática por outra, ocorra uma nova colisão com outros princípios, transferindo o problema de uma situação para outra. Caso o princípio tenha que ser efetivado por aquele exclusivo meio fático, deve-se partir para a aplicação do segundo procedimento de análise de colisão, a máxima da necessidade (SIMIONI, 2014, p. 286-287).

Para Robert Alexy, os princípios não são regras, não tem o caráter do tudo ou nada, os princípios são mandamentos de otimização realizáveis na melhor medida possível. Isso significa que, além de eles sempre coexistirem no ordenamento jurídico, os princípios podem ser otimizados para realizarem-se na melhor medida possível. Desse modo, o intérprete deverá estabelecer um grau de realização entre os princípios que estão em colisão. Todos os princípios devem ser efetivados, através de uma otimização que consiga atingir um equilíbrio na satisfação entre eles. Os princípios em colisão devem ser satisfeitos na melhor medida possível através da regra da eficiência de Pareto (ALEXY, 2003).

No entanto, pode ocorrer que não seja possível realizar a otimização entre os princípios em colisão. Pode ser que no caso dos princípios em colisão, para que possam atingir a sua finalidade, eles devam ser efetivados em sua completude, sem otimização. Isso resulta no fato de que apenas um dos princípios em colisão deverá prevalecer em detrimento dos outros. Importante ressaltar que os princípios que serão preteridos permanecerão como princípios válidos dentro do ordenamento jurídico. Eles apenas não serão válidos para o caso concreto, porém para outras situações eles estarão válidos, inclusive podendo prevalecer sobre o princípio pelo qual eles foram preteridos. Para que se possa escolher um determinado princípio dentre aqueles que estão em colisão, deve-se aplicar o procedimento da máxima da proporcionalidade em sentido estrito (SIMIONI, 2014, p. 290).

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito consiste em determinar a prevalência de um princípio em detrimento dos outros. Sendo os princípios mandamentos de otimização realizáveis na melhor medida possível, a precedência de um princípio em detrimento dos outros exige a aplicação de uma lei que possibilite a determinação de qual princípio prevalecerá para o caso concreto. Para isso, Robert Alexy define que deve ser utilizada a regra do peso, definida pela lei da ponderação. A ponderação consiste na atribuição de pesos para todos os princípios em colisão no caso concreto, de acordo com as suas condições fáticas e jurídicas. Esse sopesamento deverá possibilitar a realização de um balanceamento entre princípios em colisão. Os pesos a serem atribuídos a cada princípio deverão obedecer a uma escala de valores que permita estabelecer a prevalência de um princípio sobre o outro. Essa escala de valores poderá ser elaborada de diversas maneiras: poderão ser utilizados valores numéricos, valores aritméticos e até fórmulas matemáticas, desde de que permitam o cálculo do balanceamento (ALEXY, 2003).

Após a realização do balanceamento e da escolha do princípio que deverá prevalecer sobre os demais, Robert Alexy determina ser necessária a adequada justificação dos motivos pelos quais aquele princípio prevaleceu para ser efetivado em detrimentos dos outros. Essa justificação deverá ser realizada através da teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2005).

É importante esclarecer que, não só na máxima da proporcionalidade em sentido estrito, mas em todas as etapas decisórias do procedimento, seja na adequação, seja na necessidade, seja na proporcionalidade em sentido estrito, será necessária à devida justificação da decisão tomada pelo intérprete. A justificação deverá ser fundamentada em todas as etapas do procedimento, levando-se em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas que determinaram a escolha da decisão para a demanda (SIMIONI, 2014, p. 301-304).

As possibilidades jurídicas correspondem a uma justificação interna, baseada nos dispositivos do próprio sistema jurídico, através das regras de interpretação da hermenêutica jurídica tradicional. Para Robert Alexy, são todas as normas válidas dentro do ordenamento jurídico. Portanto, as regras e os princípios são as possibilidades jurídicas que deverão ser

utilizadas para a fundamentação da decisão. Vale observar que, para Robert Alexy, uma regra pode restringir a satisfação de um princípio, pois todos, regras e princípios, são possibilidades jurídicas (ALEXY, 2003).

As possibilidades fáticas são justificações externas ao sistema jurídico, que podem fundamentar uma proposição normativa de base jurídica ou servir para complementar uma fundamentação quando ausente premissa normativa jurídica. São todas aquelas condições fáticas inerentes a uma sociedade, podendo ser expressas pela moral, pela política, pela economia e por tudo aquilo que tenha a possibilidade de valoração para a justificação de uma decisão jurídica. Nesse sentido, Robert Alexy entende que um fator econômico ou político, por exemplo, pode justificar a restrição da satisfação de um princípio fundamental, pois a justificação da máxima da proporcionalidade transcende o direito (ALEXY, 2003).

3. A Inteligência Artificial

Pode-se entender a inteligência artificial como um *software* desenvolvido através de processos lógico-matemáticos, que tem como objetivo otimizar o trabalho executado pelo homem. Através de um projeto, estima-se uma medida de desempenho, pela qual o *software* a ser elaborado deverá superar o desempenho do ser humano no respectivo trabalho para o qual ele foi projetado (RUSSEL; NORVIG, 2013, p. 31-32). Michael J. Wooldridge e Nick R. Jennings expõem que o *software* inteligente deve buscar a racionalidade na execução de suas tarefas, através de persecução de metas, alcançando o melhor resultado possível ou, em meio às incertezas, o melhor resultado esperado, dentro do seu conhecimento e capacidade (WOOLDRIDGE; JENNINGS, 1995, p. 115-152).

A inteligência artificial é um algoritmo desenvolvido através de processos matemáticos fundamentados, essencialmente, na teoria da decisão. "Chama-se teoria da decisão o conjunto de teorias matemáticas, lógicas e filosóficas que se ocupam das decisões que tomam os indivíduos racionais, quer sejam indivíduos que atuam isoladamente, em competência entre eles ou em grupos" (MONTEIRO, 2008, p. 3395-3415). A teoria da decisão compreende a organização de um número de métodos de estudo e resolução de problemas para se tomar uma decisão, levando-se em consideração as diferentes características e ambientações dos problemas a serem enfrentados e a diversidade temática a que se dedica, tendo como uniformização do método a linguagem matemática (MONTEIRO, 2008, p. 3395-3415).

Essencialmente existem três modelos de teorias da decisão. Destas, o modelo de tomada de decisão utilizado para situações complexas e de incerteza, como é o caso da decisão jurídica, é chamado teoria dos jogos. A princípio, deve-se distinguir os jogos em que há a cooperação entre os participantes e os jogos em que não ocorre a cooperação entre os participantes. A teoria dos jogos enfoca o processo de decisão em que não é possível a cooperação entre jogadores. Situação em que os jogadores estão em competição ou em regime de concorrência. A teoria dos jogos pertence às Ciências Matemáticas e também é aplicada às Ciências Sociais. Ela planejou formalizar a investigação dos casos de decisão relativos ao poder, à competência, às situações de conflito, de competição e de oposição. Sua perspectiva oferece a análise diferenciada para vários objetos no campo do

conhecimento jurídico e mais especificamente no estudo da construção teórica da decisão judicial (MONTEIRO, 2008, p 3395-3415).

As teorias que processam decisões trabalham, basicamente, com probabilidade, estatística, utilidade, volatilidade e demais processos matemáticos. A probabilidade tem como objetivo quantificar experiências aleatórias já existentes. Através da estatística pode-se demonstrar a maior probabilidade de desempenho para determinada tarefa em relação a experiências passadas. A utilidade é uma forma de prever a preferência em relação a possíveis escolhas. A utilidade pode ser elaborada com qualquer conjunto de preferências, peculiar ou típico, nobre ou perverso, estranho ou comum, e pode levar em consideração o altruísmo, simplesmente incluindo o bem-estar de outras pessoas como um dos fatores (CUSINATO; JÚNIOR, 2005, p. 7-38). A utilidade tem suas origens na economia e a pecúnia é a medida de utilidade mais usada (RUSSEL; NORVIG, 2013, p. 537-538).

A inteligência artificial procura definir padrões através da análise de uma grande quantidade de dados (*big data*). Pelo uso de processos lógico-matemáticos (estatística, análise de probabilidade, utilidade, cálculo da volatilidade, comparações, etc.) ela analisa esses dados e estabelece um processo decisório levando em consideração os padrões dessas informações armazenadas em seu *big data*. Esse processo é uma análise de referência a informações pretéritas, que já aconteceram ou que já se tem conhecimento, sendo ele impossível de ser realizado pelo ser humano, devido a grande quantidade de dados a ser processada, ao grande número de cálculos a ser realizado e a complexidade desses cálculos que cada vez mais estão sendo aprimorados.

Observa-se que a essência do *software* de inteligência artificial está no campo da matemática (MONTEIRO, 2008, p. 3395-3415). Ele, através de um processo racional lógico, procura definir padrões. Apesar da infinidade de recursos oferecidos pelo computador, como os *hardwares* com capacidade de armazenamento e de processamento dos dados cada vez mais eficazes, dos *softwares* cada vez mais eficientes, bem como o constante aprimoramento dos métodos de cálculos de tomada de decisão, a inteligência artificial é, em seu âmago, uma estrutura lógico-matemática.

Dentro dessa perspectiva, verifica-se que a implantação do processo decisório em um *software* de inteligência artificial, utilizando os preceitos da máxima da proporcionalidade, é uma situação perfeitamente viável e que poderá trazer uma falsa sensação de segurança jurídica, eficácia e independência judicial, como será analisado a seguir.

4. A Inteligência Artificial em Robert Alexy

Verifica-se que a máxima da proporcionalidade é uma teoria da interpretação, argumentação e decisão jurídica procedimental. Para o juiz prolatar uma decisão jurídica, ele deve seguir um percurso preestabelecido. A princípio, deve-se cumprir o procedimento da máxima da adequação. Caso não consiga a solução para o litígio, prossegue-se para a máxima da necessidade. Persistindo a questão, colocar-se-á em prática a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Além desse procedimentalismo, traço característico da teoria, Robert Alexy utiliza-se, na fase da máxima da necessidade, a regra da eficiência de Pareto, com o objetivo de relativizar os diversos princípios em colisão na tentativa de satisfazer a todos de maneira parcial.

Ainda, Robert Alexy utiliza na fase da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, como mecanismo para realizar a escolha dentre os princípios em colisão, a ponderação de valores. Essa ponderação, segundo a teoria, é realizada através de um balanceamento entre os respectivos princípios em colisão, para o qual poderão ser utilizados valores numéricos, valores aritméticos e até fórmulas matemáticas, com o objetivo de determinar qual seria o princípio que prevalecerá para o caso concreto.

Nesse cenário, apesar da sensação de segurança jurídica, eficácia e independência judicial que aparenta trazer o processo decisório executado pela inteligência artificial em Robert Alexy, trata-se de uma situação bastante perigosa, que pode levar a violação ao próprio Estado democrático de direito (MOZETIC, 2017, p. 437-454).

A priori, cabe ressaltar que a inclusão de fórmulas matemáticas para a realização do balanceamento entre os princípios em colisão, não passa de pura ilusão. O resultado final da ponderação depende dos valores de *input* para o respectivo cálculo. São os valores iniciais oferecidos ao cálculo que determinarão qual será o princípio preponderante e esses valores são fornecidos pelo juiz que julgará o caso. Dentro dessa perspectiva, o juiz já sabe de antemão ao cálculo qual será o resultado da decisão.

Nesse cenário, há de se observar que a ponderação em si não é tão importante. Importante sim é a devida fundamentação que levou o intérprete a proferir a respetiva decisão.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...); IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

O juiz deverá fundamentar sua decisão, de forma clara, expondo os motivos de fato e de direito que o motivou a escolher um determinado princípio em detrimento dos outros que estavam em colisão. Essa decisão não deverá ser uma decisão solipsista, mas uma decisão que esteja de acordo com a Constituição, demonstrando às partes, bem como a sociedade, que a decisão proferida era a mais pertinente ao caso concreto e isso se faz através da adequada fundamentação.

Para Lênio Luis Streck, não existe decisão melhor nem decisão pior ou uma única decisão, mas sim uma decisão que esteja de acordo com a Constituição: “não pode – sob pena de ferimento do “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador” (STRECK, 2013).

Dentro dessa conjuntura, cabe ressaltar que Robert Alexy impõe, em sua teoria, a devida fundamentação em todas as fases do processo: seja na máxima da adequação, na máxima da necessidade ou na máxima da proporcionalidade em sentido estrito. O intérprete deverá justificar sua decisão com todas as possibilidades jurídicas, que são os fatores

internos do ordenamento, bem como com todas as possibilidades fáticas, que são os suplementos externos ao ordenamento, pelos quais determinaram sua escolha.

Importante discorrer sobre os casos difíceis ou *hard cases*. Os casos difíceis, na perspectiva do positivismo jurídico, são os casos que permitem diversas respostas que podem ser consideradas corretas para uma determinada decisão jurídica. Nessas situações, ocorre o problema de qual seria a resposta correta para proferir a decisão jurídica dentre as diversas respostas possíveis. É nesse diapasão que ocorrem as colisões de princípios, abrangendo também a perspectiva de quando não existe texto legal para solucionar um caso concreto que está sendo examinado pelo direito, pois também nessas situações estão disponíveis várias respostas corretas para o caso concreto em análise. Na perspectiva de Robert Alexy, são nos *hard cases* que ocorrem as colisões de princípios (DWORKIN, 2007. p. 127-128).

Verifica-se que a decisão em Robert Alexy, quando estamos diante de casos difíceis, não pode ser uma decisão mecânica, instrumental, não pode ser uma decisão lógico-matemática, como aparenta ser. A decisão em Robert Alexy envolve valores sociais, valores morais, a criatividade do intérprete e o senso crítico do julgador. O juiz, no momento da decisão jurídica, está produzindo axiologicamente uma construção do direito.

A contaminação pelo “instrumentalismo” é visível não somente em discursos exógenos como também na legislação e nos respectivos projetos que buscam reformar os mecanismos processuais em *terrae brasiliis*. É como se o direito e tudo o que ele representa em termos institucionais, históricos e factuais dependesse da sua utilização como um objeto, um instrumento, algo manipulável pelo intérprete (STRECK, 2013).

O direito não é apenas uma técnica, um instrumento, uma máquina de engrenagens. O direito é uma forma de orientação dos juízos práticos. Ele tem a ver com normas, com princípios morais, com valores éticos, com os juízos de poder. Ele vai além de uma simples tecnologia da sociedade, pois está associado com a independência e liberdade de pensamento da própria sociedade. Não é como ler um manual de instruções e colocar o combustível para que o direito funcione. “O seu funcionamento precisa de combustíveis diferentes, que são os conflitos de interesses históricos e culturais” (SIMIONI, 2014. p. 52). Para entender o direito é necessário compreendê-lo como acontecimento histórico e cultural de um povo.

Os setores “pragmáticos” produziram uma doutrina empobrecida e/ou estandarizada do direito, provocando um distanciamento abissal com o que se produz nas academias. “Dito de outro modo, o direito vem sendo cada vez mais banalizado e tratado de forma simplificada por setores da dogmática jurídica, que, nestes tempos de tecnologias pós-modernas, aparece revigorada, tecnificada” (STRECK, 2013).

Conforme verificado, a máxima da proporcionalidade foi construída tendo como característica um procedimentalismo lógico-matemático. Sendo uma teoria desenvolvida dentro de um procedimento lógico-matemático, percebe-se sua viabilidade de implantação em um *software* de inteligência artificial, já que a base da inteligência artificial é lógico-matemática. Pode ser elaborado na máxima da proporcionalidade em sentido estrito um processo cálculo matemático, baseado em padrões, para ser implementado em um *software* inteligente de tal forma que este forneça uma decisão para um caso difícil, baseado na análise de fatos pretéritos armazenados em um *big data*.

Dentro desse cenário, instrumentalizar o direito através de um *software* de inteligência artificial, pode trazer a falsa sensação de racionalismo, segurança jurídica e independência judicial. Na realidade, esse processo desembarcaria no reducionismo do processo decisório, ignorando toda a complexidade do direito (STRECK, 2013), permitindo o controle social de massas (NUNES, 2019) e violando o processo democrático.

A construção de fórmulas matemáticas para cálculos da ponderação, situação que, como estudado, não passa de um racionalismo fictício, na realidade colocará o controle do processo decisório no comando do poder dominante. Mesmo que o *software* venha a aprender (*machine learning*) a valoração dos princípios pela experiência, as bases desses valores seriam definidas pelos padrões estabelecidos por aquele que se encontra no poder ou mesmo pela utilização de vieses cognitivos presentes no meio social, que poderão trazer decisões tendenciosas e parciais gerando desigualdade e arbitrariedade.

Ainda, não se pode deixar de lembrar do problema das dificuldades técnicas da “transparência algorítmica” e da dificuldade da *accountability* dos processos adotados pelo *software* inteligente, que viola o princípio da transparência e do acesso à informação, que têm como objetivo a fiscalização das atividades desempenhadas pelo Estado (NUNES; LUCON; WOLKART, 2021. p. 605-609).

A inteligência artificial certamente é uma ferramenta que auxilia o juiz nas tomadas de decisões. “Portanto, não se trata de somente demonizar a técnica e os meios de comunicação, sua função no Direito e mesmo os problemas que advêm desse impacto tecnológico, mas domesticá-lo, humanizá-lo, colocá-lo a serviço do homem, do sujeito, do intérprete” (MOZETIC, 2017, p. 437-454).

Por exemplo, o *software* poderá realizar uma pesquisa em um banco de dados (*big data*) que abriga as decisões pretéritas, de tal forma que traga para os juízes decisões semelhantes ao caso que ele estuda. Essas decisões pretéritas poderão servir de parâmetro para que o intérprete compreenda o comportamento social em relação ao caso concreto e a reação do direito em relação as transformações que ocorrem nos relacionamentos entre os indivíduos, bem como as mudanças de concepções e valores da sociedade. As jurisprudências capturadas pelo *software* podem ser utilizadas, inclusive, como recomendações para uma nova decisão. Mas elas devem ser tratadas como objeto de estudo do processo decisório e não como fórmulas pré-elaboradas para as respectivas decisões.

A decisão pretérita não pode ser tratada como verdade imutável, devendo ser refutado o direito concebido como um instrumento mecânico, aos moldes de um positivismo jurídico já superado.

O positivismo jurídico tinha como ideal um direito simples e unitário, em que as leis seriam postas em um código. A codificação valeria para todos os lugares e sem limite de tempo. O direito codificado traria estrutura e racionalidade para o mundo jurídico. A elaboração das leis ficava a cargo do parlamento e a palavra do legislador era imponderável, pois este era uma figura universal. O juiz era proibido de interpretar os textos jurídicos, sua função era apenas assentar o fato concreto aos textos legais, mecanicamente (BOBBIO, 1995).

O direito é dinâmico, com uma multiplicidade de entendimentos policontextualizados. O juiz deverá expor, motivadamente e de maneira clara, as razões pelas quais ele adotou o respectivo posicionamento jurídico. Lembra-se que cada caso concreto possui sua própria peculiaridade e estas peculiaridades deverão ser tratadas pela

observação dos parâmetros constitucionais. O direito não é uma tecnologia lógico-matemática, ele vai muito além disso, ele envolve a complexidade do relacionamento humano em sociedade, ele versa sobre direitos fundamentais.

5. Conclusão

A máxima da proporcionalidade é uma teoria elaborada levando em consideração processos lógico-matemáticos que dão uma falsa sensação de racionalismo, efetividade e independência judicial. Essa sensação enganosa ocorre porque esses processos podem ser manipulados pelo intérprete.

A implantação da teoria de Robert Alexy em um *software* de inteligência artificial, traria uma sensação equivocada ainda maior de racionalidade e independência judicial. Nesse cenário, cabe o alerta de que o *software* poderia ser elaborado com a utilização de vieses cognitivos e até mesmo por padrões de valores estabelecidos pelo poder dominante do momento. Este estaria no controle das decisões, o que viola o princípio democrático.

Não obstante, a essência da teoria de Robert Alexy não está nos cálculos matemáticos, mas na fundamentação das decisões que devem ser realizadas em todas as fases da teoria. São as possibilidades jurídicas e as possibilidades fáticas apresentadas pelo intérprete que demonstrarão o porquê da prevalência do respectivo princípio em colisão.

Isso demonstra que a teoria não é lógico-matemática e racional como aparente ser. Ela é uma teoria axiológica, que leva em consideração valores sociais, valores morais e a criatividade do intérprete, fatores que não podem ser implementados em um *software* de inteligência artificial, que é essencialmente lógico-matemático.

Por fim, deve ser levado em consideração que a interpretação, argumentação e decisão jurídicas não são processos mecânicos instrumentais, nem tão pouco discricionários, de livre convencimento e solipsistas, mas sim processos de construção do direito, que levam em consideração a historicidade e cultura de um povo e que, acima de tudo, devem estar em consonância com a Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. ISSN 1467-9337.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 abr. 2019.
- CUSINATO, Rafael Tiecher; JÚNIOR, Sabino Porto. A teoria da decisão sob incerteza e a hipótese da utilidade esperada. CEPE, *Estudos do CEPE*. Santa Cruz do Sul-RS: 2005, v. 22, p. 7-38.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. A decisão racional na teoria dos jogos. In: ANAIS DO XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO COMPENDI. Salvador: Fundação Boiteux, 2008, p. 3395-3415.
- MOZETIC, Vinícius Almada. Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 437-454, Set-Dez, 2017, ISSN 2238-0604.
- NUNES, Dierle. A tecnologia no controle das massas em processos decisórios. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 12/fev/2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/dierle-nunes-tecnologia-controle-massas-processos-decisorios>>. Acesso em 30 abr. 2019.
- NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- RUSSEL Stuart; NORVIG Peter. *Inteligência artificial*. Trad. Regina Célia Simille de Macedo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 537-538.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo*. Curitiba: Jarua, 2014.
- STRECK, Luiz Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 1 v. E-Book.
- WOOLDRIDGE, Michael J; JENNINGS, Nick R. *Intelligent Agents: theory and practice*. The Knowledge Engineering Review, 1995. v.10 (2). p. 115-152.

A RETÓRICA EM ARISTÓTELES E OTTMAR BALLWEG: UMA SÍNTESE DIDÁTICA

RHETORIC IN ARISTOTLE AND OTTMAR BALLWEG: A DIDACTIC SYNTHESIS

Israel Gonçalves Santos Silva

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Procurador da República

Nelson Juliano Cardoso Matos

Professor Associado da UFPI. Docente permanente do PPGD/UFPI, docente colaborador do PPGDIR/UFMA, do PPGPP/UFPI e do PPGGP/UFPI. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Mestre em Direito pela UnB.

Resumo: Este artigo pretende apresentar de forma sintética e didática as ideias gerais da retórica clássica, na versão aristotélica, e da retórica contemporânea, na versão de Ottmar Ballweg. Os elementos serão destacados de modo a contribuir para a compreensão das bases da retórica jurídica, de modo, a um só tempo, demonstrar como o direito e retórica estão intimamente relacionados, bem como incentivar o estudo do direito como um fenômeno retórico.

Palavras-chave: Retórica. Discurso. Aristóteles. Ballweg.

Abstract: This article intends to present in a synthetic and didactic way the general ideas of classical rhetoric, in the Aristotelian version, and of contemporary rhetoric, in the version of Ottmar Ballweg. The elements will be highlighted in order to contribute to the understanding of the bases of legal rhetoric, in a way, at the same time, to demonstrate how the direct and rhetoric are closely related, as well as to encourage the study of law as a rhetorical phenomenon.

Keywords: Rhetoric. Speech. Aristotle. Ballweg.

Aprovado em janeiro de 2022.

1 Introdução

A relação entre direito e linguagem já foi descortinada por diversos campos de estudo, dentre eles a linguística e a filosofia da linguagem, de onde promanam diversas teorias que buscam se valer especificamente da retórica para entender como ocorre a concretização e o conhecimento do direito, observando-o como um fenômeno retórico, tal qual a linguagem o é.

Igualmente a outros centros de controle da atividade humana (religião, moral, cultura etc.), o direito se manifesta pela linguagem (linguagem jurídica). Nesse âmbito, a linguagem do direito se serve também da retórica¹, tanto como instrumento de conformação da realidade, mormente para o fim de persuadir as pessoas a um determinado juízo ou comportamento, quanto como instrumento de descrição do fenômeno jurídico.

Para Adeodato (2014), a retórica, como técnica discursiva, tem sido estudada desde que Córax e Tísias lançaram o primeiro manual sobre retórica², nos idos de 465 a.C. na Sicília, então Magna Grécia, tendo granjeado muitos adeptos, mas também poderosos inimigos, a exemplo de Platão, até que no período medieval foi invisibilizada pelo forte clamor que a religião e a ciência evocavam em prol da verdade ontológica.

Essa situação só veio a alterar-se quando a modernidade trouxe o ressurgimento da importância do fenômeno retórico, máxime a partir da *turn linguistic* idealizada por Ludwig Wittgenstein, para quem a realidade é constituída na e pela linguagem.

Esse intervalo do período medieval serviu para separar a retórica antiga e a retórica moderna, cujo mote não é uma diferença de conteúdo, mas antes de perspectiva. Se a antiga retórica tinha uma vertente mais técnica, cuidando dos aspectos do discurso e da oratória, a moderna retórica encampou uma vertente filosófica, demonstrando que a retórica é mais que persuasão, como defende a maioria dos próprios retóricos, podendo ser também episteme, na forma como a defende João Maurício Adeodato (2014).

Essa retoricidade do direito já foi reconhecida por muitos estudiosos, a exemplo de Ottmar Ballweg, para quem nem a linguagem, nem o direito escapam da retórica (BALLWEG, 1991, p. 175). E é a partir da tomada de posição de se conceber a retórica como uma espécie de filosofia que Adeodato (2017, p.16) conclama aos juristas o retorno do estudo da retórica, de modo a se afastarem da metafísica da verdade e retomar as raízes práticas, estratégicas e argumentativas, que no seu entender caracterizaram o direito.

Nesse contexto, uma síntese propedêutica acerca da antiga e da contemporânea retórica, razão pela qual se abordará tanto as ideias centrais da retórica clássica lançadas

¹ Aqui o termo retórica será tomado em seu sentido técnico, afastando-se do sentido comum já impregnado ao termo, que a tem apenas como floreio ou engodo. Esse sentido pejorativo decorre da circunstância de a retórica ter surgido ligada à sofística, havendo herdado o preconceito que se tem contra ela, conforme nos relata Adeodato (2008).

² Para se compreender a relação entre retórica e direito é necessário ter em mente que o estudo da retórica se iniciou exatamente para fins jurídicos. Segundo Adeodato (2014), o manual de Córax e Tísias visava auxiliar as pessoas a dominarem a técnica de como falar e convencer nos tribunais da antiga Grécia, uma vez que não existia a figura moderna do advogado.

por Aristóteles em sua obra *Arte Retórica*, como também os principais elementos e características da retórica analítica defendida por Ottmar Ballweg. Os estudos empreendidos por ambos os filósofos fornecem a base compreensiva para a formulação de uma síntese didática sobre o tema, especialmente como subsídio para entender o direito como um fenômeno retórico, o que pode ser denominado de retórica jurídica.

2 Aristóteles e a retórica clássica

Inicia-se com um panorama das ideias aristotélicas acerca da retórica, para depois, abordar-se acerca da retórica de Ballweg.

As contribuições de Aristóteles à filosofia, às artes e à ciência em geral podem ser divididas em exotéricas e esotéricas¹, revelam sua dedicação ao estudo sistemático de diversos ramos, a exemplo da física, da filosofia, da metafísica, da lógica, dentre outros, tendo apresentado em referência à linguagem três obras. A primeira delas, foi o livro *Grillo*, dedicado à retórica e defendia abertamente a posição platônica revelada em *Górgias*, no sentido de não considerar a retórica como arte ou ciência, mas sim uma forma irracional de instigação de sentimentos, um instrumento de bajuladores², fazendo contraposição à posição de Isócrates, o qual, como sofista, procurava àquela época revigorar as ideias de *Górgias* (REALE, 1985, p. 16).

Mais tarde, em sua fase mais madura, a linguagem foi estudada por Aristóteles sobre duplo aspecto: tanto como arte literária na obra *Techne Poietike* (*Arte Poética*) e como arte persuasiva na obra *Techne Rhetorike* (*Arte Retórica*), retomando o tema da retórica, mas afastando-se do parâmetro platônico ao apresentar uma concepção própria desse fenômeno linguístico. Para o presente estudo importa esta última obra, cujas noções principais de seus ensinamentos serão apresentadas a seguir.

Na obra de sua maturidade, Aristóteles reconhece o papel relevante da retórica na vida do homem em sociedade, asseverando que tem lugar na retórica não apenas os estratagemas emotivos sofisticos, mas também o discurso lógico-racional voltado à verdade, pois, é também possível persuadir pelo discurso “quando mostramos a verdade ou o que parece verdade, a partir do que é persuasivo em cada caso particular” (ARISTÓTELES, 2005, p. 1356a). Nessa obra, Aristóteles promove o resgate da dignidade da retórica, tão abalada à época por causa de sua captura pelos sofistas, servindo de referência para o estudo retórico até aos dias atuais.

A obra *Arte Retórica* foi seccionada por Aristóteles em três livros (I:1354a - 1377b, II:1377b - 1403a, III:1403a – 1420a), cada qual possuindo uma centralidade: o primeiro, tem foco nas atividades do orador, preocupando com a construção dos argumentos e com

1 As obras exotéricas, escritas geralmente em forma de diálogos e destinadas a cursos públicos, dos quais só restou alguns fragmentos; por sua vez, as esotéricas eram escritos mais aprofundados, destinados aos seus alunos mais adiantados.

2 Em *Górgias* colhe-se a posição de Platão em relação à retórica no seguinte excerto: “XVIII — Sócrates — O que me parece, Górgias, é que se trata de uma prática que nada tem de arte, e que só exige um espírito sagaz e corajoso e com a disposição natural de saber lidar com os homens. Em conjunto, dou-lhe o nome de adulação” (PLATÃO, 2020).

a definição do gênero discurso (judiciário, deliberativo, epidíctico). O segundo é o livro do auditório, cujo foco é a produção de paixões no público, e o terceiro é destinado à formação da mensagem em si. O grande diferencial dessa obra, que a tornou um legado para a posteridade, foi a circunstância de, àquela época, a maioria dos retóricos serem sofistas, o que os levavam a tratar unicamente dos efeitos ornamentais da retórica, não se preocupando com outras vias persuasivas, como a argumentação e o silogismo entimemático, os quais receberam tratamento detalhado por Aristóteles.

A definição aristotélica de retórica é finalística e diverge de seus predecessores Platão, Górgias, Córax e Tísias, que tomavam a retórica como uma atividade geradora de persuasão, e também de seus sucessores, como Cícero e Quintiliano, que enfatizavam o caráter da oratória, compreendo a retórica como arte de bem falar, de bem dizer (REBOUL, 2004, p.73). Para Aristóteles, a retórica é definida como “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir” (2005, p. 1356a), de modo que cabe ao retor saber escolher, dentre os inúmeros instrumentos que compõe a técnica, aquele que melhor possa persuadir alguém num dado contexto.

Abrangendo três áreas teóricas, a retórica aristotélica dispõe sobre uma teoria da argumentação, de onde se extrairia seu caráter filosófico, e duas outras: a da elocução e a da formulação do discurso. A partir dessa tríade, Aristóteles busca dar dignidade filosófica à retórica, inclusive, considerando-a como a contraparte da dialética¹.

Sinteticamente, a retórica aristotélica caracteriza-se, dentre outros aspectos, pela admissão de três gêneros de discurso retórico (judicial, deliberativo e epidíctico), três meios de prova artística (*ethos*, *pathos* e *logos*) e a concepção de dois tipos de argumentos: o entinema, de cunha dedutivo, e o exemplo, de cunho indutivo.

No ensino de sua técnica, Aristóteles estruturou a retórica com as figuras do orador (quem fala), do discurso (o que se fala) e do auditório (quem ouve para ser persuadido) e compôs um plano retórico dividido em quatro partes consecutivas, as quais cobriam desde o planejamento até a execução do discurso: *inventio*, a invenção (*euresis*, em grego); *dispositio*, a disposição (*taxis*); *elocutio*, a elocução (*lexis*) e *actio*, a ação (*hypocrisis*).

Para Aristóteles, a invenção é centrada na identificação dos instrumentos persuasivos para uma dada situação, sejam eles elementos argumentativos ou de outra espécie, como os paratextuais e extratextuais. A procura dos argumentos se determinará pelo tipo de discurso a ser engendrado (deliberativo, judicial, epidíctico), razão pela qual Aristóteles estabelece que o orador deve iniciar seu ofício conhecendo o tipo de auditório que irá enfrentar, considerando que tal circunstância proporcionará ao orador fazer a seleção dos meios que poderão naquele caso levar à persuasão. Sua proposta é do tipo adaptativa, na qual o orador não deve querer se impor inexoravelmente ao auditório, mas antes, de modo plástico, adaptará seu discurso ao seu ouvinte, fazendo do auditório² a centralidade da invenção.

1 Essa comparação entre dialética e retórica só é válida para a parte argumentativa da retórica, dado que o silogismo entimemático e o silogismo dialético tem aproximações consideráveis.

2 No entanto, esse auditório tem uma perspectiva diversa em comparação à retórica contemporânea, caracterizada pelo auditório universal, pois a natureza pública da retórica antiga vai determinar uma ideia reduzida de auditório, no sentido de não se tratar de qualquer expectador ou ouvinte, mas apenas aquele a quem se busca persuadir na esfera pública. Nesse sentido, o auditório da antiga Grécia era sempre público, relacionado à esfera de afirmação social do homem grego. Na esfera privada não havia auditório, pois as relações hierárquicas, sobretudo as familiares, eram determinadas pela obediência ao senhor da

É a partir do parâmetro de atividade pública exercida pelo cidadão grego que Aristóteles propõe a existência de três tipos de auditórios ao orador: a assembleia, o tribunal e a plateia, de modo que daí surgem, respectivamente, três gêneros de discursos possíveis a persuadir esses auditórios: o deliberativo (de cunho político), o judiciário (de cunho forense) e o epidíctico (de cunho demonstrativo).

O discurso deliberativo (*symboleutikon*) era aquele que se dava na assembleia política, o Senado, tendo por ponto característico aconselhar persuasivamente sobre as questões da cidade, indicando a melhor alternativa inserida no binômio útil/inútil, sobre as quais o orador deveria ser conhecedor, de modo a distanciar a retórica da sofisticada¹, propondo-lhe um uso ético. Esse tipo de discurso, com as devidas atualizações, continua sendo utilizado nas casas políticas.

Por sua vez, o discurso judiciário (forense) se caracterizava pelo debate entre dois grupos de teses, visto que "num processo judicial temos tanto a acusação como a defesa, pois é necessário que os que pleiteiam façam uma destas coisas" (ARISTÓTELES, 2005, p. 1358b). Nesse cenário, Aristóteles considera que a função dos oradores é defender uma das alternativas do binômio justo/injusto, utilizando-se preponderantemente de elementos argumentativos lógicos, que servirão como premissas do silogismo a ser utilizado para a acusação ou para a defesa de quem cometeu uma injustiça². Essa preponderância de elementos do *logos* se justifica por ser tratar de um auditório mais qualificado que os demais, mas sem que se despreze os elementos do *ethos* e do *pathos*, sempre úteis para coadjuvar o trabalho retórico de fim persuasivo.

Embora Aristóteles restrinja o fazer do discurso judiciário apenas às partes, a retórica moderna considera que a decisão (manifestação produzida pelo auditório) também tem natureza discursiva, porque se concretiza por meio da linguagem, sendo esta, inclusive, a razão para uma afirmar que a decisão judicial é produzida retoricamente.

O discurso epidíctico (elogio público) tinha geralmente a finalidade de pôr em relevo as qualidades positivas ou os feitos de uma dada figura da sociedade ou cultura grega, podendo, excepcionalmente, também servir para censurar. A esses discursos de louvor, lançados em sessões fúnebres ou cerimônias de consagração a feitos militares, Aristóteles denominava-os *epideiktikon*, e teve em Górgias um de seus fundadores³. Na

casa, não havendo que se falar em persuasão (FIDALGO, 2008). Mesmo as outras relações privadas, que não as familiares, como as que os homens gregos tratavam de questões comerciais, educacionais, dentre outras, Aristóteles não as considerava formadoras de um auditório, pois não tinham relação com o exercício da cidadania.

- 1 Em *Górgias*, o diálogo entre Sócrates e Górgias revela que a retórica sofista não precisa conhecer do assunto para persuadir os ouvintes: "Sócrates — Nesse caso, o ignorante tem maior poder de persuasão junto de ignorantes do que o sábio, se o orador for mais convincente do que o médico. Será essa a inferência certa, ou queres outra? Górgias — Pelo menos, neste caso, é assim mesmo. Sócrates — E com relação às demais artes, o orador e a retórica não se encontram nas mesmas condições? Ele não terá necessidade de saber como as coisas são em si mesmas e bastará recorrer a algum artifício para parecer aos ignorantes que em tudo é mais entendido do que os sábios. Górgias — E não é grande vantagem, Sócrates, não precisar uma pessoa aprender nenhuma arte, a não ser aquela, e não vir a ficar por baixo dos conhecedores das outras artes?" (PLATÃO, p. 15).
- 2 Para Aristóteles o justo e o injusto, os quais serão objeto do discurso perante o tribunal, possuem duas espécies: os referentes à lei escrita e os referentes à lei não-escrita (2005, p. 1374a).
- 3 Górgias, um dos fundadores do discurso epidíctico, ou seja, elogio público, cria para esse fim uma prosa eloquente, multiplicando as figuras, que a tornam uma composição tão erudita, tão ritmada e, por assim dizer, tão bela quanto a poesia (REBOUL, 2004, p. 4).

retórica epidíctica o belo é instrumentalizado pelo elogio e pelo encômio, baseados principalmente na amplificação das qualidades que se pretendia inculcar na mente do auditório, minimizando ou simplesmente omitindo algum aspecto negativo que porventura o alvo do elogio possuísse (ARISTÓTELES, 2005, p. 1368a). Na retórica contemporânea, dentre outros usos, o discurso epidíctico foi acolhido por áreas como o marketing e a propaganda, onde seu uso é massivo na construção da imagem de um bem, serviço ou mesmo de uma pessoa.

Para Aristóteles, após ser identificado o gênero discursivo a ser utilizado, a tarefa seguinte que cumpria ao orador, ainda dentro da etapa da invenção, era de organizar os argumentos que seriam usados na obtenção da persuasão. Aristóteles via a argumentação como um conjunto das estratégias que comporiam o discurso persuasivo, as quais englobavam as provas inartísticas (não técnicas) e as provas artísticas (técnicas), sendo as primeiras aquelas que independiam da retórica ou do orador, a exemplo das leis, testemunhos e contratos, e as segundas, aquelas criadas pelo próprio orador na medida de seu domínio da arte retórica, revelando seu talento artístico, de modo a tornar o arrogante em respeitável, o medroso em corajoso ou o perdulário em forreta (2005, p. 1367b).

Aristóteles dispõe que, em sentido amplo, as provas artísticas se apresentam em nas formas do *ethos*, *pathos* e do *logos*, explicando que, respectivamente, “umas residem no caráter moral do orador; outras, no modo como se dispõe o ouvinte; e outras, no próprio discurso, pelo que se demonstra ou parece demonstrar” (2005, p. 1356a). A primeira prova tem sua centralidade na afetividade, a segunda na emotividade, e a última a tem na racionalidade. O orador pode até dar prevalência a uma destas provas a depender do auditório, mas no geral, deve se valer de todas elas para que haja sucesso no exercício persuasivo.

É por meio do *ethos* que o orador alcança a confiança do auditório, de modo a potencializar os efeitos das demais provas, uma vez que de nada adiantaria provocar reações emotivas ou produzir demonstrações lógicas se elas não inspirarem confiança. A importância do *ethos* está em que, “depositamos confiança no orador na medida em que ele exibe certas qualidades, isto é, se nos parece que é bom, bem-disposto ou ambas as coisas” (ARISTÓTELES, 2005, p.1366a). No âmbito de um discurso forense, por exemplo, o *ethos* pode ser explorado de muitas formas: tanto quando o orador se veste bem e demonstra segurança ao falar, como também ao se referir a argumentos de autoridade, como à doutrina ou jurisprudência.

Por sua vez, o *pathos* cuida das emoções, paixões e sentimentos suscitados no auditório. O orador, por meio da manipulação das emoções pode mais facilmente persuadir o auditório, instigando-o à ira, à antipatia, à piedade, à solidariedade, conforme for melhor ao seu intuito. Como exemplo, no discurso forense, pode-se procurar a antipatia para com o réu, ao afirmar ele burlou a lei porque não tem respeito para com a sociedade, pouco se importando com os direitos dos outros, ou contrariamente, despertar a piedade ao afirmar que ele é vítima de uma sociedade egoísta que não dá oportunidades iguais a todos.

Por fim, a prova artística do *logos* traz em si a ideia de que os argumentos utilizados pelos oradores possuem lógica, e, portanto, dado ao seu caráter de demonstração, são verdadeiros. Essa qualidade permitiu a Aristóteles estabelecer que a retórica não era apenas um catálogo de *topoi* (argumentos, lugares) ornamentais, mas também servia a bem informar e esclarecer. Com esse propósito, Aristóteles identificou no âmbito do *logos* duas

estruturas de argumentos: uma de base dedutiva, o entimema, e uma de base indutiva, o exemplo.

O entimema vem a ser um tipo de silogismo utilizado para a dedução retórica, e diferentemente do silogismo demonstrativo, cujas premissas são evidentes, ele compõe-se de premissas apenas verossímeis, prováveis, mas de aceitação ampla pelas pessoas (a *endoxa*). Aristóteles percebeu que às vezes a verdade pode ser complexa demais para explicá-la às pessoas, ou mesmo, que em certos assuntos o estado da arte não disporia ainda do que fosse a verdade. Para estes casos, ele sustentava que a persuasão poderia ser feita com o que parece ser a verdade, conquanto não fosse (verossimilhança).

Nesse sentido, Aristóteles via como legítimo um silogismo retórico (entinema) do seguinte tipo: toda mãe ama o filho; logo, ela o ama. Observe-se que a característica do entinema é o fato de a premissa maior ser apenas verossímil¹. No exemplo dado, a premissa de que toda mãe ama o filho é apenas uma afirmação *a priori* e que tem alta probabilidade de ser verdadeira, mas não é uma verdade universal, pois sabe-se que a despeito de a maioria das mães amarem os filhos, algumas não os amam.

Além disso, o entinema se caracteriza pelo fato de uma de suas premissas ser ocultada, o que o torna estruturalmente diferente do silogismo demonstrativo. No exemplo dado “toda mãe ama o filho; logo, ela o ama”, vê-se que a premissa menor “ele é filho dela” foi ocultada. Esses ocultamentos de modo deliberado servem a vários propósitos, a exemplo de quando o orador, não tendo condições de provar tal premissa, a oculta de modo que o auditório a aceite como se provada estivesse².

É no âmbito dos entinemas que Aristóteles indica a utilização dos lugares³, tanto os específicos ao gênero do discurso (judicial: justo/injusto; deliberativo: útil/inútil; epidíctico: belo/feio), quantos aos comuns a qualquer gênero discursivo, chamados de lugares-comuns (possível/impossível; real/irreal; individual/universal etc.), a exemplo do lugar-comum do mais e do menos: “se nem os deuses sabem tudo, menos ainda sabem os homens” ou “quem pode o mais, pode o menos”.

Registre-se que esses lugares-comuns dão uma ideia de racionalidade ao discurso retórico, no entanto, deve-se estar atento ao fato de que a relação lógica contida num lugar-comum não significa verdade, mas apenas verossimilhança. Esses lugares-comuns, conquanto Aristóteles os tenham encaixados num modo de raciocínio dedutivo, como se fossem eles quem levasse o sujeito à conclusão, na verdade servem para justificar decisões

¹ Num silogismo demonstrativo, a premissa maior seria irrefutável (todo homem é mortal; Pedro é homem; logo, Pedro é mortal).

² Um exemplo desse tipo de entimema se dá quando a defesa exclama: todo inocente deve ser absolvido; logo, libertem-no.

³ Olivier Reboul (2004, p. 51) explica que “por lugares”, identifica-se três sentidos, que se referem a diferentes níveis técnicos: “No sentido mais antigo e mais simples, o lugar é um argumento pronto que o defensor pode colocar em determinado momento do seu discurso, muitas vezes depois de o ter aprendido de cor”. Em um segundo sentido, “o lugar já não é um argumento-tipo, é um tipo de argumento, um esquema que pode ganhar os conteúdos mais diversos” (2004, p. 51); “Classicamente, dá-se a esses lugares o nome de “lugares-comuns”, pois se aplicam a toda espécie de argumentação; no caso atual, não passa de opinião banal expressa de modo estereotipado, enquanto o lugar clássico é um esquema de argumento que se aplica aos dados mais diversos. Tecnicamente, opõe-se ao lugar próprio, tipo argumento particular a um gênero do discurso” (2004, p. 52). Por fim, Reboul explica que o terceiro tipo de “lugar” tem o sentido mais técnico deles todos: “o lugar não é um argumento-tipo nem um tipo de argumento, mas uma questão típica que possibilita encontrar argumentos e contra-argumentos” (2004, p. 52).

prévias ao seu uso, ou seja, apenas a sua apresentação discursiva parecer ser dedutiva, mas, na verdade, o sujeito não foi guiado por esses lugares-comuns, apenas os utilizou conforme o fim que pretendia. Por isso, para Aristóteles, a retórica é a arte de encontrar o (argumento) que é persuasivo em cada caso, a exemplo da utilização de lugares-comuns que dependem da intenção do sujeito: quando se quer apressar alguém, poder-se-á dizer “não deixes para amanhã o que podes fazer hoje”, mas se a intenção for de atrasar aquela mesma tarefa, dir-se-á: “a pressa é inimiga da perfeição ou o apressado come cru”.

Esse aspecto acima anotado é de grande importância na análise que a retórica jurídica empreende sobre os discursos jurídicos, visto que não se pode ter por certo que a decisão judicial decorra dos argumentos lançados em sua fundamentação, pois eles podem ter sido escolhidos apenas por justificarem, de maneira aparentemente racional, uma decisão previamente tomada, sem que de fato tenham servido como premissa. Sobota assevera que o uso do silogismo é manipulativo, visto que dará uma ideia de que o processo decisório foi lógico. No entanto, o tempo da fundamentação é diverso do tempo da decisão, no sentido de que ao redigir a decisão em forma de silogismo, no passo anterior já se tem em mente a decisão, razão pela qual Sobota conclui que “o silogismo não é um método de decisão, mas sim um estilo de apresentação da decisão legal” (1996).

Por fim, nesta seara da apresentação de argumentos, Aristóteles apresenta o *exemplo* como um tipo próprio a ser usado para a indução, a qual consiste em persuadir o auditório de que o que ocorre num caso particular possa vir a ocorrer no geral, seja ele um fato histórico, seja parábolas ou fábulas. Essa generalização terá maior efeito à medida que o exemplo tiver de fato ocorrido, mormente se for de conhecimento próprio do auditório. Num ambiente do discurso forense, cujas provas contra o réu sejam meramente indiciárias, a citação de um exemplo de erro judiciário por todos conhecidos poderá fazer a decisão preponderar para a absolvição do réu, dado o temor dos jurados em cometer igual erro.

Esta primeira etapa do labor retórico à maneira de Aristóteles, a qual serve para escolher o tipo de discurso e os argumentos que serão utilizados na persuasão, é o que o distingue dos demais de sua época, que tinham por foco apenas os recursos estilísticos.

Por ser uma obra completa, na Arte Retórica, Aristóteles também teoriza sobre as demais fases do discurso, de modo a enriquecer a prática persuasiva. Neste sentido, ele estabelece que a segunda etapa de construção do discurso retórico é a “disposição”, entendida como a organização dos argumentos e de outras ideias obtidas quando da invenção. Para Aristóteles, na disposição (*dispositio*) o orador ordenará o discurso de modo a conduzir o auditório pelas ideias que procura transmitir, utilizando, para tanto, a seguinte disposição¹: o exórdio (*proimion*, preâmbulo), a narração (*diegesis, narratio*), a prova (persuasão ou confirmação) e o epílogo (*epilogos, peroratio*).

1 O discurso é iniciado pelo exórdio, tendo por objetivo transmitir qual o fim do discurso, delimitando o tema a ser tratado e suas nuances de modo a demonstrar aos ouvintes o que eles podem esperar daquele ato. Para Aristóteles (2005, p.1414b-1415a), “o proêmio é o início do discurso, que corresponde na poesia ao prólogo e na música de aulo ao prelúdio. Todos eles são inícios e como que preparação do caminho para o que se segue”. A segunda parte do discurso, mormente no gênero judiciário, cuida-se da narração, onde se dá a exposição dos eventos referentes à causa, sendo expostos objetivamente conforme as estratégias da defesa e da acusação. A narração, se “não for objetiva, deverá parecer. E é na narração que o logos supera o etos e o patos. Para ser eficaz, deve ter três qualidades: clareza, brevidade e credibilidade” (REBOUL, 2004 p. 56). A parte seguinte é o momento de apresentação das provas (ou confirmação), quando então os argumentos, sejam eles entinemas ou exemplos, são apresentados e também refutados. O orador também se vale do *ethos* e do *pathos*, a fim

Ultrapassada a fase de disposição, chega-se à “elocução”, que é a etapa dedicada à redação do discurso. A prosa retórica aristotélica pretende ser equilibrada, não sendo rasteira nem por demais ornamentada: “é por isto que os autores, ao comporem, devem fazer passar despercebido e não mostrar claramente que falam com artificialidade, mas sim com naturalidade, pois este último modo resulta persuasivo, o anterior, o oposto” (ARISTÓTELES, 2005, p. 1404b). Isso deixa a entrever que a perícia em usar as palavras pode ser determinante no sucesso do discurso, transformando um bom argumento em algo inócuo, ou ao revés, conduzindo um argumento fraco ao sucesso em razão do uso adequado da linguagem.

Por fim, Aristóteles apresenta a derradeira etapa, a “ação”, ou seja, a proferição do discurso, tornando público o produto da elocução. É quando se dará voz às frases e palavras do discurso, como também se usará de elementos paratextuais e extratextuais. A ação busca causar no auditório a confiança de que o orador é verdadeiro e sensato no que diz, conduzindo-o à persuasão. Nessa fase é levada em consideração os aspectos rítmicos da fala, o volume, o tom e a inflexão da voz utilizada, enfim, é “muito mais do que a enunciação do discurso: é verdadeiramente a sua interpretação integral – desde os argumentos do ponto de vista intelectual, à forma como apresenta fisicamente essa argumentação” (MATEUS, 2005, p. 122).

Por meio dessa estrutura formativa, Aristóteles resgatou o prestígio da retórica ao demonstrar que também poderia ser usada para o bom caminho, aliando-se à verdade, como também defendeu que para muitos assuntos a verossimilhança era o melhor caminho a seguir, seja porque a verdade fosse por demais complexa a ser explicada, seja porque o assunto não comportava a verdade, mas apenas uma *doxa*.

3 A retórica jurídica contemporânea de Ballweg

A retórica jurídica também serve da retórica contemporânea de Ballweg, a qual, influenciada pelos achados da virada linguística, entende que a retórica não é só uma técnica prática, como queria Aristóteles, mas também portadora de outras duas perspectivas: é constitutiva da realidade (perspectiva material) e serve para explicar como é e como se formou essa tal realidade (perspectiva analítica).

Para Ottmar Ballweg, principal seguidor de Theodor Viehweg, fundador da Escola de Mainz, da retórica nenhum direito escapa (1991, p. 175). Para ele a relação entre direito e retórica é decorrente da própria natureza do Direito, o qual não vai além de uma manifestação linguística. Nessa linha de raciocínio, em sendo linguagem, Ballweg conclui que o direito não pode deixar de ser retórico, porque “a linguagem mesma é retórica¹. Ela

de despertar emoções no auditório (REBOUL, 2004, p. 57). Para Aristóteles a “exemplificação é o que é mais apropriado ao discurso deliberativo, entimema ao discurso judiciário” (ARISTÓTELES, 2005, p. 1417b). A parte final do discurso (epílogo ou peroração) em Aristóteles (2005, p. 1419b) tem quatro funções a cumprir: “tornar o ouvinte favorável para a causa do orador e desfavorável para a do adversário; amplificar ou minimizar; dispor o ouvinte para um comportamento emocional; recapitular”.

1 Essa concepção de retoricidade da linguagem é inspirada em Nietzsche, para quem “a linguagem é retórica, pois ela quer traduzir apenas uma *doxa* e não uma *episteme*”, citado por Ballweg (1991, p. 176).

tem todos os meios retóricos a seu alcance, cada um com a função específica que lhe é atribuída nos sistemas linguísticos sociais” (1991, p. 176).

Sua maior contribuição no estudo da retoricidade do direito foi a sugerida tripartição da retórica em três perspectivas ou níveis. Inspirado em Nietzsche, que via na retórica três sentidos diversos, quais sejam, a retórica como *dýnamis* (**δύναμις**), como *téchne* (**τέχνη**) e como *epístéme* (**ἐπιστήμη**), Ballweg propõe que esses sentidos correspondam, respetivamente, aos níveis da retórica material, prática e analítica.

Para Ballweg, o direito, como fenômeno discursivo, tem seu primeiro nível na retórica material, entendida como a retórica utilizada natural e inconscientemente pelos seres humanos de todas as épocas, se constituindo no processo de condensar a linguagem comum em direção às linguagens de controle (1991, p. 176). Neste nível material (ou existencial, como também é conhecido), a palavra é tomada não como um signo ou simples vocábulo, mas sim como a própria realidade que procura descrever, ou de outra forma, ela é portadora de um efeito material de modo a tornar existente o que ela busca expressar. No caso do direito, toda uma linguagem específica surge, criando no indivíduo a realidade representada pelos vocábulos. São exemplos dessa realidade discursiva palavras como democracia, justiça, dignidade, igualdade, sanção, autoridade, etc.

O direito, no nível da retórica material, se constitui em como a ordem jurídica se apresenta a todos. Se matar alguém sem justificante é crime e matar alguém em legítima defesa não é crime, isso representa descrever o relato vencedor no direito, a sua retórica material.

Num segundo plano aparece a retórica prática (também conhecida como estratégica) ensinando “o emprego transcendente dos meios retóricos imanentes à linguagem” (BALLWEG, 1991, p. 177), num esforço para persuadir e convencer, usando para tanto a tópica, a teoria da argumentação, teorias das figuras e outras tantas. É um nível normativo, pois busca utilizar de estratégias várias para moldar a realidade discursiva, ou seja, moldar o nível anterior.

Neste nível retórico é que se encontra a retórica aristotélica e qualquer outra cuja função seja indicar quais as estratégias linguísticas que devem ser usadas para que a linguagem consiga produzir o efeito que o emissor espera. Sua natureza é prescritiva, pois indica qual o caminho a seguir na construção da realidade. Por uma outra visão, a retórica prática é aquela que busca se transformar em retórica material, fornecendo o plano para tanto. No âmbito do direito, a retórica prática é representada pela dogmática, cuja função é moldar como o ordenamento jurídico (nível material) deve ser entendido e aplicado.

Um grande contributo de Ballweg a respeito do nível prático, que auxilia na compreensão de como o fenômeno retórico conforma o direito, é a ideia de que a retórica material melhor cumprirá seus desideratos de orientação e ordenação, regularidade e vinculação duradoura, posicionamento e relacionamento, se essas funções forem mantidas latentes por meio da redenominação com significado existencial¹ (doravante referida apenas como redenominação), a qual vem a ser um artifício linguístico de usar uma palavra ou

1 Ballweg cita vários exemplos dessa redenominação com significado existencial: “na medida em que se fala “verdade” em lugar de “ordem”, de “conhecimento” ao invés de “orientação”, de “racionalidade” em lugar de “regularidade, de “ser” em vez de “vinculação duradoura”, de “direitos” em lugar de posicionamento e “responsabilidade” ao invés de “relacionamento” (1991, p. 117).

expressão por outra, de modo que se tome emprestado naquele contexto a ideia material que a palavra expressa.

Parini fornece exemplo da redenominação da palavra vingança por justiça, explicando que enquanto a primeira, na linguagem comum, é repudiada por ser considerada ilegítima, irracional e pessoal, "por meio de outra expressão, como justiça, ela se legitima, se racionaliza e é dotada da autoridade impessoal do direito e do Estado" (2017, p. 117). Outro exemplo que pode demonstrar a função de encobrimento da redenominação é a utilização da palavra sigilo ou segredo para encobrir que na realidade se está faltando com a verdade em prol de outro interesse (o recato, a persecução penal etc.). Sem esse encobrimento retórico, um processo judicial sigiloso seria visto como um exemplo justificado de insinceridade, que não obstante essa isenção, poderia vir a ser visto como algo inapropriado e poderia abalar a confiança que as pessoas depositam no sistema judicial. Evidentemente que poderia se esperar que as pessoas pudessem sopesar racionalmente os benefícios da insinceridade e os prejuízos que a sinceridade poderia causar em casos específicos. No entanto, como o ambiente humano exalta os bons valores (ética, justiça, verdade etc.), na prática, esse sopesamento tenderia, ainda que reconhecida a necessidade da insinceridade, a ver o sistema judicial com desconfiança em razão de práticas baseadas em valores não nobres. Por isso, é melhor se encobrir a insinceridade a todo custo, promovendo-se essa redenominação que ocorre no âmbito da retórica material e tem por missão produzir confiança no sistema linguístico, pois "a confiança na língua é o pressuposto da confiança no direito" (BALLWEG, 1991, p. 117).

No último plano está a retórica analítica, possuidora de um viés pretensamente neutro, cuja função é descrever as relações havidas entre os planos anteriores, de modo a detectar como as retóricas práticas influenciam e formam as retóricas materiais. No entanto, diferentemente destas outras, a retórica analítica não está sujeita a constrangimentos dogmáticos, tais como a obrigatoriedade de decidir, a obrigatoriedade de fundamentar e a obrigatoriedade de interpretar (BALLWEG, 1991, p. 178), o que lhe permite um olhar menos vinculado às necessidades demandadas ao Direito.

No cenário jurídico esse nível é representado por ramos do saber tal qual a ciência do direito e a filosofia do direito, as quais procuram analisar criticamente como a retórica prática (a dogmática jurídica e suas várias estratégias) influi na retórica material (o direito como ele é concebido). É um nível retórico que não busca se transformar em retórica material (ser o direito) ou prática (ser dogmática), mas sim explicá-los; ou de outra forma: não quer constituir a realidade, mas explicá-la ao indicar como se formou. É nesse nível que se inserem teorias como a de João Maurício Adeodato (teoria retórica realista), a qual pretende ser um instrumento de análise imparcial de como o ordenamento jurídico se compõe retoricamente e de quais estratégias foram adotadas para tanto.

Outro importante contributo de Ballweg, ainda no âmbito da retórica analítica, é a sua proposta de outra tripartição. Ballweg sugere a existência de três perspectivas no nível retórico analítico, sendo elas a fronética, a holotática e a semiótica, as quais permitem um aprofundamento na demonstração das relações existentes entre os utentes da língua, denominados sujeitos, os sinais linguísticos, denominados signos e os objetos, que vem a ser os eventos extralinguísticos da experiência empírica.

Dessa forma, o sujeito, o signo e o objeto quando tratados pela fronética, pela holotática e pela semiótica têm relações internas diversas, ora preponderando um, ora outro,

de forma que cada um desses novos níveis se constitui de outros três subníveis representativos dessa preponderância, totalizando nove subníveis analíticos.

Ballweg cuida, pois, de examinar a influência que cada um desses elementos exerce sobre os demais no âmbito dessas diversas perspectivas por ele proposta. No entanto, deixaremos de lado o refinamento teórico mais aprofundado que Ballweg elabora, de modo que, sucintamente, se apresentará a partição da retórica analítica nos nove subníveis linguísticos.

Para Ballweg, a primeira perspectiva é a fonética, a qual tem por atenção a atuação do sujeito (S) do discurso e possui especial importância para a retórica jurídica, pois analisa a realidade existente a partir da perspectiva do sujeito, investigando sob suas várias lentes, as relações havidas entre os sujeitos (S-S), entre sujeito e objeto (S-O) e, por fim, entre sujeito e sinal (S-Z). Essas zonas de interação são chamadas, respectivamente, de argônica¹, que cuida da observação das várias e intensas relações entre os sujeitos discursivos, ergônica², que analisa a interação entre sujeito e objeto, de modo a se compreender que o objeto não existirá em si, mas sim em relação ao sujeito, e pitanêutica³, que se foca no estudo das relações entre sujeitos e signos mostrando como o sistema linguístico é utilizado para, por meio de sua manipulação, conferir conteúdos controláveis aos vários domínios daquele dado sistema .

A segunda perspectiva, a holotática, tem sua centralidade no objeto, servindo-se deste para analisar suas relações tanto com outros objetos (O-O), quanto entre objeto e sinal (O-Z) e entre objeto e sujeito (O-S). As zonas de interação daí decorrentes são conhecidas por ontotática⁴, que se preocupa com a ontologização das significações e seu impacto sobre os objetos, axiotática⁵, que toma por parâmetro a circunstância de o sinal está em um nível secundário, de dependência ao ser da coisa, e teleotática⁶, no qual se analisa as relações entre objeto e sujeito, também aqui havendo uma prevalência do objeto em relação aos sujeitos. A retórica jurídica utiliza-se dessa perspectiva para pôr a descoberto

- 1 No âmbito da argônica, a observação “sobre as posições que ocupam os sujeitos dentro desses vários mundos a que chamamos real, ideal, imaginário etc.” (PARINI, 2017, p. 126). Pelo fato de essas posições serem variadas, tem-se por consequência a existência de variados papéis institucionais, aos quais é atrelado um certo poder retórico (autor, réu, juiz, testemunha...).
- 2 No âmbito da ergônica, os estudos sobre o contrato, as obrigações, direitos e deveres entre os sujeitos. Em razão dessa implicação com o sujeito, é este quem determina o que será reificado, o que constituirá o mundo real (PARINI, 2017, p. 127).
- 3 No âmbito da pitanêutica, “o trabalho de dogmatização do direito depende dessas discussões teóricas e do sucesso das argumentações acerca deste ou daquele nome que deve ser empregado para denotar este ou aquele sentido” (PARINI, 2017, p.128). Essa é a razão de na linguagem técnico-jurídica os termos paixão e emoção significarem estados diferentes, assim como notificação ter um sentido no processo do trabalho e outro no processo civil.
- 4 No âmbito da ontotática, o cenário por excelência é a retórica material, onde se constrói o mundo “real” que conhecemos. Ela “visa pôr a descoberto, desconstruir os sistemas linguísticos holísticos das ontologias tradicionais, mostrando que também são retóricos os ‘objetos’ e ‘valores’ alegadamente extralinguísticos, a ‘natureza’, o ‘conceito’, a ‘síntese” (ADEODATO, 2009, p. 40). É onde mais de perto se observa como se dá o ontologismo, como se fosse possível “falar de um direito sem autoria, como um direito natural racional, ou de regras em si mesmas racionais” (PARINI, 2017, p. 130).
- 5 No âmbito da axiotática, o objeto se torna senhor do sinal, capturando-o. É o que se pode denominar “objetivismo linguístico” (ADEODATO, 2009, p. 41).
- 6 No âmbito da teleotática, Adeodato (2009, p. 41) chega a falar numa “objetivação retórica totalizadora dirigida ao sujeito, no sentido de que o sujeito não será tratado como indivíduo, mas sim objetivamente como ocupante de uma posição, seja ela de apelante, contratante, autoridade etc., pois ao direto será importante estas características objetivas e não as suas individuais apresentadas pelo sujeito.

estas estratégias de ontologização, esclarecendo que tudo é criado a partir dos sujeitos, não havendo “descobertas” ontológicas, mas sim a sua criação pelo homem.

Na última perspectiva, o âmbito da semiótica, Ballweg recepciona a contribuição de Charles William Morris, de modo a compreendê-la como composta pela sintaxe, semântica e pragmática. Pela sintaxe se examina a relação entre as palavras que constroem uma proposição normativa, auxiliando nas questões de lógica jurídica, a fim de solucionar problemas como os das lacunas normativas e das antinomias¹. No âmbito da semântica² se examina a interação ente sinal e objeto (Z-O), no sentido de analisar quais sinais determinam tal e qual objeto, tendo também lugar o embate entre denotação e conotação. Por fim, na pragmática se examinam as relações de sinal e sujeito (Z-S), preocupando-se com os usos da língua. Nesse nível o sinal prepondera em relação ao sujeito, de modo que o sujeito não tem o poder de ditar o conteúdo do sinal, mas sim de reconhecer qual o seu atual uso.

Neste contexto, o exame da linguagem jurídica pela ótica analítica dessas diversas perspectivas e âmbitos permitem descerrar a sua fachada normativa, ainda proeminente na atualidade, de que o direito é constituído por um conjunto de normas explicitamente dispostas num sistema. Ao revés, a retórica jurídica, que tem como uma das mais proeminentes teorias a de Adeodato (2014), a teoria retórica realista, parte do pressuposto de que o ordenamento jurídico não é um dado prévio ao homem-juiz, mas construído a partir da interação com o caso concreto (a fronética desvenda isso ao mostrar que é a partir do sujeito é que se irradia o entendimento sobre outras realidades), servindo-se, para tanto, de uma linguagem competente que construa esse entendimento de forma consentânea com os valores e aspirações humanos (aqui a holotática desvenda a estratégia ontologizadora de se conceber os objetos como existentes independentemente da linguagem, como forma de afastar a pessoalidade da decisão), que, no entanto, pode ser analiticamente destrinchada pelo exame das várias funções que o signo pode exercer nesta construção da realidade (semiótica).

Para além desse caráter revelador da análise retórica de cunho analista, o que em si já é uma utilidade, ela também “serve indiretamente a práxis e pode otimizá-la na consecução de seus objetivos” (BALLWEG, 1991, p.178), o que demonstra a importância da ciência jurídica para o aperfeiçoamento do direito.

4 Considerações finais

Se desde as primeiras formas primitivas de comunicação o ser humano já se comportava retoricamente, de lá para cá o seu arsenal retórico expandiu-se enormemente, a ponto de tornar-se invisível aos olhos menos atentos, mesmo aos de quem labuta diuturnamente na arte retórica de convencer auditórios, os juristas.

1 “Esses problemas só têm sentido no âmbito da sintaxe em que prepondera a crença na univocidade dos conceitos jurídicos empregados na elaboração de textos normativos” (PARINI, 2017, p. 131).

2 “É nesse âmbito que se discute qual o alcance e o limite de um conceito como, por exemplo, o conceito de propriedade e, em que medida ele se diferencia dos conceitos de posse, uso, gozo, usufruto etc.” (PARINI, 2017, p. 131).

O estudo da antiga e da contemporânea retórica mostrou como elas se complementam na explicação do fenômeno comunicativo. Seja Aristóteles com os seus conceitos de *ethos*, *pathos* e *logos* e entinema, seja Ballweg com sua visão tripartida da retórica e a redenominação com efeito material, as contribuições de ambos os filósofos são importantes para a compreensão das bases da atual retórica jurídica, concebida como o estudo do ordenamento jurídico a partir de sua feição linguística.

A demonstração propedêutica da interação entre o direito e a retórica, principalmente pela utilização de vários exemplos dessa interação ao longo do texto, propiciou a visualização de como o direito está impregnado pela retórica em suas várias perspectivas (material, prática e analítica), possibilitando-nos uma melhor compreensão de como o fenômeno jurídico se apresenta, como se forma e como pode ser analisado.

Se o direito é construído retoricamente, nada mais lógico e salutar do que estudá-lo com as ferramentas retóricas, de modo a deixarmos de lado aquele preconceito infundado de que a retórica é uma arte falaz e enganadora dos incautos, para então compreendê-la como algo imanente ao ser humano na sua vida em sociedade, a qual necessariamente passa pelo direito.

5 Referências

ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. Revista Sequência, Florianópolis, v. 1, n. 56, p. 55-82, jun. 2008.

ADEODATO, João Maurício. Retórica realista e decisão jurídica. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 18, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2017.

ADEODATO, João Maurício. Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo. São Paulo: Noeses, 2014.

ARISTÓTELES. Arte retórica. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, v. 39, n. 163, p. 175-184, set. 1991.

FIDALGO, António. Definição de retórica e cultura grega. Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação, 28 nov. 2008. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-retorica-cultura-grega.html>. Acesso em: 21 mar. 2020.

FONSECA, Ísis Borges B. da. Introdução. In: ARISTÓTELES. Retórica das paixões. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 7-15.

MATEUS, Samuel. Introdução à retórica no séc. XXI. Coimbra: Editora LabCom.IFP, 2015.

PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do direito. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito / UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 115-135, jan. 2017.

PLATÃO. Górgias. [2020]. Disponível em: <http://bocc.ubi.pt/~fidalgo/retorica/platao-gorgias.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.

REALE, Giovanni. Introducción a Aristóteles. Barcelona: Herder, 1985.

REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! In: Anuário da Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, n. 7. Recife: UFPE, 1996.

O FORTALECIMENTO DO CONTROLE POLÍTICO PREVENTIVO DE EMENDAS COMO ALTERNATIVA À SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL

*THE STRENGTHENING OF PREVENTIVE POLITICAL CONTROL OF AMENDMENTS AS AN
ALTERNATIVE TO JUDICIAL SUPREMACY IN BRAZIL*

Gustavo Nascimento Torres

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina. Bacharel em Direito pelo Instituto Camillo Filho. Professor do curso de Direito da FATEPI/FAESPI

Letícia Regina Camargo Kreuz

Doutora e Mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR). Professora Substituta de Direito do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais (NINC-UFPR)

Resumo: O trabalho aborda a tensão entre constitucionalismo e democracia no caso específico do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil. O problema que se pretende analisar é o seguinte: haveria possibilidade de se mitigar a supremacia judicial no controle de emendas a partir de desenhos institucionais parlamentares que garantissem maior coesão na proposta de emendas constitucionais? Na primeira parte expõe os fundamentos da supremacia judicial na interpretação constitucional estão baseados em um processo de *self enforcing*, no qual o STF construiu jurisprudência para lhe auto outorgou o controle de emendas constitucionais e o desenho institucional da Constituição de 1988 reforçou a posição supremacista ao conferir amplos poderes à corte, fato que tem causado desequilíbrio entre poder legislativo e poder judiciário. Na segunda parte busca-se demonstrar que reforço do controle político de constitucionalidade a partir de uma escolha estratégica (teoria dos jogos) poderia mitigar a provocação da jurisdição constitucional pelos partidos políticos derrotados na deliberação política e, assim, reconduzir o parlamento à posição de centralidade nas decisões políticas fundamentais do país, evitando-se o deslocamento do *locus* das decisões para a arena judicial. A metodologia empregada no trabalho consiste em pesquisa de caráter dogmático de abordagem qualitativa, por meio da utilização de pesquisa exploratória através do método da revisão bibliográfica. Assim, verificou-se como resultados da pesquisa que é possível sustentar uma mudança estratégica no desenho interno do parlamento (CCJs) para construção de proposta de emendas constitucionais mais coesas e, assim, evitar a provocação da jurisdição constitucional reconduzindo o parlamento brasileiro à posição de centralidade nas decisões políticas fundamentais do país.

Palavras-chave: Emendas constitucionais – Controle político – Desenhos parlamentares

Abstract: This paper addresses the tension between constitutionalism and democracy in case of the constitutionality control of constitutional amendments in Brazil. We intend to answer the following question: would it be possible to mitigate judicial supremacy in the control of amendments through parliamentary institutional designs that would guarantee greater cohesion in the proposal of constitutional amendments? In the first part, the foundations of judicial supremacy in constitutional interpretation are based on a process of *self enforcing*, in which the Brazilian Supreme Court (STF) has built jurisprudence to grant itself control over constitutional amendments. The institutional design of the 1988 Constitution has reinforced the supremacist position by granting broad powers to the court, a fact that has caused an imbalance between the legislative and judicial branches. The second part of the paper seeks to demonstrate that the strengthening of the political constitutionality control through a strategic choice (game theory) could mitigate the provocation of the constitutional jurisdiction by political parties that are defeated in political deliberation and, thus, lead parliament back to a central position in the fundamental political decisions of the country, avoiding the *locus* displacement of the decisions to the judicial arena. The methodology employed in this work consists of dogmatic research with a qualitative approach, using exploratory research through literature review. The results of the research show that it is possible to sustain a strategic change in the design of the parliament composition (Justice Committee - CCJs) for the construction of more cohesive constitutional amendment proposals and, thus, avoid the provocation of the constitutional jurisdiction by reconducting the Brazilian parliament to the position of centrality in the fundamental political decisions of the country.

Keywords: Constitutional amendments – Political control – Parliamentary designs

Aprovado em janeiro de 2022.

1. INTRODUÇÃO

Estudos mais recentes sobre emendas constitucionais realizados por teóricos como Yaniv Roznai (2014), Ginsburg e Elkins (2015), Richard Albert (2019), cada qual com suas especificidades, têm buscado analisar a importância dos mecanismos institucionais de alteração nas democracias constitucionais.

O constitucionalismo moderno incorporou regras formais de alteração do texto constitucional e uso desse expediente é cada vez mais constante. Ginsburg e Elkins (2015) relatam, por exemplo, que cerca de 30 Constituições são emendadas por ano no mundo. No Brasil, desde a sua promulgação em 1988, a Constituição já foi emendada 109 vezes. Albert, Benvindo e Bernal (2018) apontam que o Brasil é um dos países que mais produz emendas constitucionais no mundo.

Nesse cenário, como explica Albert (2019), as regras de emendamento constitucional ganham especial relevo, pois podem expor suas vulnerabilidades mais profundas e revelar suas maiores forças¹. Daí a importância da discussão acerca do controle do exercício do poder constituinte reformador, sobremodo, porque a tradição do constitucionalismo brasileiro é de deferência ao controle judicial, ainda que a Constituição não tenha dito a quem caberia de fato o exercício dessa prerrogativa institucional.

Fato é que a supremacia judicial no controle de emendas constitucionais no Brasil traz à tona a tensão mais latente entre democracia e constitucionalismo. A democracia entendida como promessa de autogoverno é contrastada com a ideia de controle judicial de emendas na medida em que o mecanismo institucional colocado à disposição das gerações futuras para atualização do sentido constitucional passar a ser tutelado, ainda que a constituição silencie nesse aspecto.

Questiona-se, por que a interpretação constitucional de uma emenda feita pelo judiciário deve prevalecer em relação à interpretação do legislativo? Obviamente, não se trata de casos esdrúxulos que busquem a supressão frontal de cláusulas pétreas e tampouco de abdicar do controle judicial de constitucionalidade, mas de questionar a supremacia judicial que hoje vige no sistema constitucional brasileiro como um dogma, sobretudo, no caso de emendas constitucionais, dada sua carga democrática mais elevada devido ao procedimento qualificado de elaboração.

Com efeito, a tese que se pretende argumentar nesse trabalho é a de que a mudança no desenho institucional parlamentar das comissões de constituição e justiça – CCJ poderia gerar maior equilíbrio na disputa interpretativa de emendas entre legislativo e judiciário. No caso, entende-se que a mudança no desenho institucional do controle político preventivo realizado pelo poder legislativo pode, a partir de uma escolha estratégica do parlamento, gerar unidade institucional na formulação de PECs, situação que, em tese, poderá levar diminuição dos questionamentos judiciais acerca da constitucionalidade das emendas

¹ The rules are so fundamental that “we might define a constitution as its process of amendment.” They open a window into the soul of a constitution exposing its deepest vulnerabilities and revealing its greatest strengths.”

aprovadas e devolver ao parlamento a centralidade nas decisões políticas fundamentais do país.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira parte intitulada "Supremacia judicial e desequilíbrio democrático" busca-se demonstrar que o constitucionalismo brasileiro tem como uma de suas características a deferência à interpretação judicial da constituição, processo reforçado ao longo do tempo pela jurisprudência do STF e ratificado no desenho institucional da Constituição de 1988. Em relação às emendas constitucionais, tal característica revela um desequilíbrio democrático.

Na segunda parte do trabalho denominada "Controle político preventivo: uma escolha estratégica" objetiva-se apresentar o controle político como uma possível solução para o problema enfrentado. Nessa perspectiva aborda-se a teoria da escolha racional para defender a mudança do desenho interno do parlamento, especialmente, nas CCIs, como medida capaz de mitigar as constantes provocações da jurisdição constitucional pelos próprios parlamentares para reconduzir o legislativo à centralidade das decisões políticas fundamentais do país.

2.1 Supremacia judicial e desequilíbrio democrático

Desde a sua promulgação em 1988, a Constituição brasileira já foi emendada 109 vezes, uma média de 3,39 (ALBERT; BENVINDO; BERNAL, 2018), o que coloca o Brasil como um dos países que mais utilizam do expediente no mundo. O processo legislativo de emendas constitucionais configura-se como um relevante instrumento institucional posto à disposição do legislador para atualização do sentido constitucional.

Nesse cenário, o processo político que tangencia as alterações constitucionais assume especial relevância na dinâmica institucional, principalmente porque nossa constituição atribuiu em vários casos competência ao legislador futuro para dirimir os desacordos que não puderam ser equacionados no processo constituinte originário, como se verifica, por exemplo, no art. 3º do ADCT¹. Como explica Dixon (2011), a deferência a legislador futuro pode ser uma importante estratégia utilizada no momento da elaboração da constituição, inclusive para se evitar o custo do erro original que certamente será o uso de emendas constitucionais para correção.

As regras de alteração da Constituição têm especial relevância na medida em que os reformadores podem usá-las para melhorar ou enfraquecer a democracia, para expandir ou reduzir direitos e para melhorar ou mesmo destruir a própria Constituição. Desse modo, o desenho constitucional acerca das regras de alteração vai definir o padrão que tornará uma emenda válida (ALBERT, 2019).

Nesse complexo contexto institucional o controle judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal - STF tornou-se peça fundamental na engrenagem política brasileira, na medida em que busca verificar se a opção do legislador reformador se encontra dentro das balizas da Constituição (art. 60, §4º, da Constituição²). A questão é que apesar da

¹Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

Constituição ter trazido um rol explícito de limites materiais ao exercício do poder de reforma (cláusulas pétreas), não disse como e muito menos quem é legitimado a protegê-los no caso de violação (SCOTTI, 2018)¹.

Foi por meio de um processo histórico de construção jurisprudencial e aceitação institucional que o STF se colocou com um *player* poderoso na política ao realizar o controle judicial de emendas. Primeiramente, no julgamento do HC nº n.º 18.178², em 1926, o STF reconheceu sua competência da corte para examinar se o aspecto procedimental de produção da emenda foi observado. No segundo momento, em 1980, no julgamento do mandado de segurança n.º 20.257-DF³, o STF reforçou sua competência ao realizar o controle de constitucionalidade sobre proposta de emenda à constituição consagrando a visão “supremacista” do poder judiciário no âmbito da interpretação constitucional.

Por fim, já sob a vigência da Constituição de 1988, o STF ratificou a posição de supremacia judicial na interpretação constitucional de emendas a partir de uma série de decisões em ações de controle concentrado de constitucionalidade nos anos 90⁴, até culminar com o julgamento das ADIs nº 2797/05 e 5105/15, na qual adotou a posição extremada da supremacia judicial ao declarar a inconstitucionalidade da legislação que buscasse alterar a jurisprudência do STF. Na ocasião, assentou-se que os efeitos vinculantes da decisão do controle abstrato de constitucionalidade se estenderiam à própria atividade legiferante, o que denota o bloqueio a qualquer tentativa de superação legislativa da interpretação judicial.

No silêncio das sucessivas constituições brasileiras o STF construiu jurisprudência na qual se autoproclamou detentor do poder de proteger as cláusulas pétreas em última instância, reforçando seu papel de veto *player* ao longo da história constitucional brasileira. A construção histórica da jurisprudência que consagrou a supremacia do STF no controle de emendas foi reforçada pelo desenho institucional da Constituição de 1988 ao promover a abertura de canais de legitimação e meios processuais para provocação da jurisdição constitucional, dotando-a de uma autoridade jamais vista em outros tempos na República brasileira (VIEIRA, 2008).

Com efeito, a supremacia judicial do STF na interpretação constitucional se mostra como um processo reforçado ao longo da história do constitucionalismo brasileiro por via da jurisprudência pacífica e também pelo fato de que as poucas tentativas de equilibrar a disputa foram rechaçadas de pronto e rotuladas como autoritárias, inclusive, comparadas

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

¹“Finally, it should be reminded that, while drafting a so complex discipline of the power of judicial review of legislation – which empowers the STF through numerous tools for adjudicating on the activity (and on the omissions) of the Parliament and of the Government and at the same time undermines its authority subjugating the erga omnes effect of some decision to the will of the Senate – framers also ‘forgot’ to individuate a body entitled to enforce the protection of the cláusulas petreas”.

²O Supremo Tribunal Federal tem, sem dúvida, autoridade para, nos casos concretos, examinar se a Reforma Constitucional obedeceu, na sua elaboração e no seu acabamento, as disposições do art. 90 da lei fundamental da República, que criou a alta corte de Justiça, sobretudo, para ser o seu guarda supremo. (BRASIL. STF, HC 18178-DF, *on-line*).

³E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle de constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que se falar, a esse respeito, em independência entre Poderes. (BRASIL. STF, MS 20.257-DF, *on-line*).

⁴ ADI 466/91, ADI 829/93, ADI 830/93, ADI 833/93, ADI 926/93 e ADI 939/93.

ao mecanismo institucional que permitia ao chefe do poder executivo sustar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis proferidas pelo STF¹.

Citem-se as tentativas mais recentes contidas nas PECs nº 03/2011 e 33/2011 que pretendiam redesenhar o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, para, dentre outras mudanças, impedir a concessão de medida cautelar monocrática para sustar efeito de emenda e abrir a possibilidade de uma fase deliberativa por meio de referendo popular no caso de divergência interpretativa sobre emendas entre legislativo e judiciário.

O ponto mais polêmico da proposta dizia respeito à possibilidade de recorrer ao povo diretamente para sanar o dissídio interpretativo entre legislativo e judiciário no caso específico de emendas constitucionais. Pela PEC n.º 33/2011, caso o STF declarasse a inconstitucionalidade de uma emenda à constituição, os efeitos dessa decisão só passariam a valer após deliberação do congresso nacional no prazo de 90 dias, mediante o voto de três quintos de seus membros, em sessão conjunta, poderia submeter à controvérsia interpretativa a consulta popular.

O congresso nacional não daria a palavra final sobre a questão. Pela proposta a solução da divergência competiria diretamente ao povo, por meio de consulta popular. Para além da disputa entre legislativo e judiciário pela "palavra final" na interpretação constitucional, o povo seria incluído diretamente nesse processo como intérprete final de seu próprio caminho. Nesse cenário é possível dizer que a PEC n.º 33/2011 alterava profundamente a dinâmica tradicional do constitucionalismo brasileiro de deferência à interpretação judicial.

Logo, é possível dizer que a supremacia judicial na interpretação constitucional foi construída a partir de um processo reforçador de aplicação da jurisprudência, consolidada pelo novo desenho institucional da Constituição de 1988. Trata-se do processo de *self enforcing* da Constituição. Weingast (2014) explica que o conceito de *self enforcing* pode ser entendido como a autoaplicação da constituição reforçada ao longo do tempo, de modo que os atores políticos devem ter incentivos para atuar conforme as regras do jogo democrático e assim consolidar a própria democracia.

Para a teoria do *self-enforcig* o desenho institucional da Constituição é considerado um fator interno capaz de gerar a sobrevivência ou não da ordem política (WEINGAST, 2014). No âmbito do *design* constitucional das regras de emenda, o equilíbrio poderia ser alcançado na medida em que fossem permitidas as mudanças necessárias à atualização do texto constitucional e de igual modo houvesse incentivo para que os atores políticos não as promovam sem necessidade justificada ou desrespeitando o processo legislativo (BENVINDO, 2020, p. 740). Contudo, o equilíbrio desejado não é alcançado apenas pelo respeito ao processo legislativo formal. Albert (2019) entende que o julgamento e a legitimidade social da proposta a partir de um processo deliberativo também deveriam ser levados em consideração.

O caso brasileiro parece divergir da ideia de deliberação na medida em que a adoção da posição extremada no controle judicial de emendas pelo STF (ADIs nº 2797/05 e 5105/15) bloqueia a ação de superação do legislativo. A situação é mais tensa no Brasil, uma vez que a eficácia de emendas pode ser suspensa por medida cautelar monocrática

¹ O artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937 previa a possibilidade do parlamento tornar sem efeito a decisão judicial sobre a constitucionalidade das leis, configurando um desenho institucional que rompeu com a tradição do constitucionalismo de conferir tal função ao poder judiciário.

como ocorreu, por exemplo, na ADI n.º 5.017/2013¹. O ministro Joaquim Barbosa, então presidente do STF, concedeu medida cautela no plantão judiciário suspendendo os efeitos da emenda e assim permanece desde o dia 17/07/2013. Veja-se, uma emenda constitucional que tramitou no congresso nacional e foi amplamente debatida e aprovada teve seus efeitos suspensos pela decisão de um único ministro do STF. Tal fenômeno é descrito por Diego Werneck e Leandro Ribeiro (2018) como “ministrocracia”.

Como sustentar a existência de deliberação coordenada no cenário em que um dos atores políticos envolvidos pode determinar o alcance ou até mesmo obstaculizar o curso da ação política do outro interessado? O exemplo da ADI n.º 5.017/2013 demonstra a assimetria de forças entre legislativo e judiciário na atualidade. Importante explicar que a supremacia judicial na interpretação da Constituição não quer dizer o monopólio da “última palavra”, mas, sim, o enquadramento da função legislativa as balizas determinadas pela jurisdição constitucional, pois ainda que o legislativo possa apresentar uma nova proposta de emenda para, em tese, “superá-la”, terá que fazê-lo nos termos e parâmetros da decisão do STF, ainda que considere sua interpretação legítima tanto quanto a da Corte. Portanto, a supremacia judicial se refere à substância da interpretação e não necessariamente a autoridade que proferiu formalmente a “última palavra” sobre a questão controversa.

O quão democrático tem sido nosso sistema se a decisão da Suprema Corte não passa pelo escrutínio de outro departamento e o Judiciário não sofre controle pela via eleitoral? Na medida em que a Suprema Corte brasileira passa a nortear o curso da ação política dos demais atores (legislativo, principalmente), ainda que a interpretação constitucional dos últimos também seja possível e até desejável do ponto de vista democrático, considerando o aspecto de vinculação e controle popular pela via eleitoral, o nosso sistema torna-se questionável do ponto de vista democrático. Errada ou certa, má ou boa, a decisão judicial sobre a interpretação de emendas produzirá efeitos sem qualquer tipo de controle social, no máximo, alguma reação contrária (efeito *backlash*) e a tentativa do parlamento de modificá-la, certamente recairá em nova análise provocada por algum partido político que considere a mudança da jurisprudência prejudicial a seus interesses enquanto sigla individual.

Não restam dúvidas quanto à proeminência assumida pelo STF no cenário político brasileiro. No caso específico do controle exercido sob o poder constituinte reformador, tal posição o coloca como um “superpoder” acima dos demais ao ponto de se questionar a própria dinâmica democrática das relações entre as instituições.

Tal problema conduz a pensar em como buscar equilibrar as forças entre legislativo e judiciário a partir de desenhos institucionais no parlamento. Considerando a tradição do constitucionalismo brasileiro de deferência à supremacia judicial reforçada no tempo (*self enforcing*) e o desenho constitucional de 1988, ampliativo do âmbito de ação e autoridade da Corte Suprema (VILHENA, 2008), uma mudança de desenho institucional no Poder Judiciário parece ser menos crível.

2.2 Controle político preventivo: uma escolha estratégica

¹ Os efeitos da EC n.º 73/2013¹ encontram-se suspensos desde o dia 17/07/2013 por decisão monocrática cautelar.

O desenho institucional do processo deliberativo parlamentar interfere na dinâmica da política constitucional na medida em que a judicialização das disputas políticas, geralmente, parte da provocação de partidos derrotados, como explica Mendes (2005). Benvindo (2014) apresenta dados empíricos sobre a existência de um grupo de grandes demandantes, no qual os partidos políticos estão incluídos, que juntos provocaram 90% das ADIs perante o STF e cada qual com mais de 15% das ações propostas.

No caso específico de emendas constitucionais, Arruda (2019) demonstra que foram ajuizadas 123 ADIs perante do STF, no período de 1988 a 2018, sendo que em 21 ações houve apreciação do mérito. Desse universo de 21 ADIs com julgamento de mérito, os partidos com representação no Congresso foram responsáveis por provocar a corte em seis oportunidades (28,5%), ficando atrás apenas das entidades e associações de classe com representação nacional (10 – 47,6%). Os dados confirmam os partidos políticos como legitimados que fazem constante provocação ao judiciário.

Tushnet (2008) afirma que a possibilidade de constante correção da atividade legislativa perante o Poder Judiciário leva ao problema da não adesão dos legisladores aos princípios e aos valores da Constituição. Nesse aspecto, ele argumenta que os legisladores tendem a legislar casuisticamente apenas para contemplarem seus objetivos eleitorais sem preocupação com a coesão constitucional, já que poderão ser corrigidos pela Suprema Corte. É o que ele denomina de “problema do descumprimento antecipado da Constituição”.

Quando as deliberações parlamentares são construídas fora de um procedimento parlamentar hígido que garanta não apenas o aspecto formal da possibilidade de participação igualitária entre situação e oposição, mas também que o poder legislativo assuma a responsabilidade efetiva de suas funções (ELY, 1980), o desenho institucional da Constituição de 1988 confere aos partidos menores a opção de levar questões interpretativas controversas para a Corte transferindo a arena do debate público para o Poder Judiciário. Não se trata de questionar o importante papel das Cortes no exercício do controle de constitucionalidade das leis, mas, sim, entender porque o parlamento não consegue construir consensos mínimos que possam evitar o movimento de judicialização de questões políticas, principalmente no caso de emendas constitucionais que, em tese, se configuram como o exemplo mais próximo da soberania popular diante da necessidade de grande capital político e democrático na articulação de sua aprovação.

Uma possível solução para evitar essa constante judicialização dos desacordos políticos, diz respeito ao fortalecimento do controle político preventivo de constitucionalidade das PECs, a partir de um movimento estratégico do Congresso Nacional na disputa interpretativa de emendas constitucionais com o STF.

O desenho de uma constituição assume extrema importância da dinâmica da política constitucional. O comportamento dos *players* envolvidos é diretamente afetado por seus interesses, mas, também, pela capacidade de articular barganhas dentro dos mecanismos institucionais de coordenação que são previstos no ordenamento jurídico.

Conforme explica Santos (2002) o comportamento estratégico do Congresso Nacional como instituição coletiva é necessário para que o poder de barganha seja crível. O comportamento isolado de um parlamentar perde força na medida em que padece da incerteza do comportamento individual de tantos outros membros. Assim, há estímulo ao comportamento coeso de várias legendas para fortalecer o poder de negociação.

Atualmente o desenho institucional interno do parlamento brasileiro determina que as propostas de emendas à Constituição sejam analisadas na Comissão de Constituição de Justiça (CCJ) da casa iniciadora do processo. As CCJs são comissões permanentes e desempenham o controle de constitucionalidade político preventivo, sendo compostas por parlamentares escolhidos pelas lideranças partidárias de acordo com a proporcionalidade dos partidos.

Os regimentos da Câmara dos Deputados e do Senado conferem amplos poderes aos líderes partidários para que possam agir no interesse de suas siglas. As lideranças dos partidos de situação gozam de grande poder na medida em que concentram cargos e detêm a maioria dos membros. Em que pese à garantia de assento proporcional à oposição, na prática as minorias não têm força suficiente para deliberar de maneira que as propostas alcancem algum grau de coesão institucional (LIMONGI; FIGUEIREDO; 1998).

Um caso recente ilustra o problema. Sob pretexto de dinamizar o debate de mérito das propostas legislativas, a maioria parlamentar aprovou em apenas 12 dias¹ o projeto de resolução nº 84/19 alterando o regimento interno da Câmara dos Deputados. Os pontos mais criticados da proposta aprovada dizem respeito à capacidade da oposição de apresentar requerimentos de obstrução, redução do tempo de apresentação da orientação das bancadas e a impossibilidade de apresentação de emendas aglutinativas.²

A maioria momentânea mudou as regras regimentais no decorrer do “jogo” para suprimir mecanismos institucionais importantes usados pelas minorias para qualificar o debate público. Tal situação demonstra que apesar da garantia constitucional formal da participação das minorias, na realidade, o desenho institucional interno do parlamento brasileiro confere amplos poderes ao presidente e aos líderes dos partidos majoritários (LIMONGI; FIGUEIREDO; 1998) a tal ponto que pode comprometer o próprio desenvolvimento da democracia legislativa, restando à oposição apenas a via judicial.

No contexto da disputa interpretativa de emendas constitucionais entre parlamento e STF, Tsebelis (1998) explica que a escolha racional dos *players* pode se dar em várias arenas de jogos, como, por exemplo, no jogo parlamentar eleitoral, no jogo entre líderes e bases representativas, no jogo da política institucional etc. O autor afirma que “[...] somente o estudo de toda a rede de jogos em que o ator está envolvido revelará as motivações desse ator e explicará o seu comportamento” (TSEBELIS, 1998, p. 20).

Com efeito, mostra-se importante entender “o que parece subótimo a partir da perspectiva de um único jogo é na verdade ótimo quando é considerada toda a rede de jogos.” Nesse sentido, para além de observar a escolha estratégica do parlamento na perspectiva da disputa entre oposição e situação (único jogo), é preciso alargar a observação para entender a relação entre parlamento e jurisdição constitucional na disputa interpretativa de emendas constitucionais.

É nesse aspecto que a coordenação promovida pelo desenho institucional interno do parlamento ganha especial relevância, pois “[...] se a coordenação falhar, cada jogador

¹ O projeto de resolução de resolução nº 84/19 foi enviado da CCJ no dia 30/04/2021 e promulgado no dia 12/05/2021. Tramitação detalhada disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2208771> Acesso em 20/06/2021.

² Matéria veiculada pelo Correio Braziliense disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/05/4924110-camara-aprova-mudancas-no-regimento-que-podem-prejudicar-oposicao.html> Acesso em 20/06/2021.

escolherá uma estratégia de equilíbrio, mas essas estratégias corresponderão a equilíbrios diferentes: o resultado não será um equilíbrio” (TSEBELIS, 1998, p. 42), como tem ocorrido ultimamente com a constante provocação do poder judiciário pelos próprios partidos políticos.

Alemán e Tsebelis (2016) afirmam que a coesão dos arranjos partidários são peças fundamentais no resultado da política, de modo que, em situações em que há forte coesão política, o papel das instituições diminui, ao passo que em situações de fragmentariedade política o papel das instituições torna-se mais relevante no resultado da política.

O caso brasileiro de forte fragmentação partidária denota a necessidade de coordenação institucional. Weingast (2014) afirma que a ação coordenada por intermédio institucional pode ser estratégica para mitigar os riscos da política, ainda que posições individuais também estejam inseridas no cálculo político. O desequilíbrio entre legislativo e judiciário pode levar à ruptura do sistema ou mesmo à situação de descrédito institucional que levaria os atores políticos a não se importarem com a salvaguarda da Constituição.

Com efeito, o desenho institucional interno do parlamento brasileiro como hoje de apresenta não permite uma atuação coordenada interna do poder legislativo do ponto de vista institucional no “jogo” da disputa interpretativa de emendas com o STF. Ao conceder participação meramente formal à oposição nas deliberações de proposta de emendas, sem que de fato haja algum poder institucional de interferir na produção legislativa, restará as minorias o recurso ao judiciário e, conseqüentemente, o deslocamento do eixo decisório e do debate público para o STF como hoje ocorre.

Mas porque uma maioria eleita cederia espaço para minoria na formulação de proposta de emendas? Na concepção do “jogo único” (situação vs. oposição) a deliberação parlamentar certamente deve observar o princípio majoritário e é assim que se faz normalmente. Ocorre que na deliberação de propostas de emendas constitucionais a disputa interpretativa não se dá apenas no âmbito interno do parlamento, mas, sobretudo, na arena de “múltiplos jogos” na qual legislativo e judiciário buscam prevalecer (TSEBELIS, 1998).

Com efeito, uma atuação coordenada do parlamento para além da mera disputa interna entre situação e oposição, se mostra estrategicamente importante em relação aos demais poderes para que o legislativo recupere seu protagonismo nas decisões sobre a produção de emendas à Constituição. Para tanto, uma mudança no desenho institucional interno dos parlamentos no âmbito das CCJs poderia oferecer coesão institucional em torno das PECs e assim evitar que à oposição leve a discussão para o judiciário.

E mais, ainda que o judiciário fosse provocado por algum partido minoritário inconformado, a unidade conseguida em torno da proposta de PEC a partir da composição mais equilibrada entre situação e oposição na CCJ poderia fornecer fundamentos ao STF para atuar de forma autocontida, minimalista.

Um exemplo de proposta concreta poderia ser a alteração da composição das CCJs. Ao invés de refletir a proporcionalidade da representação como ocorre hoje e tem fragilizado o debate, a composição poderia refletir o quórum para aprovação de uma emenda constitucional no plenário (3/5 de membros da situação e 2/5 de membros da oposição), dando a oposição à relatoria da proposta de emenda. Além da força política para garantir o quórum de aprovação maior, a relatoria da oposição poderia suscitar destaques nos pontos mais polêmicos da proposta e assim buscar coordenadamente o consenso em torno da proposta.

Nessa perspectiva, torna-se possível sustentar que a modificação no desenho institucional interno do parlamento poderia provocar uma mudança estratégica de postura dos parlamentares no sentido de buscar consensos para que o *locus* da decisão sobre emendas permanecesse na esfera do legislativo ao invés de provocar a jurisdição constitucional, reconduzindo o parlamento como um *player* capaz e ciente de sua responsabilidade institucional.

CONCLUSÕES

O processo de emendas constitucional ganha especial relevância na política nacional na medida em que o Brasil é um dos países que mais utiliza o mecanismo institucional como curso de ação política ordinária. Tal fato conduz ao questionamento da constitucionalidade emendas perante o Supremo Tribunal Federal por parte dos partidos políticos derrotados no parlamento.

Contudo, a Constituição de 1988 não disse quem deve realizar esse controle à luz das cláusulas pétreas, razão pela qual o próprio STF construiu jurisprudencialmente o entendimento que lhe auto outorgou tal função. Além do processo de construção da jurisprudência ao longo do tempo, o desenho institucional da Constituição de 1988 consolidou a supremacia judicial na interpretação constitucional na medida em que dotou o STF de inúmeras competências, alargou o número de legitimados para provocar a jurisdição constitucional em controle concentrado de constitucionalidade, bem como aumentou os meios processuais para acionar a corte suprema.

O contexto descrito demonstra que a supremacia judicial na interpretação constitucional é uma tradição do constitucionalismo brasileiro reforçada ao longo do tempo por um processo de *self enforcing*. Isto é, a deferência à interpretação judicial da constituição foi reforçada no tempo pela prática judicial e referendada no desenho constitucional de 1988 ao conferir amplos poderes, competências e mecanismos de provocação do STF, de modo a permitir que a corte defina questões políticas centrais para o país.

Com efeito, apesar de democraticamente questionável o controle de constitucionalidade de emendas pelo judiciário, é uma característica do nosso constitucionalismo, de modo que propostas que visem mudanças no desenho institucional do judiciário provavelmente não serão bem-sucedidas. É nessa perspectiva que se defende a mudança institucional do desenho interno do parlamento como resposta para o problema enfrentado nesse trabalho.

Os partidos políticos são legitimados pela constituição de 1988 para provocar a jurisdição constitucional em sede de controle concentrado e o fazem com bastante frequência como demonstrado no trabalho. À situação revela uma disfuncionalidade no desenho interno do parlamento brasileiro. Apesar da garantia de participação proporcional das minorias nos debates das propostas de emendas, o que se observa na prática é a pouca ou inexistente influência dos parlamentares de oposição no processo decisório, porque a comissão de constituição de justiça além de ter à composição majoritária de membros da maioria, também detém os cargos chave de presidência e relatoria. Isto é, a oposição se faz

presente, mas não dispõe de mecanismos institucionais para de fato influenciar na construção de uma proposta de emendas que pudesse gerar algum consenso.

Com efeito, resta à oposição buscar a via judicial para tentar barrar propostas de emendas que lhe pareçam inconstitucionais. Evidencia-se que os próprios parlamentares deslocam o eixo decisório da interpretação constitucional para o STF, em razão de um desenho institucional interno que privilegia a posição dos partidos da maioria momentânea, mas, enfraquecem o parlamento enquanto instituição no jogo da disputa interpretativa perante o poder judiciário.

Nesse cenário é possível sustentar que a mudança do desenho institucional interno do parlamento brasileiro a promover uma ação estratégica coordenada do parlamento enquanto instituição pode ser benéfica ao legislativo por dois motivos: 1) mitigar as chances de questionamento das deliberações parlamentares junto ao STF; 2) reconduzir o parlamento a posição de centralidade nas decisões sobre interpretação de emendas constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALBERT, Richard. *Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions*. New York: Oxford University Press, 2019.
- ALBERT, Richard; BENVINDO, Juliano; BERNAL, Carlos. *Constitutional change and transformation in Latin America*. Edited by Carlos Bernal, Juliano Zaiden Benvindo and Richard Albert. London, Oxford. Hart Publishing, 2018.
- BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo (coord.). *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: [Electroniccopyavailableat:http://ssrn.com/abstract=2509541](http://ssrn.com/abstract=2509541). Acesso em: 10 abr. 2021.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, Issue 3, p. 689, 1 July 2015.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalisão. *Lua Nova*, nº 44, São Paulo, 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000200005>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- MENDES, Conrado Hübner. *Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court*, *Florida Journal of International Law*, n. 3, p.455, dez. 2005.
- ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: a study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. Tese (Doutorado em Direito). Department of Law of the London School of Economics. Londres, 2017.

SANTOS, Fabiano. Partidos e comissões no presidencialismo de coalizão. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 45, nº 2, 2002, p. 237-264.

SCOTTI, Valentina Rita. Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 59-76, set./ dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i3.60979.

TSEBELIS, George. Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito GV – São Paulo, p. 441-464, 2008.

WEINGAST, Barry R. Designing constitutional stability. In: Democratic constitutional design and public policy: analysis and evidence. Org. Congleton, Roger D. and Swendenborg, Brigitta. Cambridge, US MIT: Press, 2014.